

PROPIEDAD INTELECTUAL DIGITAL: RESPONSABILIDAD PENAL

Ricardo M. Mata y Martín

Prof. Titular de Derecho Penal

Coordinador Grupo de Investigación Reconocido
sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y

Delincuencia Informática

Universidad de Valladolid (España)

rimata@der.uva.es

La evolución tecnológica provoca la necesidad de reflexión sobre categorías jurídicas ya consolidadas que se ven inmersas en procesos de transformación¹. Esto es lo que ha sucedido y continúa acaeciendo con las técnicas de acceso a las obras de la creatividad del ser humano, cuyo formato y manejabilidad ha cambiado de forma sustancial en las últimas décadas, en medida mucho más elevada después de la aplicación de la técnica digital.

Los nuevos instrumentos técnicos obligan a revisar las instituciones jurídicas, como las de la propiedad intelectual, para evaluar en qué medida han sido afectadas por las transformaciones operadas en el plano de los hechos. Los efectos trascienden a todo el conjunto del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al Derecho penal. Este, de acuerdo a la función que le corresponde desempeñar como último garante de intereses

1 Desde una perspectiva general de la relación entre tecnología y Derecho conviene advertir que, sin embargo, los cambios tecnológicos no implican necesariamente una influencia unidireccional, exclusiva, para la sociedad o el Derecho, sino que abren un conjunto de relaciones y posibilidades de variada complejidad. Cfr. MENSER, M./ ARONOWITZ, S. "Sobre los estudios culturales, la ciencia y la tecnología", en *Tecnociencia y cibercultura: la interrelación entre cultura, tecnología y ciencia*, ARONOWITZ, MARTINSONS MENSER (comps.), Paidós, 1998, pp. 21 y ss.

fundamentales en la convivencia social, puede verse también alcanzado por la onda de los cambios en las posibilidades técnicas al alcance del ser humano. En el trabajo que sigue a continuación vamos a intentar poner de relieve las repercusiones generadas para los delitos que se refieren a la tutela de los derechos sobre obras protegidas por la llamada propiedad intelectual en el contexto de la misión específica que le corresponde desempeñar como *ultima ratio* en la preservación de bienes jurídicos. En los márgenes estrechos de un trabajo de este tipo, se trata de examinar los cambios sufridos, así como los criterios de intervención penal en la protección de las obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual tras la aparición de las técnicas digitales, al menos en sus aspectos fundamentales.

I. EL OBJETO: LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El objeto al que se dirige la protección penal en los hechos punibles a los que presta atención en este momento es la propiedad intelectual, respecto a la cual, sin embargo, resulta necesario efectuar algunas precisiones para evitar confusiones terminológicas.

1. Noción de propiedad intelectual

Cuando en el presente trabajo nos referimos a la propiedad intelectual aludimos al conjunto de facultades de todo tipo que el ordenamiento jurídico atribuye al autor sobre su obra. Ahora bien, sabemos que existe una noción amplia de propiedad intelectual y otra de carácter restringido que conviene poner de relieve brevemente para delimitar el ámbito del estudio.

a. Noción amplia: el sistema internacional de la OMPI. Según la propia OMPI, la propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen; y el Derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. A ello habría que añadir la categoría complementaria de los derechos conexos, afines o vecinos²: los derechos relacionados con el Derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones, y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión.

2 Precisamente, “Las nuevas tecnologías han obligado a reconocer nuevos usos y objetos, por tanto, derechos, no exactamente de autor, los llamados derechos afines o conexos, que tienen como titulares, generalmente, a personas jurídicas que llevan a cabo importantes labores empresariales que dan lugar a estos nuevos objetos y derechos de la información”: R. M. GARCÍA SANZ. *El Derecho de autor en Internet*, Colex, 2005, p. 34.

Esta noción amplia responde a lo establecido en una serie de tratados internacionales cuya firma se inicia en la última parte del siglo XIX y continúa en la actualidad. En 1883 se adoptó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, primer tratado internacional de gran alcance destinado a facilitar que los nacionales de un país obtengan protección en otros países para sus creaciones intelectuales aplicables al comercio y a la industria (patentes, marcas y dibujos industriales), que luego continuará con otros posteriores.

En el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886 –con posteriores modificaciones–, “Los países a los cuales se aplica el presente Convenio están constituidos en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas” (art. 1). El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996) declara en su artículo 2: “La protección del Derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. De forma que este concepto más extenso de propiedad intelectual abarcaría de manera diferenciada tanto lo relativo propiamente a los derechos de autor como, también, lo que concierne a la propiedad industrial.

b. Noción estricta (derechos de autor): la distinción respecto de la propiedad industrial. Desde una perspectiva más restrictiva, en algunos países, como España, la noción de propiedad intelectual se corresponde únicamente con los derechos de autor. Y estos derechos de autor se conciben como una modalidad especial del derecho de dominio sobre un objeto, que atribuye determinados derechos exclusivos de tipo moral y de tipo patrimonial al titular de los mismos sobre obras literarias, artísticas o científicas originales. Los derechos de propiedad intelectual así entendidos (derechos de autor) en cuanto institución jurídica reguladora de las creaciones del ingenio humano, tutelan “los derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra” (según el art. 2 TRLPI española).

El contenido de la institución se refiere a las facultades que genera la titularidad de los derechos de autor fundamentalmente la exclusividad para la declaración de autoría, la reproducción, su distribución y comunicación pública. De este modo se tutelan los derechos de carácter personal y patrimonial sobre cualquier obra literaria, artística o científica. La regulación sobre propiedad intelectual española se refiere expresamente también entre los objetos de propiedad intelectual a las composiciones musicales, las obras audiovisuales o los programas de ordenador³ (art. 10 TRLPI), los derechos de los productores de fonogramas (art. 114 y ss. TRLPI), los derechos de los productores de

3 Sobre la protección penal de los programas de ordenador puede verse MATA Y MARTÍN, R.M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, t. 1, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Valencia, 2003, p. 20 y ss. El mismo trabajo del autor en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, ROMEO CASABONA (coord.), Comares, 2006, pp. 97 y ss.

grabaciones audiovisuales (art. 120 y ss. TRLPI) o los derechos sobre las bases de datos (art. 133 TRLPI), entre otros muchos.

II. LA INTERVENCIÓN PENAL EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR

1. Aspectos jurídicos generales: protección antes y después del Derecho penal

En general, los bienes jurídicos penalmente relevantes son intereses sociales o personales que gozan de un reconocimiento y tutela por parte del conjunto del ordenamiento jurídico. De manera que si no todos los intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico necesitan gozar de una complementaria tutela penal, sí que se puede decir que los bienes jurídicos con relevancia jurídico-penal poseen un reconocimiento genérico por parte del ordenamiento jurídico. Por eso puede afirmarse que los bienes jurídicos con protección penal disponen de una tutela jurídica previa, y de otra posterior ya con las normas penales⁴.

a. La protección previa al Derecho penal se encuentra en las leyes no penales o en las disposiciones generales de una ley sectorial (en el caso de leyes especializadas dedicadas a este sector que pudieran incluir las infracciones penales). Para el ámbito español la norma que regula lo concerniente a los distintos derechos del creador sobre su obra y los distintos aspectos consecuencia de los mismos es el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI, o más abreviadamente LPI).

b. La protección penal se lleva a cabo en el propio Código Penal o en leyes especiales pero de acuerdo a los propios criterios penales de imputación y sobre la base del merecimiento de pena de cada conducta. En el sistema penal español se configuran por el legislador los “Delitos relativos a la propiedad intelectual” (secc 1.ª cap. XI), dentro del grupo de delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico (tít. XIII). En ellos se trataría de proteger al creador o al titular de los derechos frente a los ataques más graves para ciertas facultades que el creador tiene sobre su obra literaria, artística o científica.

2. Criterios generales de intervención penal para la tutela de bienes jurídicos

a. La finalidad del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos de las personas y de la comunidad. El último recurso de los poderes del Estado que constituye el *ius puniendi*

4 En un sentido no del todo coincidente habló ya ROXIN de que “el bien jurídico recibe una doble protección: *del* Derecho penal y *antes* del Derecho penal”: “Sentido y límites de la pena estatal”. *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. LUZON PEÑA), Reus, 1976, p. 22.

puede intervenir en la tutela de determinados bienes jurídicos, para los hechos que revistan mayor gravedad y una vez constatada la insuficiencia de otros instrumentos jurídicos (principio de lesividad).

b. Principios conforme a los cuales se lleva a cabo la protección penal de bienes jurídicos. Sin embargo, no todos los hechos socialmente reprochables ni todos los hechos ilícitos resultan jurídico-penalmente relevantes, de acuerdo al principio de subsidiariedad o intervención mínima. Este último principio debe combinarse con el de fragmentariedad. Como la tutela penal opera frente a los casos más intolerables para la convivencia, no se protegerá al bien jurídico en todos los supuestos en los que se vea amenazado, sino exclusivamente en aquellos más graves, que serán los que recoja el tipo penal.

Desde ambas perspectivas se produce una selección de las conductas que tendrán acogida en la regulación penal. Tal principio de intervención mínima supone que el Derecho penal únicamente actúa cuando las medidas disponibles desde otros sectores y disciplinas del ordenamiento jurídico no resulten adecuadas para su tutela. Téngase en cuenta que la legislación administrativa ya prevé sanciones de esta naturaleza para algunas conductas y que, por tanto, debe establecerse una relación coherente de las infracciones administrativas con las infracciones penales (delitos), que además no viole el principio *non bis in idem*.

Finalmente, el principio de legalidad debe ser tenido en consideración, como no puede ser de otra forma. Básicamente tiene la consecuencia de que tan solo se lleva a cabo la tutela penal de acuerdo a las previsiones legales para tales casos.

c. Estos principios hacen necesaria la distinción entre el mero ilícito civil (infracción de la ley civil) y el ilícito penal (delito). En cuanto a los presupuestos de la infracción, la de carácter civil presupone la violación de los derechos reconocidos en la legislación civil. En este caso es suficiente con la violación de los derechos exclusivos que genera la autoría de una obra: básicamente la reproducción, comunicación pública o distribución de una obra, así como su plagio o transformación, en todos los casos sin contar con la autorización del titular de los derechos. El delito (ilícito penal) supone la realización de la conducta prevista como delito en la ley penal que debe responder a la existencia de un mayor desvalor o gravedad del hecho que fundamenta el merecimiento de pena. En el sistema español la exigencia de ánimo de lucro y de perjuicio para un tercero como presupuestos generales de los delitos relativos a la propiedad intelectual permite establecer correctamente la frontera entre ambas clases de ilícitos. Por supuesto, en cuanto a las consecuencias, las diferencias resultan más evidentes. La infracción civil conlleva la imposición de una cantidad indemnizatoria. El delito implica la imposición de una pena a su autor. En cuanto al sujeto al que se debe la consecuencia derivada de la infracción: la reparación civil se entrega al sujeto particular que sufrió el perjuicio, mientras que la pena se debe al poder público (al titular del *ius puniendi*). En el caso de la multa se entrega a este poder público y no a ningún sujeto particular.

3. La protección penal en materia de propiedad intelectual

De acuerdo con los principios vistos anteriormente y con la finalidad del Derecho penal, éste protege, frente a los ataques más graves y de difícil tutela mediante otros recursos jurídicos, al conjunto de facultades que el creador tiene sobre su obra literaria, artística o científica.

a. El bien jurídico protegido. El objeto jurídico tutelado son los derechos de autor, pero protegidos siempre de acuerdo con los principios mencionados de intervención mínima y fragmentariedad, así como según las concretas previsiones típicas. Como se sabe, los derechos de autor reúnen facultades exclusivas para el mismo incardinables tanto en el ámbito moral de tales derechos como en el ámbito patrimonial, estos últimos como derechos exclusivos de explotación de la obra. Por ello resultan protegidos –conforme a los principios anteriormente indicados– los intereses patrimoniales del titular de los derechos –creador o cesionarios–, parcialmente los derechos morales del autor, los de los titulares de los derechos conexos e incluso, en opinión de algunos autores, intereses supraindividuales, al menos de forma indirecta, con el fin de “reforzar la defensa de un instrumento para la promoción de la cultura y el mercado de las creaciones del ingenio en beneficio de la sociedad”⁵.

Sin embargo, en ocasiones la protección puede orientarse más hacia los derechos de explotación y alejarse de la tutela de los derechos morales, cosa que hace completamente el Convenio Ciberdelitos de 2001⁶ –que excluye del ámbito del Convenio los aspectos morales–, y no tan radicalmente el Código Penal español de 1995⁷ –el cual presta especial atención a los aspectos patrimoniales–. El Código Penal colombiano, sin embargo, protege de forma equivalente los dos ámbitos, en una regulación que equilibra los componentes morales y patrimoniales de los Derechos de autor.

b. A la hora de formular los tipos penales concretos el legislador penal, consciente o inconscientemente, va a elegir entre distintas alternativas⁸. Las posibles técnicas legales

5 MIRÓ LLINARES, F. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, 2005, pp. 142-3. Autor que entiende que la atención, aunque sea indirecta, del legislador penal respecto a estos intereses suprapersonales, es lo que explica político-criminalmente que desde el punto de vista de los bienes jurídicos personales únicamente se protejan los derechos de explotación del titular ante la amenaza para el mercado de libre competencia de la piratería a gran escala. “Existe pues, una explicación político-criminal de la intervención penal única frente a los ataques a los derechos de explotación basada en lo que supondría para el mercado cultural de libre competencia la infracción masiva de estos derechos”.

6 Una referencia a este tipo de hechos en el Convenio de Ciberdelitos en MATA Y MARTÍN, R. M. “Criminalidad informática: una introducción al ciberdelito”. *Temas de Direito da Informática e da Internet*. Coimbra Editora, 2004, pp. 219 y ss.

7 Sobre este tema, debatido, en el sistema penal español puede verse MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, 2003, pp. 216 y ss.

8 Sobre los sistemas de Derecho comparado en la protección penal de la propiedad intelectual, puede verse MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, cit., pp. 101 y ss. Algunos aspectos

de incriminación se referirán a los distintos grados de accesoriedad respecto a la regulación del Derecho privado (hasta llegar a las llamadas normas penales en blanco), así como a la posibilidad de configurar delitos de lesión o bien delitos de peligro respecto al bien jurídico tutelado.

Cuando nos referimos al problema de la accesoriedad, nos estamos preguntando por la vinculación de la regulación penal con lo establecido en otros sectores del ordenamiento jurídico. Al no crear estas categorías jurídicas el Derecho penal, se establece una cierta dependencia de las previsiones legales en las que se encuentre la regulación originaria (la Ley de Propiedad Intelectual). La dependencia puede ser menor o mayor (accesoriedad relativa o absoluta), y con un menor o mayor grado de adherencia a las previsiones legales extrapenales (en el caso de las normas penales en blanco en parte a una identificación con las previsiones legales extrañas a la ley penal).

Hemos tomado como punto de partida necesario para toda conducta penalmente relevante que la misma represente algún grado de afectación del bien jurídico protegido. Pero el grado y el modo de afectación pueden variar. En la construcción del tipo penal por el legislador, este puede optar entre establecer un delito de lesión (menoscabo efectivo del bien jurídico) o una mera amenaza para el bien jurídico (delitos de peligro) como exigencia necesaria para la existencia del delito. La configuración de un delito de peligro constituye una tendencia en alza entre las legislaciones penales que amplía y anticipa la intervención penal.

c. Como se ha advertido, existe una regulación jurídica general de los derechos de autor. Esto plantea la posible incidencia de tal regulación previa y especialmente de las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual en el seno de la responsabilidad penal.

Hemos visto ya cómo existe una cierta dependencia del Derecho penal en estas figuras de la regulación previa del Derecho privado sobre la materia. Por eso también las causas que eliminan el propio ilícito civil en el sector de la propiedad intelectual (limitaciones y excepciones a la exclusividad que suponen los derechos de propiedad intelectual, como las excepciones tecnológicas, el derecho de copia privada, etc.) poseen eficacia en el terreno de la determinación de la responsabilidad penal. Con base en el principio de coherencia del ordenamiento Jurídico y puesto que tales limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual benefician al reo, debe otorgárseles una aplicación directa e inmediata, excluyendo –de ser aplicables– la posible responsabilidad criminal.

particulares en JAVATO MARTÍN, A. “La protección penal del consumidor en el comercio electrónico en el Derecho austríaco”. *Cuadernos de Política Criminal* 90 (2006), pp. 72 y ss. Íb. “La tutela penal del consumidor en el comercio electrónico en el derecho suizo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-r2 (2005), pp. 2 y 3. También, para el caso portugués, DE OLIVEIRA ASCENSAO, J. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Ed. Almedina, 2001, pp. 277-8.

d. En el sistema penal no sólo tienen importancia los elementos sustantivos que configuran las condiciones para exigir responsabilidad penal, sino que también resultan relevantes las condiciones en las que resulta posible la iniciación y continuación del proceso penal tendente a la averiguación de la responsabilidad. Se trata de los requisitos procesales específicos o generales que condicionan la sustanciación de la responsabilidad criminal. Los mismos pueden facilitar o dificultar la persecución de los hechos, como la exigencia de realización de un acto procesal previo por parte del ofendido (denuncia, querrela), aun cuando no afecten al contenido de la infracción. En el caso español el legislador penal de 2003 ha suprimido el requisito de la previa denuncia existente hasta ese momento “con la finalidad de posibilitar y favorecer la persecución de estos hechos”⁹.

III. DIGITALIZACIÓN DE LAS OBRAS Y REPERCUSIÓN JURÍDICA

1. El proceso de materialización de las obras de la creatividad humana

Del contexto tecnológico dependen las concretas formas de expresión de las ideas e invenciones humanas. Y naturalmente las modalidades mediante las cuales se han podido materializar o expresar esas creaciones han ido adaptándose a las posibilidades técnicas de cada época, desde las copias manuscritas de las obras clásicas por los monjes del medievo hasta los actuales instrumentos de digitalización. Este proceso evolutivo de las técnicas que permiten materializar y difundir las obras e ideas del ingenio humano obtuvo un primer impulso con la imprenta, muchos más tarde con la reprografía, y de forma cualitativamente superior con las actuales nuevas tecnologías. Los últimos pasos en la evolución tecnológica llevaría el siguiente itinerario: 1. Con las calculadoras se pueden efectuar operaciones de cálculo matemático; 2. Con el paso a la informática se logra la posibilidad de tratamiento de la información, y 3. Con las redes de ordenadores (de área local y de gran área –internet–) se convierte el ordenador en un medio de comunicación. La digitalización supone que “la información se almacena en ficheros, que

9 MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Los nuevos delitos contra la Propiedad Intelectual: novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal”. *La Ley penal* n.º 29 (2006), p. 53. Autora que, sin embargo, se adhiere a las posturas que entienden más correcto el mantenimiento de la previa denuncia, por ser más acorde en este terreno de los delitos patrimoniales con el principio de intervención mínima, por la necesidad de colaboración de los perjudicados o agraviados en este tipo de hechos, y “máxime cuando se admite la posibilidad de actuar de oficio cuando el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”. Por otra parte, en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo* relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto a los derechos de propiedad intelectual y en la *Propuesta de Decisión Marco del Consejo* destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual, presentada por la Comisión, se insiste en “evitar que las investigaciones o los procedimientos penales relativos a las infracciones en materia de usurpación de marca y piratería dependan de la declaración o de la acusación formuladas por una persona víctima de la infracción”.

no son más que secuencias de bits organizadas de un modo conocido para representar un determinado tipo de datos (caracteres, puntos de una imagen, etc.)¹⁰.

La digitalización aporta un paso cualitativo que mediante la alianza con el desarrollo de las redes de telecomunicación genera una auténtica revolución. Por eso puede decirse:

El elemento crítico que ha permitido todas estas transformaciones que nos está tocando vivir ha sido sin duda la llamada revolución digital; esto es, el conjunto de innovaciones tecnológicas que han hecho posible que la voz y el sonido, la imagen y los datos puedan transmitirse de un lugar a otro reduciendo toda su carga de información a simples combinaciones de “ceros” y “unos”, lo cual, integrado dentro de un circuito eléctrico, se traduce a *on-off*, esto es, señal eléctrica o no señal eléctrica. Esta simplificación permite el envío de una gran cantidad de información de un lugar a otro a gran velocidad¹¹.

Todo ello en un momento en el que la integración tecnológica permite avances mucho mayores, pues “Cualquier elemento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) que se pueda imaginar (un ordenador personal, un teléfono móvil, un cajero automático, una videoconferencia), hace uso de redes de comunicaciones, de *software* y de elementos microelectrónicas (*hardware*). Es decir, contiene de una forma indisoluble tecnologías de los sectores de las comunicaciones, la informática y la electrónica”¹².

2. Características y consecuencias jurídicas de la digitalización

Las posibilidades que ofrece la digitalización para el acceso y la difusión de la información y de las obras creadas no representan un simple paso más en la evolución de los sistemas que permiten el tratamiento de las obras protegidas sino que adquieren una relevancia cualitativamente diversa. Ello nos permite hablar de una significación particular de la digitalización y del desarrollo de las infraestructuras de telecomunicaciones en el proceso general mencionado, y de su repercusión jurídica para la propiedad intelectual (Derechos de autor).

a. Desde el punto de vista de los instrumentos con los que se cuenta, las nuevas técnicas digitales y el desarrollo de las infraestructuras de telecomunicaciones, se hace evidente

10 Cfr. TALENS OLIAG, S. “El marco tecnológico”. *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, BOIX PALOP y LOPEZ GARCIA (eds.), Tirant lo Blanch, 2006, pp. 26 y ss. y 43.

11 BALLESTERO, F. *La brecha digital. El riesgo de exclusión en la Sociedad de la Información*. Fundación Retevisión 2002, pp. 31-2.

12 *Ibíd.*, p. 33. Para DE OLIVEIRA ASCENSAO, la base universal y unificadora de todos estos fenómenos es la digitalización: *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit., p. 121.

que la integración de todas ellas permite la reproducción rápida, exacta (de gran calidad) y a bajo coste casi por cualquiera, lo que posibilita una capacidad de difusión masiva de las obras (en grado sumo con internet).

b. Por ello inicialmente las innovaciones técnicas amplían los canales posibles de explotación de una obra (más diversidad de medios y con mayor capacidad de difusión), y en ese sentido se refuerzan los derechos del autor.

Las innovaciones tecnológicas creadas al amparado de las infraestructuras de la información proporcionan más oportunidades para la creación y la difusión de las obras del ingenio. La sustitución de la tecnología analógica –en la que estaba enclavado el Derecho de autor tradicional– por la tecnología digital, ha hecho nacer nuevas técnicas de reproducción de las obras cada vez más distantes de los modos clásicos de utilización de las creaciones intelectuales, por lo cual, surgen también, nuevas formas de explotación de las mismas. Todo ello conlleva nuevas fuentes de ingresos para los autores¹³.

c. También resulta preciso destacar desde el punto de vista económico, además, que este desarrollo técnico se produce en un contexto en el que la información alcanza el rango de gran valor económico. En el nuevo modelo social y económico la información alcanza el papel de relevante medio de producción, de fuente fundamental de productividad, debido a su gran potencialidad para permitir el acceso al conocimiento, el tratamiento y procesamiento de la información, así como por su capacidad para propiciar incesantes avances tecnológicos, lo que permitió hablar de una segunda revolución industrial en referencia, precisamente, a las transformaciones ocurridas en la sociedad de la información y a su relevancia económica¹⁴.

d. Pero, a su vez, los procesos tecnológicos desapoderan al autor de su obra y de su posible control, debido a la desmaterialización y a la gran capacidad de la técnica para reproducir y difundir las obras. Lo que contrasta claramente con el sistema tradicional de los derechos de autor que se basaba precisamente en el control de las obras y de sus transformaciones por el autor.

En el surgimiento y evolución hasta el momento actual de la propiedad intelectual el objeto protegido es la creación original, pero sobre todo desde el punto de vista de su expresión. Propiamente es la expresión original la que es objeto de protección, con

13 MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, 2003, p. 124. También GARCÍA SANZ. *El Derecho de autor en Internet*, cit., p. 35, quien señala que “se han engordado, por un lado, los derechos exclusivos del autor, al nacer mayores posibilidades de explotación”.

14 Cfr. ROMEO CASABONA, C. M. *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, 1987, p. 21. También MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., pp. 121 y ss.

índices o grados de originalidad variables. Tal expresión original necesita estar fijada en un soporte material para que pueda existir la misma en alguna de sus formas. De manera que “la materialización cumple la función de control de las obras y sus copias. De vital importancia para una eficaz protección y explotación de las mismas”¹⁵. Por eso el requisito de la fijación estable en un soporte material hace que el régimen tradicional de los derechos de autor no sea aplicable a Internet, donde los presupuestos y condiciones han variado.

No olvidemos que el sistema de propiedad intelectual tradicional está basado en el mundo de la copia masiva, posible con la invención de la imprenta, y su control. Control de cada acto de explotación que repercute en los derechos. Y de la copia material, primero en papel, y luego en otros soportes materiales, pero prolongando la misma idea de copia. Control posible en el mundo físico, dadas las dimensiones de espacio y tiempo en que se desarrollan. Y control que no es posible en Internet, no material sino virtual¹⁶.

Con la tecnología digital y las redes de telecomunicación el espacio de desarrollo de estos derechos, la base técnica y física en las que se sustentaba el régimen de derechos de autor se ve removido.

El contenido esencial del derecho de autor se afecta al quedar sin sentido la clave del contenido esencial de la propiedad intelectual: el control de la copia física masiva, en función de variables cuantitativas, tiempo y espacio. Todos los derechos exclusivos del autor quedan reducidos a uno: introducir la obra en la red. De las facultades morales sólo el acto primero troncal de decidir la difusión y controlar el plagio parecen posibles. La posible desnaturalización de la Red conduce a cambios en el contenido esencial muy parecidos, pero la causa y los efectos son muy diferentes¹⁷.

Los avances tecnológicos de las últimas décadas generan modificaciones en la situación a la que se han de aplicar los derechos de autor que, en realidad, se había iniciado antes de la digitalización, pero que con ella y la extensión de las herramientas tecnológicas a los usuarios domésticos produce una alteración cualitativa. “Cabe decir que ese proceso histórico paulatino de pérdida de control sobre la difusión, que claramente se inicia con la invención de la reprografía y se fortalece con los medios audiovisuales modernos, como el vídeo o el satélite, llega a su clímax en el ambiente cibernético”¹⁸.

15 GARCÍA SANZ, *El Derecho de autor en Internet*, cit., p. 45.

16 *Ibíd.*, p. 76.

17 *Ibíd.* p. 178.

18 *Ibíd.*, p. 72.

Las facilidades que ofrece la tecnología digital y los sistemas de telecomunicación para el acceso a las obras y su transmisión son evidentes¹⁹. “Los bajos costes de acceso y copia, con una calidad igualable al original, permiten no sólo la democratización de la información disponible en la red sino su rápida reproducción y diseminación. La velocidad de copia, sin esfuerzo, y a muy bajo coste, con la calidad del original, permite su uso masivo libre. Enviar y recibir copias es cuestión de apretar un botón”²⁰.

Pero también resulta notoria la alteración de los presupuestos sobre los que se venía apoyando el régimen de los Derechos de autor y la repercusión material para éstos. “Al aplicar el régimen jurídico vigente de derecho de autor a la arquitectura técnica originaria que es Internet” ello se hace “desequilibrando las relaciones autor/público y los intereses públicos y privados”, ya que se debilita la posición del autor “al ir perdiendo su capacidad de control sobre la copia, que constituye la esencia de la institución nacida con la imprenta”²¹.

En definitiva, la revolución digital y de internet provoca un cambio de situación que hace más difícil el control de la obra por el autor o los titulares de los derechos de explotación, e incide por tanto en el ámbito económico de la creación intelectual. “La tecnología digital, que conlleva la aparición de nuevos soportes, servicios y redes de difusión de contenidos, abre nuevas posibilidades de acceso por parte de los ciudadanos a las obras intelectuales, desvinculadas de la adquisición del soporte material al que se incorpora la obra, lo que plantea una amenaza potencial a los intereses económicos de la propiedad intelectual”²².

19 Cfr. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, en *Gobierno, Derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*, GALINDO AYUDA (dir.), Civitas, 2006, pp. 296 y ss.

20 GARCÍA SANZ, *El derecho de autor en Internet*, cit., p. 50.

21 GARCÍA SANZ, *El derecho de autor en Internet*, cit., pp. 20-1 y 35 respectivamente. Sobre el fundamento de los derechos de autor, ibíd., pp. 25-26, 39. Respecto al fundamento de la excepción o límite de la copia privada, “tradicionalmente, la copia privada se ha puesto en conexión con la protección del derecho a la intimidad y, en ese sentido se presenta como una consecuencia de la imposibilidad real de controlar usos privados sin lesionar simultáneamente el derecho a la intimidad (...) En los últimos años, sin embargo, se viene abriendo paso la idea de que la copia privada es un derecho de los ciudadanos, vinculado al derecho de acceso a la cultura”: GAY FUENTES, C. *La propiedad intelectual en el entorno digital*. Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas), n.º 82, 2006, p. 14.

22 Ibíd., p. 7. Para algunos autores los efectos van más allá incluso de los posibles perjuicios patrimoniales para los titulares de los derechos de autor. Así, MIRÓ LLINARES señala el alcance de estos derechos de autor con las nuevas tecnologías a intereses suprapersonales puesto que las empresas del ocio o de la cultura que gestionan o producen en este ámbito realizan grandes inversiones para llegar a difundir las obras de forma masiva, proporcionan miles de empleos y representan un porcentaje significativo en el Producto Interior de ciertos países. Con ello también se resienten los esfuerzos e inversiones realizadas por los sujetos intervinientes en el proceso creativo y mercantil, con la consiguiente desincentivación y freno al progreso técnico, económico y social. Cfr. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., pp. 125-7.

3. Formas de reacción ante el nuevo contexto tecnológico

La constatación de la nueva situación que las industrias del ocio y de la cultura sienten como amenazante hace que las mismas lleven a cabo distintas formas de reacción que pretenden evitar el acceso libre a las obras y a las posibilidades de difusión que las nuevas tecnologías han abierto. Se trata de una espiral sucesiva y escalonada frente a las nuevas formas de actuación que permiten acceder y reproducir las obra electrónicas. Ante cada fracaso se suscitan y proponen renovadas fórmulas que pretenden directa o indirectamente lograr el mayor y mejor control sobre la vida de las obras, y que en ocasiones repercuten o se plantean en el ámbito de la intervención del Derecho penal. En muchos casos la presión ejercida por estos sectores industriales lleva a las administraciones y los legisladores a intervenir de acuerdo a los postulados mantenidos por estos grupos²³.

a. La difusión masiva y mundial de las obras propicia la creación de las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor. Se trata de instrumentos que permiten una mejor gestión de intereses, que ahora pueden representar montantes económicos muy elevados, y de una mayor complejidad dada la especialización que se produce en el sector y la difusión mucho más amplia de las obras.

b. Vinculado al límite de la copia para uso privado y a la gran facilidad de creación de copias de la obra aparece el sistema de compensación por copia para uso privado. Ante la existencia de este límite tradicional a los derechos exclusivos del autor sobre su obra, que aplicado en el nuevo contexto tecnológico significa la posibilidad de realizar un número elevadísimo de copias lícitas pero sin el abono del correspondiente precio, se hace necesario el establecimiento de un mecanismo que procure compensar al autor por esta posibilidad, especialmente cuando la generación de copias se presenta como algo usual y extremadamente simple. Por ello las legislaciones nacionales suelen reconocer y establecer estos sistemas de compensación por la realización de copias para uso privado de las copias. Otra cosa será el concreto régimen establecido, que en ocasiones se hace acreedor de importantes críticas²⁴.

23 Cfr. MATA Y MARTÍN “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, cit., pp. 298 y ss. También puede verse la influencia directa en la reforma de los derechos de autor en la legislación colombiana, en general para los países andinos, y el papel jugado por las zonas económicas mundiales más influyentes y las industrias del ocio, en “Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y del Derecho de Autor. Entrevista a FERNANDO ZAPATA LÓPEZ”, [http://www.cecolda.org.co/images/publicaciones/ed11_1.pdf] (visitada el 01.09.2007). Igualmente RÍOS RUIZ, W. R. “Cómo ven desde EE.UU. el flagelo de la piratería en nuestro países”, [http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=40] (visitada el 01.09.2007). Para el caso portugués, DE OLIVEIRA ASCENSAO, J. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, cit., p. 278.

24 A modo de ejemplo y sintéticamente, puede verse lo señalado para el sistema español por PLAZA PENADES, J. “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor

c. Frente a lo que se considera como una amenaza de grandes dimensiones, por parte de las sociedades de gestión de derechos y las industrias culturales, de ocio o entretenimiento, se lleva a cabo la promoción y difusión de una mentalidad en la que prácticamente todo lo relativo al acceso no consentido a las obras electrónicas se identifica con la comisión de un hecho delictivo.

Se percibe en no pocas ocasiones, en general para todos los supuestos de aplicación de los nuevos instrumentos tecnológicos, y en especial para determinadas herramientas consideradas más lesivas, cómo “la creación de una retórica de criminalización de los usuarios de las redes P2P es uno de los caballos de batalla principales de la industria cultural (...) retórica que confunde conductas con identidades”²⁵. Se pretende conseguir así el establecimiento de una sensación de ilicitud penal generalizada para todo lo que tenga que ver con la aplicación no consentida de las tecnologías a las obras protegidas sin señalar ni matizar los diferentes casos, los ámbitos libres ni los distintos tipos de responsabilidad. Al traslado de esta visión sesgada a la sociedad en ocasiones contribuyen las propias administraciones en campañas publicitarias destinadas a lograr un mayor respeto de los derechos de autor.

d. Como forma de reacción ante la situación, se produce la implantación de medidas tecnológicas de protección de las obras. Es decir, el desarrollo de los sistemas anticopia de carácter tecnológico que es posible incluir en las mismas obras y que impiden el acceso no autorizado, así como la difusión incontrolada de las mismas.

Puede verse en estos sistemas la creación de una dinámica que se apoyaría en el principio “lo que la técnica ha alterado, que la técnica lo restablezca”²⁶, aunque realmente se trata de lograr con cualquier tipo de medidas –también las de carácter tecnológico– restablecer el control sobre las obras.

La aprobación jurídica de estos nuevos elementos vinculados a la propiedad intelectual llegaría inicialmente desde el ámbito internacional y de instituciones supranacionales para luego ir pasando a las legislaciones de cada país. El impulso inicial a estas medidas se produjo con los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derechos de autor, así como sobre interpretación o ejecución y fonogramas. Posteriormente, en el ámbito europeo, se produjo la aprobación de la Directiva 2001/29/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 22 de mayo de 2001,

y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 12 (2006), pp. 28-9.

25 DE LA FUENTE SOLER, M./VIANA BALLESTER, C. “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”. *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación* [BOIX PALOP y LÓPEZ GARCÍA (eds.)], Tirant lo Blanch, 2006, pp. 313 y 316.

26 GARCÍA SANZ, El derecho de autor en Internet, cit., p. 95. Lo que parece contradecir lo señalado por HABERMAS al indicar que “al desafío de la técnica, no se le puede responder sólo con la técnica”. Citado por PÉREZ LUÑO, *Manual de informática y Derecho*, Ariel Derecho, 1996, p. 81.

dirigida a la armonización de distintos aspectos de los derechos de autor y afines en la sociedad de la información. “En el ámbito internacional se llegó a la conclusión de que los Estados debían ofrecer una protección jurídica a las medidas tecnológicas (...) estableciendo sanciones jurídicas –penales o civiles– para los actos de elusión”. Inmediatamente fue matizada la decisión en el ámbito de la Unión Europea, al reducir esta facultad la Directiva sobre armonización de derechos de autor para que “los beneficiarios de algunas excepciones puedan ejercerlas incluso si las obras se encuentran protegidas tecnológicamente”²⁷. Con ello se pone de manifiesto que la normativa comunitaria no obligaba a establecer sanciones en relación a las medidas tecnológicas de protección, y que se establece una regulación compleja para las medidas tecnológicas y la posibilidad de aplicar excepciones en tales casos a los derechos de explotación.

En la reforma del Derecho español de propiedad intelectual mediante Ley del 7 de julio de 2006²⁸ se ha llevado a cabo una ampliación de la tutela jurídica de las herramientas técnicas que impiden la realización de actos no autorizados o condicionan el acceso a contenidos protegidos, así como de los instrumentos técnicos que permiten la identificación de las obras y de ciertas prestaciones. La importancia que se le concede a este conjunto de medidas tecnológicas es tal que se le ha asignado un título específico en la organización de la Ley de Propiedad Intelectual (lo que anteriormente no ocurría) y se han ampliado las infracciones y sanciones para los actos de elusión de estas medidas técnicas, así la fabricación y comercialización de dispositivos que permitan realizar tales actos de neutralización de las mismas. En principio los beneficiarios de los límites y excepciones a los derechos de autor (entre ellos el de copia para uso privado) podrían acudir a la jurisdicción civil para solicitar el levantamiento de tales medidas técnicas de protección para lograr que prevalezcan los derechos e intereses generales sobre la protección objetiva de las tecnologías. Pero existe una reserva que permite al Gobierno excluir el derecho de copia para uso privado de aquellos que permiten reclamar el levantamiento de las medidas tecnológicas de protección “si las circunstancias sociales o tecnológicas cambiaran”. En todo caso, cuando se trata de obras puestas a disposición del público mediante un contrato de manera que se pueda acceder a las mismas desde el lugar y en el momento que desee, la solución es la inversa, prevaleciendo las medidas tecnológicas sobre otras posibles consideraciones como los mismos intereses generales antes señalados.

Pero una cosa es la posibilidad de establecer medidas tecnológicas de protección de las obras de acuerdo al régimen legal de los derechos de autor, y otra es su posible respaldo legal frente a todo tipo de situaciones, por encima de los límites y excepciones de tales derechos e incluso la conversión en sí mismas consideradas como un objeto específico de tutela del sistema penal –distinto en realidad de los propios derechos de autor o propiedad intelectual–, lo que desde luego no era necesario desde el punto de vista de

27 GAY FUENTES. *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., pp. 9 y 10.

28 Ley 23/2006 de 7 de julio (BOE de 8 de julio de 2006).

los instrumentos internacionales que las crean. “Las medidas tecnológicas deben ser eficaces por sí mismas; no se puede hacer descansar su eficacia sobre el poder represivo del Estado y su sistema judicial. Por ello los comportamientos de elusión de las medidas tecnológicas sin fines comerciales sólo deben tener sanción en la vía civil”²⁹.

e. La búsqueda incesante de remedios ante la pérdida de control real sobre las obras llevó a la persecución de los editores y distribuidores de programas que permiten eludir medidas tecnológicas o realizar intercambio de archivos en línea³⁰. En un primer momento las decisiones judiciales no ampararon las pretensiones de control sobre los editores de programas. En el caso *Betamax* un tribunal de instancia (Tribunal Federal de San Francisco) determinó que no es exigible responsabilidad cuando la tecnología empleada para los intercambios por los usuarios es susceptible de “usos sustanciales no constitutivos de infracción [*Sony Corp. of America v. Universal City Studios*, 464U.S. 417 (1984)]³¹. Sin embargo, en un momento posterior, el Tribunal Supremo norteamericano, sobre el mismo caso, y sin establecer “condena expresa, afirma que quien distribuya un dispositivo con el objeto de promocionar su uso para vulnerar los derechos de autor es responsable de las infracciones que realicen con él terceras personas”³². Con ello parece dejarse la puerta abierta a la exigencia de responsabilidad para los editores o difusores de programas que permitan eludir medidas tecnológicas o realizar intercambio de archivos de obras protegidas aun cuando las posibles infracciones las cometieran terceros completamente ajenos.

Pero evidentemente esta opción no deja de representar ciertos riesgos, como el de la condena por actividades realmente realizada por terceros sin conexión alguna con la empresa o particular que proporcione los programas, incluso de los que pueden realizar cometidos perfectamente lícitos, o el de impedir el desarrollo de avances técnicos. “La condena sucesiva del software que pueda ser utilizado para cometer infracciones de la propiedad intelectual es una línea peligrosa para el avance técnico en el campo de la programación, sobre todo si se llega a aceptar, de forma generalizada, la responsabilidad por negligencia de los editores de software que no adopten las medidas neces-

29 GAY FUENTES. *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 17.

30 Sobre los distintos aspectos de este proceso pueden verse GARCÍA SANZ, *El Derecho de autor en Internet*, Colex, 2005, p. 72; DE LA FUENTE SOLER, M./VIANA BALLESTER, C. “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”. *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, BOIX PALOP y LÓPEZ GARCÍA (eds.), Tirant lo Blanch, 2006, p. 323. GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 29.

31 GARCÍA SANZ, *El derecho de autor en Internet*, cit., p. 72. También DE LA FUENTE SOLER, M./VIANA BALLESTER, C. “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”, en *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, BOIX PALOP y LOPEZ GARCIA (eds.), Tirant lo Blanch, 2006, p. 317.

32 DE LA FUENTE SOLER VIANA BALLESTER “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”, cit., p. 317.

sarias para evitar que los programas sean utilizados para cometer infracciones contra la propiedad intelectual”³³.

f. Otra de las alternativas para las industrias del ocio y del entretenimiento, tratando de cubrir todos los vacíos y evitar la sensación de impunidad, ha sido la persecución de los usuarios de las redes P2P de intercambio de archivos, que presenta múltiples aspectos conflictivos³⁴. Después de los largos procesos judiciales que llevaron finalmente a la clausura de Napster, se produce alternativamente el intercambio directo de archivos entre los usuarios, puesto que Napster tan sólo actuaba como intermediario. “El cierre de Napster llevó a la proliferación de redes de intercambio que transferían toda la labor de compartir archivos a los usuarios, de tal manera que su persecución obligaba a profundizar en la senda emprendida por la industria: las demandas a los usuarios”³⁵. En los actuales sistemas de intercambio de archivos, de intervenir alguna página web ésta no pone las obras a disposición de los usuarios, sino que se limita a ponerlos en

33 GAY FUENTES *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 30.

34 *Ibid.*, p. 23. “La inexistencia de sitios web de descarga legal de música ha contribuido a la generalización del intercambio no autorizado de obras en la red” (p. 31). “El intercambio de archivos es pasivito desde el punto de vista de la libertad de acceso de los ciudadanos a la cultura; mientras que no está claramente establecida la correlación entre las pérdidas del sector musical y el desarrollo de esta práctica social” (p. 38). “La intervención represiva frente al intercambio no autorizado de obras entre particulares sin finalidad comercial debe ser limitada, de manera que no se perciba como una amenaza a los derechos y libertades de los ciudadanos ni desincentive el desarrollo tecnológico y social de la red” (p. 5). También puede verse ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. “La responsabilidad de las redes P2P y de los usuarios por las descargas de música de Internet”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro* (en prensa).

35 DE LA FUENTE SOLER./VIANA BALLESTER “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”, cit., p. 311. Según las noticias aparecidas en [<http://www.diarioti.com/gate/n.php?id=14927>], la Unión Europea y Alemania han denegado un requerimiento de la industria discográfica, que exige a los proveedores de conexión a internet entregar las identidades de los usuarios de redes de intercambio de archivos. Diario Ti: cada vez que se navega por internet va dejando una huella electrónica en forma de dirección IP (IP = protocolo de internet). Este número es único para cada computadora conectada a la red, y por lo tanto puede ser usado para identificar a los usuarios. Durante largo tiempo, la industria discográfica ha deseado poner fin al intercambio ilegal de material con derechos reservados. En varios países, la industria ha requerido a los proveedores de conexión a internet los nombres de los usuarios más activos en las redes P2P. Según la publicación alemana *heise.de*, un tribunal alemán habría pronunciado un dictamen que rechaza categóricamente el requerimiento de la industria. El juez de la localidad germana de Offenburg dictaminó que los propietarios de los derechos no pueden exigir a los proveedores de conexión información sobre la identidad de los usuarios de redes P2P. Según el fallo, tal información puede ser entregada exclusivamente a la policía, y solo en aquellos casos en que se haya iniciado un proceso judicial. En las causas civiles, ni siquiera la policía puede tener acceso a la identidad de los usuarios, indica el fallo. Según la publicación, el fallo se ajusta a una recomendación de la directora jurídica de la U.E., JULIANE KOKOTT. KOKOTT ha señalado que la entrega de información personal presupone que la policía o una fiscalía hayan iniciado un proceso judicial, y que el caso tenga un grado “razonable” de gravedad como para que sea procedente la entrega de información personal. Aunque en la U.E. la función de la directora jurídica es solamente consultora, sus recomendaciones han sido seguidas en 2 de cada 3 casos. Con ello, todo indica que los usuarios europeos de redes de intercambio están más protegidos que los estadounidenses. En EE. UU., los propietarios de los derechos pueden con mucha mayor facilidad tener acceso a datos personales de los usuarios, iniciando causas civiles contra todos los usuarios que logran identificar.

contacto. Por ello los titulares de la página web no realizan conductas que infrinjan los derechos de propiedad intelectual, ya que no actúan como servidor central en las descargas y ofrecimiento de archivos. Quienes realizan las descargas y la puesta a disposición de los archivos (música, películas, fotografías, etc.) son los usuarios directamente desde su terminal. En esta situación se llevan a cabo denuncias por las compañías productoras de productos frente a usuarios concretos de las redes de intercambio como forma de ejemplificar frente al uso masivo de las mismas con resultados muy desiguales en los distintos países. La posible responsabilidad penal dependerá de que pueda hablarse de una conducta infractora de los derechos de autor y de los concretos elementos típicos con los que el legislador construya el tipo penal³⁶. Nuevamente será necesario en este contexto diferenciar correctamente la posible responsabilidad civil de la comisión de un delito. En España la exigencia de ánimo de lucro y de la actuación en perjuicio de tercero hacen complicado que pueda atribuirse tal responsabilidad al usuario “normal” de estos sistemas de intercambio, incluso contando con el nuevo derecho de puesta a disposición interactiva que hemos visto se ha creado para los titulares de los derechos sobre la obra en red.

g. En un paso más en la escalada para frenar el uso y acceso libre de obras protegidas se realizan intentos de implicación de los operadores de los sistemas de telecomunicaciones para que proporcionen informaciones relevantes a la hora de perseguir a los usuarios de las redes de intercambio de archivos.

Así en el Plan Integral de lucha contra la piratería de España, la cuarta acción urgente consiste en la colaboración con las entidades de gestión y la industria tecnológica para el establecimiento de mecanismos de autorregulación, detección de contenidos no autorizados o averiguación de las identidades de los infractores de los derechos de propiedad intelectual (...): “es una llamada a los proveedores de servicios de Internet para la autorregulación, censura de contenidos e identificación de los internautas que utilizan redes de intercambio”³⁷.

Pero estas convocatorias a los operadores de internet, que incluso se realizan en planes trazados por la Administración Pública para evitar la práctica de la llamada piratería, presenta graves inconvenientes entre los que destacan la lesión que pueden ocasionar para derechos fundamentales y libertades públicas del más alto rango. “El establecimiento de un mecanismo de vigilancia general para detectar contenidos ilícitos a cargo de los prestadores de servicios técnicos contradice abiertamente estos principios”³⁸,

36 Una exposición sobre la posible responsabilidad penal en el ámbito de las redes de intercambio de archivos en MIRÓ LLINARES, *Internet y los delitos contra la propiedad intelectual*, cit., pp. 186 y ss.

37 DE LA FUENTE SOLER./VIANA BALLESTER, “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”, cit., p. 323. También p. 17. GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., pp. 25 y ss.

38 Así lo señala GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 26.

como son la libertad de comunicación y el derecho de protección de datos personales de los ciudadanos.

Un escalón más alto en el apoyo a este sector industrial lo constituye la pretensión de que las empresas titulares de los derechos puedan intervenir en las investigaciones sobre posibles delitos contra la propiedad intelectual llevados a cabo por la Administración de Justicia Criminal. Así, la Propuesta de Decisión Marco del Consejo, del 12 de julio del 2005, destinada a reforzar el ámbito penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual³⁹ y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual⁴⁰, manifiestan que “resulta indispensable la participación activa de las víctimas” para facilitar el desarrollo de la investigación, de forma que los interesados o sus representantes deben colaborar en las investigaciones, llegándose a establecer equipos conjuntos de investigación, lo cual en el ámbito de la justicia criminal puede resultar sorprendente.

h. Igualmente los legisladores, siguiendo la estela de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, van a proceder a la ampliación de los derechos de los titulares de una obra con repercusión en los límites y excepciones frente a la exclusividad que generan tales derechos, con incidencia también en algunos supuestos en la responsabilidad penal.

En primer lugar está la creación del derecho de puesta a disposición de obras⁴¹ que, aunque en la práctica pudiera entenderse ya aplicado, en realidad amplía el catálogo tradicional de derechos del autor⁴². En los Tratados de Internet (OMPI 1996) y en la Directiva 2001/29/CE del 22 de mayo de 2001 sobre determinados aspectos del Derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, se acuña un “derecho de puesta a disposición del público” que consiste en el derecho de autorizar o prohibir la comunicación interactiva. En la anterior Directiva, que trata de atender la adaptación de

39 [COM (2005) 276 final - no publicada en el Diario Oficial]; en [<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26057a.htm>] (visitada 04.09.2007).

40 [COM (2005) 276 final - no publicada en el *Diario Oficial*]. Ambos instrumentos (en elaboración) muestran su preocupación por la amenaza que para las economías nacionales representan la usurpación de marcas y la piratería, con previsible pérdida de confianza de los sectores económicos y sus posibles reducciones en la inversión en innovación y creación. Por ello se desea, básicamente, que los Estados miembros califiquen como delito toda infracción intencional de un derecho de propiedad intelectual cuando se cometa a escala comercial, así como el establecimiento de penas más duras. Véase en [<http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l26057a.htm>] (visitada 04.09.2007).

41 Sobre este nuevo derecho y sus repercusiones jurídicas, véase GAY FUENTES, C. *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., pp. 23-24.

42 De hecho algunos autores sostenían que debía incluirse como derecho independiente y diverso del resto de modalidades de explotación. Cfr. PLAZA PENADES, J. “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 12 (2006), p. 26.

los derechos de autor a las exigencias de la sociedad de la información y al desarrollo de la tecnología digital en nuevos soportes y en el entorno en redes, se considera que no se requiere que se definan nuevas modalidades de explotación ni nuevos conceptos jurídicos, salvo el de puesta a disposición de las obras para su acceso *on demand*: acceso a la obra cuando y donde lo desee el usuario, estando disponible la misma en todo momento⁴³.

En la ya mencionada reforma del Derecho español de propiedad intelectual de julio de 2006⁴⁴ “se atribuye expresamente a los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, a las entidades de radiodifusión y a los productores, sean de fonogramas o de grabaciones audiovisuales, un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública”. Se señala legalmente por tanto como una forma de comunicación pública de una obra aquella que hace referencia a su disposición interactiva, en la que cualquier persona puede acceder a la obra desde el lugar y el momento de su elección, es decir, se incluye el derecho a explotar la obra en internet y en otras redes semejantes⁴⁵.

Esta nueva modalidad de los derechos de explotación sobre una obra, ahora en redes, posee una tendencia a convertir en ilícito cualquier actuación no consentida sobre una obra protegida, incluso con posible repercusión en el ámbito de la responsabilidad penal. “La ilicitud del intercambio privado de archivos a través de Internet puede argumentarse sólidamente a partir del reconocimiento del derecho de puesta a disposición interactiva”⁴⁶.

Esto se pone de manifiesto siguiendo las consecuencias de los presupuestos establecidos a partir del reconocimiento del nuevo derecho con consecuencias directas e indirectas para el acceso y difusión de obras en red. Téngase en cuenta que en los sistemas de intercambio P2P (*peer to peer*) los usuarios comparten los archivos, de forma que simultáneamente a la descarga de archivos, también ponen a disposición de otros usuarios los archivos almacenados. En primer lugar, con la conducta realizada desde la perspectiva de la nueva modalidad puede entenderse que “ya hay infracción a los derechos de autor por el mero hecho de poner sin consentimiento la obra a disposición de todos en Red permitiendo su visualización (derecho de puesta a disposición) que luego podría o no ir acompañada de una copia (mediante la descarga del documento desde la Red), lesionándose además en estos casos el derecho de reproducción”⁴⁷.

43 Cfr. PLAZA PENADES, “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, cit., pp. 17-8.

44 En la Exposición de Motivos de la ya reseñada Ley 23/2006 del 7 de julio (BOE de 8 de julio de 2006).

45 PLAZA PENADES, “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, cit., p. 26.

46 GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 24.

47 Cfr. PLAZA PENADES, “La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual para incorporar la Directiva de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información”, cit., pp. 26-27.

Pero, además, como la excepción de copia privada en la Directiva Comunitaria y ahora en la legislación española sólo puede ser alegada cuando el beneficiario tiene acceso legal a la obra, y el ofrecimiento en línea de la misma siendo “objeto de una utilización colectiva” vulnera el derecho de puesta a disposición de las obras, no podría extenderse a estos casos el límite de la copia para uso privado. Y no alcanzaría la excepción por no darse el presupuesto general incorporado, “no cumpliéndose tampoco, por lo tanto, otro de los requisitos que se establecen legalmente para poder realizar copias”⁴⁸. Naturalmente, en todo caso, se estaría hablando de responsabilidad civil, presupuesto necesario pero no suficiente para la existencia de responsabilidad penal por este tipo de hechos.

Otra posibilidad que tiene que ver con la amplitud de los derechos establecidos en la legislación de propiedad intelectual es la de no aplicación de los límites y excepciones en el caso de obras puestas a disposición en línea con arreglo a lo convenido por contrato, en el caso de las autorizaciones de usos específicos, para facilitar el desarrollo de negocios en línea. “Esta disposición, de incorporación obligatoria a nuestra legislación, responde a los intereses de las industrias culturales de desarrollar, en las redes digitales, los diversos modelos de negocio basados sobre autorizaciones de usos específicos de las obras en función de las modalidades de pago”⁴⁹.

Según la Directiva –que establece un listado de excepciones voluntarias, con obligatoriedad tan sólo de ciertas reproducciones provisionales de carácter técnico– los Estados no deben adoptar medidas para obligar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual a permitir el ejercicio de las excepciones en el caso de obras y prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato. Lo que para GAY FUENTES “significa, simplemente, que los usos libres de las obras no son posibles en la red si vienen condicionados por medidas tecnológicas, es decir, que las excepciones al derecho de propiedad intelectual no regirán en el entorno en línea”⁵⁰. De esta manera la Directiva responde a la idea de condicionar de forma absoluta la disposición de obras en red a la voluntad del titular de los derechos, sobre la base de una pretendida generalización de las licencias electrónicas a través de los DRMS (sistemas de gestión de derechos digitales) y consagrando por tanto una regulación diferenciada respecto a las excepciones a los derechos de autor en el entorno en línea y fuera de línea.

En la reforma del sistema español de propiedad intelectual de julio de 2006 el supuesto relativo a obras o prestaciones puestas a disposición del público con arreglo a lo convenido por contrato exceptiona los principios generales relativos a la aplicación de los límites a los derechos de autor. Así el artículo 161.1 establece la obligación de permitir el acceso a las obras protegidas con medidas tecnológicas si se dan los requisitos de los

48 GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 24.

49 *Ibíd.*, p. 12.

50 *Idem.*

límites y excepciones. “Los titulares de derechos sobre obras o prestaciones protegidas con medidas tecnológicas eficaces deberán facilitar a los beneficiarios de los límites que se citan a continuación los medios adecuados para disfrutar de ellos, conforme a su finalidad, siempre y cuando tales beneficiarios tengan legalmente acceso a la obra o prestación de que se trate”. Sin embargo en el apartado 5 del precepto se impide la aplicación de esta excepción –excepción a la excepción– si la obra o la prestación se han puesto a disposición del público con arreglo a lo convenido en contrato. Si los límites fueran eficaces, la licitud de la conducta sobre la obra haría ya innecesario el examen sobre la posible responsabilidad penal, pero al inhabilitar la excepción a los derechos de autor y convertirse la conducta en ilícita desde el punto de vista civil se hará necesario evaluar –no de forma automática– la hipotética responsabilidad penal de acuerdo a los presupuestos generales del Derecho penal y los requisitos propios de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

IV. LA CONCRETA REGULACIÓN PENAL

1. Rasgos principales del sistema del Código Penal español de 1995

En la legislación española en la actualidad se cuenta con los “Delitos relativos a la propiedad intelectual” (secc. 1.ª cap. XI), dentro del grupo de delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico (tít. XIII). Entre ellos podemos distinguir el tipo básico, algunos tipos complementarios con un sentido especial y los tipos agravados. A ello habría que añadir algunos supuestos relativos a los servicios de radiodifusión e interactivos que se sitúan próximos pero en una ubicación sistemática diversa debido a que no se pueden identificar, al menos plenamente, con un ataque a la propiedad intelectual.

El tipo básico (del art. 270.1 C.P.) incrimina fundamentalmente las conductas de plagio, reproducción, distribución⁵¹ o comunicación pública de la obra sin consentimiento del titular de los derechos. Como requisitos genéricos para todas las conductas anteriores siempre deben concurrir el ánimo de lucro y la actuación del sujeto activo en perjuicio de tercero.

Los que hemos llamado tipos complementarios se sitúan en los números 2 y 3 del mismo artículo 270. En el segundo de los números del art 270 se lleva a cabo la incriminación de los supuestos de importación, exportación y almacenaje de obras protegidas, que

51 Como novedad deberá tenerse en cuenta que la distribución se vincula a obras en soporte tangible. La reforma de la LPI de 2006, en su art 19 refuerza esta tesis, pues “se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de copias de la obra, en un soporte tangible”, lo que puede tener influencia para los supuestos de intercambio de archivos en las redes P2P. Otra cosa será la posible responsabilidad por otras modalidades de conducta como la reproducción. DE LA FUENTE SOLER/VIANA BALLESTER. “Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor”, en *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, BOIX PALOP y LOPEZ GARCIA (eds.), Tirant lo Blanch, 2006, pp. 328-9.

pueden considerarse como supuestos de distribución en sentido amplio –por su naturaleza–. Debido a la ausencia de discriminación entre conductas lícitas en su origen y aquellas ilícitas, y pese a que desde la reforma de 2003 se excluyen las obras del ámbito de la Unión Europea, el supuesto recibe severas críticas⁵², e incluso reparos sobre su constitucionalidad⁵³.

En el número tercero del art 270 se configuran como punibles diversas conductas relativas a los dispositivos de elusión de las medidas protectoras de las obras. Se trata de conductas vinculadas con los dispositivos técnicos que permiten eludir la protección y con relación a la actuación sobre la obra misma. Se refiere el precepto a la fabricación, importación, puesta a disposición o tenencia de medios que permiten suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos de protección de las obras. Sorprende, como viene a poner de relieve GAY FUENTES, que se castiguen los actos previos pero no los actos de elusión efectivos.

Se desprende de este artículo [270 C.P.] que no se sancionan penalmente los actos de elusión de medidas tecnológicas, sino tan sólo los actos preparatorios de dicha elusión. Si bien se contempla la mera tenencia o posesión de medios destinados a eludir medidas tecnológicas, hay que matizar que dicha posesión sólo será punible si lo es con ánimo de lucro, puesto que debe entenderse que los requisitos establecidos en el apartado primero del artículo para la existencia de un delito contra la propiedad intelectual se proyectan sobre la totalidad de las conductas reguladas en el art. 270⁵⁴.

En realidad no son conductas de lesión de la propiedad intelectual sino de peligro (y de peligro abstracto, pues ni siquiera se exige el empleo de los dispositivos, ¡la mera tenencia constituiría ya delito consumado!). Por estos y otros motivos la doctrina española en general estima que existe un exceso de punición en este ámbito⁵⁵. Eso sí, se exige la funcionalidad única del sistema desprotector, “medio específicamente

52 Cfr. MATA Y MARTÍN, “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 39 y ss y 49. También MATA Y MARTÍN, “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”. Cit., pp. 300 y ss. También, precedentemente, MIRÓ LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, cit., pp. 408 y ss. Alguna referencia en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. “Los nuevos delitos contra la Propiedad Intelectual: novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal”, en *La Ley penal* n.º 29 (2006), p. 50.

53 Cfr. MATA Y MARTÍN, R. M. “Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen”. *Temas de Direito da Informática e da Internet*. Coimbra Editora, 2004, p. 220.

54 GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital*, cit., p. 21.

55 Cfr. MATA Y MARTÍN, “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, cit., pp. 303 y ss. También puede verse MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “Los nuevos delitos contra la Propiedad Intelectual: novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal”, cit., pp. 50 y ss.

destinado a facilitar la supresión o neutralización”, como requisito necesario para la aplicación del precepto.

Los tipos agravados entraran en aplicación según se aprecie en el caso concreto una especial trascendencia del beneficio económico, especial gravedad de los hechos (según el valor de los objetos producidos o el perjuicio ocasionado), si el culpable pertenece a una organización dedicada a la infracción de derechos de propiedad intelectual o, finalmente, cuando se utilice a menores para cometer los delitos. Las penas previstas se elevan desde los seis meses hasta los dos años de privación de libertad en el caso del tipo básico y de todos los restantes supuestos incluidos en el art 270 (equiparación sorprendente y contraria al principio de proporcionalidad, puesto que se trata de meros actos preparatorios o ilícitos puramente civiles), y desde los dos hasta los cinco años si se aplica alguno de los supuestos agravados. A estas se deberán añadir las correspondientes penas de multa para los distintos supuestos.

Respecto a los mencionados servicios de radiodifusión e interactivos se incriminan en la actualidad conductas consistentes bien en actos preparatorios, para facilitar el acceso no autorizado a un servicio de acceso condicional (suministro de información, etc.), o bien de acceso en sí mismo, considerado el acto de elusión de las medidas tecnológicas que permite acceder a un servicio de acceso condicional, realizado incluso sin ánimo de lucro. Pero estas conductas punibles se recogen al margen de los delitos relativos a la propiedad intelectual, puesto que desde el punto de vista del bien jurídico protegido se hace preciso distinguir la emisión misma ilícita (que en la vía penal no podría constituir infracción de la propiedad intelectual) de la emisión de obras protegidas (que pudiera constituir un ataque a la propiedad intelectual). Las mencionadas conductas punibles se sitúan por el legislador penal entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, constatada la imposibilidad de que los tribunales aplicaran los delitos relativos a la propiedad intelectual, pero con el efecto de que tampoco las conductas resultan muy coherentes con el grupo delictivo asignado⁵⁶.

2. Breve comentario a los derechos de autor en el Código Penal colombiano

Se trata de un auténtico minicódigo en esta materia, tanto por la extensión de los preceptos como por la variedad de conductas incriminadas en los artículos 270-1 y 2 del Código Penal, Ley 599 de 2000, con modificaciones de 2004 y 2006. Y ello pues afectan tanto a los derechos morales (art. 270) como a los patrimoniales (art. 271), y así mismo a las medidas protectoras (art. 272). También incluyen actos previos a la lesión de los derechos, propios de la lesión de los mismos y posteriores a la lesión. Además, como tales hechos contrarios a los derechos de autor abarcan tanto los derechos de autor propiamente como los derechos relativos a la radiodifusión.

56 Cfr. MATA Y MARTÍN. “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, cit., pp. 307 y ss.

En la gestación de la normativa ha sido de importancia la elaboración del Tratado de Libre Comercio (TLC) con E U en esta protección dispensada. Quizás el principal problema a destacar sería la no inclusión de diferencias en el desvalor representado por las conductas respecto al ilícito civil (están incriminadas las conductas sin diferencias visibles con las infracciones puramente civiles). Además también se percibe la gravedad de las penas previstas: de dos a cinco años de privación de libertad ya en los tipos básicos, con posible incremento hasta en la mitad de la pena en ciertos casos, y también con rebaja en la mitad si en los supuestos relativos a los derechos de explotación puede darse la rebaja también a la mitad de la pena. Muy correcto inicialmente fue el empleo exclusivo de pena de multa para los casos de “violación de los mecanismos de protección”.

