

LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN Y SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Manuel BECERRA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Problemática de la protección de los programas de computación.* III. *¿Qué es un programa de computación?* IV. *Vías de protección del software.* V. *La protección legal en México de los programas de computación.* VI. *El TLCAN y los programas de computación.* VII. *La legislación de diciembre de 1996.* VIII. *Concepto de programa de computación en la ley.* IX. *Programas excluidos de la protección.* X. *Titularidad del programa.* XI. *Los derechos morales.* XII. *Los derechos patrimoniales.* XIII. *Transmisión.* XIV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que los programas de computación, así como los bases de datos, tienen un alto valor en el mercado, y de ahí la importancia de su protección a nivel internacional, sobre todo para los países productores de este tipo de tecnología. Para ilustrar su importancia basta decir que para países desarrollados como Suecia, Estados Unidos, Holanda y Reino Unido, los ingresos provenientes de la comercialización de obras protegidas por el derecho de autor representan entre un 2.4% y 6.6 % de su Producto Nacional Bruto.¹ Ahora bien, la poderosa industria estadounidense del *software*, como se le denomina en inglés, que tiene su capital en Silicon Valley, California, domina casi el 70 % del mercado mundial, lo que explica el interés de este país por proteger esta tecnología como medio o vía de creación de empleos.² Aunque habría que mencionar que los métodos

1 Caballero Leal, José Luis, “Regulación jurídica de los programas de computación a la luz del Tratado de Libre Comercio”; *Revista Mexicana de Justicia*, México, nueva época, núm. 1, enero-marzo de 1993, pp. 51 y 52.

2 Por ejemplo, se habla de que en la ciudad de Seattle, la sede de Microsoft, existe una estadís-

empleados por Estados Unidos, por ejemplo, la expedición de leyes de aplicación extraterritorial son jurídicamente cuestionables a la luz del derecho internacional público.³ Independientemente de la acción misma de las empresas estadounidenses, por ejemplo, las empresas Lotus, Microsoft, Ashton-Tate, Wordperfect, Aldus y Autodesk, organizadas alrededor de la Alianza Comercial del Software (BSA, por sus siglas en inglés) tienen una gran capacidad de cabildio y de presión no solamente en América Latina, sino en todo el mundo.⁴

México no es un productor importante de *software*, pero hay que reconocer que tiene una gran potencialidad,⁵ ya que cuenta con los recursos humanos, y el amplio mercado de México y de América Latina es un poderoso incentivo.

II. PROBLEMÁTICA DE LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

La protección jurídica de los programas de computación es compleja y se ha dificultado en virtud de que se trata de una tecnología que no encaja fácilmente en los conceptos tradicionales de la propiedad industrial o el derecho de autor. A tal grado es difícil encuadrar esa protección, que en algunos países de Europa Oriental se les protege tanto por la normatividad de derecho de autor como por la de propiedad industrial, específicamente de patentes, cuando “el *software* de aplicación incluye ‘novedad, utilidad directa y resultado técnico’”;⁶ o bien, en estudios bastante acucio-

tica en que se manifiesta que “por cada empleo directo en la empresa se crean 3.5 empleos indirectos” Avilés, Rosario, “Mejoran las condiciones para combatir a los piratas”, *Urania*, año 3, núm. 16, marzo-abril de 1997, p. 34.

3 Véase Becerra Ramírez, Manuel, “Propiedad intelectual y soberanía”, en *El papel del derecho internacional en América, la soberanía nacional en la era de la integración regional*, México, UNAM, The American Society of International Law, 1997, pp. 385-399.

4 Neff, Richard E., “Repercusión internacional de la piratería de programas de computadora”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-marzo de 1993, pp. 39-50.

5 En México existen aproximadamente más de 300 empresas que se dedican a la fabricación de programas de computación, pero en opinión de los especialistas no se encuentran desarrolladas en virtud de que hace falta capital que apoye a la invención, protección y vinculación entre universidades y empresas (según Mauricio, funcionario de Microsoft. Véase: Avilés Rosario, *op. cit.*, *supra*.)

6 Gyortyáfy, Péter, “Protección del *software* bajo el derecho de autor en los países del Centro y este de Europa”, *Derecho de la Alta Tecnología*, Buenos Aires, año VI, núm. 69, mayo de 1994, p. 6.

sos y profundos se plantea un nuevo, un “tercer paradigma” para la protección de los programas de computación.⁷

La dificultad de la regulación de los programas de computación tiene que ver con la misma tecnología que está involucrada, la cual es sumamente fácil de reproducir, y además que esa misma tecnología hace que sus conceptos técnicos sean difíciles de traducir a la ley. Quizá, tomando en cuenta la singularidad de esta tecnología de los programas de computación, hubiera sido más adecuado crear un nuevo modelo de regulación, en lugar de “subirse a carro” de la Convención de Berna, al considerarse a los programas de computación como obras literarias; con todo lo que esto implica; es decir, aplicar una estructura jurídica internacional hecha en otra época, en donde la moderna tecnología de la computación no era relevante⁸ y con una filosofía diferente. Aquí, nos referimos a la filosofía que priva en la Convención de Berna sobre la Protección del Autor; en frente del carácter meramente comercial de los productores de *software*, que como sabemos son verdaderos conglomerados en donde la idea de un solitario autor es impensable. Dicho en otros términos, se habla de una pugna entre el humanismo, que es la esencia de la Convención de Berna, frente a un economicismo, que es la esencia de la exigencia de la protección de los programas de computación.

III. ¿QUÉ ES UN PROGRAMA DE COMPUTACIÓN?

Técnicamente hablando, un programa de computación es una lista de instrucciones que ejecuta la computadora, a fin de alcanzar el resultado deseado por el programador. Esto en virtud de que la máquina que es la computadora, al no poder pensar por sí misma, se le debe decir exactamente qué debe hacer.

7 Véase simposio “Toward a third Intellectual Property Paradigms”, *Columbia Law Review*, vol. 94, núm. 8, diciembre de 1994.

8 El especialista francés André Bertrand con conceptos más duros se refiere a la Convención de Berna: “La Convención de Berna, adoptada por primera vez en 1886, ha sido reformada varias veces durante el siglo que corre, para tomar en cuenta el efecto de las nuevas tecnologías y las demandas de la mayoría de los países del Tercer Mundo. En consecuencia, la actual versión de la Convención de Berna es no solamente un muy mediocre documento legal, lleno de disposiciones confusas y conflictivas, sino que, además, es la menos aplicada de todas las convenciones internacionales, debido al hecho de que no contiene ningún sistema de aplicación compulsiva”. Bertrand, André, “Temas prácticos en conflictos internacionales relacionados con derechos de propiedad intelectual en materia de *software*”, *Derecho de la alta tecnología*, Buenos Aires, año VI, núm. 69, mayo de 1994, p. 16.

Pero como las computadoras sólo entienden un “lenguaje de máquina”, es decir, un código binario que consiste totalmente en series de isunos y osceros, lo cual es incómodo y muy difícil entender para la gente no especializada, un programador escribe lo que se conoce como el “código fuente” usando los “más altos niveles de lenguaje”, por ejemplo Basic, Pascal o C. A su vez, estos altos niveles de lenguaje están compuestos de palabras y símbolos matemáticos, los cuales son más comprensibles y fáciles de usar. Después de que el programador escribe el código fuente, entonces se traduce a un lenguaje de la máquina llamado “código objeto”.

Ahora bien, hay dos tipos de programas de computación: “sistemas operativos” y “aplicaciones”. Un sistema operativo (por ejemplo DOS, Windows, etcétera) coordina la interacción entre el *hardware*, la máquina, y el *software*. Las aplicaciones como un procesador de palabras o bien como un videojuego, realizan las funciones que el usuario desea.

Para la realización de un programa de computación no sólo se requiere escribir el código fuente, sino que son necesarios múltiples pasos que tienen un orden progresivo, desde una idea general hasta llegar a instrucciones precisas para el computador.⁹

El problema de la protección jurídica de los programas de computación es una dificultad reciente que no se plantea con las computadoras de la primera generación, que eran fabricadas con su programa de instrucciones y formaba parte de la misma máquina, es decir, del *hardware*. Es solamente cuando se separa de la máquina, con lo que se gana en dinamismo tecnológico, pero se pierde en seguridad, ya que es fácilmente reproducible en segundos a costos muy bajos (lo que cuesta un disquete virgen), cuando surge la necesidad de protección jurídica. Por supuesto, la necesidad de protección jurídica se apoya en un razonamiento de carácter económico: las inversiones en la creación de los programas, que incluye diseño, producción, prueba; además, su promoción, distribución y venta son cuantiosísimas; inversiones que se pierden por su utilización sin derecho y sin pagar un solo centavo.

Con los anteriores antecedentes, el concepto jurídico que se da a los programas de computación debe ser lo suficientemente certero para proteger todo lo que es necesario proteger, y ahí la discusión se mantiene.

El glosario de la OMPI define a los programas de computación como:

⁹ Estos datos están tomados de Velasco, Julia, “The copyrightability of non literal elements of computers programs”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 99, núm. 1, enero de 1994, pp. 244 y 245.

un conjunto de instrucciones que cuando se incorpore a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consiga una función, tarea o resultados determinados.¹⁰

IV. VÍAS DE PROTECCIÓN DEL SOFTWARE

Como dejamos asentado anteriormente, la idea de proteger el *software* por medio de alguna institución de la propiedad intelectual ha sido polémico. Las tres propuestas fundamentales han sido la de protección vía patentes, dentro del ámbito del derecho de propiedad industrial, la protección vía derecho de autor, o bien como un derecho nuevo, original. Para ilustrar esas tres posiciones nos basamos en el trabajo del profesor Ricardo Antequera Parilli.¹¹

En lo que se refiere a la primera postura (el *software* como un derecho de la propiedad industrial), concretamente protegido por la vía de patentes, es un movimiento de alguna manera lidereado por la Oficina de Patentes de los Estados Unidos, que en 1964 rechazó proteger el *software*, varios países europeos incluyeron en sus legislaciones la negativa de protección vía patente. Las razones —nos dice el profesor Antequera— fueron las siguientes:

- El *software*, a diferencia de las invenciones industriales, no aporta ningún cambio a la materia ni a la energía en el mundo físico;
- no es un producto en el sentido de un aparato (como el *hardware*), ni tampoco un proceso industrial;
- el derecho industrial dirige la protección al contenido mismo de la invención, mientras que la protección del *software* está referida a la forma de expresión propia del derecho de autor;
- si bien los programas de computación tienen características de originalidad, en el sentido de individualidad (óptica del derecho de autor), muy pocos de ellos revisten novedad, desde el punto de vista del derecho invencional.

10 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), *Glosario de derecho de autor y derechos conexos*, Ginebra, 1980, voz 53, p. 54.

11 Antequera, Parilli, Ricardo, “La protección a los programas de computo”, *Seminario sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Jueces Federales Mexicanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, SEP, OMPI, 1993, pp. 252-256.

En lo que respecta a los programas de computación como un derecho nuevo, original, esta es una postura que fundamentalmente fue impulsada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). En efecto, después de un análisis hecho por la OMPI, en 1978 se publicó un proyecto de normas tipo para la protección de los programas de computación. El proyecto de la OMPI fue severamente criticado y no se concretizó. Las críticas se debían a que el proyecto esencialmente no se separaba de las normas del derecho de autor, y sí al proponer un modelo separado, lo que causaba era una dispersión de la normatividad.

Por último, se encuentra la posición que finalmente fue la prevalente: el *software* se protege por el derecho de autor como una obra literaria. Esta posición que ahora prima en las legislaciones de los diferentes países, aunque no deja de ser objeto de críticas y por lo menos dudas sobre su operatividad, presenta como ventajas las que no requiere del registro de la obra para su protección, la cual queda garantizada conforme al Convenio de Berna (artículo 5o., 2), sin necesidad del cumplimiento de formalidades y en consecuencia, la protección es inmediata, por el solo hecho de la creación; tiene una duración igual a la reconocida a las demás obras del ingenio y no requiere de novedad desde la perspectiva del derecho de la propiedad industrial, sino de una originalidad entendida como individualidad.

V. LA PROTECCIÓN LEGAL EN MÉXICO DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

En México, los inicios de la protección de los programas de computación se remontan a 1984, cuando en virtud del acuerdo 114 del secretario de Educación Pública se permitió el registro e inscripción de los programas de computación por conducto de la Dirección General del Derecho de Autor. La protección se equiparaba a la otorgada a las obras literarias. Evidentemente, la protección carecía de una estructuración jurídica adecuada, ya que el “Acuerdo” no era un elemento jurídico que pudiera servir de fundamentación jurídica. Aunque el Acuerdo tenía claridad jurídica en tanto se consideraba a los programas de computación como una obra de carácter literario, lo cual, desde el punto de vista de la tendencia internacional que predominaba, constituía una gran ventaja; sin embargo, el hecho de que la protección se fundamentara en un acto jurídico administrativo como un “Acuerdo” le restaba solidez en el marco jurídico.

Más tarde, en 1991, al parejo de la reforma radical del derecho de la propiedad industrial, también se reforma la legislación sobre derechos de autor. Con esta reforma se gana en solidez jurídica, ya que la protección se inserta en la legislación autoral; sin embargo, se pierde en precisión, ya que no era muy claro si se asimilaba su protección a las obras de carácter literario, como sí lo hacía expresamente el “Acuerdo” de 1984.

Esta reforma de 1991 fue sumamente criticada, fundamentalmente por las empresas extranjeras de programas de computación, que no han perdido oportunidad para presionar por las vías que tengan a su disposición a fin de lograr una mayor protección de sus programas de computación.

Era de esperarse que tal postura de la legislación mexicana se modificara, y más cuando nuestro país había negociado el TLCAN, que contiene disposiciones concretas sobre los programas de computación.

VI. EL TLCAN Y LOS PROGRAMAS DE COMPUTACIÓN

El capítulo XVII del TLCAN enfáticamente protege a los programas de cómputo en su artículo 1705. Un examen de lo dispuesto en ese precepto nos lleva a lo siguiente:

- El TLCAN se apoya en la Convención de Berna para la Protección de los Programas de Cómputo, en tanto que signifiquen o que incorporen una expresión original.
- Los programas de cómputo son considerados como obra literaria, en el sentido propuesto por el Convenio de Berna, es decir: “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos, las consecuencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza [...]”.¹²
- Sin embargo, a pesar de esa decidida remisión a la Convención de Berna que hace el TLCAN, permite que uno de sus miembros, Estados Unidos, se desligue de la obligatoriedad de reconocer el derecho moral de los programas de computación.

En efecto, por una parte, el Convenio de Berna es considerado como de mínima aplicación por el TLCAN,¹³ pero Estados Unidos se negó a

12 Fragmento del art. 2 del Convenio de Berna.

13 Art. 1701 (2) (b) del TLCAN.

reconocer la obligatoriedad de los derechos morales, al establecerse en el anexo 1701.3, fracción 2, del TLCAN, que: “No obstante lo dispuesto en el artículo 1701 (2) (b), este tratado no confiere derechos ni impone obligaciones a Estados Unidos respecto al artículo 6 bis del Convenio de Berna, o a los derechos derivados de ese artículo”.¹⁴

Es decir, los Estados Unidos niegan la protección del derecho moral, situación que ha sido sumamente criticada, con razón, por muchos especialistas. Este fue uno de los puntos débiles en la negociación del TLCAN, ya que si se trataba de homogeneizar el derecho de la propiedad intelectual en los tres países, este es un aspecto fundamental que no se podía dejar fuera. La trascendencia es evidente si se toma en cuenta el significado del derecho moral del autor.

- Las disposiciones del TLCAN en materia de programas de cómputo son bastante generales, pues como ya vimos los considera como obras literarias, y remite al Convenio de Berna, pero además de eso, no se atreve a más (por ejemplo, a dar una definición del concepto), y concede amplia libertad a los Estados miembros para legislar de acuerdo con sus intereses.

VII. LA LEGISLACIÓN DE DICIEMBRE DE 1996

Evidentemente, la Ley Federal del Derecho de Autor¹⁵ se inclina por seguir (lo comenté) predominante, y además actúa de conformidad con el TLCAN; protege a los programas de computación y lo hace “en los mismos términos que las obras literarias”.¹⁶ La expresión de “en los mismos términos...” evade, afortunadamente, la discusión sobre considerar o no a los programas de computación como obras literarias. Aunque en la doctrina encontramos razones para considerar a los programas como obras desde una perspectiva jurídica;¹⁷ el tratamiento que le da la LFDA es equipararlos a obras literarias para efectos de su protección.

14 El art. 6o. bis contiene la fundamentación jurídica internacional del derecho moral. Dice en su parte conducente: “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma, que cause perjuicio a su honor o a su reputación [...]”.

15 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de diciembre de 1996.

16 Art. 102 de la LFDA.

17 Véase por ejemplo, el *Glosario de derechos de autor y derechos conexos de la OMPI*, donde

VIII. CONCEPTO DE PROGRAMA DE COMPUTACIÓN EN LA LEY

La legislación mexicana da una definición de lo que se entiende por programas de computación. Evidentemente, los autores del proyecto tomaron en consideración la experiencia de otros países. El concepto que se encuentra en la legislación mexicana tiene virtudes. En principio, no comete el error de otras legislaciones, como por ejemplo la legislación española¹⁸ de confundir el contenido de los programas de computación con el objeto de la protección que es la forma de expresión. La LFDA parece tomar como modelo la propuesta de Directiva de las Comunidades Económicas Europeas, que define a los programas de computación como: “[...] la expresión en cualquier forma; lenguaje, notación o código, de un conjunto de instrucciones cuyo propósito es que un ordenador lleve a cabo una tarea o una función determinada”.¹⁹

Por su parte, la LFDA define a los programas de computación como:

la expresión original en cualquier forma, lenguaje o código, de un conjunto de instrucciones que, con una secuencia, estructura y organización determinada, tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específica.

Es evidente un gran parecido, no similitud, entre las dos definiciones transcritas. De acuerdo con esta definición, tenemos los siguientes elementos:

“La expresión original en cualquier forma, lenguaje o código de un conjunto de instrucciones que [...]”.

Nuestra primera observación es que se agrega el concepto de originalidad, que como vimos carece el concepto europeo que transcribimos. En principio, se puede decir que éste fue un acierto de nuestros legisladores,

se hace ver la amplitud del concepto obra: “En muchas legislaciones de derecho de autor se distingue entre obras literarias, artísticas y científicas. Ello no obstante, el alcance real de estas categorías se entiende por lo general en su sentido más amplio posible [...], se protege la obra prescindiendo de la calidad de la misma y aunque tenga muy poco que ver con la literatura, el arte o la ciencia, como sucede en el caso de las guías puramente técnicas, los dibujos de ingeniería o los programas de ordenador para fines de contabilidad [...].” *Glosario de la OMPI*, op. cit., voz 262, p. 268.

18 La ley española de 1987 dice al respecto: “[...] toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación” (art. 96-1).

19 Tomado de Antequera Parilly, op. cit., p. 250.

ya que no toda expresión de un conjunto de instrucciones debe ser protegida por la legislación; es necesario un elemento distintivo, y ese es la originalidad. Pero esto nos lleva a otra problemática: ¿qué se entiende por original? Éste es un tema no fácil de dilucidar, tanto así, que la doctrina en relación con el caso europeo ha gastado mucha tinta en tratar de dar un concepto de lo que se entiende por originalidad, y ha llegado a la conclusión de que la obra es original si no ha sido copiada²⁰ y con mayor precisión se habla de que es original “si es una creación intelectual propia del autor”.²¹ Sin embargo, en el caso mexicano no es claro qué se entiende por original. La legislación —como lo vimos— no lo aclaró; entonces corresponde hacerlo al Poder Judicial, o bien, al Legislativo, a través del reglamento correspondiente de la ley.

“Con una secuencia, estructura y organización determinada”.

Éste es un elemento que no lo posee el concepto europeo. Las instrucciones deben tener una secuencia, estructura y organización determinadas. Ahora bien, esto también tiene que ver con el alcance de la protección. La protección que la Ley otorga a los programas de computación abarca esta expresión de instrucciones con una secuencia, estructura y organización determinadas. También la protección se entiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, “ya sea en forma de código fuente o de código objeto”.²²

En virtud de que se optó por el derecho de autor para proteger los programas de computación, únicamente se protege la expresión en los términos antes descritos, pero no las ideas y principios implícitos en los elementos del programa.

Tiene como propósito que una computadora o dispositivo realice una tarea o función específicas.

Quizá, adelantándose al desarrollo tecnológico, no se limita al uso del programa por medio de la computadora, sino que lo deja abierto a un concepto más general como “dispositivo”. Pero entonces, el nombre de la institución (programas de computación) quedaría un tanto desfasado.

²⁰ Delgado, Arturo, “Directiva de la comunidad Económica Europea (CEE) sobre protección a programas de computación”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, nueva época, núm. 3, julio-septiembre de 1993, p. 40.

²¹ *Ibidem*.

²² Art. 102, LFDA.

IX. PROGRAMAS EXCLUIDOS DE LA PROTECCIÓN

Textualmente, la LFDA excluye de la protección a “aquellos programas de cómputo que tengan por objeto causar efectos nocivos a otros programas o equipos”. La amplitud de la protección tiene límites en este caso concreto. Los programas, por ejemplo, que tienen por objeto causar virus, no están protegidos.

X. TITULARIDAD DEL PROGRAMA

El hecho de que los programas de computación se protejan en los mismos términos que los programas de computación tiene sus consecuencias. Una de ellas es que la titularidad se refiera a las personas físicas, no a las morales. En efecto, la Ley define al autor como “la persona física que ha creado una obra literaria y artística”.²³ En el caso de los programas de computación, es una tecnología de origen colectivo fundamentalmente, es decir, son empresas las que normalmente los elaboran. Esta postura de que el autor es persona física no se modifica con la disposición que establece:

Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador, corresponden a éste [...].

Ésta es una excepción al principio de que el titular del derecho de autor es el creador. En este caso, salvo pacto en contrario (que es extraño cuando se trata de empleados que generalmente no están en posición de negociación), los derechos patrimoniales sobre un programa de computación creado por uno o varios empleados corresponde al empleador. Aquí la disposición es clara, pero surge automáticamente una pregunta: ¿qué pasa con los derechos morales? Al no existir una disposición en contrario, se entiende que los trabajadores conservan sus derechos morales (a los que nos referiremos posteriormente).

Pero, volviendo sobre el punto de la titularidad de los derechos sobre los programas de computación, la LFDA es insuficiente al no contemplar

²³ Art. 12, LFDA.

(como sí lo hacen otras legislaciones) al programa como obra colectiva, de una persona moral que es lo más común.

XI. LOS DERECHOS MORALES

Al ser integrales los programas de computación a los derechos de autor, se producen una serie de consecuencias. En principio, comparte la definición de derechos de autor que la LFDA hace; el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta ley,²⁴ en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral, y los segundos, el patrimonial.²⁵

Ahora bien, la LFDA considera que “el autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación”.²⁶ Al no expresarse disposición en contrario, se entiende que tanto las personas físicas como las morales gozan de los derechos morales; aunque también se desprende de la ley que ella está para proteger fundamentalmente a los derechos de los autores personas físicas.

Independientemente de que el concepto de derecho moral está mal utilizado, por mera fuerza de la costumbre se ha mantenido,²⁷ y él se refiere al derecho personal, por oposición al derecho patrimonial, que de conformidad con la ley se considera unido al autor y es inalienable, imprescriptible, irrenunciable e inembargable.²⁸

En virtud de este derecho moral, los titulares de los programas de cómputo son titulares de los derechos a la divulgación, al inédito, a la paternidad de la obra, al repudio, a la integridad y a la modificación, así como al derecho al retracto, que se desprende de la LFDA, y concretamente de su artículo 21.

Hay una excepción a los derechos morales, y que está contenida en el artículo 22 de la LFDA. Esta excepción se refiere al caso en que exista una obra realizada en coautoría, en cuyo caso, salvo pacto en contrario,

24 Como sabemos, esta lista es meramente ejemplificativa, y en ello se encuentran los “programas de cómputo”.

25 Art. 11, LFDA.

26 Art. 18, LFDA.

27 Lipsaya, Delia, “Derechos morales”, *Seminario sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos para Jueces Federales Mexicanos*, México, 1993, p. 130.

28 Art. 19, LFDA.

quien ejerce el derecho moral es el director o realizador.²⁹ Sin embargo, parece que no es aplicable el caso de los programas de computación, pues expresamente se refiere a la obra audiovisual, que como podemos ver en el artículo 13-IX de la misma LFDA, es una categoría concreta.

Por último, el ejercicio de los derechos morales corresponde al propio creador de la obra y a sus herederos.³⁰

XII. LOS DERECHOS PATRIMONIALES

Los derechos patrimoniales que corresponden a los programas de computación se manifiestan en el derecho de explotar, de manera exclusiva, sus obras, o de autorizar a otros su explotación, de cualquier forma.³¹

A su vez, las facultades derivadas del derecho patrimonial están exemplificadas en el artículo 27 de la LFDA. Siendo ésta la norma general y en forma específica en lo relativo a los programas de computación, se aplica el artículo 106, que establece:

El derecho patrimonial sobre un programa de computación comprende la facultad de autorizar o prohibir:

I. La reproducción permanente o provisional del programa en todo o en parte, por cualquier medio y forma;

II. La traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra modificación de un programa y la reproducción del programa resultante;

III. Cualquier forma de distribución del programa o de una copia del mismo, incluido el alquiler, y

IV. La decompilación, los procesos para revertir la ingeniería de un programa de computación y el desensamblaje.

De conformidad con la LFDA, el usuario legítimo de un programa de computación podrá realizar el número de copias que le autorice la licencia concedida por el titular de los derechos de autor, o una sola copia de

29 Si bien, el artículo 22 de la LFDA prevé la producción en coautoría, la limitación es que sólo se refiere a la obra audiovisual: "Salvo pacto en contrario entre los coautores, el director o realizador de la obra, tiene el ejercicio de los *derechos morales sobre la obra audiovisual* en su conjunto, sin perjuicio de los que correspondan a los demás coautores en relación con sus respectivas contribuciones, de los que puede ejercer el productor de conformidad con la presente Ley y de lo establecido por su artículo 99" (el énfasis es nuestro).

30 Art. 20, LFDA.

31 Art. 24, LFDA.

dicho programa siempre y cuando sea indispensable para la utilización del programa, o sea destinada exclusivamente como resguardo para sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta no pueda utilizarse por daño o pérdida. La copia de respaldo deberá ser destruida cuando cese el derecho del usuario para utilizar el programa de computación.³²

Según las normas relativas a los derechos de autor, la vigencia de los derechos patrimoniales del titular del programa de computación es de la vida del autor y, a partir de su muerte, setenta y cinco años más.

Aquí es donde encontramos cierto desfase entre la protección de los derechos de autor en el tiempo, desde una perspectiva tradicional, y por otra parte, la protección de los programas de computación como una tecnología. Precisamente, a partir de la idea de que la tecnología goza de una protección temporal por la Ley, con el objetivo de que una vez que la protección agote su tiempo, la tecnología quede libre en el mercado, a fin de que pueda ser utilizada por cualquiera, y así coadyuvar al desarrollo tecnológico. Pues bien, en el caso de los programas de computación, al haberse asimilado por el derecho de autor, no tienen posibilidad de quedar libres en un tiempo razonable. ¿Razonable, a qué? Aquí me refiero al desarrollo dinámico de este tipo de tecnología de la computación.

Dicho en otras palabras: ¿de qué sirve proteger durante la vida de los autores y 75 años después de su muerte una tecnología que en un par de años ya está superada? Si se quiere mantener la protección de los programas de computación dentro del marco de los derechos de autor, sugeriríamos una adecuación de la legislación a la naturaleza de lo que consideramos una tecnología sujeta a una dinámica transformación.

XIII. TRANSMISIÓN

Aquí, nuevamente se aplican las normas generales de los derechos de autor a los programas de computación. En principio, los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso, deberán celebrarse invariablemente por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.³³ Además, el acto mediante el que se transmitan los derechos será siempre de carácter honeroso,³⁴ y deberá ser

32 Art. 105, LFDA.

33 Art. 31, LFDA.

34 *Ibidem.*

inscrito en el Registro Público del Derecho de Autor para que surta efectos contra terceros,³⁵ y la regla general es que los contratos deben ser temporales, por el término de cinco años.³⁶ Esta es la regla general; sin embargo, la excepción se refiere a los programas de computación, ya que en este caso el plazo de la cesión “no está sujeta a limitación alguna”.³⁷

Ahora bien, los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales, deberán inscribirse en el Registro Público del Derecho de Autor para que surtan efectos contra terceros.³⁸ Ahora bien, el Registro Público del Derecho de Autor, como su nombre lo indica, es público; pero en el caso de los programas de computación la LFDA contiene una limitación a ese carácter público, ya que tratándose de programas de computación, la obtención de copias sólo se permitirá mediante autorización del titular del derecho patrimonial o por mandamiento judicial.³⁹

Por último, la LFDA contiene una excepción, para los programas de computación, al principio de agotamiento con la primera venta que se encuentra en el artículo 27-IV. En efecto, la ley establece que

el titular de los derechos de autor sobre un programa de computación o sobre una base de datos conservará, aún después de la venta de ejemplares de los mismos, el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento de dichos ejemplares. Este precepto no se aplicará cuando el ejemplar del programa de computación no constituya en sí mismo un objeto esencial de la licencia de uso.⁴⁰

XIV. CONCLUSIONES

Con la LFDA, la legislación mexicana en materia de la tecnología de los programas de computación se adecúa plenamente a los patrones intenacionales a que está comprometida, concretamente al capítulo XVII del TLCAN. Sin embargo, en la inserción de los programas de computación, en las disposiciones sobre derecho de autor no deja de notarse cierto incomodo, ya que los programas de computación son una

35 Art. 32, LFDA.

36 Art. 33, LFDA.

37 Art. 103, LFDA.

38 Art. 32, LFDA.

39 Art. 164-II, LFDA.

40 Art. 104, LFDA.

tecnología que se encuentra en un punto intermedio entre lo que es la propiedad industrial y el derecho de autor. Dependiendo de la práctica de estas disposiciones, sería recomendable una readecuación de la normatividad tomando como punto de partida la función económica y social de esta moderna tecnología.