

## PROPIEDAD INTELECTUAL Y DESARROLLO DE TIC EN COSTA RICA

**E**n el nuevo entorno digital los derechos de Propiedad Intelectual son un tema estratégico que de diversas maneras impacta todos los campos de la actividad humana: educativo, cultural, científico, tecnológico, industrial, comercial y agroindustrial. El reto consiste en la creación de herramientas que faciliten el uso, el acceso y la aplicación efectiva de la Propiedad Intelectual en el proceso de crear, producir, competir y generar riqueza.

Sin embargo, se impone también observar y examinar con rigor los constantes cambios que, a causa de dicho desarrollo, se suceden en el entorno digital con impacto directo en los comportamientos culturales, comerciales, políticos y sociales de los ciudadanos. En la nueva economía, además de capital y fuerza de trabajo calificada, el factor conocimiento juega un papel decisivo en la creación de riqueza y bienestar.

Para responder al desafío digital, es crucial proveer la infraestructura necesaria en la era de Internet. Pero la sola infraestructura no garantiza el acceso y libre flujo de la información, ni el acceso a ésta basta para crear conocimiento. Se constata así, que la brecha del conocimiento es tan importante como la brecha digital o tecnológica y se ne-

cesita una estrategia consistente, no sólo para desarrollar los recursos humanos, sino también para la formulación e implementación de políticas públicas relacionadas con ciencia y tecnología orientadas a la creación de conocimiento.

Esta creciente importancia del conocimiento como componente del valor de los productos, servicios y procesos ha puesto en primer plano el debate sobre la protección y apropiación de dicho valor en diversos foros sobre la propiedad, el comercio y el desarrollo económico.

Para las naciones en desarrollo como Costa Rica el reto es enorme, dado que, junto con firmar acuerdos comerciales que brinden mayor acceso a los mercados, se han aceptado normas más estrictas sobre propiedad intelectual. Por consiguiente, como manifestó el Secretario Ejecutivo de la Cepal, José Luis Machinea, “los márgenes de flexibilidad para usar y apropiarse de conocimientos se han acotado, lo que exige a los países mayores esfuerzos para fomentar las actividades de investigación y generación de conocimiento”.<sup>1</sup>

1 Machinea, José Luis. “Generación y protección del conocimiento”, Jorge Mario Martínez (Coordinador), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Subsele en México, abril 2008, pag. 16.

Pero también conlleva un repensar de las implicaciones de los acuerdos internacionales que tienen incidencia en la apropiación del conocimiento, dado que el marco internacional de la propiedad intelectual condiciona la capacidad y el alcance de las políticas nacionales y en los últimos años se ha caracterizado por el carácter expansivo de los derechos de propiedad frente al interés público en el acceso universal al conocimiento.

En consonancia con lo señalado, se puede afirmar que los derechos de propiedad intelectual han devenido en un complejo sistema, esencial a la política cultural en la sociedad de la información. El reto central es trasladar al entorno digital el pacto social implícito desde el nacimiento de la propiedad intelectual, que equilibre la protección de los creadores y los intereses colectivos de acceso a la cultura.

Tal y como ha señalado Celeste Gay Fuentes, “los intereses de las industrias culturales deben ser tutelados en la acomodación del derecho de la propiedad intelectual al entorno digital, pero también deben trazarse límites a la intervención pública en la protección de un modelo cultural, cercado tecnológicamente, productor de obras y servicios de acceso condicionado al pago”.<sup>2</sup>

El presente capítulo aborda algunos aspectos de este amplio campo de la propiedad intelectual. Tiene como propósito mostrar facetas que se consideran importantes concernientes a las tecnologías de la información y la comunicación en los acuerdos de libre comercio, así como la visión que la industria del software radicada en el país tiene sobre esta dimensión jurídica.

En la primera sección se hace un recuento del marco jurídico de la propiedad intelectual, sus

fundamentos y evolución, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

En la segunda parte se examina, con base en la literatura, lo relativo a las TIC y los acuerdos comerciales y se analiza la ley de Derechos de Autor del Milenio Digital de los Estados Unidos. También se presenta, con cierto grado de detalle, lo negociado por Costa Rica en esta materia en los tratados de libre comercio con México y los Estados Unidos.

Una tercera sección se dedica a la infracción de los derechos de propiedad intelectual, las principales modalidades de la piratería y sus implicaciones desde el punto de vista económico. Se presentan cifras para Costa Rica y otros países de la región y del mundo en la que se cuantifican las pérdidas atribuibles a la no aplicación de las normas sobre propiedad intelectual.

En el cuarto apartado se presentan los resultados de una encuesta realizada por PROSIC a empresas desarrolladoras de software en Costa Rica sobre varios temas relacionados con la propiedad intelectual y la forma en que esta legislación incide en su desempeño y en el de la industria.

## **5.1 MARCO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

### **5.1.1 Aspectos conceptuales**

Los derechos de propiedad intelectual constituyen un haz de normas jurídicas a las cuales se puede recurrir con fines de protección, indemnización y conservación de los derechos referentes a una “creación intelectual” (invento, idea técnica, obra artística, diseño de objetos o marca registrada, etc.). Ellos cubren

<sup>2</sup> Ver (<http://www.almendron.com/tribuna/7064/la-propiedad-intelectual-en-el-entorno-digital>)

varios sectores: en el centro, la propiedad literaria y artística (derecho de autor o copyright) y la propiedad industrial (patente, marca registrada, dibujos o modelos), pero también cada vez más las reglas de derecho y los tratados referentes a los saberes indígenas o tradicionales, a la biodiversidad, los derechos de los campesinos, o la salud pública.

La historia de los derechos de propiedad intelectual tiene tres siglos. Desde el *Statute of Anne*,<sup>3</sup> ley británica, primera tentativa de escribir un “derecho de autor” en 1710, la propiedad literaria ha sido concebida como un derecho de equilibrio entre los intereses de la sociedad (“*alentar a los hombres esclarecidos a componer y escribir libros útiles*”), decía el Estatuto de Ana) y los derechos de los autores. Estos últimos disponen del monopolio de explotación de sus obras, que no pueden ser editadas o representadas sin su consentimiento.

Pero numerosas excepciones y exenciones son incluidas en todas las leyes que tratan de la creación. Estas apuntan a defender la capacidad de la sociedad para utilizar el conocimiento que está incorporado en obras y para facilitar el acceso a las obras y su circulación; excepciones para la educación y las bibliotecas, derecho de copia privada, derecho de citación, derecho de caricatura, derecho de transcripción para favorecer el acceso a personas discapacitadas, etc.

Es importante señalar que la propiedad literaria y artística se refiere a la forma de la creación, y no a las ideas que son contenidas en ellas. Engloba no solamente la obra de arte original y la escritura creadora, sino también las bases de datos informatizadas y los programas informáticos.

Esta relación de equilibrio entre los creadores y

---

3 Ver ([http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/anne\\_1710.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp))

la sociedad se manifiesta plenamente en la existencia de un “dominio público”, en el cual se encuentran obras después de un cierto plazo (actualmente 70 años después del deceso del autor, 50 años después de su difusión para las interpretaciones musicales, 20 años después de su expedición para las patentes, 70 años después de su depósito para los dibujos y modelos, etc.).

Este dominio público se enriquece también con trabajos creados para el poder público (leyes, informes, decisiones, actas, etc.), descubrimientos científicos y datos experimentales (descifrado del genoma humano, teoremas matemáticos, etc.).

También surge la noción de un “dominio público autorizado”, en el cual los mismos autores y creadores deciden colocar sus obras en el momento de su creación. Es, por ejemplo el caso de los programas libres de tipo “*creative commons*”, de los depósitos de datos científicos, de los bancos de datos de conocimientos prácticos de los archivos abiertos para la publicación de la ciencia.

El sistema de las patentes, por su parte, concede derechos exclusivos de propiedad sobre el objeto de la patente, más precisamente sobre las reivindicaciones que siguen a la descripción técnica de la invención. Este régimen ofrece a su titular el derecho de impedir que cualquier otra persona utilice, fabrique o venda el objeto de la patente, o utilizar la técnica o el proceso durante cierto período, a cambio de la inscripción de sus conocimientos prácticos en un documento técnico.

Sobre el fundamento de la patentización no hay unanimidad. Las negociaciones comerciales mundiales actuales apuntan a impedir el uso por parte de los países en desarrollo de esta oportunidad económica. Los países desarro-

llados quieren extender las reglas que les son propias, lo que plantea el problema de equilibrio para las naciones que no tienen las capacidades de inversión necesarias.

Según Mouhamadou Moustapha Lo <sup>4</sup>, el enfoque jurídico de la propiedad intelectual ofrece dos visiones diferentes, una estática, la otra dinámica.

En la primera los derechos de propiedad intelectual aparecen como un conjunto de textos cuya aplicación suscita interrogantes. Numerosas normas son establecidas para reforzar el monopolio sobre las obras e invenciones de los autores, inventores y más aun, de las empresas que valorizan y distribuyen esas creaciones. Esta tendencia a dictar leyes de control de la circulación del conocimiento es acentuada por la implementación de “*medidas técnicas de protección*” directamente al interior de los documentos digitales.

La segunda visión, dinámica, considera que los derechos intelectuales deben facilitar antes que nada la expresión de las ideas, su circulación a través de las TIC y su utilización sistemática posteriormente. La sociedad de la información cambia las modalidades de la creación y sobre todo de la transmisión de las obras. Las tecnologías digitales al abrir otras perspectivas con una difusión más amplia de las obras, crean nuevos modelos económicos y permiten un mayor seguimiento de los usos. Esto, tanto para las personas privadas como para las industrias y los países en desarrollo.

4 Mouhamadou Moustapha Lo. “Los derechos de propiedad intelectual”. En Palabras en Juego. Enfoques multiculturales sobre las sociedades de la información. Coordinadores: Alain Ambrosi, Valérie Peugeot y Daniel Pimienta, C & F Éditions, Noviembre de 2005.

5 Este apartado se basa en el estudio realizado por Johnny Chaves Darcia, publicado en la Revista Inter Sedes de la Universidad de Costa Rica, Vol III y V 2-2002, 5-2002 y 7-2005.

Las computadoras y, en sentido más lato, la digitalización de la cultura y del conocimiento y las redes que ofrecen la capacidad de hacer circular rápidamente objetos digitales a escala mundial abren un nuevo desafío a las reglas de propiedad intelectual.

Los nuevos soportes nacidos de la evolución de las TIC ocasionan una aceleración de las innovaciones y una mundialización de los intercambios. Los derechos de propiedad intelectual no pueden ser concebidos únicamente como una extensión del monopolio de explotación de un pensamiento o de una obra intelectual, sino que deben tomar en cuenta otros intereses. Los derechos de propiedad intelectual deben consagrar un derecho en provecho de los creadores, limitado al mismo tiempo por obligaciones hacia los utilizadores, en nombre de un derecho fundamental, el de acceso a la información y la comunicación.

### 5.1.2 La propiedad intelectual en Costa Rica <sup>5</sup>

El artículo 47 de la Constitución Política de Costa Rica señala que: “*Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley*”.

De conformidad con este artículo el *creador* es libre de disponer de su obra y darle el uso comercial que su conciencia le dicte. El principio básico es que debe existir la protección de los derechos de autor, inventor o comerciante. Asimismo, el artículo 275 del Código Civil establece que: “*las producciones del talento son una propiedad de su autor, y se registrarán por leyes especiales.*”

La protección se materializa, en primer lugar, en los tratados internacionales y luego con el

ordenamiento jurídico nacional. Los primeros regulan el tema de las retribuciones económicas asegurándose una doble finalidad: que lleguen efectivamente al autor y que se garantice una libertad de contratación que solo es sometida a la autoridad competente a falta de acuerdo amistoso.

La protección de la Propiedad Intelectual incluye la Propiedad Industrial y los Derechos de Autor. Las obras que se protegen con la Propiedad Industrial abarca: Señales de Propaganda, Modelos Industriales, Patentes de Invención, Derechos de Obtentor, Marcas de Fábrica, de Comercio y de Servicio; Nombres Comerciales. Con los Derechos de Autor (*Copyrights*) se protegen los derechos sobre todas las obras del ingenio, de carácter original, ya sean literarias o artísticas, cualesquiera sea su género, forma de expresión, mérito o destino.

Además, están los Derechos Conexos, entre ellos los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes. Esta protección asiste a los creadores de las obras intelectuales al comunicar la obra del autor o creador, así como publicitar la misma.

Las “obras literarias y artísticas” son el objeto del Derecho de Autor. Estas obras tienen la condición de ser propiedad privada y comprenden todas las producciones en el campo literario, artístico y científico. Algunos ejemplos son: los libros, folletos, cartas y otros escritos, programas de cómputo, conferencias, sermones, obras dramáticas y dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas, composiciones musicales, obras cinematográficas, las obras de las bellas artes, las obras de arquitectura, las obras fotográficas, obras de arte aplicado, las ilustraciones, mapas, planos, croquis, obras de la geografía, la topografía, la arquitectura y de las ciencias. En fin, incluye

toda producción literaria, artística o científica susceptible de ser divulgada, difundida o publicada por cualquier medio o procedimiento de cualquier tipo.

En lo relativo al plazo de protección, la reforma del artículo 58 de la ley # 6683 establece que: “los derechos de autor son permanentes durante toda su vida. Después de su fallecimiento, disfrutarán de ellos, por el término de setenta años, quienes los hayan adquirido legítimamente...”.

Tres definiciones importantes que conciernen a los derechos de propiedad intelectual en materia de TIC son las siguientes:

- **Programa de Cómputo.** Es un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un computador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de cómputo comprende también toda la documentación técnica y los manuales de los usuarios.

Los programas de cómputo están incluidos en la categoría de “obra literaria”. Un programa de computadora, considerado aisladamente, puede ser una *invención*, pues esta se define como “toda creación del intelecto humano, capaz de ser aplicada en la industria, que cumpla las condiciones de patentabilidad previstas en la ley. Podrá ser un producto, una máquina, una herramienta o un procedimiento de fabricación individual o colectiva y estará protegida por la Patente de Invención”.



## Contrato Mariposa

La llamada Cláusula Mariposa es un modelo de contrato de cláusula única que defiende el derecho moral de los programadores y de las industrias de software a oponerse de una forma eficaz a que los Estados se sirvan de sus creaciones para violar los Derechos Humanos, para ello pueden recurrir a Tribunales de Arbitraje. El abogado español José María Lancho, responsable jurídico de Hispalinux, ideó la Cláusula Mariposa, cada vez más difundida en los contratos de software.

### Modelo del Contrato Licencia

El licenciador excluye cualquier uso del software cedido en las Administraciones Públicas del Estado adquirente en los supuestos de que el Estado proceda a efectuar un acto de agresión armada contra un tercer Estado o proceda a efectuar actos constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

El incumplimiento de cualquiera de estas prohibiciones que quedan conectadas con los derechos cedidos, supondrá automáticamente la terminación, sin necesidad de previa notificación, de la licencia principal del software cedido y en consecuencia la inmediata revocación de los derechos concedidos y la abstención de su ejercicio dentro de las Administraciones Públicas. En todo caso permitirá la exigencia de daños y perjuicios al Licenciario ante la Corte Arbitral de Tecnologías Pacíficas, sita en París o en Zurich, a libre elección del demandante, sometiéndose a las normas de arbitraje de esa Corte, otorgando la capacidad para ser parte coadyuvante e incluso principal en defecto del licenciante, a cualquier perjudicado, posibilitando, en todo caso la exigibilidad y otorgabilidad de daños punitivos y daños coercitivos suficientes para detener la utilización no autorizada del software, todo ello con independencia de las responsabilidades criminales de las personas naturales implicadas, y utilizando exclusivamente la equidad como criterio determinante de la respuesta arbitral a que

ambas partes aceptan someterse. La utilización del programa licenciado supone la aceptación de los términos de este contrato como expresión contractual autónoma de cláusula de conciencia del titular del software. Las partes hacen expresa renuncia de una segunda instancia revisora de la sentencia arbitral.

### Consecuencias jurídicas

La Cláusula Mariposa es un contrato adicional que puede coexistir con cualquiera de las licencias de software existentes y tiene el solo objetivo de excluir el uso del software como herramienta de un Estado para perpetrar de agresión armada contra un tercer Estado, actos constitutivos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra. Tiene, sin embargo, las siguientes implicaciones jurídicas:

- Supone la irrupción activa de los particulares en el Derecho Internacional, cuyo sujeto sólo son, en principio, los Estados y las organizaciones internacionales. El contrato permite que un particular pueda demandar a un Estado ante una Corte de Arbitraje.
- Permite a los particulares, y no sólo a los Estados, amparar los Derechos Humanos.
- Refuerza respecto del Derecho de Obligaciones y del Derecho de Propiedad Intelectual los derechos morales del autor.

El nombre de esta cláusula, conocida también como “software por la paz”, es un homenaje a Edward Lorenz, creador del concepto “efecto mariposa”: cambios imperceptibles tienen efectos colosales.

*Tomado de Wikipedia*  
([http://es.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1usula\\_Mariposa](http://es.wikipedia.org/wiki/Cl%C3%A1usula_Mariposa))

Se presume, salvo prueba en contrario, que el creador del “software” es la persona natural o jurídica que publique la obra bajo su responsabilidad o que aparezca indicada como tal en la misma de la manera acostumbrada. El autor durante toda su vida, es el titular de los derechos morales y patrimoniales. Tiene la facultad para incluir su creación dentro del comercio de los hombres, pero moralmente siempre será el dueño, es el único que puede variar la obra. El titular es quien tiene del derecho patrimonial. Tiene la facultad de autorizar para reproducir su obra.

- **Base de Datos.** Es la compilación de materia, hechos o datos que por la selección y disposición de los mismos tenga elementos de originalidad. También las bases de datos gozan de protección cuando por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales.
- **Contratos informáticos.** El software, al ser un bien económico y estar en el comercio de los hombres, está sujeto a las reglas de la libre contratación. Mediante estos contratos, denominados genéricamente Contrato de Licencia de Uso de Software y Servicios, las Partes, (la persona jurídica o empresa que lo desarrolló y el cliente) regulan las condiciones y los términos contenidos en las cláusulas estipuladas.

Los contratos informáticos incluyen todos o algunos de los siguientes elementos: procedimiento de contratación, licencias de programas, derechos concedidos, utilizar la documentación y software suministrado por la empresa, copia de los programas con fines de respaldo o backup, transferencia y cesión, verificación,

servicios técnicos, plazos y terminación, indemnizaciones, garantías y recursos y condiciones económicas.

## 5.2 LAS TIC EN LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO

La inclusión de las TIC en las negociaciones comerciales por vía de los derechos de propiedad intelectual y los servicios de telecomunicaciones se fortaleció con los acuerdos firmados después de la creación de la OMC en 1994. El primero, el Acuerdo sobre Tecnología de la Información (ATI) de 1996, tuvo como fin la reducción de las tarifas de productos de TIC para el año 2000. El segundo, el Acuerdo Básico de Servicios de Telecomunicaciones de 1997 (BTSA), dio un paso más hacia la liberalización al establecer un sistema que prohíbe los subsidios a las empresas nacionales de telecomunicación.

Esta misma orientación de apertura del comercio de las TIC se refleja en los Acuerdos de Libre Comercio bilaterales o subregionales, especialmente los negociados por los Estados Unidos. Sin embargo, en estos acuerdos también se incluyen otras disposiciones como las relacionadas con las Medidas Técnicas de Protección (MTP).

Por “medida técnica” se entiende cualquier tecnología destinada a impedir o a limitar las actuaciones que no hayan sido autorizadas por el titular de un derecho sobre una obra protegida. En el entorno digital, las medidas tecnológicas de protección se constituyen como una pieza clave para controlar el acceso y uso de las obras digitales y gestionar la compensación de los titulares de la propiedad intelectual por las copias privadas que se realicen de tales obras.

Álvaro Díaz en su libro “América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los

tratados de libre comercio”<sup>6</sup> analiza con gran detalle las MTP y explica las características y repercusiones de su inclusión en los acuerdos comerciales.

Señala este autor que si bien los TLC no establecen cambios significativos en los derechos de autor y conexos, sí incorporaron casi todas las disposiciones de la Ley sobre Derechos de Autor del Milenio Digital de Estados Unidos en relación con la protección legal de las MTP: (i) normas generales que prohíben los actos de elusión de las MTP que controlan el acceso a las obras; (ii) normas generales que prohíben la fabricación, importación, venta, arrendamiento o comercialización de aparatos o dispositivos cuya finalidad sea eludir las MTP y (iii) normas que permiten excepciones muy restrictivas en algunos casos y un mecanismo exigente y acotado en el tiempo para ampliarlas.

Pese a los márgenes de flexibilidad que obtuvieron los países de América Latina que negociaron TLC con Estados Unidos, son las leyes de implementación las que hacen plenamente compatible la protección legal de las MTP con el respeto de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor establecidas por la Convención de Berna y ratificadas en el Acuerdo sobre los ADPIC y los tratados de la OMPI.

Un análisis detallado de las obligaciones incurridas por los diez países de América Latina y el Caribe que suscribieron TLC con Estados Unidos revela las siguientes características:

- Con excepción de Chile, los TLC no especifican que el resguardo legal de las MTP se

refiere solo a las obras o interpretaciones, ejecuciones, transmisiones o reproducciones de fonogramas que estén protegidos por derechos de autor. Una mala interpretación de este aspecto podría conducir a que se sancione la elusión de MTP que protegen los contenidos que son de dominio público.

- Todos los TLC establecen procedimientos civiles cuando se eluden las MTP o cuando existe fabricación, importación y distribución de dispositivos para esos efectos. Solo el TLC de Chile establece que se excluirá a las bibliotecas, archivos e instituciones educativas sin fines de lucro, siempre que haya existido buena fe y desconocimiento de que la conducta era ilegal.
- El CAFTA y los TLC de Colombia, Perú y Panamá establecen el compromiso de sancionar penalmente tanto la elusión como la fabricación, importación y distribución de las MTP cuando existe dolo y fines de lucro. En el caso de Chile el criterio es idéntico, aunque se centra solo en las MTP de ejercicio de derechos y no las de control de acceso. Todos los tratados establecen excepciones para bibliotecas, archivos y entidades educativas sin fines de lucro, pero siempre y cuando no haya dolo y fines de ganancia comercial.
- Todos los TLC establecen exenciones legales que, siguiendo el criterio de la Ley sobre Derechos de Autor del Milenio Digital, se enumeran taxativamente con diversas restricciones para los casos de ingeniería reversa, investigación y desarrollo, protección de menores, seguridad, privacidad e inteligencia. También permiten exenciones legales para ciertos casos de elusión de las MTP en bibliotecas, archivos o instituciones educativas. En este sentido, se alejan del cri-

6 Díaz Álvaro, América Latina y el Caribe. La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio. CEPAL, Santiago, Chile, 2008.



terio establecido por la Unión Europea, que considera excepciones más flexibles.

- Pese a lo anterior, todos los TLC contemplan un procedimiento administrativo o legislativo definido por ley para ampliar las excepciones legales relacionadas con MTP específicas y en ciertos sectores determinados. En el caso de Chile, este tiene un plazo de vigencia de tres años, pero como el lenguaje no es taxativo, nada impide que sea renovable. En el caso del CAFTA-DR y los TLC de Colombia, Perú y Panamá el plazo es de cuatro años y se declara explícitamente que es renovable, pero se exigen pruebas “sustanciales” para esos efectos.

Una de las consecuencias más preocupantes de los TLC es que sin cuestionar formalmente las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, establecen un fuerte y taxativo resguardo legal de las MTP que dificulta la flexibilidad para adecuarse al progreso técnico.

Es probable que mientras las leyes y la jurisprudencia de Estados Unidos vayan incorporando nuevas disposiciones para regular las MTP de manera más equilibrada, se produzca la paradójica e insólita situación de que el texto de los TLC impedirá que estos cambios se desarrollen en los países de América Latina y el Caribe.

En suma, señala Alvaro Díaz, las MTP pueden entrañar costos importantes porque restringen la competencia, dificultan la innovación imitativa y gradual, aumentan los costos en que deben incurrir los consumidores para acceder a la información y conocimientos que ya son de dominio público y obstruyen el libre ejercicio de los derechos ciudadanos. Vale decir, es posible que las MTP impidan que los usuarios ejerzan su derecho a utilizar las obras sin auto-

rización del autor en situaciones no contempladas expresamente en la legislación pertinente. En consecuencia, los países deben ser extremadamente cuidadosos al formular las leyes de aplicación de los TLC.

### **5.2.1 Ley sobre Derechos de Autor del Milenio**

#### **a) Antecedentes de la Ley**

El día 28 de octubre de 1998, el presidente de los Estados Unidos Bill Clinton firmó la ley Digital Millennium Copyright Act (DMCA), o ley de “Derechos de Autor del Milenio Digital”. Esta ley está diseñada para implementar dos de los tratados firmados en diciembre de 1996 en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): el tratado sobre derechos de autor y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. La DMCA también trata de abarcar y dar solución a otros temas relacionados con los derechos de autor.

La DMCA criminaliza, no sólo la infracción del derecho de autor en sí, sino también la producción y distribución de tecnología que permita sortear las medidas de protección del derecho de autor. Además, incrementa las penas para las infracciones al derecho de autor en Internet.

Algunas organizaciones, como la Electronic Frontier Foundation (EFF), evalúan los efectos de las medidas para evitar saltarse las protecciones de la DMCA. Según la EFF, la sección 1201 de la ley afecta la libertad de expresión y la investigación científica, pone en peligro el uso legítimo e impide la competencia y la innovación.

Ante la necesidad de adaptarse y comprender la nueva realidad de la sociedad de la información, la OMPI pretende mediar entre los derechos de los autores y los intereses de los usuarios. Producto de esta intención nace el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, y como consecuencia de ese tratado en Estados Unidos surge la Digital Millennium Copyright Act, y en Europa la correspondiente Directiva de la UE.

Pero la DMCA no fue promulgada solamente para proteger obras con copyright de la manera tradicional. Su protección se extiende a los dispositivos diseñados para resguardar los propios derechos de autor, aún y cuando estos dispositivos no estén amparados por ningún copyright y su alteración no infrinja ninguna norma.

## **b) Contenido de la DMCA**

La Ley sobre Derechos de Autor del Milenio se divide en cinco títulos:

**Título I: Ley sobre la implementación del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.** Este título se puede desglosar en dos partes. La primera incluye el trabajo de varios tratados de leyes sobre la prevención de copia, y la segunda, que usualmente se conoce como las provisiones para no dejar “pasar por alto” la DMCA (DMCA anti-circumvention provisions). Esta última da lugar a la creación de muchos requisitos mínimos, como por ejemplo, que todos los grabadores de video análogo tengan incluidos sistemas para la prevención a la copia.

**Título II: Acta sobre las limitaciones y responsabilidades a la violación de los dere-**

**chos de autor en línea.** Crea un “puerto seguro” para los proveedores de servicios en línea, incluyendo a los proveedores de servicios de Internet (OPSs e ISPs).

**Título III: Acta sobre el aseguramiento en el mantenimiento de ordenadores.** Modifica la **sección 117** del título sobre **derechos de autor** que aprueba la copia temporal de archivos de un ordenador al que se le está efectuando mantenimiento o reparación.

**Título IV: Provisiones Misceláneas.** Este título se puede dividir en las siguientes provisiones principales: (a) clarifica y agrega responsabilidades a la Oficina de **Derechos de Autor**, (b) refiere a la educación a distancia, (c) asiste a la excepción a las bibliotecas en dejarles que copien grabaciones de sonido, y (d) atiende lo concerniente a la transferencia de derechos de películas.

**Título V: Acta de protección de los diseños de los cascos de buques.** Integra las secciones de la **1301** a la **1332** para agregar la protección a los diseños de los cascos de barcos. Anteriormente dichos diseños no se encontraban protegidos ya que no se clasificaban en ningún rubro de los **derechos de autor**.

## **c) La Controvertida Sección 1201**

La sección 1201 de la DMCA tiene como objetivo penalizar como infractores de los derechos de autor a todos aquellos que faciliten los medios o métodos para evitar las protecciones anticopia. En la práctica, las provisiones pensadas para eliminar las lagunas legales que impidan la aplicación de las leyes de derechos de autor se están utilizando para enfrentar una amplia gama de actividades legítimas. Consecuentemente la DMCA se ha convertido en una amenaza a los ojos de algunos especialistas.

La DMCA puede impedir la competencia y la innovación. Centrándose en la piratería, muchos propietarios del copyright se han aprovechado de la DMCA para obstaculizar a sus competidores legítimos. Por ejemplo, la DMCA se ha utilizado para bloquear la competencia de accesorios en cartuchos de tóner de impresoras láser, puertas del garaje, y servicios de mantenimiento de las computadoras. De igual manera, la compañía Apple Computer invocó el DMCA para enfrentar los esfuerzos de la compañía RealNetworks de vender música a los propietarios del iPod.

La prohibición del “acto”, precisada en la sección 1201(a)(1), prohíbe la acción de evitar una medida tecnológica usada por los propietarios del copyright para controlar el acceso a sus trabajos (“controles de acceso”). Así pues, esta disposición convierte en ilegal descifrar el contenido de una película en DVD. Esta prohibición se aplica incluso donde es legítimo el propósito de descifrar dicha película. Por ejemplo, según la DMCA es ilegal hacer una copia digital de un DVD que uno posee para luego pasarla a un iPod video.

La prohibición de “herramientas”, precisadas en las secciones 1201(a) (2) y 1201(b), proscriben la fabricación, la venta, la distribución y el tráfico de las herramientas o de las tecnologías que hacen posible evitar las protecciones anticopia. Estas provisiones prohíben ambas tecnologías que afecten controles de acceso.

#### **d) Críticas a la DMCA**

Una de las principales consecuencias de la DMCA fue que permitió la creación de los

---

7 Marcelo D’Elia Branco (Ver <http://biblioweb.sindominio.net/telematica/palladium.html>).

llamados *management* de derechos digitales, mediante los cuales los propietarios de los derechos de autor no tienen ninguna restricción para establecer reglas mediante las cuales los consumidores podrán utilizar sus productos, sea un sofisticado programa informático, un CD o un aparato de vídeo. Según la ley, es ilegal que alguien trate de romper esos códigos o claves que protegen el material clasificado bajo el derecho de autor.

La ley sólo contemplaba algunas excepciones al principio general de protección a los creadores de casi todo lo que circula en Internet: la utilización de materiales en universidades y centros de enseñanza, la copia privada y el llamado “uso justo” de la obra.

Marcelo D’Elia Branco, de la Universitat Oberta de Catalunya, ha señalado que “la DCMA es una de las leyes norteamericanas que se pretenden extender a todas las naciones que suscriben acuerdos comerciales con los Estados Unidos. Responde a los intereses de poderosos grupos de presión que tratan de imponer a otros países un clon de esa legislación antidemocrática que criminaliza a los ciudadanos. La DCMA se basa en una ampliación de las normas que nacieron con la regulación industrial, o sea, para productos materiales, y que pudo tener sentido para una determinada época, pero que ahora trata de ser aplicada a productos inmateriales (digitales) que tienen un coste de (re)producción básicamente nulo. Esa criminalización no tiene sentido en la nueva sociedad de la información.”<sup>7</sup>

#### **5.2.2 Las TIC en el TLC Costa Rica - México**

En el año 1994 Costa Rica firmó un tratado de libre comercio con México. Fue el primer acuerdo de esta naturaleza negociado por

Costa Rica. Las regulaciones en materia de Propiedad Intelectual estipuladas en el Tratado y que afectan a las TIC se pueden resumir de la siguiente manera:

- Cada Parte protegerá las obras comprendidas en el artículo 2 del Convenio de Berna (1971), incluyendo cualesquiera otras que incorporen una expresión original en el sentido que confiere a este término ese Convenio, tales como los programas de cómputo o las compilaciones de datos que por razones de selección, compendio, arreglo o disposición de su contenido constituyan creaciones de carácter intelectual. La protección conferida a las compilaciones de datos no se extenderá a los datos o materiales en sí mismos ni se otorgará en perjuicio de ningún derecho de autor que exista sobre esos datos o materiales.
- Cada Parte otorgará a los autores o a sus causahabientes los derechos que se enuncian en el Convenio de Berna (1971), con respecto a las obras contempladas en el párrafo 1, incluyendo el derecho de autorizar o prohibir:
  - La edición gráfica.
  - La traducción a cualquier idioma o dialecto.
  - La adaptación e inclusión en fonogramas, videogramas, películas cinematográficas y otras obras audiovisuales.
  - La comunicación al público.
  - La reproducción por cualquier medio o bajo cualquier forma.
  - La primera distribución pública del original y de cada copia de la obra mediante venta, arrendamiento, préstamo o cualquier otro medio.
  - La importación al territorio de una Parte de copias de la obra hechas sin la autorización del titular del derecho.
  - Cualquier forma de utilización, proceso o sistema conocido o por conocerse.
- Respecto de los programas de cómputo, las partes conferirán a los autores y a sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras protegidas por el derecho de autor.
- Tratándose de programas de cómputo, no será necesaria la autorización del autor o derechohabiente cuando la copia del programa de cómputo no constituya en sí misma el objeto esencial del arrendamiento.
- Cada Parte dispondrá que para los derechos de autor y derechos conexos:
  - Cualquier persona que adquiera o detente derechos económicos pueda, libremente y por separado, transferirlos mediante contrato para efectos de explotación y goce por el cesionario.
  - Cualquier persona que adquiera y detente esos derechos económicos en virtud de un contrato, incluidos los contratos de empleo que impliquen la creación de cualquier tipo de obra y de fonogramas, tenga la capacidad de ejercitar esos derechos en nombre

propio y de disfrutar plenamente los beneficios derivados de los mismos.

- Cada Parte circunscribirá las limitaciones o excepciones a los derechos que establece este artículo a casos especiales determinados que no impidan la explotación normal de la obra ni ocasionen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del derecho.
- Los derechos de autor son permanentes durante toda la vida de éste. Después de su fallecimiento, quienes hayan adquirido legítimamente esos derechos los disfrutará por el término de 50 años como mínimo. Cuando la duración de la protección de una obra se calcule sobre una base distinta de la vida de una persona física, esa duración será de:
  - No menos de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación o divulgación autorizada de la obra; o
  - 50 años a partir del final del año de la realización de la obra a falta de su publicación o divulgación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de su realización.

### 5.2.3 El CAFTA y las TIC en Costa Rica

Para Estados Unidos los derechos de propiedad intelectual han sido una preocupación histórica, que tiene sus raíces en el propio desarrollo capitalista, la búsqueda de rentabilidad por las inversiones en investigación para la innovación y la influencia y cabildeo de grandes empresas, muchas de ellas transnacionales, que destinan recursos a investigación y desarrollo (I+D).

En los últimos años se han aumentado en ese país los estándares de protección, así como el monitoreo sistemático de su observancia en el ámbito internacional mediante el Informe Especial 301, el cual incluye una lista de países que a juicio de la autoridad comercial estadounidense no cumplen los compromisos en la materia. Dicho Informe es parte de la Ley de Comercio, y la lista es el paso previo a la imposición de sanciones comerciales a las naciones que violen esos derechos de propiedad intelectual.

Con estos antecedentes, asociados con la aprobación de la ley de Derechos de Autor del Milenio Digital, no es de extrañar que esos intereses se manifieste en los acuerdos comerciales que han suscrito los Estados Unidos, incluidos, desde luego, el TLC con Costa Rica y los otros países de la región centroamericana.

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos (CAFTA), aprobado por Costa Rica mediante referendo el 7 de Octubre de 2007, contiene 22 capítulos de los cuales los capítulos 13 (Telecomunicaciones), 14 (Comercio Electrónico) y 15 (Derechos de Propiedad Intelectual) se relacionan directamente con las TIC y los derechos de propiedad intelectual.

#### a) Capítulo trece: Telecomunicaciones

Desde el año 1963 los servicios de telecomunicaciones en Costa Rica han estado en manos del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) que tiene el monopolio de hecho de la telefonía fija, celular e Internet. Estos servicios son regulados, en cuanto a cobertura, precios y calidad por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP).



La posición original en materia de telecomunicaciones del Gobierno de Costa Rica en relación con la negociación del CAFTA, expresada oficialmente en el documento “Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Posición Nacional”, publicado por el Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica a principios del año 2003 señala lo siguiente:

*“Dada la importancia que históricamente ha tenido el sector de telecomunicaciones dentro de la economía costarricense, la posición del Gobierno de la República es que la definición del futuro de este sector debe ser resultado de un consenso nacional derivado de un debate amplio de la sociedad costarricense. Por este motivo, se buscará que el TLC no implique la apertura de los servicios de telecomunicaciones”.*<sup>8</sup>

Sin embargo, esta posición se modificó durante el proceso de negociación del Tratado y en las dos últimas rondas se acordó incluir, como Anexo del Capítulo 13, la apertura del sector de telecomunicaciones. La apertura de este servicio produjo acalorados debates entre diferentes sectores económicos y sociales del país.

Los compromisos específicos que asumió Costa Rica en el CAFTA en materia de telecomunicaciones se detallan a continuación:

- **Nuevo marco normativo**

Costa Rica promulgará un nuevo marco jurídico para abrir el mercado de las telecomunicaciones y para “fortalecer” al ICE a través de su modernización.

8 COMEX, Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Posición Nacional. San José, Costa Rica, 2003, página 23.

9 Los datos señalados en este apartado fueron tomados del Borrador del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos, con fecha 28 de enero, 2004. (Págs. 14-1- 14-3 y 15-2- 15-34)

- **Compromisos Selectivos y Graduales de Apertura del Mercado**

Costa Rica permitirá a los proveedores de servicios de otra Parte suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables que aquellas establecidas por u otorgadas de conformidad con su legislación nacional vigente al 27 de enero del 2003.

Costa Rica permitirá sobre una base no discriminatoria, a los proveedores de servicios de telecomunicaciones de otra Parte, competir efectivamente para suministrar directamente al cliente, a través de la tecnología de su escogencia, los siguientes servicios de telecomunicaciones en su territorio: servicios de redes privadas, servicios de Internet, y servicios inalámbricos móviles.

También aplicará a cualquier otro servicio de telecomunicaciones que Costa Rica decida permitir en el futuro.

- **Principios regulatorios**

El marco regulatorio de los servicios de telecomunicaciones deberá estar de conformidad con disposiciones en un conjunto de temas y materias: servicio universal, independencia de la autoridad reguladora, transparencia, asignación y utilización de recursos escasos, interconexión regulada, acceso a y uso de redes, suministro de servicios de información, competencia, sistemas de cables submarinos, y flexibilidad en las opciones tecnológicas.

**b) Capítulo catorce: Comercio Electrónico<sup>9</sup>**

El Capítulo catorce tiene como propósito la disminución de obstáculos y maximización del aprovechamiento de las transacciones de co-

mercio electrónico. Establece la prohibición a fijar gravámenes internos, directa o indirectamente que no sean consistentes con el Tratado. Además, señala que “ninguna Parte impondrá aranceles aduaneros, tarifas u otras cargas relacionadas con la importación o exportación de productos digitales por transmisión electrónica”.

También se indica que las medidas que afecten el suministro de un servicio utilizando medios electrónicos se encuentran dentro de las obligaciones contenidas en otros capítulos del CAFTA: inversiones, comercio transfronterizo de servicios y servicios financieros

En el capítulo catorce también se definen algunos conceptos:

- Medios electrónicos: que emplea un procesamiento computacional
- Medio portador: cualquier objeto físico capaz de almacenar códigos digitales que forman un producto digital por cualquier método conocido actualmente o desarrollado posteriormente, y del cual un producto digital pueda ser percibido, reproducido, o comunicado directa o indirectamente, incluye medios ópticos, disquetes y cintas magnéticas.
- Producto digitales: programas computacionales, texto, video, imágenes, grabaciones de sonido y otros productos que sean codificados digitalmente y transmitidos electrónicamente ( no incluye las representaciones digitalizadas de instrumentos financieros o similares)
- Transmisión electrónica o transmitido electrónicamente: transferencia de productos digitales utilizando cualquier medio electromagnético o fotónico.

### c) **Capítulo quince: Derechos de Propiedad Intelectual**

El Capítulo quince incluye la materia que concierne a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual y señala que: aquellas disposiciones legales de carácter nacional, aún cuando sean más amplias que las señaladas en este apartado, deben ser acordes a las disposiciones.

Es importante señalar que en el capítulo se incluyen los tratados relativos a materia de protección de propiedad intelectual que deberán ratificar o acceder los países como parte de los acuerdos del TLC; entre los que se encuentran:

- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre los derechos de autor.(1996)
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996)
- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970)
- Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los Fines de Procedimiento en Materia de Patentes (1980)
- Convenio sobre la Distribución de Señales de Satélite Portadoras de Programas (1974)
- Tratado sobre el Derecho de Marcas.
- Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV, 1991)
- Tratado sobre el Derecho de Patentes (2000)
- Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Datos Industriales (1999)

- Protocolo de Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas (1989)

Otros aspectos incorporados en el texto señalan la protección de marcas<sup>10</sup>, indicaciones geográficas<sup>11</sup>, nombres de dominio de Internet, obligaciones al margen de los derechos de autor y los derechos conexos.

En este apartado también se señalan algunas aclaraciones conceptuales:

- **Artistas, intérpretes o ejecutantes:** refiere los actores, cantes, músicos, bailarines, u otras personas que representen un papel, canten, reciten declamen, interpreten o ejecuten en cualquier forma obras literarias o artísticas o expresiones de folclore.
- **Fonograma:** toda fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación o de otros sonidos, o de una representación de sonidos que no sea en forma de una fijación incluida en una obra cinematográfica o audiovisual.
- **Fijación:** se comprende como la incorporación de sonidos o la representación de estos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.
- **Productor de fonogramas:** refiere a la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos.
- **Publicación de una interpretación o ejecución de un fonograma:** es la oferta al público de copias de la interpretación o ejecución fijada del fonograma con el consentimiento del titular del derecho y siempre que los ejemplares se ofrezcan en cantidad suficiente al público.

- **Radiodifusión:** transmisión inalámbrica o por satélite de sonidos, imágenes y de las representaciones de estos, para su recepción por el público, incluyendo la transmisión inalámbrica de señales codificadas cuando los medios de decodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento.

- **Comunicación al público de una interpretación o ejecución de un fonograma:** es la transmisión al público, por cualquier medio que no sea la radiodifusión, de sonidos, de una interpretación o ejecución de los sonidos o las representaciones de sonidos fijadas en un fonograma.

El capítulo también incluye la materia relativa a la Protección de Señales de Satélite Codificadas Portadoras de Programas, Patentes, Medidas relacionadas con Productos farmacéuticos y químicos agrícolas; entre otros.

### **5.3 VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

La violación de los Derechos de Propiedad Intelectual en el caso de las TIC, se presenta principalmente, aunque no de manera exclusiva en lo concerniente al software (duplicación y modificación). La más frecuente es la llamada “piratería” definida como la duplicación no

---

10 Refiere a la posibilidad de las partes de disponer de marcas colectivas de certificación y sonoras; así como indicaciones geográficas y marcas olfativas.

11 Se reconoce por indicación geográfica aquellas que identifican un producto como originario de un territorio, región o localidad de alguna de las partes, cuando alguna característica del bien sea imputable particularmente por su origen geográfico.

## Leyes de implementación en materia de Propiedad Intelectual en el marco del CAFTA

La ratificación del Tratado de Libre Comercio entre los países centroamericanos, República Dominicana y los Estados Unidos, significó para Costa Rica la obligación de aprobar varias normas legales que se conocen como leyes de implementación. A continuación se detallan aquellas que tienen que ver con los Derechos de Propiedad Intelectual.

- Aprobación del Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite.
- Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) y Reglamento del PCT
- Aprobación del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)
- Aprobación del Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) (1996)
- Aprobación de las Adhesión de Costa Rica al Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes
- Aprobación del Convenio Internacional para las Protección de las Obtenciones Vegetales
- Aprobación de la Adhesión de Costa Rica al Tratado sobre el Derecho de Marcas y su reglamento
- Protección de las Obtenciones Vegetales
- Modificación de Varios Artículos de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, y de la Ley de Biodiversidad
- Modificación de Varios artículos de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual
- Reforma y Adición de varias normas que regulan materias relacionadas con propiedad intelectual

*Tomado de "Entrada en vigor del TLC entre República Dominicana, Estados Unidos y Costa Rica Ministerio de Comercio Exterior. San José Costa Rica. PDF. Enero, 2009.*

autorizada de programas informáticos. Aunque la mayoría de los usuarios saben que la duplicación y el uso no autorizado de programas son ilegales, muchos rechazan la idea de aplicar al software los derechos de propiedad intelectual.<sup>12</sup>

### 5.3.1 Tipos de piratería de software<sup>13</sup>

Existen diversas formas de piratería del software que perjudican especialmente a las empresas desarrolladoras de aplicaciones, sean estas micro y pequeñas firmas nacionales o grandes corporaciones transnacionales. Algunos de los argumentos que se emplean para combatir la piratería refieren a la pérdida de recursos para inversión en investigación y desarrollo, estancamiento de la innovación, desincentivos para el desarrollo de la industria y en general lesiones a las economías.

Las principales formas de piratería se señalan a continuación, aunque cada día surgen nuevos avances tecnológicos que propician la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

- Softlifting: comprar una sola copia licenciada de un programa y utilizarla en varios ordenadores va en contra de los términos de la licencia. Por ejemplo, compartir software con amigos, compañeros de trabajo u otras personas.
- Carga y descarga: realizar copias no autorizadas de programas con derecho de autor y que estén disponibles para usuarios finales conectados vía modem o a través de proveedores de servicio online o de Internet.

- Falsificación de software: Duplicar y vender ilegalmente software con derecho de autor de forma que parezca legítimo.
- Facturación separada OEM (*Original Equipment Manufacturer*): vender software independiente que solamente es posible encontrar con hardware específico.
- Carga en el disco duro: instalar copias no autorizadas de software en los discos duros de ordenadores personales, a menudo como incentivo para que el usuario final compre el hardware de un vendedor concreto.
- Alquiler: venta no autorizada de software para uso temporal, como si fuese una película.
- Violación de marca registrada: Esta infracción sucede cuando una empresa no acreditada se presenta como negociante autorizado, técnico, proveedor de soporte o revendedor, o usa indebidamente un nombre de marca registrada.

La principal forma de combatir la piratería y proteger los derechos de autor que se plantea en la actualidad es por medio de legislación represiva que sanciona penalmente con multas e incluso pérdida de libertad a los que la infringen. Sin embargo, una alternativa que algunos grupos y sectores promueven “para no estar pagando altos costos, evitar la piratería, tener diversidad, calidad y libertad de elección sobre el software, es hacer uso de aplicaciones desarrolladas bajo la licencia OpenSource”.<sup>14</sup>

El software de fuente abierta (libre) no solo podría reducir la piratería, sino tener niveles de desarrollo y programas de alta calidad y confiables.

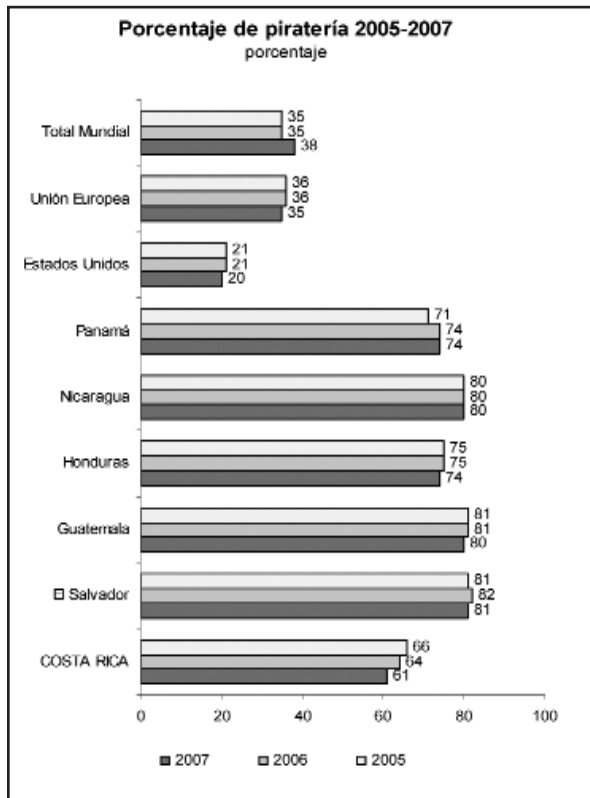
12 <http://w3.bsa.org/latinamerica/antipiracy/Types-of-Piracy.cfm>

13 Idem

14 Joel Barrios Dueñas (Ver <http://www.alcancelibre.org/article.php/software-fuente-abierta-una-alternativa>)



Gráfico 5.1

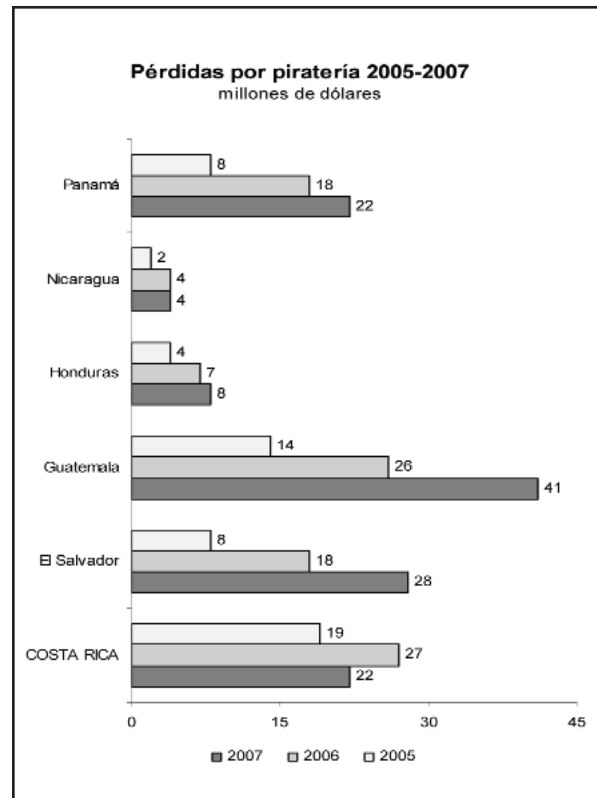


Fuente: 2007 Global Software Piracy Study. Disponible en la dirección: [http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/summaryfindings\\_globalstudy07.pdf](http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/summaryfindings_globalstudy07.pdf)

Además, cualquier usuario u organización que se involucra en este ambiente puede adquirir competencias de desarrollo porque el software de fuente abierta da capacidad y libertad de crear escenarios altamente competitivos para las empresas basados en la calidad, diversidad, aplicaciones similares a las de código fuente cerrado, elevado nivel de información y sobre todo generación de valor para las empresas.

15 Global Software Piracy Study. 2007. Disponible en la dirección [http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/summaryfindings\\_globalstudy07.pdf](http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/summaryfindings_globalstudy07.pdf)

Grafico . 5.2



Fuente: 2007 Global Software Piracy Study. Disponible en la dirección [http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/summaryfindings\\_globalstudy07.pdf](http://global.bsa.org/idcglobalstudy2007/studies/summaryfindings_globalstudy07.pdf)

### 5.3.2 Piratería del software en el mundo

Según el Quinto Estudio Anual de Piratería de Software que tiene cobertura mundial, realizado por el IDC y BSA (Business Software Alliance), las pérdidas económicas por la piratería han aumentado hasta los 48 mil millones de dólares en 2007.<sup>15</sup>

La piratería de Internet ocurre cuando se pone a disposición de los usuarios una transferencia electrónica de software con derechos de autor. Operadores de sistemas y/o usuarios ponen a disposición materiales con derechos de autor en Internet para que otros puedan copiarlos y usarlos sin la licencia correspondiente. Frecuentemente, los hackers dis-

tribuyen o venden software “crackeado”. El creador no recibe ninguna suma de dinero por su software distribuido de esta manera. Es una violación de los derechos de autor del creador.

Los gráficos 5.1 y 5.2 muestran los datos del Estudio Mundial sobre Piratería del Software elaborado por la BSA. Se presentan las cifras para el periodo 2005-2007. El gráfico 5.1 presenta el comportamiento de este fenómeno en algunos países. Se evidencia un incremento de tres puntos porcentuales en el trienio. Para el caso de Costa Rica la piratería del software ha disminuido en cinco puntos porcentuales del año 2005 (66%) al 2007 (61%) y ocupa el tercer lugar con menor incidencia en América Latina, similar a México, y después de Colombia y Brasil.

El gráfico 5.2 muestra, para el caso de Centroamérica y Panamá, los montos, (expresados en millones de dólares) de pérdidas por piratería para el periodo 2005- 2007

### **5.3.3 Piratería del software en Costa Rica**

En 1982 el Congreso de Costa Rica aprobó la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos No. 6683 la cual establece sanciones civiles y criminales para los casos de violación de los derechos de autor. Esta ley fue modificada en 1994 para proteger expresamente a los programas de cómputo y bases de datos. De acuerdo con la ley, es ilegal hacer o distribuir copias de software sin la debida autorización del titular de los derechos de autor y sólo se puede hacer una copia del original con fines de archivo o de seguridad.

Es importante considerar que los alcances de esta legislación han sufrido cambios a raíz de los acuerdos internacionales que ha firmado el país en los últimos años y por la obligación de implementar leyes de acompañamiento a estas medidas.

El Registro Nacional ha procurado mantener un sistema jurídico de protección a los derechos que se derivan de la propiedad intelectual, reconociendo al creador, al inventor, al artista, como titulares de derechos, susceptibles de protección.

Apoyado por los tribunales de justicia, se ha creado una sala especializada en la materia, llamada Sección Tercera del Tribunal Contencioso Administrativo, que se encarga como única instancia de ventilar y dar por agotada la vía que recurran a la misma. Se ha abocado a reconocer y confirmar las resoluciones que emite este Registro acerca de las marcas notoriamente conocidas y famosas, sentando jurisprudencia para proteger al verdadero titular y al consumidor; evitando la piratería y a los usurpadores o infractores de derechos de propiedad intelectual.

El Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos tiene como fin velar por el cumplimiento de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos y los Tratados Internacionales que Costa Rica ha ratificado en esta materia. Lleva un diario general de entradas, un índice general, un registro de obras literarias, de películas cinematográficas, de obras musicales, coreografías y pantomimas, de pinturas, dibujos, fotografías y diseños, de editores, impresos y periódicos, de traducciones, presentación de autores, de seudónimos, de fonogramas, de programas radiales y televisados, de otras obras, de contratos de edición, de representación y de otros contratos vinculados con la propiedad intelectual.

El Estado tutela la protección intelectual del software a través del procedimiento de inscripción prescrito. Las empresas líderes del mercado informático, principalmente las estadounidenses, se han organizado, y junto al gobierno norteamericano presio-

nan en todo el mundo para que la utilización del software sea legal. Aducen que el uso ilegal se traduce en una política que atenta contra la industria pues no se promueven innovaciones, creación de empleos, crecimiento de la economía, y estímulo a la competencia.

#### 5.4 PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA INDUSTRIA DE SOFTWARE EN COSTA RICA

Con el fin de examinar los Derechos de Propiedad Intelectual en la industria de software en Costa Rica, PROSIC realizó una encuesta telefónica para conocer la opinión de los empresarios sobre diversos aspectos en este campo y lo que implica en el desarrollo de las empresas de software.

La consulta se realizó a 35 empresas productoras de software pertenecientes a la Cámara Costarricense de Tecnología de Información y Comunicación (CAMTIC). El trabajo de campo se hizo del 17 al 26 de febrero de 2009.

Para efectos del análisis, los resultados se presentan por tamaño de la empresa; Micro y Pequeña (de 1 a 30 empleados), Mediana (de 31 a 100 empleados) y Grande (Más de 100 empleados). La distribución de la muestra fue la siguiente: Micro y Pequeña (62,9%), Mediana (25,7%) y Grande (11,4%).

Las 35 empresas desarrolladoras de software producen principalmente aplicaciones Web (17%), de educación (6%) y sobre todo aplicaciones empresariales, tanto en la parte financiera (17%) como de gestión empresarial (60%).

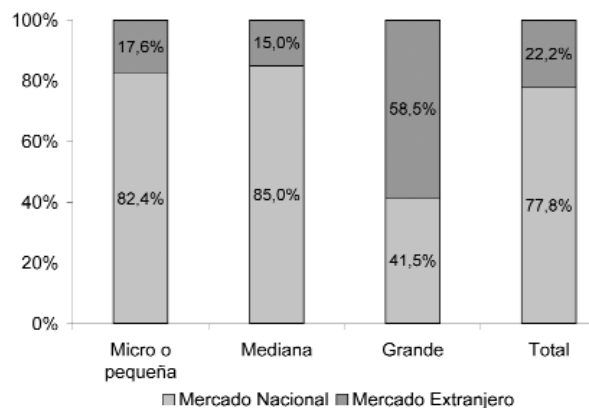
En cuanto a los vínculos con compañías del extranjero, el 57,1% de los micro y pequeños

desarrolladores de software consultados son nacionales y no tienen relación con empresas en el exterior. Esto contrasta con las medianas (55,6%) y grandes (75%) que si mantienen vínculos con empresas internacionales.

En promedio, el porcentaje del total de los ingresos percibidos por las empresas que corresponden al mercado nacional es de 78%, mientras que un 22% proviene del mercado ex-

**Gráfico 5.3**

Porcentaje promedio del total de los ingresos percibidos por las empresas según mercado nacional o extranjero



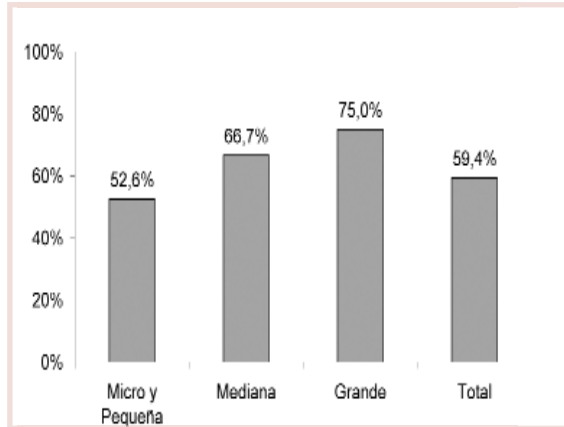
Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009.

tranjero. Al analizarlo por tamaño de empresa, las empresas grandes son las que más ingresos reciben por exportar sus productos al mercado internacional (58% en promedio). Gráfico 5.3

En el gráfico 5.4 se puede observar que el 59,4% de las empresas consultadas, independientemente de su tamaño, han registrado algún derecho de propiedad intelectual en Costa Rica. Este registro de propiedad intelectual aumenta conforme las empresas son más grandes, ya que el 53% de las empresas micro y pequeñas tienen registrado algún derecho,

**Gráfico 5.4**

Porcentaje de empresas que tienen registrado algún derecho de propiedad intelectual en Costa Rica



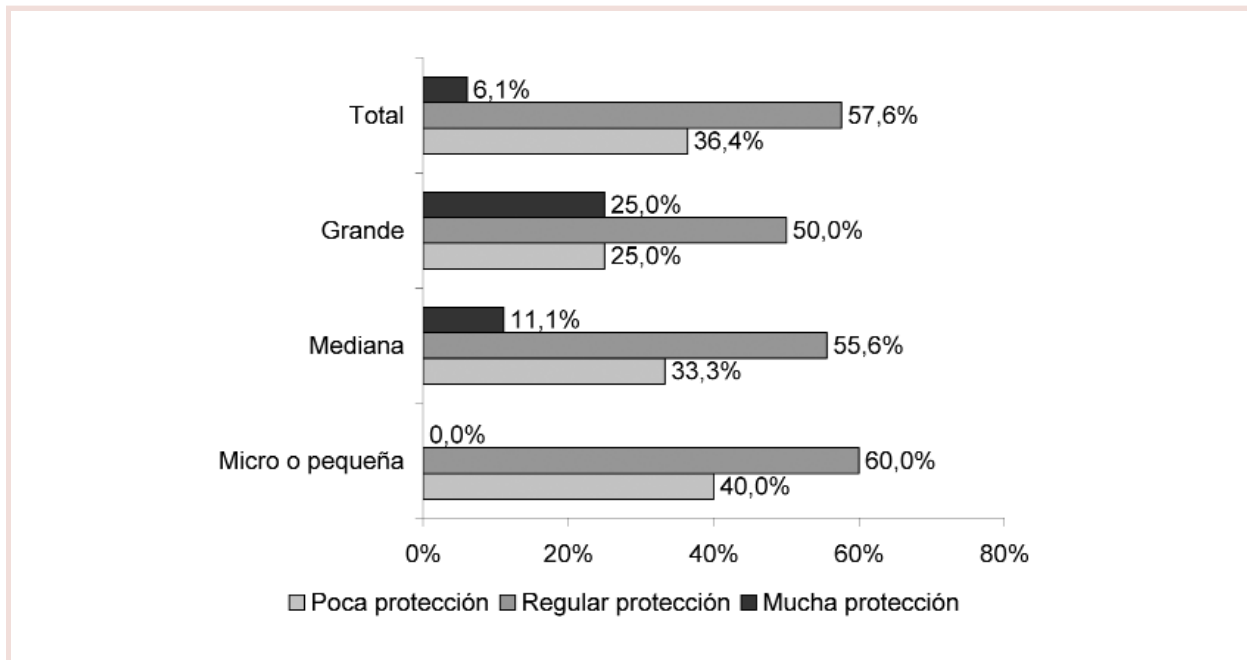
Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009.

La mayoría de los informantes consideran que el grado de protección que ofrece la legislación costarricense a las empresas desarrolladoras de software es intermedio, regular protección (58%). Sin embargo, se presenta también un importante porcentaje que considera que dicha protección es poca (36%), principalmente en las empresas micro o pequeñas. Gráfico 5.5.

Otro dato importante de rescatar es el hecho de que los micro y pequeños desarrolladores de software, así como las medianas empresas, a diferencia de las grandes, han tenido muy pocos problemas de piratería con el software que producen. Gráfico 5.6. Para el total de las compañías entrevistadas solo el 12% manifestó haber experimentado algún tipo de piratería con sus aplicaciones.

**Gráfico 5.5**

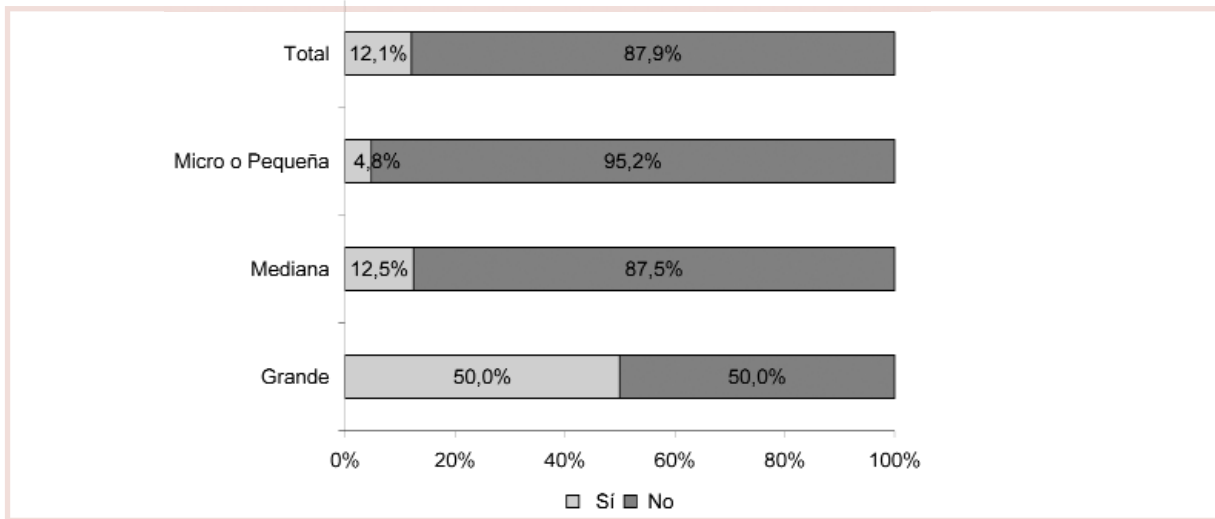
Opinión sobre la protección que ofrece la legislación costarricense a las empresas desarrolladoras de software



Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009.

**Gráfico 5.6**

Porcentaje de empresas que han tenido algún problema de piratería con el software que producen



Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009.

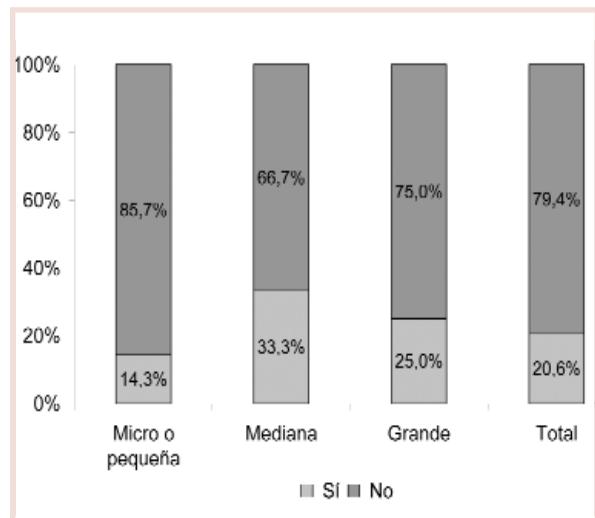
Otro dato importante de rescatar es el hecho de que las micro y pequeños desarrolladores de software, así como las medianas empresas, a diferencia de las grandes, han tenido muy pocos problemas de piratería con el software que producen. Gráfico 5.6. Para el total de las compañías entrevistadas solo el 12% manifestó haber experimentado algún tipo de piratería con sus aplicaciones.

La Ley de Derechos de Autor del Milenio Digital de los Estados Unidos que constituye un elemento importante en el marco de los acuerdos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y del CAFTA, un porcentaje importante de las empresas consultadas desconocen esta ley (79,4%).

Desde luego las empresas micro y pequeñas tienen un mayor desconocimiento ya que tan sólo un 14,3% manifiesta saber de que se trata. Por su parte, un 33% de las empresas medianas y un

**Gráfico 5.7**

Porcentaje de empresas que conocen la ley de Derecho de Autor del Milenio Digital de los Estados Unidos

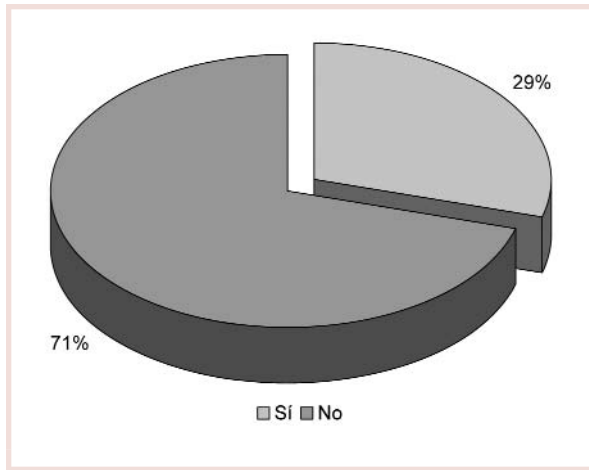


Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009.



**Gráfico 5.8**

Conocimiento a cerca de los cambios en la legislación costarricense sobre propiedad intelectual relacionados con el desarrollo de software



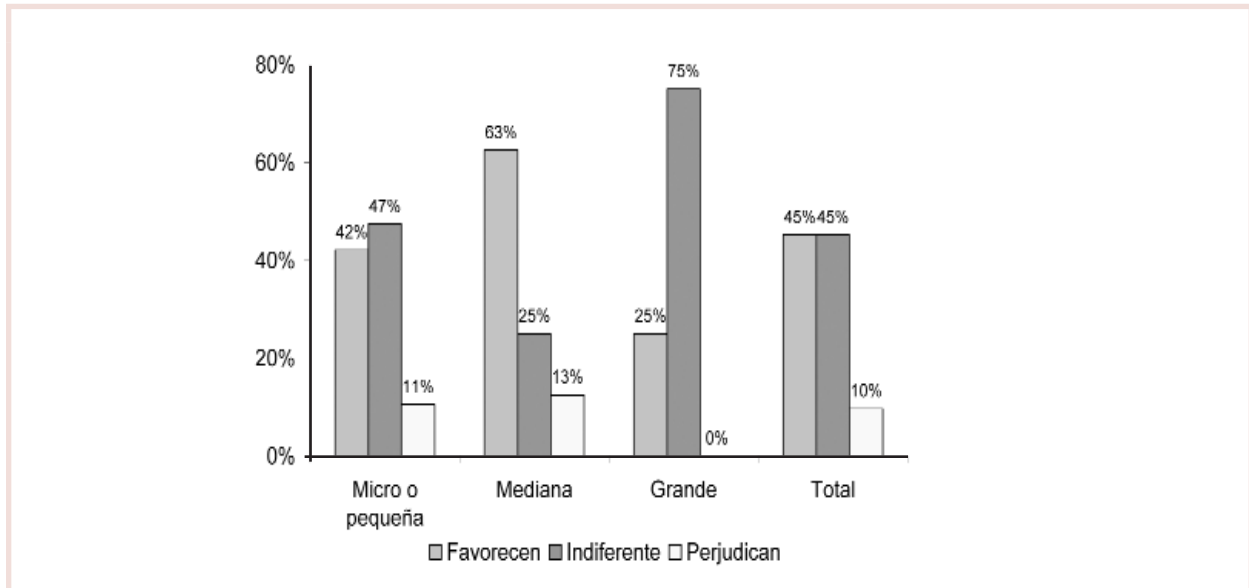
Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009

25% de las grandes mencionaron conocer dicha ley. Gráfico 5.7

Al consultar las empresas si conocen los cambios realizados, durante los dos últimos años en la legislación nacional sobre propiedad intelectual relacionados con el desarrollo del software, solo el 29% indicó conocerlos, ya que las empresas grandes indicaron no estar al tanto de esas reformas legislativas. Gráfica 5.8. principalmente las micro pequeñas y medianas. En cuanto al efecto de las leyes de propiedad intelectual en relación con el software libre, las opiniones se dicen, puesto que para un 45% de los empresarios las leyes favorecen, sin embargo, para otro 45% estas son indiferentes (ni favorecen ni perjudican) tan sólo un 19% de los entrevistados señalaron que las leyes perjudican la producción y uso de software libre en Costa Rica. Gráfico 5.9

**Gráfico 5.9**

Opinión sobre el papel de las leyes sobre propiedad intelectual en cuanto a la producción y uso de software libre en Costa Rica



Fuente: Estudio realizado en las empresas costarricenses productoras de software, PROSIC, febrero 2009.

## 5.5 CONSIDERACIONES FINALES

El régimen de Propiedad Intelectual constituye un factor de enorme importancia en la sociedad del conocimiento. Los derechos de Propiedad Intelectual son parte integrante del nuevo orden global, que está surgiendo a través de la ola de avances tecnológicos que cambian la naturaleza de la competitividad entre empresas y países y que inciden en el devenir de las sociedades y las personas.

Este nuevo contexto económico y cultural plantea un doble desafío. Por un lado, la necesidad de una continua adaptación a las innovaciones tecnológicas, mantener la competencia de las empresas y lograr un desarrollo equitativo y sostenible; por otro, la protección y desarrollo de las industrias culturales en el nuevo entorno digital de cara a la preservación de la identidad y de la diversidad cultural.

Los titulares de derechos de propiedad intelectual ven como se reproducen y distribuyen sus contenidos sin obtener previamente las licencias, sin pagar por un derecho que les pertenece, vulnerando su monopolio; empiezan a presionar a los gobiernos para que les proporcionen armas jurídicas para acabar con esta situación, sosteniendo que la piratería va a acabar con la creatividad de los autores, que van a arruinar a los creadores, que en muchos casos son empresas con gran poder económico.

Pero los derechos de propiedad intelectual deben procurar mantener un equilibrio entre los intereses del creador, otorgándole un monopolio temporal para explotar su obra, y la

sociedad, que podrá explotar tal creación cuando dicho monopolio termine.

Sin embargo, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación parecen haber producido una ruptura en dicho balance. La era digital ha cambiado conceptos como propiedad, reproducción, distribución, y almacenamiento.

Esta situación ha traído una descompensación, una quiebra de la armonía que lleva a los creadores de conocimiento a presionar para ampliar sus derechos, aun y cuando eso vaya en detrimento de otros intereses sociales.

Su acción concertada conduce a imponer un fortalecimiento de la idea de una mercantilización de la información, una visión estrictamente económica de la propiedad intelectual. Esta evolución se hace a expensas de los bienes comunes de la información y de las excepciones al uso que favorecen la circulación del conocimiento.

Además, apunta a ampliar permanentemente el campo de la propiedad intelectual, llegando hasta tocar las reglas fundamentales y los sectores vitales para la humanidad (medicamentos, genética, patente de lo vivo, semillas agrícolas, conocimientos tradicionales, datos geográficos y botánicos, etc.). Esto confiere a las cuestiones relativas al derecho de la propiedad intelectual una importancia nueva en el universo digital, y más ampliamente en todas las técnicas de la era de la información. Encontrar un nuevo balance entre estos intereses privados y públicos es un reto pendiente y urgente.

