

BY [LUIS C. SCHMIDT](#), PARTNER

ACTUALIZACIÓN EN LAS LEYES CORPORATIVAS, 1993

A.INTRODUCCION: QUE ES EL DERECHO DE AUTOR?

1. LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

El derecho de autor pertenece a la rama del derecho denominada "propiedad intelectual", la cual a su vez incorpora el derecho sobre las creaciones nuevas - patentes, diseños industriales, modelos de utilidad y secretos industriales-, signos distintivos -marcas de producto o servicio, nombres y avisos comerciales y denominaciones de origen- y la represión a la competencia desleal. El maestro David Rangel Medina ha señalado que "al conjunto de los derechos resultantes de las concepciones de la inteligencia y del trabajo intelectual, contemplados principalmente desde el aspecto del provecho material que de ellos puede resultar acostúmbrase darle la denominación genérica de propiedad intelectual o las denominaciones equivalentes propiedad inmaterial, bienes jurídicos inmateriales y derechos intelectuales." (David Rangel Medina, Tratado de Derecho Marcario, Editorial Libros de México, S.A., México, 1960, p.89).

El común denominador de la propiedad intelectual es precisamente la creatividad intelectual que resulta del conocimiento científico, inventivo, técnico, literario, artístico y mercadológico del ser humano y comprende tanto obras artísticas e intelectuales: invenciones, diseños de carácter industrial, conocimientos técnicos y secretos no patentados y el crédito comercial, aviamiento o "goodwill" que desarrollan las empresas y comercios en el empleo de sus estrategias comerciales: de mercadotecnia y publicitarias, bajo el apoyo de marcas y demás signos distintivos.

En nuestro país, el sistema de propiedad intelectual se origina de la misma Constitución Política, que reconoce derechos exclusivos de uso y explotación en favor de quienes producen invenciones u obras intelectuales. Sin embargo, la regulación específica de las figuras mencionadas corresponde a las legislaciones denominadas "Ley Fomento y Protección a la Propiedad Industrial" (LFPPI), para el caso de creaciones nuevas, signos distintivos y represión de la competencia

desleal y "Ley Federal de Derechos de Autor" (LFDA), para el caso de las obras intelectuales y artísticas.

Para efectos del presente capítulo se hará referencia únicamente a aquella parte de la propiedad intelectual que se refiere al derecho de autor.

2. EL DERECHO DE AUTOR.

A) ASPECTOS BÁSICOS: DEFINICIÓN.

El derecho de autor se ha definido en nuestro país como "el conjunto de normas que protegen a la persona del autor y su obra respecto del reconocimiento de la calidad de autor, de la facultad que tiene el autor para oponerse a toda modificación que pretenda hacerse de su obra sin su consentimiento y del derecho exclusivo que tiene el autor de explotar y usar temporalmente su obra por sí mismo o por terceros, (Nicolás Pizarro Macías, Las Regalías Recibidas por los Autores por Otorgar a Terceros el Uso y Explotación de los Derechos de Autor, conferencia dictada en la Barra de Abogados el 3 de Octubre de 1986, p1).

De la definición citada se observa que el derecho de autor protege al creador de las obras intelectuales y artísticas y a su obra, cuyo contenido es de carácter artístico o intelectual, resultado del pensamiento y sensibilidad humana. Los autores gozan de una gama de derechos relacionados con el aspecto patrimonial y moral de la obra, los cuales se comentarán más adelante.

B) ASPECTOS BÁSICOS: EL AUTOR Y LA OBRA.

El sistema de protección de derechos de autor en México está orientado a proteger en principio a la persona física denominada "autor" y para ello se le han reconocido una serie de derechos de carácter exclusivos. Por otra parte, se considera a la obra como el producto o resultado de la actividad creativa del autor y la expresión de su talento, sensibilidad e ingenio. Para ser objeto de protección, la obra debe representar una verdadera expresión creativa, original,

completa, unitaria y que tenga un significado propio. Además, la ley mexicana sobre la materia, requiere la fijación de la misma en un objeto o medio tangible para que sea objeto de protección, lo cual no significa que el derecho exclusivo sobre la creación de carácter inmaterial se extienda sobre dicho medio tangible. La ley establece una referencia ilustrativa de diferentes géneros de obras entre las cuales se mencionan las "obras literarias; científicas, técnicas y jurídicas, pedagógicas y didácticas; musicales, con letra o sin ella; de danza, coreográficas y pantomímicas, pictóricas, de dibujo, grabado y litografía; escultóricas y de carácter plástico; de arquitectura; de fotografía, cinematografía, audiovisuales, de radio y televisión; de programas de computación, y todas las demás que por analogía pudieran considerarse comprendidas dentro de los tipos genéricos de obras artísticas e intelectuales antes mencionadas." (Artículo 7o LFDA)

Las obras pueden ser individuales o colectivas, según la participación de una o varias personas en ellas. Son obras colectivas aquellas realizadas por un grupo de dos o más autores a los que se denomina coautores o colaboradores para el caso de que contribuyan en la realización de una obra determinada. Hay casos especiales, que se comentarán más adelante, en los que las obras resultan de la acción y coordinación de una persona física o moral con la colaboración especial y remunerada de varios creadores intelectuales.

C) ASPECTOS BÁSICOS: LOS DERECHOS.

La Ley mexicana del derecho de autor reconoce dos clases o subespecies de derechos que son los derechos morales y patrimoniales. Los derechos morales representan la manifestación de la personalidad del autor en el mundo en que lo rodea. Esto significa que por medio de la obra, el autor comunica al exterior aquello que reside en su espíritu o interior; es por lo tanto una forma de expresar o proyectar toda aquella idea que recoge de sus conocimientos, experiencias y sentimientos. En tal virtud, los derechos morales no podrán renunciarse, transferirse, alienarse o cederse; toda vez que son inherentes al autor, quien los detenta en forma permanente y perpetua durante el transcurso de su vida y con posterioridad a su muerte, sin que estos prescriban. A la muerte del autor, serán sus herederos legítimos o por virtud de testamento, quienes tendrán a su cargo el ejercicio de los mismos.

En la doctrina del derecho de autor se conocen varias categorías de derechos

morales, de las cuales la legislación mexicana reconoce dos en forma expresa: el derecho moral de paternidad y el derecho moral de integridad. La primera categoría señalado "consiste en que cada vez que se utilice una obra protegida por el derecho de autor, la persona que la utilice tiene la obligación de mencionar el nombre del autor. A través de esta norma la legislación busca establecer una vinculación permanente entre la obra y el creador y el creador de la obra, el autor." (Nicolás Pizarro El Derecho de Autor, Conferencia pronunciada ante la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, el día 15 de septiembre de 1982, p.9). El segundo de los derechos morales, o sea el de oposición a modificar las obras sin consentimiento del autor, significa que el usuario de las obras no podrá modificar, ni siquiera el signo de puntuación más insignificante, sin la autorización del autor. Por consiguiente, existe impedimento jurídico de modificar la obra, ya sea total o parcialmente, mientras no exista la autorización correspondiente. Por otro lado, en virtud de los derechos patrimoniales, el autor goza de la facultad para utilizar y explotar la obra en forma exclusiva. De esta forma, dicho autor o su causahabiente pueden transferir, licenciar o disponer de sus derechos patrimoniales y establecer los mecanismos de uso y explotación y condiciones de lugar, modo y tiempo. Para efectos didácticos, es posible dividir los derechos patrimoniales de autor en cinco grandes rubros: derecho a la reproducción de la obra, derecho a su comercialización y distribución, derecho al control en la producción de otras derivadas -arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, compilaciones (incluyendo bases de datos electrónicas), y transformaciones de obras-, derecho a la utilización, proyección y representación pública de la obra y derecho a la exhibición de obras plásticas.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que el derecho patrimonial no radica necesariamente en función del autor de las obras, sino en función de quien esté facultado para explotarlas. Hay casos en los que la ley mexicana del derecho de autor otorga derechos originarios de uso y explotación a personas físicas y morales que en la producción de obras, recurren al encargo de partes de la obra o su totalidad a creadores intelectuales, quienes participan en la producción de ésta con la categoría de colaboradores remunerados. A manera de requisito constitutivo, la ley Mexicana otorga a la colaboración el carácter de remunerada y especial y la obligación a quien encarga de mencionar el nombre de los colaboradores. Las formas más frecuentes de colaboración remunerada se derivan de la relación de trabajo y del encargo al autor independiente.

D) ASPECTOS BÁSICOS: LAS FORMALIDADES.

Por último la Ley Federal de Derechos de Autor suscribe el principio de ausencia de formalidades respecto del registro y utilización de leyendas de ley, en armonía con lo que disponen la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas y la Convención Interamericana de Washington. De esta forma de conformidad con nuestra ley, no resulta obligatorio recurrir al registro de las obras como requisito de protección toda vez que dicho registro produce efectos declarativos y no constitutivos los cuales están únicamente vinculados con la creación misma de las obras. Sin embargo, el registro de la obra establece la presunción de ser ciertos los hechos y actos que de ellas consten, salvo prueba en contrario.

El principio de ausencia de formalidades cubre asimismo el uso de las leyendas de ley. Sin embargo, la LFDA señala que en caso de que no se utilicen las leyendas en un sitio visible de la reproducción de la obra que objeto de publicación y en caso contrario no se producirá la pérdida del derecho de autor, pero la ley sujeta al editor responsable a las sanciones que ésta establece.

B. LOS PROGRAMAS DE COMPUTACION Y EL DERECHO DE AUTOR.

1. BREVE EXPLICACIÓN SOBRE LO QUE CONSISTE EL "SOFTWARE" Y EL "HARDWARE".

El Dr. Julio Téllez Valdez menciona que "la computadora es una máquina que puede aceptar datos en una forma prescrita, procesarlos y proporcionarlos en un formato específico ya sea como información o señales para controlar automáticamente otras máquinas o bajo la forma de otros procesos. La computadora se constituye esencialmente por componentes físicos (hardware) y por el soporte lógico (software)." (Julio Téllez Valdez, Contratos Informáticos, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p.10).

De lo anterior se desprende que la computadora no se limita en el aspecto físico de la misma y requiere de programas de computación para poder funcionar. Se ha definido al programa de computación como "el conjunto de procedimientos o reglas que integran el soporte lógico de las máquinas que permiten la

consecución de un proceso de tratamiento de la información."

Un programa de computación permite la realización de diversas tareas que van desde el funcionamiento interno de una computadora -sistema operativo-, hasta la obtención de un objetivo específico -programa de aplicación-. Existen sin embargo otras formas de programas como los compiladores, traductores, ensambladores, sistemas organizacionales de multiproceso y sistemas controladores de multiproceso entre otros. Como podrá apreciarse, los propósitos de los programas de computación son muy variados sin embargo comparten una característica común permiten al usuario la realización de su trabajo con mucho mayor rapidez, orden y efectividad que sin éstos.

En el mundo actual los programas de computación representan elementos muy importantes de competitividad y desarrollo. Es más, podría afirmarse que si bien durante los años sesenta los recursos se invertían en una proporción aproximada de 70% en el caso del "hardware" y 30% en caso del "software", en la actualidad los papeles se han invertido, considerando los altos costos a que asciende su desarrollo y los recursos humanos, técnicos, económicos y materiales requeridos. No obstante lo anterior, resulta muy difícil recuperar las sumas que se llegan a invertir en este campo situación que se agrava significativamente en virtud del problema de la piratería de los programas y la falta de medidas de control y protección suficientes y adecuadas.

2. PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO DE AUTOR.

A) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

El primer antecedente de protección de los programas de computación en nuestro país data del año de 1984, fecha en el que se publicó el "Acuerdo 114 de la Secretaría de Educación Pública". Dicho cuerpo normativo expedido por este órgano de la administración pública federal, constituye el primer intento para reconocer protección a los programas de computación a través del derecho de autor. No obstante que la regulación de los programas de computación se dio al margen de La Ley Federal de Derechos de Autor, a través de dicho acuerdo se resolvió que la Dirección General del Derecho de Autor debería

aceptarlos para registro otorgándoles el tratamiento de obras.

La Dirección General del Derecho de Autor dio comienzo a la tarea de registrar los programas que le eran presentados, para lo cual se había determinado previamente en el "Acuerdo 114", que el material de depósito en estos casos lo constituiría cualquier formato en que el programa fuera materializado, pero que se podrían presentar las primeras 10 y últimas 10 hojas del programa en código fuente o código objeto. Asimismo, debería presentarse una copia impresa del directorio del programa cuyo registro se solicitaba. Dicha forma de regulación prevaleció en el derecho positivo de nuestro país por más de seis años, hasta que en el año de 1991 se produjo una reforma a la Ley Federal de Derechos de Autor, que incluyó entre otros, la incorporación de los programas de computación como un género de obra independiente y autónomo respecto del resto de las demás obras expresamente mencionadas por la Ley hasta ese entonces. En virtud de lo anterior, la protección que otorga dicha Ley Federal de Derechos de Autor a los titulares de esos derechos, se hizo extensiva a los creadores y productores de programas de computación.

B) LA LEY FEDERAL DE DERECHOS DE AUTOR Y LA REFORMA DE 1991.

La reforma de 1991 contempla aspectos vinculados en forma específica con la protección de los programas de computación. En primer lugar cabe señalar que se considera como una limitación o excepción al derecho patrimonial de autor el hecho que el poseedor de la copia de un programa de computación, legalmente obtenida, realice una copia adicional de respaldo, con el objeto de proteger dicho programa frente a imponderables de carácter técnico que produzcan su destrucción, daño o deterioro. Asimismo, la reforma incorpora un precepto, muy criticado por cierto que establece un régimen de excepción al acceso del público a los archivos de registro de obras de computación en el Registro Público del Derecho de Autor, el cual como su nombre indica tiene el carácter de público y por lo tanto de acceso general. La razón del precepto comentado reside en que los programas de computación contienen secretos industriales diversos, mismos que quedarían a la vista del público si este tuviera acceso al material de depósito, sobre todo en caso que dicho material de depósito lo constituyera una copia del programa en su versión de código fuente. Por último, la reforma de la Ley introdujo mayores sanciones y penalidades en

materia de derecho de autor, además de establecer un tipo específico para el caso de quien sin autorización del autor o de sus causahabientes “reproduzca con fines de lucro un programa de computación.” El presente tipo delictivo ha sido criticado también ya que se considera innecesario a la luz de disposiciones semejantes y en algunos casos más amplias que se refieren a las obras en general de las cuales forma parte el programa de computación.

3. CRÍTICAS A LA REFORMA DE 1991.

De los comentarios esbozados anteriormente se infiere que la reforma de 1991 fue encaminada a establecer reglas más claras respecto de los derechos de quienes crean y producen programas de computación y de quienes los comercializan y/o utilizan. Prueba de lo anterior lo constituye la excepción específica de la copia de respaldo, como única que puede realizarse libremente de cada programa original y la excepción de acceso restringido a la consulta de registros y expedientes pertenecientes al Registro Público del Derecho de Autor en materia de programas de computación.

Por otra parte, el tipo y sanción penal adoptada por el legislador para el caso concreto de los programas de computación representa un intento más para establecer medidas adecuadas de protección y combate a la piratería, la cual ha llegado a niveles alarmantes durante los últimos años. Sin embargo, cabe comentar que el alcance jurídico de dicho tipo y sanción penal no corresponde a los estándares que ofrecen las legislaciones de otros países, desarrollados e inclusive en vías de desarrollo, en razón de ciertas deficiencias que se comentarán en seguida:

A) TIPO ESPECIAL.

La Ley Federal de Derechos de Autor estableció un tipo específico para el caso de reproducciones de programas de computación, sin autorización del titular del derecho correspondiente (como se dejó de manifiesto líneas atrás); sin embargo, omitió pronunciamientos de forma específica, en relación a la utilización ilícita de programas de computación y de otros actos violatorios al derecho que pueden realizarse con respecto a un programa. En esa virtud, hay

quienes consideran que dichas conductas distintas a la reproducción del programa podrían encuadrar en otros tipos delictivos de los previstos por la misma Ley, como es el caso del artículo 135 fracción I, que establece un tipo general para el caso de que una obra se use o explote con fines de lucro y sin autorización del titular de los derechos. Lo anterior se concluye en virtud de que siendo uno de los géneros de obras protegidas, el programa de computación merece una protección amplia, que abarque todo tipo de conductas antijurídicas, y no restringida simplemente a la reproducción del mismo. En consecuencia se considera que la última parte de la fracción III del artículo 135 no tiene razón de ser y por lo tanto no debió incorporarse a la ley.

B) SANCIÓN PENAL.

Por otra parte, la sanción penal que señala la Ley Federal de Derechos de Autor por la reproducción ilícita de programas de computación asciende a prisión de seis meses a seis años y multa de 50 a 500 veces el salario mínimo general prevaleciente en el Distrito Federal. Dichas sanciones se consideran bajas toda vez que por un lado, respecto de la sanción privativa de libertad, ésta no rebaza el término medio aritmético de 5 años que se considera para alcanzar la libertad bajo fianza durante la etapa del proceso penal. Por lo que toca a la sanción de tipo económico, ésta alcanzaría un máximo de N\$7,635.00, la cual no refleja la clase de daño que causa este tipo de piratería a los titulares de los derechos quienes invierten sus recursos materiales, humanos y económicos en cantidades mucho muy importantes, además del perjuicio que se causa a la competencia honesta, al fisco y a la sociedad, que considera a los bienes informáticos y más concretamente a los programas de computación, como instrumentos esenciales de desarrollo.

C) ELEMENTO DE LUCRO.

Un tercer aspecto de crítica lo constituye la intención o fin de "lucro" que califica la acción ilícita de reproducción de los programas de computación. En todo proceso de análisis y aprobación de leyes el legislador debe compenetrarse con la materia que se estudia y con la conducta que se pretende

regular y tipificar. Es únicamente del conocimiento profundo del fondo del asunto que se obtendrá un tipo penal justo; de lo contrario dicho tipo constituirá un obstáculo que lejos de combatir y punir el mal social, lo tolerará e incluso fomentará.

En el caso específico de los programas de computación, la piratería más nociva la practican los usuarios corporativos, que reproducen una copia del programa - original o no-, en los discos duros de todas las computadoras personales de dicha entidad o empresa. De similar magnitud se considera la conducta que realiza aquel distribuidor de computadoras que con la venta de éstas, incluye la copia de algún programa, obviamente sin autorización para ello, con el único propósito de "engañar" un cliente, quien se ve atraído por la oferta, ventajosa e ilícita de dicho vendedor pirata. Debe apreciarse que en ambos casos el pirata no comercializa el programa y por lo tanto, podría pensarse que su actividad se apega al derecho, por no trastocar el elemento de "lucro". Sin embargo, los Tribunales y el Ministerio Público han aceptado el criterio del "lucro indirecto", reconocido por la Ley Federal de Derechos de Autor, en su artículo 75 y que se aplica en los casos que la explotación de la obra resulta en un beneficio económico para el infractor, aunque este no resulte necesariamente de la venta. En esa virtud, se ha considerado que el usuario corporativo de los programas que los reproduce o utiliza sin autorización, sin pagar el importe correspondiente, estará obteniendo un ahorro y por lo tanto una ventaja económica respecto de aquellos competidores honestos, que si invierten en el producto original, lo que se traduce finalmente en beneficios de carácter económico.

Lo mismo sucede en el caso del distribuidor de computadoras, quien se vale de un derecho ajeno, por el cual no paga, lo que le permite vender sus productos con mayor facilidad que la competencia.

No obstante la solución que se ha encontrado para librar los obstáculos impuestos por el legislador en torno al elemento de "lucro", contenido en el artículo 135 fracción III de la Ley Federal de Derechos de Autor, éste debería suprimirse del tipo con el fin de adecuarlo al contexto real de esta clase de actos de piratería y así evitar los riesgos de criterios anacrónicos y absurdos, que perjudiquen el bien jurídico tutelado y que la sociedad de nuestro país busca proteger.

D) OFICIOSIDAD DEL DELITO.

Un aspecto muy curioso que contempla la reforma de la Ley Federal de Derechos de Autor consiste en el carácter de oficiocidad que expresamente se confirió el delito de reproducción no autorizada de programas de computación, frente a la mayoría de los tipos contemplados por la Ley, que se persiguen de querrela de parte ofendida. Resulta pues inexplicable la intención del legislador para considerar que los delitos de reproducción de programas de computación debían perseguirse de oficio a diferencia de los demás, entre los cuales podrían incluirse algunos más vinculados con la materia de computación. Sin embargo, el carácter de oficiocidad de esta clase de delitos ha provocado problemas graves, sobre todo en aquellos casos que se han solucionado a través de arreglos entre las partes en conflicto, en los cuales se han resarcido los daños causados por la acción de piratería.

C. ESBOZOS SOBRE PROTECCIÓN DE PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN Y TRATADO DE LIBRE COMERCIO.

A) ASPECTOS GENERALES DEL TLC Y LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC), celebrada entre Canada, Estados Unidos y México, comenzó su vigencia con fecha 1° de enero de 1994, lo cual representa que los compromisos adoptados por nuestro país derivados de dicho ordenamiento internacional han cobrado actualidad e importancia. El TLC contempla un capítulo XVII, referente a los derechos de propiedad intelectual, entre los que se consideran al derecho de autor y más concretamente a los programas de computación.

Es posible apreciar que el TLC constituirá un instrumento jurídico muy interesante, que en el campo de la propiedad intelectual buscará acercar dos sistemas distintos, provenientes de tradiciones y estructuras jurídicas diferentes, que derivan del "common law" anglosajón y del derecho romano, con influencias posteriores del derecho francés y español. En tal virtud, para lograr dicho acercamiento, el TLC formula una serie de principios de los que destacan los de trato al extranjero como a los nacionales del país que le corresponde aplicar una ley determinada y el de estándares mínimos que

deberán observar las leyes de propiedad intelectual de los tres países miembros.

No obstante, el acercamiento que provocará el TLC, existe la posibilidad de que paralelamente surjan conflictos de aplicación de leyes entre estos tres países. Ello se agudiza por lo que toca a la materia de derecho de autor, si se considera que México pertenece a un sistema distinto que Canadá y los Estados Unidos. El enfrentamiento y rechazo de sistemas (sistema de derecho de autor y sistema de copyright), se sucedió con claridad, con el surgimiento de la Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas y muchos años más tarde con el Convenio de Roma que creó la Comunidad Económico Europea y la Directiva de Software, adoptada por la misma CEE.

En virtud del TLC nuestro país tendrá que modificar varias de sus leyes, incluyendo la Federal de Derechos de Autor, para adecuarla a las disposiciones del TLC. Los programas de computación no escapan a la necesidad de cambio, toda vez que el TLC establece disposiciones relacionadas con el tema que causarán impacto en nuestro derecho y que no son compatibles con el mismo actualmente. Los casos más palpables corresponden a la obligación de los países signatarios de considerar a los programas de computación como obras literarias; al establecimiento de disposiciones legales tendientes a la protección de bases de datos electrónicas (lo cual sucedió ya con la publicación en el Diario Oficial de la Federación del Decreto de fecha 22 de diciembre de 1993, el cual “reforma, adiciona y deroga disposiciones de diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte), y a la implementación de una ley especial para la protección de topografías o esquemas de trazado de circuitos semiconductores integrados.

B) “DERECHO DE RENTA”.

Sin embargo, el aspecto más importante del TLC en materia de programas de computación lo constituye el llamado “rental right” o “derecho de renta”, que si bien podría aplicarse al caso de videogramas, asimismo tiene una repercusión trascendental en el caso concreto de los programas de computación. Al efecto, el artículo 1705 (2)(b) y (d) establece lo siguiente:

“Cada una de las Partes otorgara a los autores y sus causahabientes los derechos que se enuncian en el convenio de Berna respecto de las obras

consideradas en el párrafo 1, incluyendo el derecho de autorizar y prohibir;
“(b) la primera distribución pública del original y de cada copia de la obra mediante venta, renta u otra manera;
“(d) la renta comercial del original o de una copia del programa de cómputo. El inciso (d) no se aplicará cuando la copia del programa de computo no constituya en sí misma un objeto esencial de la renta. Cada una de las partes dispondrá que la introducción del original o de una copia del programa de cómputo en el mercado, con el consentimiento del titular del derecho, no agote el derecho de renta”

En la actualidad no resulta claro si la Ley Federal de Derechos de Autor ofrece protección al “rental right” y si reconoce la figura del “agotamiento del derecho” aún mas, hay quienes consideran que en México podría no existir un derecho de distribución de copias de obras protegidas por el derecho de autor, toda vez que la Ley no lo menciona en forma expresa. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la Constitución y la Ley reconocen al autor un derecho de uso y explotación en sentido amplio, por lo que debe concluirse que éste comprende el derecho específico de distribución de copias de obras.

Por lo que respecta al “agotamiento del derecho”, una parte de la doctrina en México lo considera como una consecuencia natural del derecho de distribución del autor, por lo menos por lo que respecta al caso de la venta de primera mano de una copia de la obra. Sin embargo, el razonamiento expresado resulta necesariamente de la interpretación de la norma en favor de los derechos del autor, ya que la Ley no se pronuncia expresamente en el sentido de otorgar derechos de distribución y limitarlos con la venta de las copias de la obra. Por otro lado, no es claro tampoco si el agotamiento del derecho de distribución opera en caso de la renta de la copia de la obra o se restringe al caso de su venta.

Las disposiciones citadas del TLC deberán servir para resolver el problema de interpretación que se apunta. En forma adicional, la Ley Federal de Derechos de Autor será modificada para establecer en forma expresa el régimen específico de regulación de estos derechos y limitaciones. Existen algunos aspectos que merecen esclarecimiento respecto del artículo 1705 (2) (b) y (d) del TLC. Por mencionar un ejemplo, no es clara la expresión inciso (d) no se aplicará cuando la copia del programa de cómputo no constituya en sí misma un objeto esencial de la renta.”

Dicha norma podría entenderse en forma similar al caso de los Estados Unidos en donde el U.S. Copyright Act de 1976, en la sección 106(3), establece el

derecho de distribución de las obras protegidas y en la sección 109(a), la limitación de dicho derecho de distribución mediante la “first sale doctrine” (doctrina de la primera venta), que permite al dueño de una copia autorizada de la obra, “la venta o disposición de la misma”. De esta forma, en el año de 1991, el Congreso de los Estados Unidos de América estableció una prohibición a la renta de programas de computación a cargo del dueño de la copia, si éste no cuenta con autorización del titular del derecho. Sin embargo, dicho criterio no se aplica al caso de los programas incorporados en maquinas o productos que no permitan que el usuario común y corriente los duplique.

Aún cuando el derecho norteamericano ha encontrado fórmulas jurídicas precisas y adecuadas para resolver el complejo tema de los derechos de renta mismas que al parecer adoptará nuestra Ley por virtud del TLC, cabe señalar que el Copyright Act no dado solución a un nuevo problema que deriva de la renta de productos que contienen programas de computación, tales como videojuegos contenidos en discos de tipo CD-1 y CD-ROM. En tal virtud, el reto para el derecho mexicano es doble, ya que se tendrá que resolver el problema general del derecho de renta de programas de computación, además de los aspectos más concretos como el caso de los videojuegos a base de programas y materializados en medios digitales

D. POLÍTICAS DE LICENCIAMIENTO Y CONTROL EN MATERIA DE PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN.

1. POLÍTICAS DE LICENCIAMIENTO.

Nadie con excepción del titular de los derechos de autor sobre programas de computación está facultado para reproducirlos, usarlos o comercializarlos salvo que se cuente con una licencia o autorización. Existen muchas formas de licencias, dependiendo del producto de que se trate. Sin embargo, a las más comunes se les conoce como licencia tipo “shrink shrap” y se encuentran en los paquetes de programas comerciales para uso en computadoras personales. Dichas licencias constituyen autorizaciones para realizar el número de copias que éstas establezcan específicamente. Normalmente, cada paquete de programa de aplicación contiene una licencia “monousuaria”, que como su

nombre indica, permite la instalación del programa en el CPU (Central Processing Unit) de una computadora personal. Para el caso de instalaciones adicionales debe pagarse un precio extra toda vez que esta realiza una segunda copia del programa. Esta práctica varía dependiendo de la política comercial de cada productor o fabricante de software, sin embargo hay algunos que llaman a estas licencias "FULL PACKAGE" o "LICENSE PACKAGE".

Finalmente, existen casos en los que algunas empresas, por lo general aquellas que operan más de 100 PC's, requieren de licencias que les permitan el uso múltiple del programa. En esos casos se puede intentar una "LICENCIA CORPORATIVA", que se negocia directamente con el productor del software. Existen muy pocos casos de este tipo de licencia, en virtud de que no se ha instrumentado a fondo en nuestro país.

Por lo que respecta a programas de aplicación para uso en redes, existen paquetes especiales que contienen licencias "DE USO CONCURRENTES", que permiten la instalación del software en el servidor de la red y el acceso del número de estaciones de trabajo que autorice dicha licencia.

De conformidad con lo mencionado con anterioridad, el usuario de cualquier tipo de programa de computación protegido por el derecho de autor está facultado legalmente para obtener una copia de respaldo de dicho programa, la cual podrá usarse en caso de problemas o desperfectos en el programa instalado en el CPU de la PC; sin embargo, esa copia de respaldo no podrá instalarse en un segundo CPU o en un diskette.

2. DESVENTAJAS EN EL USO DE PROGRAMAS NO AUTORIZADOS Y POLITICAS DE CONTROL: SOFTWARE MANAGEMENT.

Algunas desventajas de utilizar copias no autorizadas de programas de computación en las computadoras de una empresa son:

- a) Infringir la Ley;
- b) El riesgo de que se destruyan archivos e información valiosa por la aparición de virus, lo cual podría afectar computadoras personales, redes y hasta la operación automatizada de una entidad completa;
- c) No se tendrá acceso a las actualizaciones del programa a precios bajos; entrenamiento; soporte técnico; documentación completa incluyendo manuales; garantía del producto.

Se llama "Software Management" a la serie de medidas que se deben tomar

con el fin de establecer sistemas de control de uso y copiado interno de programas de computación. Al efecto deben considerarse los siguientes puntos:

a) Procurar Hacerse de Programas Originales.

- Determinando las necesidades de su empresa en el uso de programas de computación;
- Identificando las necesidades concretas de cada computadora, tales como localización, departamento, operador, etc., en relación con los programas de sistema operativo y aplicación que más le acomodan y convienen.
- Comprometer a la empresa en el uso de producto original;
- Establecer presupuestos realistas;
- Entregar en tiempo el programa que solicite el usuario y cuya adquisición resulte aprobada;
- Anticipar los usos y necesidades de la empresa y elaborar planes en torno a estos.

b) Para el Caso de que la Empresa este Irregular en su Base Instalada de Programas.

Debe procederse a legalizarse;

- Practicar una auditoria previa para determinar el grado de irregularidad;
- Substituir el producto no autorizado por original, utilizando el criterio "una copia original por cada CPU", mencionado con anterioridad;
- Hacer un recuento de programas instalados con respecto a el número de CPU's en posesión (o estaciones de trabajo en caso de red) y hacer también recuento de manuales floppies y licencias. El número de programas debe coincidir con el número de licencias. Si el saldo es negativo, deberá suprimirse y removerse el producto no autorizado e instalar producto original.

c) Prevención de Copia Interna.

- Asegurarse que se cumplieron cabalmente los pasos a) y b),
- Comunicar en forma institucional el compromiso de que se utilice únicamente producto original en la empresa;
- Designar responsables que realicen inspecciones periodicas del uso de programas;
- Registrar internamente el producto que se adquiera;
- Realizar inspecciones y auditorias para controlar la adquisición, reproducción y uso de producto legitimo;
- Presentar documentos de responsabilidad a empleados para firma y enviar memoranda que les ilustre en el uso correcto de los programas y sus obligaciones al respecto, asimismo realizar campañas educativas en el uso de los

programas;

- Si se encuentran copias no autorizadas de producto, corregir el problema de conformidad con la Ley y las medidas y políticas que adopte la empresa.