

# El derecho a la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías de la información y comunicación

Uno de los problemas más importantes que enfrenta el derecho de la informática es el de la protección jurídica derivada de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Entre todas éstas, se destacarán dos de ellas que parecen en especial significativas: la protección de los programas de computación y la de los nombres de Dominio.

## **PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN (SOFTWARE).**

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), considera a los programas un conjunto de instrucciones expresadas en un lenguaje natural o formal; así, una vez traducidas y transpuestas en un soporte descifrable por una máquina de tratamiento de datos o por una parte de esta máquina, se pueden efectuar operaciones aritméticas y sobre todo lógicas, en vías de indicar u obtener un resultado particular.

En la década de los sesenta 70% del capital destinado al desarrollo de la industria informática se empleaba en el área de componentes físicos (hardware) en tanto que 30% se canalizaba al área de soporte lógico (software). La industria de programación absorbe actualmente 70% de los costos, cantidades difícilmente amortizables, entre otras causas por la falta de un adecuado régimen regulador que impida o limite las continuas actitudes de apoderamiento ilícito en perjuicio de los creadores y usuarios.

### *Aspectos técnicos.*

Los programas fuente o Sistemas Operativos están ligados al funcionamiento de la máquina y guardan una estrecha relación con las memorias centrales y auxiliares de la computadora a través de dispositivos como los compiladores, traductores, intérpretes, editores, etc., que permiten el adecuado enlace entre la máquina y los trabajos del usuario.

Los programas objeto o de aplicación son los realizados para satisfacer las necesidades más variadas de los usuarios, que facilitan el tratamiento de datos definidos de manera concreta y que resultan dissociables de la máquina. Algunos de estos programas resuelven las necesidades de un gran número de usuarios y otros responden "sobre medida" a necesidades específicas de determinados usuarios.

### *Aspectos económicos.*

Los programas de cómputo son una de las máximas manifestaciones del producto-información han provocado un apuntalamiento de la industria de programación, lo cual ha provocado que los problemas en torno al software rebasen el ámbito puramente técnico para alcanzar niveles económicos y, por ende, jurídicos.

### *Despilfarro.*

La falta de protección ha causado que las empresas creadoras de software destinen, la mayoría de las veces, considerables sumas de dinero para desarrollar programas similares (si no es que iguales) a los de sus competidores.

### *Pillaje.*

La lucha continua para dominar el mercado de programación en la industria informática por las empresas especializadas y aun por los intereses de los particulares genera un sinnúmero de acciones tendientes al apoderamiento dentro de los "términos" más técnicos posibles, mediante métodos directos o indirectos, sofisticados o no, mala o aun buena fe por manifestaciones como el robo, espionaje industrial, chantajes físicos o morales, etc., lo cual ha propiciado una búsqueda desesperada de soluciones por los creadores de programas.

### *Intento de solución: el uso de la criptografía.*

Esto ha ocurrido de acuerdo con la forma de un resguardo secreto de los programas, así como con dispositivos más sofisticados como la criptografía, códigos casi indescifrables o introducción de instrucciones que impiden el copiado de programas llegando hasta el bloqueo o destrucción total de éstos.

### **Régimen jurídico aplicable.**

#### *Vía civil.*

##### *a) Contratos.*

En los contratos se establece un conjunto de cláusulas alusivas a la seguridad y protección de los programas, en las que se consigna el eventual acceso a éstos por personas no autorizadas, uso inadecuado, modificaciones no pactadas, destrucción de información, etc. Todo ello implica un régimen de confidencialidad y resguardo bajo secreto.

#### b) Competencia desleal.

La acción de la competencia desleal es la vía jurídica que permite contrarrestar los actos de competidores que son contrarios a los usos honestos del comercio, y principalmente los que puedan crear una confusión con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; los alegatos falsos que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos, o la actividad industrial o comercial de un competidor; las indicaciones o alegatos susceptibles de inducir al público al error sobre la naturaleza, la forma de fabricación o las características de las mercancías, etcétera.

Para que un individuo (o una empresa) pueda ser objeto de una acción en competencia desleal es necesario que cause un perjuicio por el hecho de "sustraer" de modo furtivo un secreto de empresa.

#### c) Enriquecimiento sin causa.

Para triunfar en una acción basada en la teoría del enriquecimiento sin causa, el demandante debe probar que la utilización de su idea o invención por un tercero ha permitido a éste enriquecerse y que correlativamente ha provocado un empobrecimiento.

#### *Vía penal.*

Se ha llegado a considerar que delitos como el robo, el fraude, el abuso de confianza o los llamados secretos comerciales (figura estadounidense) y secretos de fabricación (figura europea) se presentan como medios de solución frente al problema; empero, dichas instancias parecen no estar integradas por elementos tales que permitan atribuir una cabal asimilación.

#### *Propiedad industrial.*

##### a) Marcas.

Desde el punto de vista económico, la marca es un signo que tiende a procurar a la clientela, la mercancía o el servicio que busca y paralelamente a la empresa una clientela apegada a la marca. La Organización Mundial de la Protección Intelectual (OMPI) define por marca "un signo visible protegido por un derecho exclusivo concedido en virtud de la ley, que sirve para diferenciar las mercancías de una empresa de las mercancías de otra empresa".

##### *Patentes.*

Toda invención, para ser susceptible de atribuirle una patente, requiere denotar una novedad, actividad inventiva, así como una aplicación industrial. De estos elementos, los dos primeros revisten mayor grado de dificultad en función de la complejidad del llamado #estadoDeLaTécnica, con base en la existencia o no de antecedentes, así como que dicha invención resulte o no evidente.

En el caso de los programas de cómputo se discute en torno a esas anterioridades y evidencia en los términos de que no presentan caracteres suficientes para atribuirles una patente. Algunos autores (y aun plasmado en los ámbitos legislativo y jurisprudencial) consideran que dicha figura no es aplicable, mientras que otros opinan lo contrario, al adquirir fuerza nuevamente esta figura legal, según se aprecia en líneas posteriores.

*Propiedad literaria y artística (derechos de autor).*

Los autores que han coincidido en aceptar (incluso secundados por disposiciones legislativas y judiciales) a los derechos de autor como la figura más aplicable frente al problema son varios: con todo, se considera que algunas prerrogativas (como el término de duración de los derechos, el ejercicio de los derechos de exposición, la representación pública, la divulgación, el retiro de obra, etc.) no encuentran un acomodo acorde con la naturaleza de los programas de cómputo, provocando que el convencimiento no pueda manifestarse en forma plena.

### **Situación nacional.**

México ha alcanzado, sin duda alguna, un grado de desarrollo muy prometedor en la industria de programación, lo cual, evidentemente, ha motivado la aparición de considerables controversias en relación con la propiedad de los programas. La #LeyFederaldePropiedadIndustrial no considera invenciones a los programas de cómputo y, por tanto, no son susceptibles de obtener los beneficios de una patente.

### **Tendencias actuales de protección.**

La protección por medio de patente y los derechos de autor son aspectos complementarios. Una #patente protege una invención, dentro de los límites de las reivindicaciones, que determinan el alcance de la protección concedida. De esta forma, el titular de una patente por una invención implementada en computadora tiene derecho a impedir la utilización por terceros de cualquier programa informático que aplique su invención (tal como se define en las reivindicaciones).

Este principio es aplicable a pesar de que puede haber diversas vías para conseguirlo, utilizando programas cuyos códigos fuente o códigos objeto sean diferentes y de que puedan protegerse a la vez con derechos de autor independientes que no se infrinjan de forma mutua.

Por otro lado, de conformidad con la Directiva 91/250/CEE acerca de la protección jurídica de programas de computadora, sólo se protege mediante #derechosDeAutor la expresión del programa de computadora, mientras que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa, incluidos los de sus interfaces, no pueden acogerse a aquéllos. El programa de computadora estará protegido si es original en el sentido de que sea una creación intelectual de su autor. En la práctica, esto significa que los derechos de autor seguirán existiendo en cualquier expresión del código fuente o del código objeto de un programa, pero no en las ideas y principios implícitos del código fuente o del código objeto de dicho programa. Los derechos de autor prohíben la copia sustancial del código fuente o del código objeto, pero no impiden las múltiples vías alternativas para expresar las mismas ideas y principios en distintos códigos fuente o códigos objeto.

Según el estudio anual concerniente a piratería de "software global, elaborado por la Bussiness Software Alliance (BSA) y la International Data Corporation (IDC), se percibe que la piratería de programas de cómputo sigue planteando desafíos a la industria y a la economía global.

## **PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS NOMBRES DE DOMINIO.**

La historia del sistema de nombres de dominio, DNS (Domain Name System), se remonta a la década de los setenta, cuando cada una de las computadoras conectadas a la red tenía asignada una dirección numérica (de la misma forma que los teléfonos actuales tienen asignado un número telefónico). Para acceder a dichos equipos de cómputo era necesario recordar la dirección numérica de cada uno, ya que el esquema de nombramiento en aquel tiempo era bastante limitado.

El DNS, diseñado por Paul Mockapetris, buscaba un objetivo muy simple - desempeñar una función técnica de traducción de nombres de equipos de cómputo a su dirección numérica correspondiente- que fuera conveniente, amigable y fácil de utilizar por los usuarios de internet, es decir, proveer un esquema de interpretación entre los usuarios y las computadoras, sin que los primeros tuvieran la necesidad de recordar las direcciones numéricas de cada uno de los equipos a los que intentaban comunicarse, por ejemplo:

131.178.11.16 o 200.23.1.7, en vez de www.mty, itesm.mx y www.nic.mx, respectivamente.

La realidad es que este esquema, el DNS, cumplió con su intención y, más que eso, los nombres de dominio no sólo fueron para los usuarios una manera fácil de conectarse a los equipos en la red, sino que además significó una manera simple de representar ideas, productos, servicios, empresas, organismos, etc. El fenómeno del WWW le aplicó una aceleración importante al registro de dominios y pronto vendrían los problemas.

A partir de este punto, fue imposible dar marcha atrás a un esquema de nombramiento que empezó por ser técnico y, gracias a la comercialización de internet, acabó generando conflictos con esquemas sociales definidos anteriormente.

La administración de los GTLD (Generic Top Level Domain) fue un trabajo, inicialmente académico, realizado por el Instituto de Investigación de Stanford en Menlo Park (SRI) y conocido como SRI-NIC. Este instituto mantuvo el registro de dominios bajo los GTLD, con el auspicio del Departamento de Defensa de Estados Unidos, desde mediados de la década de 1980 hasta principios de la década de 1990, cuando la National Science Foundation (NSF), del Departamento de Educación, tomó esta responsabilidad, y en marzo de 1992 realizó una licitación para asignar la función del registro de nombres de dominio bajo los GTLD.

Actualmente, los registros se realizan en la mayoría de los países por medio de su respectivo NIC (Network Information Center).

Uno de los primeros casos de disputa legal por nombres dominio sustentados en una marca, y quizá el más conocido en su tiempo, fue el del nombre de dominio mcdonalds.com, registrado por el estadounidense Joshua Quittner, con la intención de probar que el sistema de resolución de controversias era inadecuado. Al enterarse de esto, la cadena de restaurantes McDonald's inició un proceso de disputa por la titularidad del nombre de dominio, objetivo que no consiguió con el proceso de resolución de disputas y tuvo que pagar por este dominio a Quittner, quien decidió donar lo recaudado a una institución de beneficencia una vez conseguido su objetivo.

Se solicitó a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) iniciar un procedimiento transparente y balanceado que incluya a todos los grupos de interés relacionados con el registro de dominios para:

- Desarrollar recomendaciones uniformes destinadas a resolver disputas entre nombres de dominio y marcas registradas.
- Recomendar un procedimiento para proteger las marcas famosas.

- Evaluar los efectos para incluir nuevos nombres de dominio genéricos que compitan con .com, .net, .org.
- Crear la UDRP (Política Uniforme de Resolución de Disputas).

De esta forma, la OMPI inició la primera ronda de consulta sobre nombres de dominio y marcas, en la cual se buscó dar solución a esos tres puntos.

Cuando la OMPI finalizó su trabajo con el informe final, éste fue sometido a estudio de la corporación recién establecida, ICANN. En octubre de 1999, el Consejo Directivo de ICANN aprobó la aplicación de la Política Uniforme de Resolución de Disputas (UDRP) para los dominios registrados bajo los GTLD. Esta política ataca la problemática inicial entre nombres de dominio y marcas registradas, pero sobre todo busca resolver las disputas por la mala fe en el registro y uso del nombre de dominio.