

Legislar asistido por computadoras

YARINA AMOROSO FERNÁNDEZ

Licenciada en Derecho

*Ministerio de Justicia. Especialista en asuntos Jurídicos
(CUBA)*

El Derecho ha de dar, no recibir moldes.

José Martí

DEL CALCULO A LA INFORMATICA

En 1941, un producto del genio creador del hombre entró en el escenario mundial: la computadora electrónica.

La introducción de los caracteres alfanuméricos en los programas de los ordenadores permitió almacenar, comparar y reproducir no sólo números del lenguaje matemático, sino también las palabras comunes del lenguaje natural. Así adquirió la computadora una capacidad como instrumento del conocimiento.

En la actualidad las computadoras se utilizan no sólo como herramienta auxiliar del cálculo, sino como medio eficaz para obtener y conservar información. Por eso sus aplicaciones hoy en día despiertan las expectativas de todos y la ubican también como un nuevo medio de comunicación.

Este desarrollo impetuoso de la revolución científico-tecnológica, ha traído aparejada la irrupción de la Informática –tecnología cuya esencia se resume en la creación, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos–, en las diferentes esferas del quehacer social, político y económico a

escala mundial. Ella ha producido transformaciones en todos los ámbitos de la vida social, ya que a los sectores tradicionales de producción agrícola e industrial, y de servicios, se agrega un cuarto: el sector de la información; y en éste los medios técnicos de computación juegan un papel fundamental.

INFORMATICA Y DERECHO

El Derecho y la profesión jurídica no pueden quedar al margen de un fenómeno como este tan impresionante y multisectorial.

La Informática interactúa con el Derecho en dos direcciones, dado su doble carácter de medio y objeto: como medio permite la aplicación de las máquinas computadoras a algunas actividades jurídicas y como objeto da lugar a reglamentaciones y nuevas normas que conforman lo que se ha dado en llamar el Derecho Informático.

Esta interacción Informática–Derecho exige a la vez la reelaboración de algunos conceptos jurídicos tradicionales y el desarrollo de nuevas concepciones, así como el análisis sistemático de los diferentes aspectos y efectos sociales de esta conjugación.

Son objetos de estudio del Derecho Informático los problemas relativos a la protección industrial de tecnologías informáticas y su transferencia, la protección jurídica del software y los datos, así como las consideraciones doctrinales acerca del valor jurídico del documento electrónico y la necesaria consideración dentro de las legislaciones de un concepto ampliado de documento, además de las normas relativas a las regulaciones del flujo de datos transfronterizas, entre otros aspectos jurídicamente tutelables.

Todo ello nos lleva a concluir que el Derecho Informático es el conjunto de normas e instituciones que regulan las relaciones jurídicas emergentes de la actividad informática y que facilitan el nexo de esta legislación especial con las normas tradicionales del Derecho.

EL PODER DE LA INFORMATICA

Frente a este nuevo tipo de experiencia jurídica, se han desarrollado también diferentes doctrinas como la del «libre flujo» y el «libre acceso» y tendencias que giran en torno a una amenaza potencial de las computadoras sobre el individuo», «el impacto social de la microelectrónica» y «la consolidación del poder de la información».

Es cierto que el advenimiento de la computadora y más aún la microcomputadora ha traído aparejado una profunda transformación de la sociedad, pero interpretar positivamente el fenómeno y utilizar sus ventajas en beneficio de la humanidad es lo que determina en última instancia el carácter del estatuto jurídico que se cree para darle protección.

También la Revolución Industrial de 1780 produjo serías transformaciones en la humanidad, y los logros y descubrimientos científicos de ella derivados fueron utilizados por el hombre con fines justos e injustos. ¿Por qué no analizar el fenómeno informático o la Revolución Informática a través del mismo prisma?

Sin lugar a dudas estamos ante la misma situación. No es la amenaza potencial del computador sobre el individuo, lo que provoca desvelo: es la utilización real por el hombre de los sistemas de información con fines policíacos y de espionaje.

No es el impacto social de la microcomputación lo que debe alarmar y preocupar, sino las políticas y estrategias que se aprueban y ponen en vigor sin tenerse en cuenta los intereses sociales.

No son los grandes sistemas de información los que afectan la vida privada sino la manipulación y especulación de los datos que dichos sistemas contienen, o el consentimiento de ello, por parte de individuos poco conscientes e irresponsables.

La humanidad no está frente al peligro de la Informática, sino frente a la posibilidad real de que individuos o grupos sin escrúpulos, con aspiraciones de obtener el poder que la información puede conferirles, la utilicen para satisfacer sus propios intereses, a expensas de las libertades individuales y en detrimento de los individuos y de las naciones más pobres, a las que pretenden convertir en «exportadores de datos en bruto» e «importadores de datos procesados».

Un análisis de las legislaciones que se han promulgado en diversos países arroja que las normas jurídicas que se han puesto en vigor están dirigidas a proteger de la información reunida y procesada mediante computadoras, e incluso en algunas de ellas se ha previsto formar un órgano especializado que proteja «los derechos de los ciudadanos amenazados por el computador electrónico».

Pero a juzgar por las publicaciones, las medidas jurídicas y organizativas son insuficientes, pues en los periódicos y revistas, e incluso publicaciones especializadas, dedican espacios a titulares tales como «la sociedad desnuda» y «del riesgo de una dictadura electrónica a la posibilidad de una democracia electrónica».

Así pudieramos ir relacionando otros ejemplos, pero estimo que éstos son razones suficientes para entender que no es la Informática la que genera el temor, sino la utilización que se le da por parte del hombre y de naciones a las innumerables ventajas que esta reporta.

El empleo razonable de grandes sistemas de información en interés de la sociedad, así como la protección segura de toda la información son factores predeterminantes de una actitud de respeto por esta ciencia.

Por otra parte, el sistema social en que cada uno es igual entre los iguales y libre entre los libres, constituye la mejor garantía de la protección de la vida privada en condiciones de una Revolución Informática.

INFORMATICA, DESARROLLO E INDEPENDENCIA

Como se sabe, dichas tecnologías relacionadas con la transmisión global instantánea y el surgimiento de nuevos subservicios de información, como el procesamiento de datos y la venta de conocimientos, son un importante factor en la transformación de las estructuras y sistemas de producción.

Sin embargo, para los países en desarrollo acudir a la industria del software significa aceptar las condiciones de la industria de productos informáticos perteneciente a los países desarrollados, cuya estructura informática es muy superior a la de nuestros países. De modo que los beneficios que se derivan de la transferencia de las tecnologías informáticas no inciden por igual en todas las partes involucradas en el proceso. Además las verdaderas dimensiones del mismo no han sido aún delimitadas; sobre todo lo referido a las implicaciones económicas y políticas que esta transferencia trae consigo.

El progreso tecnológico que debía beneficiar a la humanidad en su conjunto tiene efectos discriminatorios condicionantes, pues éstos se están utilizando por algunos países para reforzar la economía de mercado y sus mecanismos de dominación. Así imponen injustas relaciones de intercambio que les permiten mantener su ascendencia y supremacía financiera y comercial, mediante el uso masivo de las aplicaciones microelectrónicas en los sistemas de producción y los servicios, además de utilizarla abiertamente como medio estratégico para reforzar el poder político.

En el hemisferio occidental el presente está caracterizado por una relación de correspondencia entre dominación del mercado, concentración financiera y cambio tecnológico. La nueva estructura operativa de esta relación exige un marco adecuado para su expansión en nuestras repúblicas. Para eso requiere el fortalecimiento de la empresa privada y el libre mercado, lo cual explica en parte la estrategia norteamericana de imponer la llamada «doctrina del libre flujo y acceso informativo».

Esta doctrina pretende ser legitimada, alegando la extraterritorialidad de la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la cual establece el derecho a la libre expresión individual aplicada a las corporaciones transnacionales por dictamen de la Corte Suprema Federal.

Del mismo modo, en esta estructura operativa, América Latina figura como uno de los principales proveedores de «datos en bruto» y consumidores de «datos procesados». Esto evidentemente reproduce la antigua relación metrópoli-colonia, sustentada en el flujo de materias primas y productos manufacturados, hoy sustituidos por nuevas tecnologías de la información. Esto consolida la dominación colonialista e imperialista que se daba de manera

ramplante en el plano político y ahora desplazada al terreno económico e ideológico a través de la interacción entre bancos de datos, sistemas de redes digitales y conmutación por satélites. La dimensión actual y perspectiva de estos fenómenos atenta contra la preservación de la soberanía, la independencia y la identidad cultural.

Todo indica que en la década actual prevalece la tendencia a la consolidación del poderío norteamericano a través de los sistemas expertos y las computadoras de la sexta generación.

Por tanto para las grandes corporaciones transnacionales resulta de vital importancia establecer un sistema global de redes interactivas, así como incrementar el libre flujo informativo, extendiéndolo a la venta de conocimientos e ideas sin que medie la menor restricción.

Es por ello que para los países latinoamericanos se hace impostergable la necesidad de asumir con pasos concretos los reclamos ya formulados acerca de un nuevo orden de la información, aparejado al imprescindible nuevo orden económico internacional, como única solución viable a los actuales problemas de la región.

Las nuevas tecnologías de la información han de servir a los mejores intereses de la sociedad, pero ello exige que sean considerados en las estrategias de desarrollo y que se manifiesten en políticas expresas en nuestros países. La Informática puede brindar una importante contribución a la solución de los problemas sociales y económicos que afrontan los países latinoamericanos, pero ya hoy constituye un imperativo pasar de la retórica y las buenas intenciones a la creación, sobre la base del potencial humano especializado de que se dispone en la actualidad a nivel regional y que ya ha demostrado en la práctica la capacidad y posibilidad de hacer en esta esfera.

INFORMATICA Y PROTECCION LEGAL

Se impone la conformación de una infraestructura de producción de hardware y de desarrollo del software, orientada a satisfacer la demanda del mercado latinoamericano, en primer lugar, y que permita también la generación de fondos exportables a otras regiones. No obstante, la definición de tales políticas en torno a la producción y comercialización del software no puede estar desprovista de soluciones jurídicas relativas a su protección legal.

No pocos han sido los esfuerzos internacionales para lograr una protección jurídica del software, más las discusiones doctrinales en torno al tema continúan, mientras las dificultades de los productores y usuarios de programas aumentan y los métodos técnicos de protección proliferan.

En 1971, se reunió un Grupo Consultivo de Expertos Gubernamentales para la Protección de Programas de Ordenador, para asesorar a la OMPI en

la preparación de un estudio solicitado por las Naciones Unidas sobre la forma de protección jurídica más adecuada para el software así como de las posibilidades existentes en el marco de los acuerdos internacionales para facilitar el acceso de los países en desarrollo a esta información.

Otro Grupo Consultivo de Expertos no Gubernamentales prestó asistencia al estudio y se reunió en 1974, 1976 y 1977.

En la reunión de 1976, el Grupo Consultivo examinó la preparación de un tratado internacional para la Protección del Software, que no prosperó en los años siguientes.

En 1978 la OMPI publicó las Disposiciones Tipos para la protección del soporte lógico.

En 1983 la Conferencia General de la UNESCO y los Organos Rectores de la OMPI convocaron conjuntamente a un grupo de expertos sobre aspectos de derecho de autor en la protección de los programas del ordenador y soporte lógico.

Este grupo de Expertos se reunió en la sede de la OMPI en Ginebra en 1985, donde se aprobó un informe sobre algunos aspectos de importancia en materia de regulación jurídica del software. Se debatieron las posibilidades de aplicar la Ley de Derecho de Autor a los programas y los intentos de algunos países de adoptar un sistema de protección sui generis. También se destacó la importancia de los contratos para la utilización de programas, mediante los cuales podían establecerse ciertas garantías del control de las entradas iniciales en un ordenador y la posterior utilización del programa.

Como pasos sucesivos, el Comité Intergubernamental de la Convención Universal sobre Derecho de Autor y el Comité Ejecutivo de la Unión de Berna han convocado a reuniones conjuntas en junio de 1987 y junio de 1989 para examinar los textos de leyes, proyectos y decisiones de los tribunales que significarán algún avance en el campo de la protección por Derecho de Autor de los programas de computación.

Pero aún no se han rebasado los límites del estudio de las tendencias o formas nacionales de protección, y continúan proyectándose estos esfuerzos encaminados en tres direcciones fundamentales: la obtención de protección mediante leyes de propiedad industrial, mediante el Derecho de Autor y mediante protección especial.

El tratamiento genérico del problema a nuestro juicio también ha incidido en que no se haya llegado a una solución jurídica, pues para hallar una respuesta ante todo se impone distinguir bien el objeto a tutelar. En el caso que nos ocupa él mismo puede aparecer como programa fuente u objeto, o como programa ensamblador o compilador. También se distingue por su finalidad; es decir, si son programas generalizadores o soportes lógicos especiales, además de que pueden mostrarse como programas de explotación o de ejecución o simplemente de aplicación. Otro aspecto a tener en cuenta es

bajo qué régimen laboral fue creado, o si es producto de un trabajo individual o colectivo, por iniciativa propia o por encargo.

LA PROTECCION DEL SOFTWARE

Los problemas relativos a la protección del software tienen su origen en la producción de éste como producto autónomo con respecto al hardware.⁽¹⁾

Con el surgimiento de un mercado independiente de soportes lógicos, que convirtió a los programas de computación en objeto de comercialización y distribución, el problema del software se ha redimensionado, mientras el riesgo de su vulnerabilidad se ha incrementado, y con ello se acentuó el interés de los productores de obtener una protección adecuada a sus productos, para recuperar la enorme inversión que significa mantener el desarrollo del software.⁽²⁾

Sin embargo, éste no debe ser el único móvil que debe hacernos reflexionar para hallar una solución legal que tutele jurídicamente los programas de computación.

El software en cuanto a su contenido y destino es un objeto dotado de valor económico intrínseco. Su valor no depende de la materia que le es incorporada, sino del factor intelectual integrado al momento de su creación, del uso de que sea objeto y de la información que contiene. De modo que nos encontramos frente a un verdadero bien, por su característica inmaterial, pero susceptible de ser reconocido por el Derecho como otros bienes que, desde hace más de un siglo, son objeto de protección jurídica.

El software es la parte intangible de todo ordenador y el mismo juega un papel decisivo como componente de todo sistema informático. El constituye el elemento más dinámico para la difusión de la informática en las más disímiles aplicaciones.

Los programas de computación son el resultado de un esfuerzo intelectual, en el que hay inversión de tiempo y de recursos y como producto tiene valor de uso. Otro rasgo peculiar es que el soporte lógico puede incrementar sucesivamente su valor en virtud de la información que contenga, si lo vemos vinculado al sistema informativo.

LA CREACION CREA RELACIONES

El programa de computación al ser creado puede ser adaptado, actualizado o reemplazado a otra computadora, y ser objeto de comercialización, de

⁽¹⁾ Hemos iniciado la década del 90 y según los cálculos de autoridades competentes la venta de micros excede en 70%, en comparación con los años 80, en cuanto al software se superó en un 80%.

⁽²⁾ Los programas de software que actualmente demandan los usuarios son de tal complejidad que su producción sólo es posible gracias a una verdadera división del trabajo de creación y considerable inversión de recursos. El costo de desarrollo de un software puede superar el

alquiler, arrendamiento o de licencia de uso, actos que constituyen relaciones jurídicas.

Por otra parte, el silencio jurídico genera efectos nocivos al desarrollo de la Informática y a la difusión de todas sus aplicaciones, pues si bien algunos soportes lógicos por su carácter estrictamente confidencial nunca se dan a conocer, la ausencia de una protección jurídica eficaz conlleva a que numerosos propietarios de derechos relativos a estos productos, atenten contra el proceso de divulgación de tecnología informática moderna y opten por mantener en secreto las más novedosas aplicaciones.

De igual modo, los partidarios de una protección jurídica del software se fundamentan en que la ausencia de protección puede ser particularmente perjudicial, teniendo en cuenta la naturaleza de estos programas, los cuales son susceptibles de múltiples acciones ilícitas en detrimento de su creador.

PIRATAS Y ANTIPIRATAS

Entre los problemas que atenta contra el autor, productor o comerciante de software, están las conductas «piratas». Mediante ellas se comercializan los programas a un precio muy inferior al legítimo, porque existe una producción ilegal fácil, poco costosa y con mercado seguro, pues los usuarios las adquieren interesados fundamentalmente en conservar copias de respaldo.⁽³⁾

Sin embargo la naturaleza del objeto en cuestión no se aviene a los patrones tradicionales que regulan estas relaciones, y por tanto reclama del Derecho respuestas concretas que refuercen la seguridad jurídica de las partes vinculadas en esta nueva experiencia, así como de los intereses en juego.

Hasta el momento se ha demostrado que la búsqueda de protección contra la piratería del software abarca tanto el campo técnico como el jurídico. Pero si bien en lo jurídico las respuestas eficientes están aún por darse, las iniciativas de protección por medios técnicos –tales como esquemas con determinadas técnicas de programación, tarjetas o pulgs de propósito especial, complejos sistemas de formatos de disketes–, no han resultado todo lo seguras que se esperaban, ni cuentan con el apoyo de los usuarios consumidores. Ellos temen a las consecuencias de estos medios anti-copias que pueden destruir el software adquirido e interrumpir el trabajo en un momento de vital importancia. Además, en su contra se ha desarrollado y difundido una corriente de software copiadores que desconentan técnicas de protección incorporadas al software legítimo.

millón de dolares y requiere el empleo de medios (ingeniería de software) que permitan sostener el ritmo del mercado.

⁽³⁾ Según la Computer Software and Segrises Industria Association (ADAPSO) las pérdidas en ventas de software de microcomputadoras en los Estados Unidos por concepto de mercado paralelo de copias ilegítimas fue en 1985 de aproximadamente 1000 millones de dolares en el país y 500 millones de igual moneda en el exterior.

En el caso específico de los mainframes los proveedores se protegen en especial contra los usos no autorizados. Así, por ejemplo, en el caso del software objeto de anualidades, insertan en el programa el aviso para el pago y sistemas que desconectan al equipo una vez transcurrido el término fijado.

EL LABERINTO DEL DERECHO

Por su parte, el debate en el campo jurídico se concentra en cuál es el régimen legal adecuado a la naturaleza y dinámica de los programas de computación.

Aunque la doctrina concuerda en aceptar a priori múltiples medios de protección, de distinto alcance y eficacia, que se enmarcan en las instituciones de la propiedad intelectual, el debate se centra en la diferencia de intereses económicos en juego. De un lado están, los productores y exportadores principales, quienes se esfuerzan por lograr una reglamentación nacional e internacional que asegure su monopolio en el mercado; y del otro, aquellos que todavía no tienen desarrolladas capacidades propias de creación y por lo tanto necesitan amplio y libre acceso a la industria informática moderna.

En un inicio se acudió a la protección por invención, especialmente para los programas de computación que se relacionaban con la manipulación de una máquina. Pero por la naturaleza del software y su evolución independiente del hardware, se hizo cada vez más difícil llevar a cabo un examen de novedad ⁽⁴⁾ y actividad inventiva tradicional en los programas, recopilar la información técnica anterior y realizar una búsqueda adecuada. Además, aun cuando el examen podía realizarse, el proceso duraba de 18 meses a 6 años, lo cual es un período demasiado largo en comparación con el dinamismo de la industria informática actual.

Otros inconvenientes de ésta fórmula de protección son, los siguientes: un período de duración de las patentes –hasta 20 años en muchos países–, y que el procedimiento de patentes implica el libre acceso de cualquier persona a la invención en detalle, y esa divulgación ilimitada al público propicia la copia ilegal por los competidores.

Por todo ello, y sobre la base de la exclusión expresa que la Convención de Munich sobre Patente hizo de los programas de computación, los países que fueron abanderados de estas posiciones como Francia, Italia, Alemania, Reino Unido, Suecia, Dinamarca y Finlandia, excluyeron al software del campo de las invenciones patentables.

No obstante, la jurisprudencia de Estados Unidos, Japón y Francia, admiten la posibilidad de proteger programas de computación mediante patentes, cuando el software sea un medio de fabricar ciertos artículos patentables o de controlar procesos cuyo resultado puede ser sujeto de un régimen similar.

⁽⁴⁾ Sólo el 1% de los productos analizados responden al criterio de novedad.

DERECHO DE AUTOR

Ante la imposibilidad de aplicar las instituciones de patentes al software, por cuanto resulta muy difícil concretar en él las características exigidas para una invención, se ha ido formando un fuerte bloque doctrinal, el cual se ha acogido a la protección por medio del Derecho de Autor.

Como se conoce, las instituciones del Derecho de Autor brindan protección a las obras literarias, artísticas o científicas. De ahí que estas instituciones, de inicio, parecen inapropiadas para la protección del software, el cual en sí mismo contiene ideas de naturaleza funcional encaminadas a un resultado. Sin embargo, los afiliados a estas posiciones alegan que los programas de computación aparecen en primer lugar en forma escrita, como código fuente, semejante a un trabajo literario; y por tanto, pueden ser protegibles los derechos de los titulares con inclusión en el programa de una mención de Reserva, que consiste en un símbolo (C), seguido del nombre del titular y el año de su creación, obviando el examen de originalidad, el registro, el análisis del valor estético y otras exigencias.

Los críticos de la protección del software por el Derecho de Autor, alegan, por su parte, que al Copyright tiene una vigencia muy larga –toda la vida y entre los 25 y 80 años posteriores a la muerte del autor– lo cual entra en contradicción con la naturaleza dinámica del mundo de la informática, donde la vida útil de un software termina en 3-5 años. Además, este medio ofrece un marco de protección muy restringido en algunos casos y amplio en otros. Así, por ejemplo, el derecho autoral concede amplias atribuciones al autor sobre la conservación de la integridad de la obra, lo cual prohíbe que una obra se modifique o adapte sin su consentimiento.

En el campo del software esto se opone a las necesarias adecuaciones y traducciones que un programa requiere. Por otra parte, el Derecho de Autor no incluye en el ámbito de su protección ninguna limitación a la utilización desautorizada de la obra, porque lo que se prohíbe es la copia o traducción de una obra protegida, pero no su uso con fines no comerciales.

No obstante, a pesar de las limitaciones enunciadas en la actualidad la institución del Derecho de Autor es una de las formas más utilizadas o aceptadas doctrinalmente para la protección jurídica del software a nivel internacional.

En la actualidad 20 países han incluido explícitamente la protección jurídica del software en sus legislaciones de Derecho de Autor. Entre ellos figuran Estados Unidos, Francia, Japón, Italia, Turquía, Irlanda, Alemania, Reino Unido, Hungría, Brasil, Canadá, España, Taiwan, India, Singapur, Corea del Sur, Indonesia y Malasia. Mientras otros muchos lo aceptan jurisprudencialmente a través de las decisiones de los Tribunales en la solución de conflictos.

Sin embargo, estos países no han realizado modificaciones sustanciales en las regulaciones que comprenden la legislación autoral; sólo Francia y Japón, hasta el momento, han introducido cambios significativos, dirigidos fundamentalmente a limitar el período de vigencia de la protección para el software a 25 años en Francia y 15 en Japón, así como prohibir el uso no autorizado y permitir las copias de salvaguardia. En el Reino Unido se prevén cambios similares.

En América Latina encontramos que Brasil introdujo un conjunto de disposiciones destinadas a regular la comercialización de programas en el país y a fomentar la industria nacional. Por cuanto condicionan la introducción de un software importado a la inexistencia de un software equivalente en el mercado nacional.

EN BUSCA DE OTRAS FORMAS

Paralelamente a las discusiones doctrinales e impedimentos reales, se comenzó a gestar la práctica de protección mediante el régimen jurídico de marcas, esencialmente para la comercialización de los programas, por su función diferenciadora e indicadora de una calidad estable en el mercado. Mas esta fórmula no alcanza a la protección del producto en sí mismo y en realidad sólo tiene efecto como forma complementaria a otras prácticas de protección, pues su fin fundamental es darle publicidad al servicio o al producto.

Otro régimen de protección utilizado, y a nuestro juicio el más difundido y directo, es el que se establece mediante las cláusulas de discreción de contratos de comercialización o arrendamiento, ya que con la inserción de estas cláusulas en los contratos, los autores se protegen de la divulgación o utilización no autorizada de un determinado programa, durante un tiempo que puede incluso exceder al del contrato mismo. Esta institución se adecua a los programas de computación, por cuanto se protege la idea misma independientemente de su soporte físico y por tanto el creador tiene la oportunidad de reclamar sus derechos frente al receptor, basándose en la legislación civil e incluso penal.

Al suscribirse el contrato, el propietario logra mediante cláusulas de confidencialidad adecuadas, proteger y preservar su derecho de prioridad y sus beneficios económicos frente a la otra parte. También se logrará limitar la capacidad de esta última para obtener beneficios directos del uso del software en cuestión.

Claro esta fórmula no sólo tiene virtudes: los inconvenientes de la protección del software, mediante las cláusulas de discreción en los contratos de comercio o arrendamiento, están dados en las dificultades que surgen para impedir que las personas no vinculadas por el contrato divulguen o utilicen un programa; por cuanto estas cláusulas sólo obligan a las partes contratantes y no así a terceras personas. Además, esta forma de protección es contradicto-

ria con la amplia divulgación que deben tener los avances de la Informática, para evitar la duplicidad de resultados y el consecuente gasto de recursos, tanto humanos como materiales.

Asimismo, desde el punto de vista de la tipificación de las conductas ilícitas, resulta muy difícil de demostrar el incumplimiento de estas cláusulas, pues el quebrantamiento del compromiso contraído se da sólo en caso de una copia strictu sensu, con lo cual resulta muy difícil de probar la responsabilidad de quién es titular del uso del software. Del mismo modo existe la brecha para el estado de impunidad, dado el hecho de que un autor pueda asumir el mismo método seguido por el titular del programa sujeto de la cláusula de discreción, con el fin de producir su «propio producto».

UNA PROTECCION A LA MEDIDA

Como se puede comprobar, a pesar de los esfuerzos la incertidumbre en el campo de la protección jurídica del software aún está latente. Es por ello que en respuesta a esta realidad se empiezan a dar pasos, cada vez con más fuerza encaminados a la búsqueda de una protección sui generis, que sea concebida específicamente a los requerimientos del software y que supere las deficiencias de las demás formas aplicadas.

Sirven de base a este esfuerzo las Disposiciones Tipo que aprobó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 1978.

Estas disposiciones contienen reglamentaciones generales que pueden adoptarse como ley independiente o no, por cuanto su objeto es complementar la legislación existente sobre el soporte lógico. Las mismas definen el software; atribuyen su propiedad a los creadores, sucesores y accionarios y tratan el tema de desarrollo de programas en el marco de un empleo; exigen originalidad para reconocer la protección; recogen los derechos del propietario; definen las acciones que constituyen violación, indican medidas de solución en caso de infracción y fijan un plazo de duración de la protección.

Ello no quiere decir que deben ser asumidas esquemáticamente por todos los países, pero sí constituyen un punto de partida para la adecuación de lo que en ellas se preceptúan con las necesidades y condiciones presentes y perspectivas del desarrollo de la Informática en nuestros países.

Francia, Brasil y Japón hicieron algunos intentos de legislación especial, incluso este último realizó una propuesta concreta de legislación para la protección del software dentro de un sistema especial.

Otros países, como Suiza y Grecia están realizando estudios de leyes sui generis para aplicar a la protección del software.

Pero, a nuestro juicio, las soluciones puramente nacionales serían insuficientes, ya que no dejarían de ser parciales frente a la dimensión internacional que caracteriza este problema. Esto evidencia que ante el fenómeno informá-

tico es necesario desarrollar un régimen jurídico internacional, donde se establezcan las normas que garanticen su compatibilidad y aplicación adecuada, en correspondencia con los diferentes niveles de desarrollo tecnológico que caracteriza al concierto de naciones.

EN SINTESIS: ALGUNAS RECOMENDACIONES

1. El tema del software debe ser analizado integralmente a la luz del desarrollo tecnológico y económico de América Latina, a fin de trazar una estrategia común e integradora para el área, basado en la experiencia de los países que la componen.

2. La esencia del software, su importancia y especial naturaleza exige medios de protección técnica y jurídicos que aseguren eficazmente los derechos de los titulares.

3. La fórmula de protección jurídica del software debe ser concebida especialmente para éste, e integrada con elementos de las fórmulas tradicionales de protección que se han utilizado hasta el momento, lo cual no excluye el carácter supletorio de algunos de esos sistemas jurídicos.

4. La búsqueda de soluciones jurídicas para la protección del software y los datos debe estar precedida por el análisis de su vulnerabilidad, consecuencias, y la importancia estratégica del software, por lo que se exige legislar con mentalidad multidisciplinaria, pero con políticas informáticas bien definidas.

BIBLIOGRAFIA

ALTAMARK, RICARDO, «La etapa precontractual de los Contratos Informáticos», La Habana, 1987.

BURGUET RODRÍGUEZ, M.^a CECILIA, «Proyecto de Política acerca de la Protección Legal del Software». 1988.

CORREA, CARLOS MARÍA, «La protección legal del Software y los países en desarrollo».

CORREA, CARLOS MANUEL, SUSANA CZAR DE ZALDUENDO, FÉLIX A. NÁZAR ESPECHE, «Derecho Informático» *Ediciones Depalma*, Buenos Aires. 1987.

MARTINO ANTONIO A., «La Informática Hoy», La Habana 1987.

VENGÜENOV A., A. DANILÉVIC, «Derecho, Moral y Personalidad», *Editorial Progreso*, 1987.

Oficina Intergubernamental para la Informática de América Latina; «Conferencia Información sobre la Problemática del Software». 1988.

OMPI; «Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico». 1978.

Granma; 10 de Octubre de 1988.