

PRIMERA PARTE

PROBLEMÁTICA GENERAL: LA BÚSQUEDA NECESARIA DE UNA SOLUCIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO I

UN BIEN FRÁGIL

1. Dilapidación	19
2. Pillaje y espionaje industrial	21

PRIMERA PARTE

PROBLEMÁTICA GENERAL

**LA BÚSQUEDA NECESARIA DE UNA
SOLUCIÓN JURÍDICA**

HAY QUE PERSUADIRSE que, para formular las interrogantes planteadas, es necesario ofrecer una respuesta al problema de la protección de los programas, lo cual será aportado exponiendo la problemática general que en este caso consideraremos como la necesaria búsqueda de una solución por parte del derecho.

Según lo expuesto, es importante mencionar que en virtud de la necesaria regulación de los programas de cómputo, por ser considerados éstos como verdaderos bienes,⁵ ello ha provocado que en la actualidad el problema haya rebasado el estado puramente técnico para convertirse en un problema de índole económica, que amerita la intervención de un régimen normativo provisto por el derecho, a fin de ofrecer un soporte protector conveniente y brindar la seguridad buscada.

Hay que ceñirse entonces a esta difícil empresa y esforzarse por encontrar una solución al problema, es decir, al hecho de que los programas son bienes que requieren una protección contemplando a la reserva privativa como posible respuesta adecuada.

Para poder comprender el porqué de la necesidad de protección de los programas de cómputo considerado aquí como un bien, es necesario tomar la medida de su vulnerabilidad y las consecuencias que ello implica a nivel económico (es decir, la situación desfavorable de las personas e instituciones concernientes). Esta situación ha motivado sin duda una primera búsqueda de métodos de protección, pero esto, a pesar de la variedad técnica y jurídica, no ha constituido la respuesta esperada.

⁵ Es conveniente recordar que la noción de bien remite a lo económico y la noción de derecho a lo jurídico. El problema es el tránsito de lo uno a lo otro.

CAPÍTULO I

UN BIEN FRÁGIL

Por su naturaleza, los programas de cómputo son susceptibles de múltiples acciones ilícitas en detrimento de su creador, lo cual podemos considerar, a la vez, como origen y consecuencia de un desarrollo exageradamente autónomo y hasta cierto punto secreto de la industria de programación, punto paralelo al de la industria de los componentes físicos (*hardware*), aun si las dos se caracterizan por la ausencia de una normalización.

Los factores técnicos y económicos se conjugan para provocar un gasto excesivo (lo que constituye una dilapidación) en el perfeccionamiento de los programas, a efecto de satisfacer las necesidades no estandarizadas de los usuarios adquirentes de un producto, extremadamente caro y sofisticado que absorbe esos costos elevados de realización.

Los deseos de apoderamiento de tales bienes se ven acentuados en las empresas y particulares interesados, a través de acciones directas como el robo, o indirectas como el espionaje industrial derivado del pillaje. Es entonces que esta fragilidad de los programas concretada por una parte en una dilapidación (1) por un pillaje y espionaje industrial (2) que conviene revisar más a detalle.

I. DILAPIDACIÓN

La anarquía, la falta de control, al igual que los grandes beneficios en el mercado informático, provocan enormes gastos de parte de las empresas productoras y usuarios de esta nueva técnica. La industria informática comienza a presentar un aumento considerable en su comercialización. El aumento de inversiones realizadas en los programas es más rápido que en los equipos.⁶ El problema de la protección de los programas cobra así más importancia.

⁶ Ver, en este sentido, M.U. Porat, "The Begin of the Computer Economic", *Perspectives Economics Magazine* #4, Edit. International Communication Agency, USA 1978; G. Bertin y M. Pinson, "Les conditions de protection du logiciel en France", serie *Études* # 3, Arepit 1983, pp. 9-26.

Esta industria se caracteriza por la calidad y cantidad muy variada en los productores de programas; algunos son científicos y otros comerciantes. Algunos son grandes constructores de equipo y creadores de programas, mientras que otros, provenientes de pequeñas firmas independientes, ejercen sus actividades sobre todo en el ámbito de la programación.

Hay que señalar, asimismo, el aspecto internacional del mercado, cubierto por los grandes constructores, así como las tendencias monopólicas de éstos. Al final, algunos usuarios de equipo crean una parte de sus programas.⁷

La evolución de los programas no es un producto del azar, sino el resultado del progreso mismo de la tecnología moderna en el campo de diversas aplicaciones. Desgraciadamente, el desarrollo de la programación, sobre todo en las empresas comerciales en detrimento de los centros de investigación y comités de estandarización, ha dado al factor económico una gran importancia donde la demanda juega un papel mayor. Luego de la aparición de nuevas aplicaciones, es necesario un nuevo programa cada vez más sofisticado.

Al aumentar la potencialidad de los sistemas, el proceso de creación se torna más complejo haciendo que los costos de producción y, por ende, los precios sean cada vez más elevados con respecto al equipo requerido, en virtud del aumento del tiempo consagrado a su realización, la multiplicación de esfuerzos y recursos, así como los costos indirectos derivados de la ejecución de una operación.

Se puede decir, por tanto, que los programas exigen inversiones considerables de tiempo y dinero, y que actualmente, habida cuenta del número de computadoras, la importancia del personal destinado a las actividades de programación y a su crecimiento, la creación y mantenimiento de los sistemas, representa un gasto anual del orden de los 13 mil millones de dólares.⁸

Los programas constituyen la mayor parte de esos gastos informáticos, y podemos considerar razonablemente que representan, aunados al material, el 70 y 30 por ciento, respectivamente, de esos gastos,⁹ de los cuales la parte más importante parece estar destinada a la creación y mantenimiento de programas en beneficio de usuarios personales.

⁷ Revista *Datamation*, junio, noviembre y diciembre 1981, E.U.A.; *E.D.P. Industry Report*, vol. 17, # 8 y 9, publicado el 24 de junio de 1981. Según el estudio IDC citado por Datafrance el 15 de diciembre de 1983, el mercado de programas en Europa Occidental excederá de 10.1 millones de dólares en 1981 a 30.2 millones en años próximos.

⁸ Estimación mencionada en el Reporte de la Comisión Whitford en el Reino Unido sobre la ley relativa a los derechos de autor, dibujos y modelos industriales, 1977, London emnd., 6732, ph. 477.

⁹ Logsdon, T., *Computer and Social Controverse*, Computer Science Press, Potomac, 1980.

De todos modos hay que esperar que esos programas representen en el futuro una parte indiscutiblemente predominante de los gastos, y que las inversiones exigidas aumenten considerablemente.

Por lo anteriormente expresado, vivimos actualmente una nueva tendencia: la creación de programas que pueden interesar a varios usuarios o permitir igualmente una utilización general, lo que redundaría evidentemente en economizar ciertos gastos. De hecho, hay que estandarizar necesariamente el uso de programas convirtiendo a los equipos en más compatibles entre sí.

Quizá una misma generalización de los programas definidos, según las necesidades genéricas, evitaría la proliferación de productos varios para el mismo fin, y por tanto, la dilapidación. Es inútil, en efecto, que varios programadores trabajen en la creación de un mismo programa. Es cierto que hay otros medios de evitar la dilapidación: ¡Tal es el caso del pillaje y el espionaje industrial!

2. PILLAJE Y ESPIONAJE INDUSTRIAL

Los problemas de pillaje o piratería de los programas de cómputo se originan, preponderantemente, en la lucha continua de las empresas especializadas por dominar el mercado informático de programas. También los particulares, aprovechándose de sus conocimientos informáticos y el acceso a esta nueva técnica, llegan a realizar un verdadero pillaje para su beneficio personal.¹⁰

En lo que respecta a las empresas, esas acciones se realizan por la vía del espionaje industrial, extremadamente sofisticado en la actualidad¹¹ y que se manifiesta precisamente de productor a productor, o sea por la intermediación de una persona que trabaja para otro grupo actuando como espía industrial, o por la intermediación de usuarios de buena o mala fe, quienes sin respetar la prohibición de divulgación que gravita sobre ellos, buscan beneficios adicionales “vendiendo” la información a la competencia o a otros usuarios.

En nuestra opinión, las buenas conductas en la industria y en la informática misma no existen prácticamente, o tan sólo operan en objetivos políticos precisos. Actualmente las empresas japonesas en su afán de dominar este importante y nuevo mercado de programas, no

¹⁰ Sobre el particular ver “The Spreading Danger of Computer Crime”, Berkeley Affaire, *Business Week*, 20 de abril de 1981, y R. Gourtney en su obra *Dramatic Crimes, The Computer Helped Commit*, *Business Week*, 10 de abril de 1981 y *The Wall Street Journal*, 5 de septiembre de 1983, p. 5.

¹¹ Ver, en ese sentido, J. Greenwald, “Corporate Coak and Dagger”, *Time*, agosto de 1982, p. 132; “Sting II: IBM Strikes Again”, *Time*, 27 de septiembre de 1982, p. 42; “Independent Software Piracy”, *Computer World*, núm. 19, del 10 de mayo de 1982 y R. Zipse, “Securite et fraude informatique”, *Elswier International Boletín*, 1982.

escatiman los medios en hacerse de secretos e informaciones de grandes empresas informáticas.

La sociedad más afectada sin duda es la IBM, y como parte de la estrategia de obtención existen numerosas ofertas de empleo dirigidas al personal calificado de esta empresa para trabajar en el Japón,¹² ya que este país estima que a medida que la competencia se agrava y la lucha comercial se intensifica, es cada vez más urgente conocer los planes y secretos de los competidores.¹³

En el mercado, el espionaje industrial se disimula en las llamadas “investigaciones de mercado”, consideradas éstas como actos positivos si divulgan los secretos y contrarrestan las tendencias monopólicas de las empresas, a pesar de que, por otra parte, lleguen a destruir el trabajo de varios años de investigaciones y esfuerzos. El fracaso de varias empresas radica frecuentemente en el desconocimiento de lo que hacen o pretenden hacer sus competidores.

Ahora, en este tipo de pillaje, el “robo material de la cosa” no existe. En el caso de los programas, es suficiente con “copiar” la información para después obtener provecho de la misma, de donde aumenta el reforzamiento de los medios de control y de seguridad en los lugares susceptibles de ser objeto de estas acciones. Lo cierto es que el problema se juzgará siempre en términos de buena o mala fe, sobre todo en la medida en que los sistemas informáticos ofrezcan una posibilidad de acceso aunado a la documentación ajena. Es así como las personas más peligrosas en una empresa son los exempleados, los empleados descontentos y no confiables.

En ese género de “sustracciones”, el contacto con las personas apropiadas es una vía privilegiada, pero el contacto mismo con los soportes de información (y no únicamente con las computadoras) puede tornarse aún más importante; tal es el caso de las fuentes de información accesorias como aquellas que constituyen los representantes de las empresas que poseen la información a obtener, la prensa y particularmente las revistas técnicas especializadas en la materia, la publicidad de las compañías, así como la literatura y los comunicados de trabajos de empresa (periódicos, revistas, folletos de empresa, etcéte-

¹² R.P. Paringaud, “IBM vs. Hitachi et Mitsubishi: Un asunto de espionaje industrial aumenta la tensión entre Tokio y Washington,” *Le Monde Diplomatique*, 25 de junio de 1982, y en forma sintética, E. Laurent, *Duce et la geants*, Fayard, 1983, p. 1995.

¹³ IBM gasta anualmente cerca de 50 millones de dólares en espionaje industrial. Ver “Sting II”, *op. cit.*, y el artículo del *Wall Street Journal* del 17 de enero de 1984, según el cual la Sociedad Quadrom de Atlanta, fabricante de programas compatibles con equipos IBM, ofrece 10 mil dólares a quien provea un programa de computación de IBM antes de ponerse al mercado, a manera de tener ventajas frente a su adversarios.

ra). Actualmente la literatura científica y técnica es del orden de 55 mil publicaciones caracterizadas por la actualización continua.¹⁴

Sea como sea, las implicaciones de este tipo de sustracciones, aun si ellas no son apreciadas en la debida dimensión, son considerables desde un punto de vista técnico (el avance o retraso en el mercado está en juego) como económico (aun si el gasto en tiempo y dinero es normalmente indeterminable en manera precisa).

Esto basta para comprender que esos actos deben ser tomados en consideración por el derecho sin que éste permanezca al margen.

¹⁴ Cifra actualizada mencionada en la obra de Paul Slee Smith, *Industrial Intelligence and Espionage*, Londres, Business Books Limited. 1979.