

Política global para la protección penal de la propiedad intelectual en la internet

Recibido 13/03/2013 - Aprobado 03/09/2013

CÉSAR ALEJANDRO OSORIO MORENO*

Resumen

Las nuevas TICs bajo los principios de la sociedad de la información, nos han llevado a una era digital que demanda respuestas para los nuevos retos en todos los órdenes normativos, y ni la dogmática jurídico penal ni la política criminal son ajenas a este desarrollo; esta ponencia analizará la afectación de la protección penal de la propiedad intelectual en Internet, en términos de política criminal. Las nuevas tecnologías, y su constante evolución, facilitan una defraudación que se considera masiva de los derechos de propiedad intelectual y que, en sentir de unos, tiene enormes dificultades para la individualización de autores y grandes pérdidas para esta industria, y, en sentir de otros, genera cada vez más normas, incluso de naturaleza extra penal, para tratar de contener los ataques a costa del sacrificio de garantías individuales, identificándose una tendencia clara hacia una política criminal o social de carácter global que pueda hacer frente al fenómeno.

Palabras clave

Nuevas Tecnologías, política Criminal, propiedad Intelectual, globalización.

* Abogado de la Universidad de Antioquia, Medellín-Colombia. Candidato a Doctor del Programa "Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología" de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla-España. Docente investigador de la Universidad Santo Tomás Colombia, Miembro fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) y socio del Centro Colombiano de Derecho de Autor (CECOLDA). Contacto: cesaralejandro101@yahoo.com

Abstract

The new telecommunications technologies under the principles of the information society, have led us to a digital age that demands answers to the new challenges in all normative orders, and neither criminal dogmatic nor criminal policy are unrelated to this development, this paper will analyze the particular phenomenon of criminal involvement in the protection of intellectual property online, in terms of criminal policy. New technologies and its constant evolution, facilitate a massive fraud of intellectual property rights and that, in feeling of some, having great difficulty in the identification of authors and big losses for the industry, and in feeling of others, generates more rules even extra criminal character to try to contain the attacks against the sacrifice of individual rights, identifying a clear tendency towards a criminal or social policy of global character can face the phenomenon.

Key words

New Technologies, criminal Policy, intellectual Property, globalization.

Sumario

1. Introducción. 2. Breve referencia al concepto de propiedad intelectual. 3. Referencia histórica a la protección de la propiedad intelectual en el mundo: del manuscrito al libro digital. 4. La invocada justificación económica para la defensa de la propiedad intelectual en Internet y la gestión colectiva de derechos. 5. Por una política de libre acceso y menores restricciones. 6. Perspectiva penal de la protección de la propiedad intelectual en el derecho penal español. 7. Factores globales de análisis. 8. La criticable huida del derecho penal hacía un derecho administrativo antigarantista. 9. Hacia dónde va la globalización en materia de propiedad intelectual (conclusiones).

1. Introducción

La vulneración masiva de la propiedad intelectual es un fenómeno criminal que, en el discurso del derecho penal moderno¹, hace parte del derecho penal económico (en cuanto a la protección de los derechos patrimoniales de autor) o socioeconómico en sentido amplio² respecto de ciertas conductas que adquieren especial significación, como sería el caso de una organización criminal dedicada a la piratería de obras protegidas.

1 Vid. HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, pp. 16-17.

2 Vid. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Derecho Penal Económico Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 32 y s.s.

Podría incluso justificar la tutela más fuerte que puede otorgar el Estado, la tutela penal, la cual debería centrarse, esencialmente, en aquellos aspectos de mayor incidencia supraindividual o colectiva, y no en aquellos que afecten únicamente a sujetos individuales³ porque pueden ser resueltos por otras vías como el derecho civil, el administrativo, entre otros⁴.

La revolución tecnológica, económica, social y política ha dado lugar a la denominada sociedad de la información⁵, en la cual aumenta la importancia de la información y la necesidad de una regulación que proteja y promueva su uso⁶.

La defensa de la propiedad intelectual, como valor agregado para el desarrollo de una sociedad, comprende la relevancia para la sociedad de este producto cultural pero también económico, lo que justifica la concesión de derechos de propiedad intelectual no sólo por razones de justicia individual sino por la función social que desempeña en un determinado ámbito⁷.

Bajo la premisa anterior, la realización de actividades ilícitas contra los titulares de los derechos propiedad intelectual, los afecta a ellos, pero también produce riesgos para toda la sociedad; bastaría con echar un vistazo a las cifras que maneja la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IPFI) en sus anuales *Digital Music Report*⁸.

3 Así Sieber, "Los desarrollos de la sociedad de la información y de la sociedad de riesgo generan nuevos riesgos y una criminalidad compleja que lleva al Derecho Penal –en especial en el contexto de una Política criminal crecientemente global- a sus límites funcionales en la protección de la sociedad y de la libertad del individuo y lo sitúa frente a nuevos retos categoriales" En: SIEBER, "Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico- penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional", Traducción: Eduardo Demetrio Crespo. en: *Revista Penal*, Julio 2008, Nro.22, pp. 127 (125-159).

4 Vid. MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Fundación Autor, 2005. p. 39.

5 Así Peguera, "La sociedad de la información –una realidad omnipresente y a la vez todavía en sus albores si la consideramos en perspectiva histórica- fue imaginada por algunos como un espacio que debía quedar a salvo de toda juridificación: el ciberespacio como territorio virtual fuera del alcance de la soberanía de los Estados y al margen de todo intento de sujeción al Derecho. Esta visión romántica se desvanece, sin embargo, al comprobar que en el espacio virtual –o mejor dicho- en el conjunto de relaciones y actividades desplegadas por los ciudadanos a través de las redes digitales, la dimensión jurídica se manifiesta con la misma intensidad que en cualquier otra faceta de la actividad humana". En: PEGUERA POCH, (Coord.) *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, 1ra ed. Navarra, Aranzadi, 2010, p. 45.

6 Op. Cit. MIRÓ LLINARES, *Internet y Delitos*, cit., p. 29.

7 MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid: ed. Dykinson, 2003, p. 95.

8 En el informe 2011 reporta cifras como: *4240 billion euros – estimated cumulative lost retail revenues to the European creative industries from piracy 2008–2015; 1.2 million – the number of jobs projects to be lost in the European creative industries due to piracy by 2015; -31% – the decline in the value of the*

La propiedad intelectual viene ocupando un puesto importante en la agenda de los Estados, convirtiéndolo en un tema de trascendencia internacional y global y justifica a su vez la tendencia a su protección en los distintos órdenes normativos, incluso el penal⁹, y la existencia de organizaciones internacionales, gubernamentales o no, dedicadas a su defensa y promoción, como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- OMPI-.

Es evidente que la revolución tecnológica que ha supuesto Internet¹⁰, ha terminado por endurecer la gravedad del asunto en cuanto a violación de la propiedad intelectual en el entorno digital, lo que nos lleva a plantearnos la necesidad de la definición de una política criminal global para la protección penal de la propiedad intelectual en la era de la información.

Esta ponencia surge de un trabajo de investigación en el plano descriptivo¹¹ valorativo, en el cual se aborda el problema a partir de un análisis comparado¹², recolectando información conforme al método bibliográfico o documental, y el análisis de texto bajo un enfoque metodológico cualitativo.

global recorded music industry 2004-10. en Línea: <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2011.pdf>
El publicado en 2013 no hace énfasis en estas cifras pero si en la necesidad que los Internet Service Providers (ISPs) se unan a cooperar con la industria combatiendo el filesharing en sistemas Peer to Peer no autorizados. En Línea: <http://www.ifpi.org/content/library/DMR2013.pdf> fecha consulta: 2 de marzo de 2013.

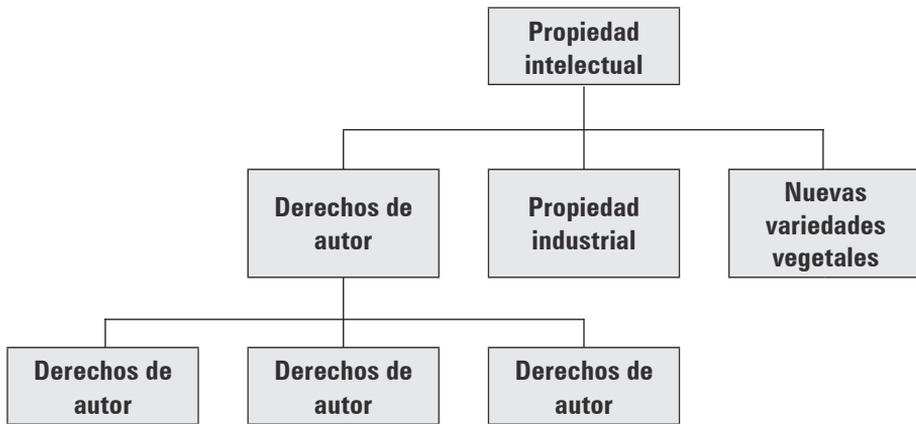
- 9 Vid. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, VALLE MUÑOZ, JOSÉ MANUEL (Coord.). Pamplona: Ed. Aranzadi, 1996, pág. 572. En este sentido también: GALÁN MUÑOZ: "Muchos de los nuevos delitos que nuestro código establece para reprimir conductas realizadas mediante sistemas informáticos y que supuestamente atentan contra bienes jurídicos como el patrimonio, la propiedad intelectual o incluso de la indemnidad sexual de los menores, encuentran un precedente internacional en su creación" En: GALÁN MUÑOZ, "La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales" en: *Revista Penal*, Julio 2009, No. 24, pp. 92. (90-107)
- 10 "(...) los datos ofrecidos en Internet están presentes a lo largo y ancho del mundo, y se puede disponer de ellos en multitud de Estados con un "clíc del ratón". Un control estatal de los caudales de datos en los límites territoriales de un país es difícilmente posible" SIEBER, "Límites del Derecho Penal (...)", cit., p. 127.
- 11 HERNANDEZ SAMPIERI y OTROS, *Metodología de la Investigación*, Colombia, McGraw Hill, 1997, pp. 71-72.
- 12 "La comparación del Derecho se necesita por ello en primer lugar para el inventario y análisis de la actual evolución jurídica, la comparación genera nuevas ideas para las soluciones, tanto fuera como dentro del derecho penal, ofrecer principios de solución para el problema de valoración de toda política criminal científica, la comparación supone supuestos comparables, la comparación del derecho penal no solo deber ser un método de investigación sino también un objeto central de investigación." SIEBER, "Límites del Derecho Penal (...)", cit., p. 127.

2. Breve referencia al concepto de propiedad intelectual

La propiedad intelectual es un ámbito normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico. La propiedad intelectual comprende: Los derechos de autor y los derechos conexos; la propiedad industrial (que comprende la protección de los signos distintivos, de las nuevas creaciones, los circuitos integrados, los secretos industriales); y, las nuevas variedades vegetales.

Este concepto básico puede representarse en la gráfica 1:

Gráfica 1



Fuente: Elaboración propia

La revisión bibliográfica sobre el tema no deja duda sobre el hecho de que las corrientes han fluctuado entre la denominación de “propiedad intelectual” y la de “derechos de autor”¹³. En Alemania, la expresión *Urheberrecht* puede traducirse literalmente por “derecho de autor”; en Italia, tanto la doctrina como la legislación utilizan la expresión *diritto d`autor*; en Francia, los *droits des auteurs*; en Estados Unidos, el vocablo usual es *Copyright*, término que es acogido por la legislación internacional para dejar constancia de la titularidad de la obra; allí solo se utiliza la expresión *intellectual property*, cuando se habla en sentido genérico; en el derecho español encontramos que se emplea la locución de “propiedad intelectual” tal como se ha utilizado desde la Ley de Propiedad Literaria de 1847, y el ahora Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del Real Decreto Legislativo 1 de 1996, de 12 de abril, y aunque parece

13 LATORRE, *Protección Penal del derecho de autor*. Valencia. Tirant lo Blanch. 1994, p. 32.

que la acepción “Derecho de autor” es la más precisa en el nivel internacional, se homologan indistintamente “propiedad intelectual” e incluso *Copyright* para referirse a este tipo de derechos, aunque *Copyright* y “Derecho de autor” no compartan una misma base jurídica y filosófica entre el derecho anglosajón y el derecho de tradición continental europeo.

Puede concluirse que lo que llamamos propiedad intelectual, a nivel genérico, incluye otras variables como la propiedad industrial y las nuevas variedades vegetales, y, en estricto sentido, serían los derechos de autor quienes sufren su mayor posibilidad de vulneración a partir del desarrollo de las TICs, especialmente en el entorno digital.

3. Referencia histórica a la protección de la propiedad intelectual en el mundo: del manuscrito al libro digital

En el Imperio Romano ya se consideraba ilícita la usurpación de la paternidad, la publicación contra el consentimiento del autor, por lo que se puede presumir la existencia de un derecho moral de autor¹⁴. Y, si bien no existía el concepto de propiedad intelectual que hoy conocemos, se castigaba el plagio y el autor podía decidir sobre la divulgación de su obra¹⁵.

También, durante la República Ateniense (año 330 a. C.), nos recuerda Lipszyc,¹⁶ se exigía un control a la integridad de la obra, pudiéndose realizar copias exactas de las depositadas en archivos, siempre y cuando se sujetaran al tenor literal de dichas obras.

Por tanto, podría decirse que, si bien ni en Roma ni en Grecia existía una protección como la que hoy conocemos, de todas maneras se empezaba a evidenciar la necesidad de reconocerle al autor una forma de protección¹⁷.

Sería con el perfeccionamiento de la imprenta¹⁸ de tipos móviles por Gutenberg de Maguncia en el siglo XV (1455), cuando se empiezan a dejar atrás más de veinte

14 Ibídem. p. 23.

15 LIPSCZY, *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, UNESCO, 1993, p.28.

16 Ibídem.

17 En este sentido Miró expresa: “(...) creemos, con Dock, que sería un error el pretender que el derecho de autor sobre sus obras surgió repentinamente, pues hay una evolución que va desde un reconocimiento no jurídico y meramente moral (el que pudo existir en Grecia y Roma) (...)”. MIRÓ LLINARES, *La protección penal (...)*, cit., p. 31.

18 En similar sentido Rengifo García reconoce el valor de la imprenta para el desarrollo del Derecho de autor: “(...) se puede afirmar que el derecho del autor a la explotación de su obra es un fenómeno moderno que comienza a delinarse con la aparición de la imprenta. Ésta “ha producido para la propiedad intelectual, poco más o menos, los mismos efectos que la invención del arado produjo a la propiedad territorial”. RENGIFO GARCÍA, *Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996. p.52 citando a DANVILA, *La propiedad Intelectual*, Madrid, 1882, p. 44.

siglos de manifestaciones manuscritas, que, por ser actividades dispendiosas y demoradas, no obligaban a mayores regulaciones de protección.

Con la imprenta, un mayor número de personas empezaba a tener acceso a autores antiguos cuya lectura anteriormente estaba reservada a ciertos humanistas, por lo que los impresores tuvieron inmediatamente que hacer frente a la demanda. Y este incremento de la demanda dio pie a la necesidad de establecer un control a la difusión masiva de las obras, ya no tanto por gestarse un mecanismo de protección como justo reconocimiento a la labor intelectual de los autores, como por el peligro que representaba una tecnología capaz de masificar la difusión de las ideas. Es el antecedente claro que demuestra que es la tecnología quien revoluciona el mundo jurídico.

Llegamos a la era digital, donde la principal innovación tecnológica de la sociedad de información es la Internet y su servicio Web: WWW (*World Wide Web*)¹⁹ por las posibilidades de intercomunicación que brinda, por permitir que la información se propague con mayor facilidad, que la misma sea accesible y cercana a una mayor cantidad de personas independiente de lo lejano que parezca su lugar de ubicación, facilitando el anonimato frente a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual y/o derechos de autor.

Internet no supuso una preocupación inmediata para la propiedad intelectual; por el contrario, la *Wide Web* se convirtió en un medio expedito para publicar investigaciones, escritos, ahora videos, música, fotos, entre otros. En una plataforma considerada de acceso universal y con una enorme facilidad para la copia, la reutilización de contenidos, el compartimiento de archivos, entre otras conductas, sin el reconocimiento de ningún tipo de derechos, es lo que precisamente lleva a enfrentar a dos grandes corrientes: Los que propugnan por proteger la propiedad intelectual aun en la red de redes, y los que consideran que hacerlo sería limitar seriamente las libertades de información, acceso a la cultura y otros derechos fundamentales.

El reto del mundo jurídico a la par con las nuevas tecnologías es lograr una protección efectiva de la propiedad intelectual, y la cruzada pasa por generar estrategias en leyes de carácter internacional y homologar protecciones a nivel nacional, tarea y reto que aún no se logran cumplir porque las innovaciones tecnológicas, en un entorno digitalizado, superan la posibilidad de control de las leyes que no logran intervenir de manera adecuada, bien porque resultan inocuas o, por el contrario, demasiado invasivas en la esfera de derechos individuales.

19 HERRERA JOANCOMARTI, "Nociones Técnicas de Internet" En: PEGUERA POCH, Miquel (Coord.) *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Barcelona, Editorial UOC, 2005, pp. 30. (21-44).

4. La invocada justificación económica para la defensa de la propiedad intelectual en Internet y la gestión colectiva de derechos

Los partidarios de la protección invocan con demasiada frecuencia las cifras del descalabro económico que para los autores y gestores de los derechos conexos supone su reiterada violación, y, a su vez, la desmotivación para crear e innovar.

En este sentido, es válido reseñar la apreciación de la Directora de la oficina de Registro de *Copyright* de los Estados Unidos de América, quien expresa que:

*The challenge of copyright in the digital age is to preserve the author's and right-holder's incentive to create new works and use new technologies to distribute them to user and consumers in the face of a huge competitive threat from the illicit use of technology by infringers. It also involves making sure that beneficial uses of works are not being needlessly stifled by a copyright system tendered inefficient by the avance of new technology*²⁰.

Miró (autor de la más reciente tesis doctoral sobre la propiedad intelectual en la sociedad de la información), sostiene que la infracción de los derechos de propiedad intelectual tiene una incidencia múltiple, entre la lesión de los legítimos intereses (económicos o personales) de aquellos que, con su esfuerzo, han dado lugar a la creación de una obra del ingenio y la infracción de los derechos de propiedad intelectual cuando los lesionados son los derechos de explotación exclusiva de los autores o de los titulares de derechos conexos, afectando al mismo sistema de incentivos a la creación²¹.

La asociaciones que gestionan colectivamente los derechos de autor, como la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) que hasta 1987 era la única encargada de la gestión de estos derechos en España —ya que es la nueva Ley de propiedad intelectual que permite que existan otras—²² generan permanentemente estudios en

20 PETERS, "The Challenge of copyright in the digital age" en: *Revista La Propiedad Inmaterial*, No. 9, 2006. Ediciones Universidad Externado, pp. 60. (59-67)

21 MIRO LLINARES, *Internet y Delitos (...)*, cit., p. 25.

22 Por otras tenemos a: Centro Español de derechos Reprográficos (CEDRO) Que agrupa a autores y editores de obras impresas; Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI), que agrupa a los productores de fotogramas; (ACAM) Asociación de Compositores y Autores de Música; Sociedad de Artistas Intérpretes y Ejecutantes (AIE), que agrupa a artistas y ejecutantes de obras musicales; Visual, Entidad de Gestión de Artistas Plásticos, que agrupa a autores de obras plásticas, creación gráfica y fotografía; Entidad de Gestión de los Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) que agrupa a los productores de obras y grabaciones audiovisuales; Artistas e Interpretes Sociedad de Gestión (AISGE) que agrupa a los artistas e intérpretes de obras y grabaciones audiovisuales; Derechos de Autor de Obras Audiovisuales Entidad de Gestión (DAMA) que agrupa a autores literarios y a los directores- realizadores de medios audiovisuales.

los que pretenden demostrar las millonarias pérdidas que, para la industria, significa “la copia digital”, asociaciones que están presentes en cada país, en la mayoría de los casos bajo un marco legal preestablecido; como ejemplo, reseñamos las escandalosas cifras a que hace referencia la Asociación Americana de productores de cine de Norte América en uno de sus recientes estudios:

The first copy of a work in the form a movie, song or computer program is expensive to produce but nearly costless for succeeding copies. Technological advancements have made this argument a reality with the total cost of burning a movie to a DVD infinitesimal compared to the average movie production cost of US \$ 80 million to 90 million. The Motion Picture Association of America (MPAA) estimated piracy cost its members US \$ 6.1 billion globally in 2005, with internet piracy accounting for US \$ 2.3 million of this figure, and the music and software industries report similar piracy losses²³.

Reportes y cifras que son muy cuestionados por los defensores de la cultura de libre acceso, así como del verdadero papel intermediador que cumplen todas estas asociaciones de gestión colectiva frente a los derechos de los autores individualmente considerados, a quienes, se dice, no llegan finalmente los réditos por la gestión encomendada²⁴.

En todo caso, la trascendencia económica para la industria del entretenimiento que tiene la propiedad intelectual y el poder que esta industria tiene ante los actores políticos, ha llevado este tema a un sitio de demanda de política pública, en algunos casos directamente política criminal, que desborda incluso en una confrontación que titulares de prensa han dado en llamar “Guerra Digital”.

5. Por una política de libre acceso y menores restricciones

En el contexto global actual, es evidente la polarización entre los grupos económicos de la industria del entretenimiento que defienden todas las restricciones y expansión de la política pública, incluso penal, y una sociedad civil que, amén de la valoración económica de la propiedad intelectual, aceptan que ésta, como un producto cultural, es necesaria para el desarrollo de los pueblos y, como tal, debe garantizarse su mayor posibilidad de acceso e, incluso, de disponibilidad, en la cual la red ofrece

23 SUGDEN, “You can click but you can’t hide: Copyright pirates and Crime – The “Drink or Die” Prosecutions” En: *European Intellectual property Review*, Vol. 30 Issue 6, June 2008, pp. 222. (222-231)

24 En este sentido puede darse una mirada al texto publicado por el abogado David Bravo Bueno, titulado “Copia este libro” España, 2005, disponible fácilmente en distintos sitios de la Web gracias a que fue publicado bajo licencia *Creative Commons* y que hace una mordaz crítica al respecto.

infinitas posibilidades, pero que se ve coartada por las políticas restrictivas que pretenden establecer “monopolios exclusivos de explotación”.

Este otro grupo de actores no tiene la capacidad económica de la industria del entretenimiento, pero, paradójicamente, la red de redes le ha servido de plataforma para establecer una lucha universal por la liberación de los derechos de propiedad intelectual de la presión económica y los monopolios. Se han agrupado organizativamente al punto de encontrar expresiones políticas consolidadas ya en Europa como el *Piratpartiet*,²⁵ siendo un movimiento con fuerza política que agrupa el sentir del gran movimiento social por la liberación de la propiedad intelectual y el mayor acceso posible a bienes de tipo cultural.

El escenario de guerra entre lo que podríamos llamar *copyright* y “libre acceso” no es otro que la red digital Internet y, mientras que los primeros se encargan de presionar política pública, incluso penal, para restringir lo que consideran violaciones permanentes y masivas de los derechos de propiedad intelectual en la red, los segundos se dedican a defender las políticas del libre acceso y a denunciar que las políticas represivas sugeridas por los grupos económicos ya indicados, están llevando ya no solo a limitar al acceso de la cultura, sino que están cercenando otros derechos fundamentales como la libertad de información y la intimidad personal, pues una severa vigilancia de la red lleva a perder la intimidad y anonimato propios de la conexión virtual a la red.

Excurso. Lo dicho en los dos acápites anteriores es meramente ilustrativo, hace parte de una de las discusiones más álgidas sobre la propiedad intelectual; de ahí el apelativo a “guerra digital”, toda vez que los ataques contra la propiedad intelectual en el entorno digital están incluidos en los delitos de la cibercriminalidad, cibercrimen o ciberdelincuencia²⁶.

6. Perspectiva penal de la protección de la propiedad intelectual en el derecho penal español

Amén de la recurrente polémica sobre si la propiedad intelectual se encuentra protegida frente a los modernos ataques digitales que facilita la red, y que no es el objeto de esta ponencia, debemos ilustrar el estado actual de la regulación penal para la protección de la propiedad intelectual.

25 Partido Pirata que tuvo su origen en Suecia y ha pasado a tener representación en la mayoría de países de Europa, incluso en España también la tiene, y cuenta, en sus logros, que llevaron a uno de sus miembros a ser Eurodiputado.

26 Vid. MIRO LLINARES, *El Cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012, p. 33.

El código penal español sufrió una profunda transformación con la Ley Orgánica 5 de 2010; en ella estuvieron incluidos los delitos contra la propiedad intelectual: en lo esencial se encuentran regulados en el artículo 270 y 271, para establecer penas que van desde los seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses en el tipo básico; de multa de tres a seis meses o trabajo comunitario de treinta y un días a sesenta días en el tipo privilegiado y aplicación de la falta para el caso que el beneficio económico obtenido no supere los cuatrocientos euros y no esté bajo ninguna circunstancia de calificación de la conducta del 271. Establecer la tasa de cuatrocientos euros, es una de las grandes novedades a resaltar, pues limita la aplicación objetiva del tipo de delito evitando que conductas intrascendentes y suficientemente criticadas por la doctrina bajo la denominación de *delitos top manta* tuvieran cobertura con la gravosa pena del tipo básico. La otra gran novedad de la situación actual, conforme la reforma, es la responsabilidad de la persona jurídica, que puede perseguirse directamente en esta para los delitos contra la propiedad intelectual, de conformidad con el artículo 288 que así lo consagra expresamente en concordancia con el nuevo artículo 31 bis.

Que la propiedad intelectual se encuentra protegida en el ordenamiento penal español no tiene duda alguna; lo que requiere análisis posteriores, que no pueden agotarse en este artículo, es si la tipificación, tal como ha quedado, da cobertura a toda las posibles defraudaciones que contra la propiedad intelectual se realizan en Internet, o, dicho de otra manera, si muchas de las conductas realizadas por los usuarios de la red podrían tener significación penal, o al menos, acomodarse a un juicio de tipicidad de conformidad con los artículos 270 y 271.

Lo que si podemos revisar es cuáles son esas conductas más comunes que los usuarios y proveedores de servicios asumen en la red, de las cuales se ha polemizado sobre su posible punibilidad.

En nuestra visión, valga decir que Internet es un medio más que permite atentar contra la propiedad intelectual, como lo puede ser una máquina de fotocopiar, un escáner, un reproductor *Mp3*, entre otros. Son muchos los medios tecnológicos, al alcance de la mayoría, que sirven para el procesamiento, producción y transporte más ligero de información, pero Internet adquiere sin duda mayor relevancia, en cuanto se puede considerar el medio más lesivo para facilitar defraudaciones masivas de derechos de propiedad intelectual: su marcada descentralización, la anonimidad y ubicuidad de los usuarios y servidores en la aldea global, hacen casi imposible el control de todo el tráfico de información que circula en la red de redes y que muchos de los contenidos "colgados" en ella sean violatorios de los derechos de propiedad intelectual, bien porque no se reconocen los autores originales, bien porque hacen explotación económica de obras por las cuales no se pagaron los derechos patrimoniales.

Muchas actividades de usuarios de la red, serían cuestionables en términos de respeto a la propiedad intelectual, como la introducción o carga de contenidos para

hacerlos disponible en la red (*Upload*); la descarga o almacenamiento de contenidos en la memoria fija de un servidor o un dispositivo portátil (*Download*); la Digitalización de textos con determinadas informaciones para hacerlos más disponibles en la red violando incluso algunos mecanismos de protección que puedan tener; realizar enlaces por medio de hipervínculos, *links* o *frames* que lleven a páginas donde se obtenga o comparta información protegida por propiedad intelectual; los formatos de comprensión de audio y video de archivos protegidos a formatos *mp3*, *mp4*, *mp5*, para garantizar su portabilidad en dispositivos móviles; los software de intercambio de archivos (*filesharing*) llámese *Bitorrent*, *Gnutella*, *Kazza*, entre otros. Que constituyen redes *Peer To Peer (P2P)* de las que no solo se viene discutiendo la responsabilidad del usuario sino también del proveedor de los contenidos ajenos; violación de medidas tecnológicas de protección, entre otros.

Puede decirse claramente que ni la legislación penal, ni la civil ni la administrativa en la materia, tienen una serie de respuestas concretas para las posibles conductas atentatorias contra la propiedad intelectual, y, hasta ahora, existen muchas especulaciones, académicas o no, fundamentadas o no, sobre que cada uno de estos usos constituyen o no una violación a la propiedad intelectual.

7. Factores globales de análisis

Mencionemos algunos de los factores globales que determinan la inusitada atención y tensión que vienen generando la protección penal de la propiedad intelectual en Internet y que, frente a su masiva vulneración, antoja una política pública y criminal insuficiente:

a. Falta educación pública respecto al aumento de la conciencia de protección de la propiedad intelectual dentro y fuera de la red, al punto que “copiar” se entiende como un asunto de bagatela.

b. Específicamente en la red, hay un excesivo recurso de obras sin control por parte de usuarios ni proveedores de servicios, lo que facilita, a su vez, la indiscriminada utilización.

c. No hay homologación de criterios claros sobre las excepciones frente al uso autorizado de las obras como lo es en el ámbito anglosajón el *fair use*, y en el derecho continental “la copia privada”, con grandes posibilidades de que la mayoría ni entienda ni aplique este tipo de conceptos.

d. Sobre una red de redes que permite una ubicuidad temporal y espacial, es demasiado complejo establecer controles precisos sin que estos no tengan que ver con la afectación de alguna garantía de tipo individual.

e. Una pregunta común frente a Internet es: *Who controls the internet?*²⁷; en

27 Esta pregunta da título a la obra publicada por GOLDSMITH y WU, *Who controls the internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, New York, 2006. 217 páginas.

otras palabras, la preocupación pasa por quién tiene la jurisdicción, qué tribunal tiene la legitimidad para ejercer control sobre la Internet en un mundo digital sin fronteras y sin que no haya resentimientos entre los diferentes países por el ejercicio de una jurisdicción difusa, en los que usualmente los países más poderosos geopolíticamente hablando tendrán mayores posibilidades de intervención.

f. La red cubre el orbe, sin fronteras; es el uso que cada usuario hace de la red quien determina una posible vulneración y dependerá de su conciencia de protección de la propiedad intelectual, por lo que se vislumbra la necesidad de una legislación a su vez global, que cubra en el plano internacional los vacíos de aplicabilidad de las leyes, los avatares del ejercicio de una determinada jurisdicción y, sobre todo, que haga perseguibles y eficaces las causas por su violación, una suerte de armonización del derecho de propiedad intelectual a nivel mundial en el entorno digital.

8. La criticable huida del derecho penal hacía un derecho administrativo antigarantista

Para dar respuesta a algunos de los factores globales de análisis mencionados en el acápite anterior y, ante el fracaso de las legislaciones penales que en su mayoría no logran cobertura a los fenómenos de la red, se observa una tendencia nivel mundial en los últimos años que tiene que ver con la aprobación de determinadas leyes para la protección de los derechos de autor o de propiedad intelectual en Internet, orientadas a la imposición de sanciones consideradas de carácter administrativo, incluso por autoridades administrativas independientes sin necesidad de las formalidades y principios del derecho penal nuclear o procesal, que implican, desde la desconexión al servicio mismo de acceso a Internet hasta el cierre definitivo de páginas cuyo contenido haya sido considerado violatorio de derechos de autor y/o propiedad intelectual, con consecuentes medidas reparatorias civil y comercialmente hablando.

En Francia se le conoce como LEY HADOPI que se encarga de crear la "*Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*"²⁸, una especie de autoridad administrativa de carácter público que se encarga de vigilar el respeto por los derechos de autor en Internet, pudiendo tomar medidas como la desconexión a los servicios de acceso a Internet; también se le conoce popularmente como Ley de los tres avisos²⁹.

Luego, en España, se publica la polémica Ley SINDE, que en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible propuso un apartado para la protección de los

28 En línea: <http://www.hadopi.fr/> fecha de consulta: 2 de marzo de 2013.

29 En Línea: <http://www.enter.co/internet/francia-tiene-el-primer-desterrado-de-internet/> fecha de consulta: 2 de marzo de 2013.

derechos de autor en la red, y que se consolida en su posterior reglamentación a través del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual,³⁰ que busca frenar la descarga no autorizada de contenidos protegidos por derechos de autor, para que esta comisión pueda cerrar páginas web cuyos contenidos sean violatorios de derechos de autor, previa autorización de los Juzgados centrales de lo Contencioso Administrativo, y previa solicitud del interesado, con lo cual reafirmamos la tendencia a la administrativización de la vigilancia de la red en cuanto al derecho de autor digital se refiere.

En Estados Unidos, el 26 de octubre de 2011 fue presentado al Congreso de los Estados Unidos el denominado proyecto de Ley S.O.P.A. (*Stop Online Piracy Act*)³¹ y *Protect IP Act* (P.I.P.A) (*Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act*, or PIPA)³², en español “Ley de Protección de Propiedad Intelectual”, con la decidida finalidad de combatir la piratería en Internet acudiendo a las ya aludidas facultades para la persecución y cierre de páginas de Internet por medio de decisiones eminentemente más administrativas que penales y fundamentadas en el no reconocimiento de derechos de autor y/o propiedad intelectual en cuanto a los contenidos publicados, asunto que permitió una enorme protesta mediática desde la misma red al punto que, si bien el proyecto no ha sido retirado del congreso de los Estados Unidos, sí se encuentra bajo suspenso su estudio y aprobación.

Sin duda que los recientes cambios legislativos mencionados en Europa (caso Francia y España ya aprobados aunque con gran controversia) y los intentos de Estados Unidos de América en materia de Propiedad Intelectual e Internet, están marcando una política global mundial en cuanto a la protección de estos derechos en el ámbito digital, en la que parece haber un desprecio por el derecho penal pero que, a la postre, es la imposición de verdaderas “penas” y “sanciones” a través de autoridades administrativas con relajo de las garantías que serían exigibles si estuvieran reguladas dichas “penas” desde el propio derecho penal, es decir, que no necesariamente esta nueva estrategia tenga que asumirse de manera pacífica al solo advertir que, por lo menos, no hay un abuso del instrumento penal, pues el marcado defecto del desconocimiento de garantías nucleares ya lo hace reprochable y exige un análisis a mayor profundidad.

30 En Línea: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/12/31/pdfs/BOE-S-2011-315.pdf>, fecha de consulta: 2 de marzo de 2013.

31 En línea: <http://judiciary.house.gov/hearings/pdf/112%20HR%203261.pdf>, fecha consulta: 2 de marzo de 2013.

32 En línea: <http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>, fecha consulta: 2 de marzo de 2013.

9. Hacia dónde va la globalización en materia de propiedad intelectual (conclusiones)

a. La era de la información permite a los autores, cada vez más, difundir lo que han creado, pero, también, sus derechos están cada vez más expuestos a su utilización ilegal o prohibida.

b. Se recomienda la necesidad de desarrollar un proceso de culturización acerca de los usos honrados que se le debe dar a la herramienta de Internet, en el sentido de que todo aquello que circula en la red no es de libre acceso, sino que, por el contrario, contiene unos derechos que deben ser protegidos.

c. Deben concertarse las leyes a nivel mundial sobre la Internet, en la medida que no se puede pretender abarcar toda la problemática actual que desborda las redes de información ciberespaciales desde cada Estado, porque no todos los Estados son iguales, lo cual permite diferencias en la regulación y, por ende, una regulación incompleta que perjudica no solo a los autores, sino también a un cúmulo de personas que se pueden ver perjudicadas en igual o peor medida que los autores.

d. Se debe buscar un justo equilibrio entre los derechos de los autores y derechos afines de la sociedad de la información, por una parte y por otra, los derechos de los usuarios de la red más utilizada del mundo: la Internet.

e. El derecho penal, que es el mecanismo de control social más grave que dispone el Estado, precisa de límites concretos a la hora de su intervención; uno de ellos es el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; solo la lesión o puesta en peligro de determinados bienes socialmente valorados pueden ser merecedores de protección penal, pero si dichos bienes adolecen de determinación y concreción, el principio de protección de bienes jurídicos deja de ser un límite material y se cuestiona su eficacia para contener el poder punitivo de que dispone el Estado.

f. Preocupa, sin embargo, la administrativización del derecho penal, en cuanto la corriente más reciente de positivización de normas para repeler el ataque a las infracciones del derecho de autor en la red, según las cuales se imponen verdaderas sanciones "penales" pero impuestas por autoridades meramente administrativas en las que poco importa el respeto de principios nucleares del derecho penal, tanto en lo sustantivo como lo adjetivo.

Bibliografía

GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, "La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales" en: *Revista Penal*, Julio 2009, No. 24, pp. 90- 107

- GOLDSMITH JACK Y WU TIN, *Who controls the internet? Illusions of a Borderless Word*, Oxford, New York, 2006. 217 páginas.
- HASSEMER, WINFRIED, *Persona, mundo y responsabilidad*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO Y OTROS, *Metodología de la Investigación*. Colombia, McGraw Hill, 1997.
- HERRERA JOANCOMARTI, JORDI, "Nociones Técnicas de Internet". En: PEGUERA POCH, MIQUEL (Coord.) *Derecho y Nuevas Tecnologías*. Barcelona, Editorial UOC, 2005, pp. (21-44).
- LATORRE, VIRGILIO, *Protección Penal del derecho de autor*. Valencia, Tirant lo Blanch. 1994.
- LIPSCZY, DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, UNESCO, 1993.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal Económico Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Fundación Autor, 2005.
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid: ed. Dykinson, 2003.
- MIRÓ LLINARES, FERNANDO, *El Cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012.
- PEGUERA POCH, MIQUEL, (Coord.) *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, 1ra ed. Navarra, Aranzadi, 2010.
- PETERS, MARYBETH, *The Challenge of copyright in the digital age*. en: Revista la Propiedad Inmaterial, No. 9, 2006, Ediciones Universidad Externado, pp. 59-67.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Valle.
- MUÑOZ, JOSÉ MANUEL (Coord.), Pamplona: Ed. Aranzadi, 1996.
- RENGIFO GARCÍA, ERNESTO, *Propiedad Intelectual. El moderno derecho de autor*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SIEBER, URLICH, "Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional", Traducción: Eduardo Demetrio Crespo, en: *Revista Penal*, Julio 2008, Nro.22, pp. 125-159.
- SUGDEN, PAUL, " You can click but you can't hide: Copyright pirates and Crime – The "Drink or Die" Prosecutions" En: *European Intellectual property Review*, Vol. 30 Issue 6, June 2008, pp. 222-231.