

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## LA TUTELA LEGAL DEL SOPORTE LÓGICO EN COSTA RICA

JUAN DIEGO CASTRO FERNÁNDEZ\*

### SUMARIO

	Pág.
1. INTRODUCCIÓN.....	86
2. EL PROBLEMA DE LA TUTELA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN.....	86
2.1. Definición de "soporte lógico".....	86
2.2. La evolución doctrinaria.....	86
a) Derecho de patentes.....	86
b) Solución híbrida derecho de patentes-derecho de autor.....	86
c) Derecho de autor.....	86
d) Derecho de autor especial.....	87
3. <i>LEGE LATA</i> . SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL.....	88
3.1. Normas constitucionales.....	88
3.2. Leyes.....	88
3.2.1. Ley de Patentes.....	88
3.2.2. Ley de Derechos de Autor.....	88
3.2.2.1. Registro de "soporte lógico".....	88
3.2.2.2. Hechos punibles.....	88
4. LAS COPIAS DE RESPALDO.....	89
5. <i>LEGE FERENDA</i> . NUESTRA PROPUESTA.....	89
6. BIBLIOGRAFÍA.....	89

\* Profesor de Derecho Penal, Escuela Libre de Derecho.

## 1. INTRODUCCIÓN.

En la última década del siglo XX, que ahora iniciamos, la humanidad indudablemente creará y desarrollará insospechados recursos tecnológicos, que se agregarán al enorme acervo ya existente. Tecnologías de avanzada que impactarán en todos los ámbitos del quehacer humano, desde lo doméstico hasta lo jurídico.

La informática crecerá tremendamente. Invadirá todas las esferas de la vida, poniendo en nuestras manos las poderosas herramientas digitales, de incuestionada utilidad para los juristas de los albores del siglo veintiuno.

Las leyes serán elaboradas por computadora. Ahora utilizamos los procesadores de textos. Dentro de poco haremos uso del hipertexto y de sistemas expertos. La sombra del binomio hombre/máquina estará detrás de millones de caracteres de información legislativa, almacenada fría y segura en los soportes magnéticos o brillante y parpadeante en los monitores de las terminales y ordenadores personales, de los operadores jurídicos, iniciados o no iniciados en los augustos misterios del Derecho.

El Derecho de las computadoras será creado en las computadoras mismas. No sabemos si en el futuro, el Derecho será producido por la computadora, o si la norma hipotética fundamental estará contenida en un "microchip" del ordenador de la Asamblea Legislativa, o si las curules serán sustituidas por terminales. Lo que sí tenemos muy claro, es que el avance tecnológico, específicamente en cuanto a la informática se refiere, exige respuestas jurídicas inmediatas y efectivas por parte del Derecho.

## 2. EL PROBLEMA DE LA TUTELA JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN.

Dentro del abanico de la problemática surgida entre la informática y el Derecho reviste particular interés la protección jurídica de los programas de computación.

### 2.1. Definición de "soporte lógico".

Es menester fijar con precisión el concepto "software" en inglés, "logiciel" en francés y "soporte lógico" en castellano. "Software" es un término abarcador, amplio, que incluye los elementos para identificación y análisis de un problema a ser resuelto por un computador; el programa de computación que resulta de esos elementos; y el material de apoyo correspondiente. El componente central del "software" es el programa de computación. Una defini-

ción del programa, breve y muy difundida, es la de la Ley de los Estados Unidos de América (Public Law 96-517, de diciembre de 1980) que amplió las disposiciones sobre derechos de autos (título 17 del U.S. Code, art. 101), y que dice: "el programa de computación es un conjunto de afirmaciones o instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un ordenador a fin de obtener un resultado determinado."<sup>(1)</sup>

El Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad, define "Programa de Ordenador" como "el conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de que un 'ordenador' —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones— ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado."<sup>(2)</sup>

### 2.2. La evolución doctrinaria.

Doctrinariamente las soluciones jurídicas planteadas al problema de la protección legal del "software", han evolucionado así:

*a. Derecho de patentes.* Los fabricantes de los primeros ordenadores, los comercializaban junto con el "soporte lógico" que también les pertenecía. Se patentaban, partiendo de los criterios de Derecho Comercial e Industrial.

*b. Solución híbrida derecho de patentes-derecho de autor.* Los programas de computación adolecen de condiciones como "novedad" y "no evidenciable" indispensables para las invenciones patentables. La Convención de Munich sobre la Patente Europea, celebrada en 1973, excluyó los programas de computación del área de las invenciones patentables. Diez años después en nuestro país, la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, dispone que los programas de computación no se consideran invenciones para efectos de esta ley.

*c. Derecho de Autor.* El Derecho de Autor filipino (Decreto número cuarenta y nueve del catorce de noviembre de mil novecientos setenta y dos) es pionero legislativo, al reformar su ley e incluir el "soporte lógico" dentro de las obras cubiertas por su protección. El programa de computación, así como el análisis y definición del problema, diseño del sistema, codificación y documentación, poseen las características necesarias para considerarla "obra" producto de la creación intelectual humana.

## Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

d. *Derecho de Autor especial.* Ámbito y características de la facultad exclusiva reconocida al autor del "soporte lógico". Preocupa a los estudiosos del tema, determinar con exactitud los elementos de la obra sobre los que adquiere el autor derecho de disfrute exclusivo, así como la posibilidad del autor de inspirarse en obras preexistentes para producir una nueva.

El marco de tutela jurídica no se restringe a los "programas de computación", sino que abarca la totalidad de la obra: "el soporte lógico" (definición del problema, diseño lógico de la solución, redacción de un programa en lenguaje inteligible por el hombre, escritura de éste en lenguaje ejecutable por el ordenador, elaboración de manuales).

"El problema de la protección de los programas, considerados éstos como verdaderos bienes (inmateriales) potencialmente susceptibles de apropiación y en todo caso fuente de inversiones considerables, amerita una consideración específica.

Entre los diversos medios propuestos, los métodos técnicos y jurídicos (derivados del Derecho Común) parecen insuficientes frente al problema.

La reserva privativa por conducto de las diversas instituciones emanadas del Derecho de la Propiedad Intelectual en sentido amplio a través de un régimen especial *sui generis* parece la forma de protección más apropiada.

La protección jurídica de los programas es contemplada como una problemática generalizada en los diversos países informatizados, pero reviste perspectivas diferentes en función del tipo de economía existente. De esta forma en los países de economía liberal este problema es de orden prioritario; en los países en desarrollo lo es secundario (pues antes de resolverlo requieren la existencia de su propia industria de programación) y finalmente, en los países de economía socialista, este problema es diversamente apreciado en razón de la gestión económica por parte del Estado. (...)

Cada aportación *nueva u original* y susceptible de una *aplicación práctica* no puede dar lugar a una solución eficaz, razón por la cual, no debemos perdernos en lo abstracto.

Hemos expresado siguiendo una línea lógico-jurídica (a diferencia de la lógico-matemática de los programas) cuál es la importancia del problema, sus orígenes y consecuencias, así como las diferentes proposiciones formuladas hasta hoy día (métodos técnicos, contratos, secretos, robo, abuso de confianza, competencia desleal, enriquecimiento ilegítimo, marcas, patentes, dibujos y diseños, derechos de autor y régimen *sui generis*).

La solución no está, a nuestro parecer, en el recurso a estas instituciones en sí mismas (trátese de una elección o una adaptación) sino en la creación de un régimen particular que tome en cuenta los elementos más aplicables de estas diversas formas jurídicas sin excluir 'otras' figuras.

Hablamos de un dispositivo jurídico que resuelva el problema tomando en consideración los elementos apuntados a lo largo de este trabajo y que permita imponerse al Derecho por encima de paleativos de orden técnico, político o personal." (3)

El desarrollo jurídico nunca ha sido —ni lo será— paralelo al desarrollo social y económico, más bien deriva de este último. Los propios países "industrializados" aún no han generado un derecho informático decantado, sistematizado. Ni sabemos si llegará a cristalizarse como una rama de la ciencia jurídica. En nuestras naciones, en las que paradójicamente y a pesar de nuestro "subdesarrollo", contamos con invaluable recursos humanos para la producción y exportación de "soporte lógico", se han venido estudiando estos temas, cuidadosamente, ante dilemas como el del GATT, de cara a experiencias como la brasileña.

Nuestro ex presidente don Óscar Arias ha dicho: "La informática, apoyada por las disciplinas de la microelectrónica y las comunicaciones, se ha convertido en un fenómeno de masas. Las redes de comunicación, combinadas con el procesamiento de mensajes y acceso a grandes bancos de datos, no constituyen sencillamente un factor cultural adicional, sino que asistimos a una transformación cualitativa de las relaciones humanas y del paradigma que subyace en el hombre acerca de la concepción del universo y de sí mismo.

Cualquier sociedad moderna que pretenda colocarse en algún punto avanzado de la presente Revolución Científica y Tecnológica, asume la responsabilidad de impulsar el desarrollo de las tecnologías de punta, como la informática y de evaluar su impacto en todas las áreas sociales, que van desde el cambio radical en las formas de división del trabajo de los procesos productivos, hasta la invasión del derecho a la privacidad del individuo. Se trata de impulsar una modernización que va más allá de los cambios orientados por necesidades de la producción y comercialización industrial, debiendo incluir la satisfacción de las necesidades de los diversos sectores nacionales enmarcados dentro de los valores que sustentan nuestra sociedad." (4)

El derecho informático costarricense debe tener como norte el pensamiento de nuestro actual mandatario, para lograr los cometidos propios del desarrollo en libertad. La estructura jurídica que regule y

fomente el crecimiento informático de Costa Rica, es nuestra tarea impostergable.

### 3. **LEGE LATA. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL.**

El Derecho costarricense protege jurídicamente el "soporte lógico" por la vía del Derecho de Autor. Mencionamos las disposiciones normativas de mayor relevancia.

#### 3.1. Normas constitucionales.

Nuestra Constitución Política (7 de noviembre de 1949), dispone: Artículo 45. "La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley (....)". Artículo 47. "Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley."

#### 3.2. Leyes.

##### 3.2.1. Ley de Patentes.

La Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, número seis mil ochocientos sesenta y siete del 25 de abril de 1983, establece claramente que los programas de computación no se consideran invenciones para efectos de esta Ley (art. 1, inc. 3.a).

##### 3.2.2. Ley de Derechos de Autor.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, número seis mil seiscientos ochenta y tres del catorce de octubre de mil novecientos ochenta y dos, regula la materia, estableciendo que:

Las producciones intelectuales confieren a sus autores los derechos a que se refiere esta Ley. Los autores son titulares de derechos patrimoniales y morales sobre sus obras literarias y artísticas (art. 1).

La presente ley protege las obras de autores costarricenses, domiciliados o no en el territorio nacional, y la de autores extranjeros domiciliados en el país (art. 2).

Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior, gozarán en Costa Rica de la protección que les acuerden las convenciones internacionales a que el país se adhiera (art. 3).

Independientemente de sus derechos patrimoniales, incluso después de su cesión, el autor conservará sobre la obra un derecho personalísimo, inalienable e irrenunciable y perpetuo, denominado derecho moral (art. 13).

Se crea el Registro Nacional de Derechos de Autor y Conexos, adscrito al Registro Público de la Propiedad (arts. 95 a 116).

##### 3.2.2.1. Registro de "soporte lógico".

Para inscribir un programa de computación, actualmente, es menester presentar una solicitud escrita dirigida al director del RNDAA, en papel de oficio, con doscientos cincuenta colones en timbres fiscales, veinte colones en timbres del Colegio de Abogados y debidamente autenticada, con dos pliegos de papel de oficio en blanco, especificando:

a. Nombre completo, calidades y domicilio del solicitante, indicando si actúa en nombre propio o en representación de alguien, en cuyo caso deberá acompañar certificación de esto e indicar el nombre y domicilio del representado, indicando apartado postal y teléfono.

b. Nombre del programa.

c. Descripción del contenido del programa (resumen).

d. Copia del programa (en diskette). Administrativamente se dispuso que sea el programa fuente.

e. Copias de los manuales, firmados por el autor y autenticados. Si los manuales fueren impresos deberán depositar seis ejemplares para: Biblioteca Nacional, Biblioteca de la Universidad Nacional, Biblioteca de la Universidad de Costa Rica, Biblioteca del Ministerio de Justicia, Biblioteca de la Asamblea Legislativa y el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Los respectivos comprobantes de tales depósitos hay que adjuntarlos a la solicitud.

Una vez presentada la solicitud, el registrador la revisa y de estar en forma, expide un edicto para su publicación en el diario oficial, confiriendo un plazo de treinta días hábiles para oír oposiciones, vencido el cual —de no existir tales— se procede a la inscripción, emitiendo la correspondiente certificación.

A la fecha existen solo tres programas de computación registrados en Costa Rica:

a. "Sistema de Control de Café" de SUPSSA S.A. Inscrito el 25 de febrero de 1987.

b. "Escribir" de Marco Antonio Cortés Pacheco. Escritura libre y escritura con modelos para edades de 3 a 4 años. Inscrito el 25 de junio de 1987.

c. "Per-cal" de Víctor Manuel Alfaro Ruiz y Leonardo Morales Castro, para el cálculo de las pérdidas de calor de un tanque cilíndrico vertical. Inscrito el 11 de julio de 1989.

##### 3.2.2.2. Hechos punibles.

La Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos establece sanciones de carácter penal:

De uno a tres años de prisión al que viole cualquier determinación de la presente Ley, cuando el delito no sea penado específicamente con otra pena (art. 117, inc. c).

De ocho a doce meses:

El que reproduzca obra literaria o artística protegida, sin la autorización del autor (art. 119, inc. b).

El que venda, distribuya, guarde en depósito, importe o exporte ejemplares fraudulentamente reproducidos, o de otra forma concorra en la defraudación del autor, del artista, del productor de fonogramas o del organismo de radiodifusión (art. 119, inc. h).

#### 4. LAS COPIAS DE RESPALDO.

No resulta lícito alegar que el casete que reproduce sin autorización un disco, o las fotocopias de un libro, son copias de respaldo. Pero dentro de la informática, es absolutamente necesario realizar y poseer copias de respaldo de los programas, también denominadas copias de apoyo. *Back up* en inglés. En este sentido se debe regular con claridad la facultad del comprador del "soporte lógico" para realizar copias de apoyo para su archivo y uso personal.

#### 5. *LEGE FERENDA*. NUESTRA PROPUESTA.

Independientemente de que nuestro Ordenamiento jurídico llegue a contar con un Código Informático, en donde se regulen una serie de aspectos atinentes a la informática como objeto del Derecho, es indispensable reformar nuestra estructura normativa de inmediato, para tutelar muchos fenómenos actuales que se encuentran desprotegidos o deficientemente cubiertos, como el caso del "soporte lógico", con el afán de proteger la creatividad de nuestros informáticos.

Propongo que se discuta una reforma al Derecho Autoral costarricense, incorporando la normativa específica de "soporte lógico".

Es conveniente incluir en las normas que corresponda, junto a los conceptos "obra literaria y artística" el de "soporte lógico".

#### 6. BIBLIOGRAFÍA.

- (1) TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *La protección jurídica de los programas de computación*, Imprenta Venecia S.A., México, 1985, páginas 116 a 118.
- (2) CORREA, Carlos M., *Derecho Informático*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987, páginas 55 y 56.
- (3) *Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de Autor*, *Revista Derecho*

Asimismo en el artículo cuarto, debemos agregar la definición de "soporte lógico": como "el conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de que un 'ordenador' —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones— ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado." (5)

La incorporación de un capítulo específico, denominado "soporte lógico", como existe el de "obras cinematográficas", que contenga las siguientes regulaciones:

I. El autor de un programa de computación es la persona física o grupo de personas físicas que han creado el programa.

A menos que se disponga lo contrario por contrato:

a. Con respecto a los programas de computación creados por un grupo de personas físicas, el derecho exclusivo será ejercido en común.

b. Cuando un programa de computación sea creado bajo un contrato, la persona física o jurídica que encargue el programa estará facultada para ejercer todos los derechos respecto del programa.

c. Cuando un programa de computación sea creado en el curso de una relación laboral, el empleador estará facultado para ejercer todos los derechos respecto del programa.

d. Respecto de programas que sean generados mediante el uso de programas de computación, la persona física o jurídica que dé origen a la generación de programas subsecuentes deberá estar facultada para ejercer todos los derechos respecto de estos programas.

El inciso b) del artículo 119, se leerá así:

El que reproduzca obra literaria, artística o "soporte lógico" protegidos, sin la autorización del autor. Los propietarios de copias de programas de computación, podrán poseer hasta dos copias adicionales de respaldo para su exclusivo uso personal.

de la Alta Tecnología, año II, número 14, Buenos Aires, octubre 1989, página 21.

- (4) ARIAS SÁNCHEZ, Óscar, *Discurso pronunciado en el acto de la firma del decreto de creación de la Comisión de Política Informática*, San José, 25 de mayo de 1988.
- (5) *Proyecto de Disposiciones Tipo para Leyes en Materia de Derecho de Autor*, *op. cit.*