

# Los derechos intelectuales en el anteproyecto de código penal

*Reseña del Desayuno de Trabajo realizado en FLACSO Argentina,*

*28 de Marzo de 2014*

*Maestría en Propiedad Intelectual de FLACSO. Fundación Vía Libre*

*Aclaración: el presente texto no es un documento de posición ni de la Maestría en Propiedad Intelectual de FLACSO ni de la Fundación Vía Libre, sino una síntesis del debate que tuvo lugar el 28 de marzo de 2014.*

El anteproyecto de reforma integral del código penal, elaborado por la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N. 678/12), presidida por el Dr. Eugenio Zaffaroni e integrada por los juristas León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo incluye reformas en la tipificación penal de las infracciones contra la propiedad intelectual.

En la exposición de motivos, el documento expresa que las conductas tipificadas en el artículo 150 provienen de la ley 11.723 de 1933, que sigue siendo el marco normativo de referencia en la materia. Es a esa ley a la que refiere en todo momento el documento, y que seguirá vigente aún con las modificaciones propuestas en el borrador del anteproyecto.

Entre los argumentos, los juristas reconocen que “los avances tecnológicos han facilitado el acceso a obras protegidas por el derecho de autor, exponiéndolas a utilizaciones abusivas. Esto es evidente, por ejemplo, en el caso de los fonogramas, como lo señala el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Sin embargo, esta mayor vulnerabilidad, que amerita la inclusión en el presente proyecto del delito de violación de derechos intelectuales, debe ser abordada teniendo en cuenta que los avances tecnológicos también han producido cambios profundos en el modo en que los usuarios y consumidores de estos bienes acceden a ellos, máxime cuando entran en juego derechos culturales, de acceso a la información, a la educación, etc. Por otra parte, en el ámbito del ciberespacio, las categorías clásicas de autor, usuario, intérprete, obra, entre otras, se han desdibujado por completo.”

Los juristas a cargo de la redacción tomaron el marco legal vigente en Argentina e interpretaron que los derechos intelectuales ponen en tensión los derechos culturales, de acceso a la información y educación. Es con estos fundamentos que se incorpora la figura de los delitos contra los derechos intelectuales en el anteproyecto de código penal.

*El texto propuesto expresa:*

**ARTÍCULO 150**

## ***Violación de derechos intelectuales***

*1. Será reprimido con pena de SEIS (6) meses a SEIS (6) años de prisión y de TREINTA (30) a CUATROCIENTOS (400) días de multa, el que con fin de lucro o para perjudicar a otro, sin la autorización de quien dispusiere de los derechos intelectuales sobre una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte o representada a través de cualquier medio:*

*a) La editare, reprodujere comercialmente, comerciare, plagiare o distribuyere, en todo o en parte.*

*b) Trasformare o modificare su contenido, título o autor.*

*c) Almacenare en su caso las reproducciones ilícitas, las importare o exportare.*

*2. Tratándose de la representación o ejecución pública de obras teatrales, musicales o literarias, la pena será de multa de DIEZ (10) a CINCUENTA (50) días.*

Entre las principales modificaciones que introduce el proyecto podemos destacar:

- La **eliminación del artículo 71** de la actual Ley de Propiedad Intelectual, por considerar que contiene una “fórmula demasiado vaga que pretendía abarcar la totalidad de supuestos que, en los hechos, pudieran defraudar los derechos intelectuales.” El artículo 71 vigente actualmente tiene una serie de problemas esenciales: es un tipo penal abierto, vago y que, con las actuales tecnologías, abarca prácticamente a la totalidad de la población, ya que expresa: “**Art. 71.** — Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta Ley.”
- Se requiere **ánimo de lucro** o finalidad de **perjuicio a un tercero** para que la infracción quede contemplada en el tipo penal (art. 150).
- Se distingue el grado de la potencial lesión para definir la pena.
- Los delitos vinculados a los derechos intelectuales pasan a ser delitos de acción pública dependiente de instancia privada (art. 43).

## **Ejes del debate**

### **Sobre la inclusión de la propiedad intelectual en el código penal**

El sistema penal debe ser el último recurso de una sociedad para castigar conductas consideradas dañinas en un determinado momento histórico. Antes de llegar al fuero penal, y considerando la gravedad que esto implica, existen otros mecanismos para estimular o desincentivar una práctica. El fuero penal es la última *ratio*, y por lo tanto, es menester debatir si las infracciones a la propiedad intelectual deben estar incluidas en este código.

La ley de propiedad intelectual sancionada en 1933 incorporó la violación de propiedad intelectual en el fuero penal. Así lo manda también la Organización Mundial de Comercio,

que en sus Acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados al Comercio (ADPIC), hace mandatorio un sistema punitivo para las infracciones en materia de derechos de autor y derechos de marcas.

En la sección 5 de los ADPIC, sobre Procedimientos Penales, se especifica:

*“Los miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial.”*

De este modo, y tal como consta en las obligaciones asumidas por Argentina, la redacción propuesta en el Anteproyecto de Código Penal cumple con los estándares mínimos previstos en los ADPIC. Ciertamente, los ADPIC fijan estándares mínimos, por lo que cumpliendo ese requisito estaría saldado el respeto por los acuerdos internacionales asumidos por nuestro país.

### **Eliminación del artículo 71 de la Ley 11723**

El artículo 71 de la ley vigente es un tipo penal abierto y castiga toda infracción. Esto significa que cualquier reproducción no autorizada, a excepción de las permitidas expresamente por la ley, son asimiladas al delito de estafa y remitidas al art. 172 del código penal. La vaguedad de este articulado genera una situación de inseguridad jurídica para muchos usuarios legítimos de reproducciones, tales como estudiantes, docentes o bibliotecarios.

### **Infracción con ánimo de lucro o intención de daño**

Hasta el momento, además de la tipificación del artículo 71, la tipificación del artículo 72 y 72bis de la Ley de Propiedad intelectual, incluye como elemento de la figura penal la existencia de fin de lucro en la reproducción de fonogramas. Esto implica que una reproducción de un fonograma para compartir sin fin de lucro, no entraría en de las conductas típicas que configuran el delito.

La figura propuesta expresa que la reproducción sólo será delito cuando exista el fin de lucro, sin importar el soporte del que se trate, ya que elimina la salvedad prevista en el art. 72bis. Por lo tanto, la exigencia del fin de lucro en la reproducción para configurar el delito, se amplía y abarca la reproducción de cualquier tipo de obra: libros, películas, software, entre otros.

El aspecto vinculado al daño (“con el fin de perjudicar a otro”) abre un terreno más complejo, ya que se trata de un principio subjetivo incorporado en el tipo penal. Existe poca jurisprudencia en materia de daños en relación a la ley de propiedad intelectual. Este aspecto es uno de los más problemáticos de la figura propuesta.

### **Delitos dependientes de instancia privada**

Según el anteproyecto de código penal, los delitos vinculados a los derechos intelectuales pasarán a ser delitos de acción pública dependientes de instancia privada. Esto significa que el inicio de una causa penal depende exclusivamente de la denuncia de una parte

damnificada. Esto implica que, si se aprobara esta reforma, el inicio de las causas por violación de propiedad intelectual sólo puede hacerse por denuncia o acusación. No es posible iniciar una causa si las personas damnificadas no formulan la debida denuncia ante autoridad competente.

Si bien esto constituye un cambio importante en la formalidad del tratamiento y persecución de las infracciones, el cambio propuesto parece estar implementado de hecho, ya que en la práctica actual, no se persiguen causas que no tienen un denunciante que las promueva.

Queda por definir quiénes serán las personas e instituciones con atribuciones para iniciar una causa penal de este tipo.

## **El plagio**

Otro aspecto no saldado con claridad es la cuestión del plagio, donde no necesariamente opera el fin de lucro, el daño no es pecuniario y suele ser aún más difícil de evaluar, y donde eventualmente puede existir una defraudación pública hacia terceros que no son los titulares del derecho de autor. Probablemente, la solución sea la creación de una figura autónoma para el plagio, que defina el plagio en términos más claros y taxativos. Actualmente, la ley carece de una definición sobre el plagio.

## **Sobre las reproducciones en Internet**

En la fundamentación y los comentarios preliminares al texto propuesto de código penal, los redactores de la comisión hicieron mención explícita a los desafíos propuestos por las nuevas tecnologías y las regulaciones de Internet.

El desafío que plantea Internet en materia de derechos de autor ha sido abordado incansablemente en diversos foros, incluyendo la OMPI y sus tratados de Internet de 1996 (WCT y WPPT). Una cuestión no saldada en este proyecto tiene que ver con la responsabilidad de los intermediarios y otros proveedores de servicios de Internet. Este aspecto de necesario debate no debería ser materia para ámbito penal y requiere una legislación propia que defina la responsabilidad de los intermediarios y proveedores de servicios de internet que garantice el efectivo cumplimiento y defensa del derecho a la libertad de expresión.

## **Algunas consideraciones finales**

El derecho penal debe ser considerado como último recurso en materia de propiedad intelectual. Los compromisos de tratados internacionales firmados por Argentina establecen estándares mínimos de regulación que necesitan ser respetados. El anteproyecto de Código Penal cumple con esa obligación en los términos estipulados por los ADPIC.

No se debe esperar de este proyecto ninguna solución a los problemas generales de la ley de propiedad intelectual. Esta iniciativa sólo puede ocuparse del tipo penal involucrado y en ese sentido, cumple con los aspectos esenciales. Otros temas como excepciones y

limitaciones, ampliación del dominio público, promoción del acceso a la cultura, regulaciones de internet como responsabilidad de intermediarios, entre otros, no son ni deben ser abordados en el marco de un debate desde el derecho penal.

Es fundamental mantener acotado el alcance del derecho penal en esta materia, y no aspirar a solucionar con este proyecto de código los problemas planteados por el actual sistema de propiedad intelectual.

La ley vigente de propiedad intelectual requiere y merece una revisión completa, profunda, ajustada a nuestro tiempo y a los demás compromisos asumidos por Argentina en materia de Derechos Humanos, incluyendo el cumplimiento del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Este anteproyecto supone una mejora a la situación actual, pero no cierra el tema ni salda las cuestiones pendientes. Muchos más debates hacen falta en Argentina para lograr una norma justa, equitativa y útil en materia de políticas públicas de propiedad intelectual.