

# LA INFLUENCIA DE LOS GRUPOS DE PRESIÓN EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

## Aspectos globales y nacionales \*

**Pablo Rando Casermeiro**

*Profesor Contratado Doctor. Universidad de Sevilla*

---

RANDO CASERMEIRO, Pablo. La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual: aspectos globales y nacionales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-03, pp. 1-47. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-03.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-03 (2015), 13 jun]

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objetivo el análisis de la política criminal global de la propiedad intelectual, desde sus orígenes hasta la coyuntura actual, marcada por una euforia criminalizadora que se manifiesta en diversos acuerdos internacionales de libre comercio “post-ADPIC”, algunos de los cuáles se están negociando en la actualidad. Asimismo, este estudio aborda las repercusiones politicocriminales de dichos acuerdos para España, que afronta al momento presente un profundo replanteamiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual a través de la reforma penal de 2015. Se presta una atención especial a los grupos de presión que intervienen en la toma de decisiones penales en la materia, poniendo de manifiesto su

modo de funcionamiento y su nivel de influencia en la toma de decisiones penales.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual; política criminal; derecho del comercio internacional; política legislativa penal.

ABSTRACT: The present work aims at analyzing the global criminal justice policy of copyrights, from its origins to the present moment, marked by a “criminalizing euphoria” in the subject, as can be seen in various “post-TRIPS” international trade agreements, some of which are being currently negotiated. This study also discusses the implications of these agreements to Spain, which faces right now a profound rethinking of internal copyright crimes through the Organic Act 1/2015, amending Spanish Penal Code. Also, it is paid especial attention to lobbyists’ involvement in criminal law-making regarding copyright, showing its modus operandi and level of influence in the subject.

KEYWORDS: Copyright Law; Criminal Justice Policy; International Commercial Law; Criminal Law-Making Policy.

Fecha de publicación: 13 junio 2015

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Participación de los grupos de presión en la toma de decisiones internacionales sobre protección penal de la propiedad intelectual. 2.1. El comienzo: del GATT a los Acuerdos sobre determinados aspectos relativos a la propiedad intelectual (ADPIC). 2.2. Los ADPIC y el derecho penal. 2.3. De las Rondas de Uruguay a nuestros días: el ACTA, el TPP y los acuerdos bilaterales post-ADPIC. 3. Algunos aspectos actuales de la “fase prelegislativa” de la reforma de los delitos contra la propiedad intelectual en España. 3.1. Una acreditada disfunción social. 3.2. Un malestar social. 3.3. Una opinión pública. 3.4. Un programa de acción. 3.5. Una proposición o proyecto de ley. 3.6. Mecanismos concretos de presión a España en la política criminal de la propiedad intelectual: lo que sabemos por los cables de Wikileaks. 4. Conclusiones. BIBLIOGRAFÍA.*

## 1. Introducción

En los últimos años, el debate penal se ha visto sumamente enriquecido por los aportes provenientes de la teoría de la legislación. La doctrina penal ya ha explicado en numerosas ocasiones los beneficios que ofrece el prestar la debida atención a este plano. Baste ahora con resumir en que, a través de la teoría de la legislación, se aspira a conseguir unas leyes de mejor calidad, un objetivo que sin duda se comparte, al menos parcialmente, por el más amplio sector de la política criminal. Más allá de eso, la atención a la teoría de la legislación pone el acento en el proceso de toma de decisiones en materia penal. Se trata de un proceso complejo que, tras ser debidamente estudiado, nos aporta información muy relevante para emitir juicios críticos sobre la legitimidad de esas decisiones. Al debate penal sobre la calidad de las leyes se añade pues, de esta suerte, el de la legitimidad democrática del sistema de control penal.

A esto último están contribuyendo de forma protagonista algunos estudios sobre el proceso legislativo penal que se están publicando en España durante las últimas dos décadas. En este sentido, *Díez Ripollés* se ha dedicado especialmente a aplicar los conocimientos sobre las diferentes etapas del proceso legislativo al sector de la política legislativa penal, formulando un “*modelo dinámico de legislación penal*”<sup>1</sup>. Posteriormente, diversos autores como *Becerra Muñoz* o *Rodríguez Fernández*, entre otros, han aportado nuevos desarrollos de este campo de estudio<sup>2</sup>. No aportaría mucho repetir aquí algo que ya se ha tratado con acierto sistemático. Por el

\* El presente trabajo forma parte de mi contribución al proyecto de investigación “La evolución de la política criminal occidental en un mundo de progresiva exclusión social” con referencia DER2012-32070. Asimismo ha sido posible gracias a la financiación del Programa de Movilidad José Castillejo, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Quiero aprovechar la ocasión para agradecer al Prof. Dr. Thomas Hoeren, y a todo el equipo del *Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht* de la Universidad de Münster, especialmente a Barbara Kolany-Raiser, por su hospitalaria acogida, su ayuda y el interés mostrado en todo momento por mi trabajo, con motivo de la realización de una estancia de investigación en su universidad.

1 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), pp. 17-65.

2 BECERRA MUÑOZ (2013); RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2013).

contrario, lo que se pretende con este trabajo es aprovechar, en alguna medida, tal bagaje de conocimiento para aplicarlo a un sector concreto del derecho penal como es el de los delitos contra la propiedad intelectual. Siguiendo la estructura de ese modelo, hay que partir de la distinción entre tres fases del proceso legislativo: una etapa *prelegislativa*, otra *legislativa* y una tercera *postlegislativa*. Estas tres fases se disponen en el tiempo de forma circular, ya que en realidad toda fase postlegislativa deriva, en un determinado momento, en una nueva fase prelegislativa destinada a modificar una determinada norma penal, completando el ciclo del proceso legislativo. Sintetizando este modelo en palabras de *Díez Ripollés*, diríamos que:

*“La fase prelegislativa se iniciaría en cuanto se problematiza socialmente una falta de relación entre una realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica, y concluiría con la presentación de un proyecto o proposición de ley ante las Cortes. La fase legislativa comenzaría con la recepción en las Cortes de la propuesta legislativa, y tendría su fin con la aprobación y publicación de la ley. Por último, la fase postlegislativa arrancarían con la publicación de la ley y terminaría, cerrando el círculo, con el cuestionamiento por la sociedad en general, o por grupos relevantes de ella, de que la ley guarde una adecuada relación con la realidad social y económica que pretende regular”<sup>3</sup>.*

Utilizando estas herramientas, se pretende arrojar luz, singularmente, sobre la fase prelegislativa del proceso legislativo penal en materia de propiedad intelectual y, más en concreto, identificar los grupos de presión que intervienen en dicha fase y cómo intervienen. Este tema lo he abordado parcialmente en un trabajo ya publicado con anterioridad<sup>4</sup>, aunque aplicado a un problema muy específico de la política criminal de la propiedad intelectual, cual es la pretensión de criminalizar las formas de piratería de derechos de autor que no están guiadas por un fin comercial, es decir, las conductas de piratería “doméstica”. En este nuevo trabajo pretendo, a la vez que acometer una actualización de los problemas planteados en los últimos tres años, identificar los grupos de presión y su labor de forma más detallada, abarcando ahora todos los delitos contra la propiedad intelectual y, a veces, también los delitos contra la propiedad industrial.

A tal fin, voy a dividir esta investigación en dos partes secuenciadas lógicamente. En primer lugar, abordaré el fenómeno desde una perspectiva global. Desde este punto de vista, interesa identificar aquellos grupos de presión clave provenientes de Estados Unidos con capacidad de influir en su política criminal doméstica así como en la de terceros países. Sin duda alguna se trata del país protagonista en la globalización de la política criminal de los delitos relativos a la propiedad intelectual e

3 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), 18-19.

4 RANDO CASERMEIRO (2012).

industrial. Lo que quiere decir, en definitiva, que la política criminal global de los delitos contra la propiedad intelectual la marca, en la actualidad y desde principios de los noventa como mínimo, Estados Unidos.

Creo que es muy importante dar cuenta del proceso de intervención de interesados en la toma de decisiones políticocriminales a escala internacional porque, como resulta obvio, esas decisiones van a acabar afectando a los ordenamientos internos. Además, y como a nadie que se haya acercado al tema se le escapa, dicho proceso de globalización no se encuentra ni mucho menos acabado. Todo lo contrario, estamos asistiendo a renovados y continuos esfuerzos por ensanchar y endurecer la respuesta penal en el sector de la propiedad intelectual a nivel global. Desde esta primera vertiente del trabajo, en suma, lo que se pretende es describir el proceso de globalización de la respuesta penal a las infracciones de derechos de autor, desde sus orígenes hasta nuestros días. Hasta nuestros días quiere decir, en este caso y al momento presente, “ahora mismo”, en la medida en que estamos en pleno proceso de toma de acuerdos internacionales en la materia.

La segunda parte del trabajo irá destinada a caracterizar la fase prelegislativa del modelo dinámico legislativo penal en España en lo concerniente a los delitos contra la propiedad intelectual. Es aquí donde se hará un uso más decidido del modelo dinámico de legislación penal ya citado. Como resulta obvio, “nuestra” etapa prelegislativa está muy condicionada por el panorama global previamente descrito, aunque también cuenta con factores “domésticos” que conviene analizar detenidamente.

## **2. Participación de los grupos de presión en la toma de decisiones internacionales sobre protección penal de la propiedad intelectual**

### **2.1. *El comienzo: del GATT a los Acuerdos sobre determinados aspectos relativos a la propiedad intelectual (ADPIC)***

La globalización de una política criminal sobre propiedad intelectual pretendida e iniciada por Estados Unidos solo puede entenderse a partir de un dato clave: la concepción de la propiedad intelectual como un “*asunto comercial clave*”<sup>5</sup>. Sin este dato, hubiera sido muy improbable que se hubieran alcanzado los acuerdos sobre propiedad intelectual que finalmente tuvieron lugar a mediados de los noventa del pasado siglo. Es más, es muy probable que no se hubiera hablado de propiedad intelectual en absoluto en el escenario en el que finalmente tuvo lugar la adopción de dichos acuerdos. El proceso de conceptualización de la propiedad intelectual como

5 En efecto, como trataré de hacer ver más adelante, es Estados Unidos el país que inaugura una política criminal internacional sobre propiedad intelectual, de una forma similar a como ocurrió con el tema de las drogas. Ello no quita que luego otros países europeos clave, así como Japón, se incorporaran decisivamente en este proceso, algo sobre lo que se tratará más adelante.

un asunto comercial clave para Estados Unidos está muy vinculado con las negociaciones de la Ronda de Uruguay del GATT (siglas en inglés de *General Agreement on Tariffs and Trade*)<sup>6</sup>, que acabaron, a los efectos que ahora nos interesan, con la creación de la Organización mundial del comercio (en adelante OMC), y la adopción del Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (en adelante ADPIC). Pese a que el fenómeno ya ha sido abordado por no pocos especialistas en la materia, me parece que su difusión entre la doctrina penalista ha sido más bien escasa, lo que creo que justifica que me detenga en resumir los orígenes de todo este proceso<sup>7</sup>.

El GATT fue un tratado multilateral cuyo periodo de vigencia abarcó desde 1948 a 1994, cuando fue sustituido por la OMC, que empezó a funcionar el 1 de enero de 1995. Resumiendo mucho, puede decirse que la función del GATT fue lograr reducciones de aranceles a múltiples productos, impulsando de esta forma el comercio internacional y el crecimiento mundial. El modo de funcionamiento del GATT consistía en reuniones periódicas o “Rondas” en las que los Estados participantes renegociaban los aspectos anteriormente señalados.

En total, tuvieron lugar 8 rondas<sup>8</sup>. Quizá a la fecha actual, pueda resultar sorprendente a un no iniciado en el tema el hecho de que en el GATT no se hablara una palabra de propiedad intelectual hasta mediados de los 80. Y ello se debe a la nula asociación que existía, en aquellas fechas, entre propiedad intelectual y comercio –al menos como asunto clave comercial-, como ha sido comentado previamente. Fue un gran logro de los grupos de presión estadounidenses, europeos y japoneses el que la protección de la propiedad intelectual se colara en la agenda del GATT prevista para las Rondas de Uruguay<sup>9</sup>. En un principio, para el año 1986, lo único previsto en dichas rondas que se relacionara mínimamente con nuestro tema de estudio era el tema de las marcas. En efecto, solo estaba en la agenda una especie de código contra la falsificación de marcas, algo más orientado a la protección de la propiedad industrial<sup>10</sup>. Ello no tenía, por lo demás, nada de extraño, y era plenamente coherente con la “agenda del GATT”<sup>11</sup>. En efecto, se daba por hecho

6 En español “Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio”.

7 Trabajos imprescindibles en este campo son, sin pretensión de exhaustividad, SELL (2003); DRAHOS-BRAITHWAITE (2002). Ambos serán profusamente utilizados en esta investigación.

8 *Ginebra* (1947); *Annecy* (1949); *Torquay* (1951); *Ginebra* (1956); *Ginebra (Ronda Dillon)* (1962); *Ginebra (Ronda Kennedy)* (1967); *Ginebra (Ronda Tokyo)* (1973-1979); *Ginebra (Ronda Uruguay)* (1986-1994).

9 Aunque no puede dejar de ser subrayado el protagonismo de Estados Unidos, por encima del papel de la Comunidad Europea o de Japón. Como explica PÉREZ MIRANDA (1997), 227-228, la línea dura del traslado en bloque de temas de propiedad intelectual al GATT la llevó Estados Unidos, frente a una posición más dividida de la Comunidad Europea y Japón, por más que fueran coincidentes en el núcleo de la cuestión.

10 DUTFIELD-SUTHERMAN (2008), 33. El tema de la falsificación de las marcas ya había intentado ser introducido sin éxito en la Ronda de Tokyo por grupos de presión aglutinados en la por entonces llamada *Anti-Counterfeit Coalition*. Sobre ello véase *Ibidem*, 32.

11 Como se expresa en UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005), 3, no existía ningún embrión pre-ADPIC porque simplemente no estaba en la

que la organización internacional de referencia para tratar estos temas era la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, en adelante)<sup>12</sup>.

Pero los activistas del sector privado estadounidense consiguieron darle mucho más protagonismo a la propiedad intelectual en el GATT<sup>13</sup>. Sin duda, la identificación y modo de funcionamiento de esos activistas, así como su cercanía, a veces institucionalmente promovida, a las agencias gubernamentales de EEUU, podrá aportar luz a este proceso. La importancia de los agentes privados empresariales y políticos norteamericanos puede acreditarse a partir de ciertos acontecimientos relevantes que son coetáneos al periodo de vida del GATT. Vamos a ver los más relevantes:

-1963: Creación del Departamento Comercial de EEUU –en inglés, *United States Trade Representative* (USTR, en adelante)-, que negocia aspectos comerciales en nombre de Estados Unidos. Los aspectos comerciales de EEUU eran tratados hasta la fecha por el Departamento de Estado. En 1962, la *Trade Expansion Act* establece la necesidad de creación de un órgano específicamente destinado a la negociación de aspectos comerciales, lo que el presidente Kennedy hace efectivo al año siguiente<sup>14</sup>. Dicho departamento ha ido acumulando funciones cada vez más importantes, como veremos a continuación, pero sin duda la más importante es la de negociar acuerdos internacionales de carácter comercial, tanto a escala bilateral como multilateral. Esto quiere decir que, a partir de 1963, el USTR es el organismo designado para negociar en nombre de Estados Unidos en las Rondas del GATT.

-1974: Creación de un *Comité Asesor de Política Comercial y Negociaciones* -en inglés: *Advisory Committee for Trade Policy and Negotiations* (en adelante ACTN)-, formado por 45 representantes de empresas estadounidenses en su mayo-

agenda del GATT. Se llegó posteriormente a la conclusión, ya durante la Ronda de Uruguay, de que la falta de mención de los asuntos de propiedad intelectual e industrial constituían una laguna en la regulación jurídica del GATT.

12 Esto es de hecho lo que alegaron Brasil e India para rechazar la pertinencia de plantear discutir el tema de la falsificación de marcas en el ámbito del GATT, ante la proximidad de la Ronda Uruguay. Véase BLACKENEY (1996), 2, 4; CASADO CERVIÑO-CERRO PRADA (1997), 76.

13 Para DUTFIELD-SUTHERMAN (2008), 32-33, había tres razones de peso para que EEUU prefiriera introducir temas de propiedad intelectual en el GATT que hacerlo en la OMPI: 1) los acuerdos adoptados en el GATT se extenderían mucho más rápidamente que en el procedimiento de la OMPI; 2) el GATT tenía un procedimiento de resolución de diferencias –que actualmente se lleva en la OMC- mientras que la OMPI no lo tenía; 3) la agenda de la Ronda de Uruguay era tan amplia en contenidos que permitía concesiones a los países en desarrollo (textiles y agricultura especialmente) a cambio de que éstos a su vez aceptaran acordar aspectos relativos a la propiedad intelectual e industrial –sobre esto último, también PÉREZ MIRANDA (1997), 226-. Más o menos coincidente SELL (2011), 450, llamando también la atención sobre el hecho de que, en la OMPI, el sistema de toma de decisiones “un país un voto” era más propicio al veto que en el seno del GATT. En relación con ello, hay que tener en cuenta que, como apunta PÉREZ MIRANDA (1997), 228, en la OMPI los países en desarrollo constituían una amplia mayoría. En este sentido véase también CASADO CERVIÑO-CERRO PRADA (1997), 76-77. Sobre la dificultad de llegar a acuerdos en el seno de la OMPI, véase BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997), 15-16.

14 Más detalles en <http://www.ustr.gov/about-us/history> (última visita 6 de mayo de 2014). También pueden formar parte de este comité algunos agentes gubernamentales, como puede verse en el listado de miembros del mismo.

ría, entre ellas algunas pertenecientes al sector de la propiedad intelectual e industrial. Su función consiste básicamente en el asesoramiento a la USTR. Con la creación de tal comité se produce el efecto de incorporar a un grupo de presión, formado mayoritariamente por el sector empresarial estadounidense, a la toma de decisiones gubernamentales sobre política comercial<sup>15</sup>. Entró en funcionamiento coincidiendo en el tiempo con la penúltima ronda del GATT, en concreto la Ronda Tokio, hasta la fecha la más larga de cuantas hubieron, ya que se extendió por el período 1973-1979. En ese momento, la propiedad intelectual no había entrado en absoluto en la agenda. De hecho ni siquiera se había discutido la pertinencia del tratamiento de temas de propiedad intelectual desde la creación del GATT en 1947, como antes se comentaba. Sin embargo, las cosas a este respecto iban a cambiar en breve.

-1983: *Ronald Reagan* creó la *President's Commission on Industrial Competitiveness*<sup>16</sup>. John Young, director ejecutivo de la empresa *HP*, entró a formar parte de dicha comisión. A finales de diciembre de 1984 emitió un informe especial, describiendo el impacto negativo de una propiedad intelectual e industrial pobremente protegida en la competitividad de EEUU<sup>17</sup>.

-1984: Creación de la *International Intellectual Property Alliance* (en adelante, IIPA, en español *Alianza Internacional para la Propiedad Intelectual*). En realidad, y pese al adjetivo “internacional”, la IIPA no es otra cosa que una “coalición de coaliciones” en defensa de la propiedad intelectual representada exclusivamente por el sector privado estadounidense. Para un sector de estudiosos del tema, la IIPA fue, y probablemente sigue siendo, el grupo de presión más influyente y poderoso en lo que concierne a propiedad intelectual en el mundo<sup>18</sup>. A mi juicio, ello es cierto especialmente y como mínimo desde 1988, año en el que comienzan a aparecer las llamadas “listas negras” elaboradas por la USTR, donde se incluyen a los países que no respetan la propiedad intelectual. Y ello es así en la medida en que es la IIPA la que nutre a la USTR de informes con recomendaciones sobre quién debe estar en la lista negra y cómo salir de ella (lo que incluye aspectos políticocriminales en ocasiones, como ha sido el caso de España). En un trabajo anterior ya traté

15 Puede consultarse su breve historia y composición actual en el siguiente enlace: <http://www.ustr.gov/about-us/intergovernmental-affairs/advisory-committees/advisory-committee-trade-policy-and-negotiations> (última visita 13 de mayo de 2014).

16 Véase <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=41529#axzz1WVeSMAiD> (última visita 13 de mayo de 2014). Sobre la influencia que en materia de propiedad intelectual ejercían los grupos de presión desde la época Reagan, véase DRAHOS-BRAITHWAITE (2002), 85 y ss.

17 SELL (2003), 49.

18 DRAHOS-BRAITHWAITE (2002), 91-92. En la actualidad cuenta con siete miembros: *Business Software Alliance* –desde 1988, que representa a, entre otras empresas, *Apple* y *Microsoft*–; *Association of American Publishers*; *Entertainment Software Association*; *Independent Film & Television Alliance*; *Motion Picture Association of America*; *National Music Publishers' Association*; *Recording Industry Association of America*. Véase <http://www.iipa.com/aboutiipa.html> (última visita 28 de mayo de 2014).

sobre este aspecto, así como la fuerte sinergia que existe entre la IIPA y la USTR<sup>19</sup>. En el año 1985, es decir, un año antes del comienzo de la Ronda Uruguay, la IIPA publicó un estudio en el que se arrojaba una estimación de 1.3 billones de dólares en pérdidas para Estados Unidos como consecuencia de las vulneraciones de derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>20</sup>.

-1986: Creación del *Intellectual Property Committee* (en español, *Comité para la Propiedad Intelectual*, en adelante IPC). El IPC fue una reunión más o menos informal de aproximadamente una docena de ejecutivos que representan a empresas farmacéuticas, de programas informáticos y de entretenimiento. Entre esas empresas destacan *Bristol-Meyers*; *CBS*; *Du Pont*; *Warner*; *General Electric*; *General Motors*; *Hewlett-Packard*; *IBM*; *Johnson & Johnson*; *Merck*; *Monsanto* y *Pfizer*. Se trata de un grupo de presión que, a diferencia del anterior, no está integrado formalmente en la estructura interna gubernamental estadounidense de toma de decisiones. Sin embargo, aunque se trataba de un comité independiente en apariencia, el IPC tenía voz indirectamente en el anteriormente citado ACTN, concretamente a través de *Edmund Pratt*, director ejecutivo de *Pfizer Pharmaceutical*, que era miembro del mismo entonces y desde 1981, y el ya mencionado *John Opel*, director ejecutivo de *IBM*<sup>21</sup>. La importancia de esta agrupación temporal informal de ejecutivos no puede dejar de ser recalcada, en la medida en que su característica fundamental era la de agrupar un sector relevante empresarial específicamente dedicado a las propiedades intelectual e industrial y, además, como acabamos de señalar, con capacidad efectiva de influencia en el ACTN. No es tampoco casualidad que su creación coincidiera en el tiempo con el inicio de la siguiente y última ronda del GATT: la Ronda Uruguay, que comenzó en 1986 y culminó en 1994, como ya he mencionado, con la creación de la OMC, como organización permanente para debatir temas comerciales y, en la práctica, con el abandono del GATT como foro donde se decidían los aspectos internacionales relacionados con el comercio. La Ronda Uruguay fue la que más se prolongó en el tiempo, y tuvo unas vicisitudes que, en buena medida, estuvieron marcadas por la movilización y acción de los comentados grupos de presión y agencias gubernamentales estadounidenses, que consiguieron al fin la entrada en la agenda del GATT de temas de propiedad intelectual e industrial.

Sin duda, y como explica *Sell*, la figura prominente en este cambio de agenda fue *Jacques Gorlin*, un economista, consultor y consejero del IPC. Aunque en Estados Unidos ya se había logrado implantar la asociación entre propiedad intelectual

19 Véase RANDO CASERMEIRO (2012). De hecho, como se explica en DRAHOS-BRAITHWAITE (2002), 88-89, es la propia IIPA la que presionó para la creación de los llamados “procedimientos 301” (conocidos así al estar previsto en el art. 301 de la *Trade Act* estadounidense) en materia de propiedad intelectual, que permitirían a EEUU imponer sanciones comerciales a países que no respeten adecuadamente la propiedad intelectual.

20 BLAKENEY (1996), 2.

21 SELL (2003), 48.



tual (e industrial) y comercio unos años antes, faltaba por exportarla al resto del mundo. A tal fin, la USTR pide al sector privado datos para incluir a la propiedad intelectual en la Ronda del GATT, cuya primera reunión iba a tener lugar en Punta del Este. Por encargo de *John Opel*, ejecutivo de la empresa *IBM* y miembro del ACTN, se designa a *Jacques Gorlin* para elaborar un informe que resaltara el problema comercial que para Estados Unidos suponían los altos índices de piratería mundial de productos de propiedad intelectual e industrial estadounidenses. Se trató del llamado *Informe Gorlin*. Su autor básicamente recomendó a los negociadores de Estados Unidos “resistir” y no firmar el Código contra la falsificación que se presentó en diciembre de 1988 en la reunión del GATT de Montreal y conseguir así un acuerdo más beneficioso y global para la propiedad intelectual, del que Estados Unidos podría sacar mucho más provecho<sup>22</sup>.

A tal fin, el IPC se reúne con grupos de presión similares de Japón y Europa, para vender la asociación entre propiedad intelectual e industrial y comercio. En 1988 los tres grupos (IPC, UNICE en Europa y *Keidranen* en Japón) editan un documento llamado “*Basic Framework of GATT Provisions on Intellectual Property*” que el Gobierno de Estados Unidos hace suyo inmediatamente y que utiliza en las negociaciones<sup>23</sup>. Sin esperarlo y repentinamente, en 1988 la propiedad intelectual pasó a ser uno de los tres temas más importantes de debate en la Ronda de Uruguay<sup>24</sup>. También en 1988 se introdujeron por vez primera las anteriormente comentadas “listas negras” en materia de propiedad intelectual que elabora la USTR. No cabe duda de que la aparición de estas listas se explica por la intención de reforzar las posiciones de EEUU en las negociaciones del GATT<sup>25</sup>.

Como muestra *Sell*, el propio *Gorlin* afirmó, en una entrevista posterior, que los grupos de presión habían conseguido el 95% de lo que el IPC se había propuesto en el acuerdo final de 1994<sup>26</sup> -los mencionados ADPIC- que, no hay que olvidar, contienen previsiones penales.

Ello cobra especial significancia teniendo en cuenta que los países en desarrollo, bajo el claro liderazgo de India, se opusieron a incorporar estándares de protección de la propiedad intelectual en la Ronda Uruguay por lo menos hasta el año 1989. Esta resistencia no debe sorprender, teniendo en cuenta que, como puso de relieve

22 Véase todo este proceso descrito con mucho más detalle en *Ibidem*, especialmente en pp. 41-42.

23 Tanto EEUU como la Comunidad Europea habían dedicado una pequeña parte de sus informes oficiales a resaltar la importancia de tratar temas de propiedad intelectual en el GATT en 1987 y 1988, respectivamente, aunque no es comparable al documento mencionado en texto que finalmente se utilizó de forma preponderante en las negociaciones. Sobre ambos informes véase UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005), 4-5.

24 SELL (2003), 54-55.

25 En este sentido véanse BLAKENEY (1996), 5; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997), 17-18.

26 SELL (2003), 55. Aún en la actualidad, en la página web del *Gorlin Group* (<http://www.gorlingroup.com/jgbio.html>), prácticamente lo primero que se dice de este economista es lo siguiente: “He is a recognized expert on the nexus between intellectual property and trade policy” (última visita 28 de mayo de 2014).

el informe de India, los países industrializados poseían el 99% de las patentes, y del tratamiento de la propiedad intelectual e industrial en el seno del GATT solo podría resultar un fortalecimiento de estos derechos a favor de los países industrializados, y en detrimento de los intereses del resto de países. Sin embargo, la inicial resistencia de dichos países a adoptar estos acuerdos fue vencida por una mezcla de concesiones en otras materias, como agricultura y textiles, y amenazas, tanto de sanciones comerciales como del desmantelamiento del GATT<sup>27</sup>.

## 2.2. *Los ADPIC y el derecho penal*

El art. 61 de los ADPIC inauguró una suerte de política criminal de la propiedad intelectual muy básica a escala internacional<sup>28</sup>, disponiendo:

*“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**. Los recursos disponibles comprenderán la **pena de prisión** y/o la imposición de sanciones pecuniarias **suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente**. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial” (negrita añadida).*

La parte III de los ADPIC, dedicada a la observancia de los derechos de propiedad intelectual (arts. 41 a 61), no obstante su gran importancia, fue adoptada rápidamente y sin demasiada discusión en las negociaciones, lo que se atribuye sobre todo al peso de EEUU y la entonces Comunidad Europea, quienes prácticamente impusieron su contenido, pese a alguna concesión a algún otro país, así como al hecho de que sus previsiones habían sido ya consensuadas en un borrador anterior<sup>29</sup>. Por lo que se refiere al transcrito art. 61, queda claro que quedaban fuera de esos estándares mínimos de protección penal:

- a) La piratería no comercial, aunque fuera dolosa

27 UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005), 4. Sobre la propuesta concreta de India véanse pp. 6-7. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997), 18.

28 En efecto, es la primera vez que se establecían estándares de protección penal de la propiedad intelectual e industrial en un texto internacional. Ni en la Convención de París para la protección de la propiedad industrial de 1883, ni en el Convenio de Berna para la Protección de obras literarias y artísticas de 1886 se había hecho mención a los aspectos penales. Véase HARMS (2012), 470.

29 UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005), 578-579. Sobre los borradores anteriores, véanse pp. xiii-xiv, 23; BLAKELEY (1996), 6-7.

b) Las formas de conducta imprudente

c) Delitos contra la propiedad industrial, con la excepción de la conducta de “falsificación dolosa de marcas”<sup>30</sup>.

De todos los aspectos “típicos” del art. 61, sin duda el más controvertido es el concepto de “escala comercial”<sup>31</sup>. En el *Procedimiento de solución de diferencias* llevado ante la OMC entre EEUU y China, se trató de precisar el contenido concreto de tal expresión, que no deja de tener cierta incoherencia intrínseca, en la medida en que una escala “es un concepto cuantitativo, mientras que lo comercial es algo cualitativo”<sup>32</sup>, de forma que, la expresión “escala comercial”, o se interpreta simplemente como equivalente a “comercial”, o carecería en principio de sentido, ya que “comercial”<sup>33</sup> no es una magnitud graduable. Esta aparente contradicción se salvó finalmente reinterpretando el término “comercial” como una magnitud graduable, de forma que en tal procedimiento se concluye lo siguiente:

*“una "escala comercial" es la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual. Por consiguiente, la falsificación o la piratería "a escala comercial" se refieren a la falsificación o la piratería realizadas con la magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual con respecto a un producto determinado en un mercado determinado. La magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual con respecto a un producto determinado en un mercado determinado constituyen un punto de referencia con el cual valorar la obligación de la primera frase del artículo 61. De ello se deriva que lo que constituye una escala comercial para la falsificación o la piratería de un producto particular en un mercado particular dependerá de la magnitud o la medida que sea típica o usual con respecto a ese producto en ese mercado, que puede ser pequeña o*

30 Véase, con meridiana claridad, la Resolución, de 26 de enero de 2009 en el Proceso de Solución de Diferencias ante la OMC con referencia WT/DS362: China - Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (en adelante OMC WT/DS362/R), apartados 7516 y ss.; también UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005), 620; VANDER-STEIGÜBER (2013), 795-796, aunque planteando la pertinencia de la punición de la imprudencia grave en 797-798, a lo que en cualquier caso no obliga el art. 61 ADPIC.

31 Cuyo sentido y alcance ya abordé, sin tanto detalle como ahora, en RANDO CASERMEIRO (2012).

32 Más en concreto, en dicha solución se declara respecto a la expresión “escala”: “El sentido corriente de la palabra incluye tanto el concepto de cantidad, en términos de magnitud o medida, como el concepto de relatividad. Ambos conceptos se combinan en las nociones de grado y proporción. Por consiguiente, una "escala" particular compara determinadas cosas o acciones en términos de sus dimensiones. Algunas cosas o acciones serán de las dimensiones pertinentes y otras no” (OMC WT/DS362/R, párrafos 7533 y 7538).

33 Y respecto al término “comercial” se entiende como: “dedicado al comercio; perteneciente o relativo al comercio (...)” “comercial” significa, básicamente, dedicado a la compra y venta, o perteneciente o relativo a la compra y venta”. Por lo que, de esta suerte: “una combinación de esa definición ampliada de "comercial" y de la definición de "escala" daría como resultado un sentido en términos de una magnitud o medida relativa (de quienes se) dedican a la compra y venta, o una magnitud o medida relativa de lo que es perteneciente o relativo a la compra y venta” (OMC WT/DS362/R, párrafos 7534-7535).

*grande. La magnitud o la medida de la actividad comercial típica o usual se relaciona, a largo plazo, con la rentabilidad*".<sup>34</sup>

Tal interpretación, además, parecía sugerir que, en la medida en que “escala comercial” no sería sin más sinónimo de “comercial”, no existiría el compromiso de incriminar pequeñas actividades que, pese a revestir un carácter comercial, fuesen insignificantes, pero siempre desde el punto de vista relativo en que se entiende “escala comercial”, conforme se define en el párrafo acabado de transcribir. De esta suerte, comerciar con pequeñas unidades de obras pirateadas, por ejemplo, podría constituir “escala comercial” si en ese sector del mercado de propiedad intelectual e industrial es usual comerciar con pequeñas unidades, pero no en caso contrario.

Si nos detenemos en este elemento del tipo en particular, ello es debido, además de a su importancia y complejidad de interpretación, al hecho de que la política criminal de la propiedad intelectual que EEUU está pretendiendo globalizar desde hace al menos diez años se aparta de este consenso<sup>35</sup>.

Otro aspecto debatido es sin duda el de la proporcionalidad de la pena. En el art. 61 de los ADPIC se hace referencia a “*la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente*”. Sin embargo, determinar qué delitos tienen la gravedad correspondiente a los delitos contra la propiedad intelectual no es una tarea fácil. Algunos autores han apuntado al hurto y la estafa como delitos de similar gravedad<sup>36</sup>, aunque la cuestión está lejos de estar resuelta, por lo que, en realidad, y en el sentido de otros instrumentos internacionales con cláusulas similares, su solución se deja a la discrecionalidad politicocriminal de los legisladores de cada estado<sup>37</sup>.

En cualquier caso, como puede deducirse de la lectura del art. 61 de los ADPIC, más que de una regulación detallada de infracciones penales, se trata de unos estándares mínimos de protección penal. A las fechas en las que los ADPIC fueron aprobados, en modo alguno se persiguió algo tan ambicioso como una armonización de las legislaciones internas al respecto<sup>38</sup>. Ello es consecuente con la gran diversidad de la respuesta penal en función de cada país concreto, así como con el hecho de que simplemente lograr colar unos estándares de protección penal en los ADPIC, a tímidos que fueran, fue visto como un enorme éxito para Estados Unidos y otros países desarrollados en aquella fecha.

En cuanto a cómo afectó o afecta a España el comentado art. 61 ADPIC, lo cier-

34 OMC WT/DS362/R, párrafo 7577. Omíto profundizar en el debate planteado respecto a tal elemento típico, en la medida en que se ofrecieron más de una veintena de posibilidades interpretativas por diferentes países y otros interesados.

35 De nuevo, sobre ello, RANDO CASERMEIRO (2012).

36 VANDER-STEIGÜBER (2013), 799.

37 UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (620), 575.

38 *Ibidem*, 575, lo que en general puede decirse de toda esta Parte III de los ADPIC, no solamente de su parte penal.

to es que tal precepto refleja un estándar que no se aparta sustancialmente de nuestra configuración de los delitos contra la propiedad intelectual. O mejor dicho, no hay ningún compromiso del art. 61 de los ADPIC que España no cubriese con su código penal interno, entonces y ahora. Naturalmente, en España constituye delito un número mucho mayor de conductas que las que contemplan los ADPIC. Por lo que se refiere a los compromisos de la Unión Europea con el artículo 61 de los ADPIC, tampoco el hecho de que la *Propuesta corregida de Directiva relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual* se diga hacer en cumplimiento de los ADPIC, nos debería afectar demasiado en aspectos políticocriminales, en la medida en que el entendimiento del concepto de “escala comercial” propuesto en el art. 3 de la misma deja fuera las conductas de piratería dolosa cometidas sin ánimo comercial, con un criterio por tanto coincidente con el fijado por nuestra fiscalía general del estado<sup>39</sup>.

De cualquier modo, el hecho de que para España los mínimos penales de los ADPIC no representen problema alguno, no quiere decir que no se trate de un hito importantísimo a nivel global<sup>40</sup>. De hecho, ha acabado afectando a un país importante como China, ya que en 2007 EEUU denunció a dicho país ante la OMC, al considerar que su respuesta penal a la piratería no se ajustaba a los comentados estándares del art. 61, aunque finalmente las reclamaciones de EEUU no se consideraron suficientemente fundamentadas<sup>41</sup>.

### **2.3. De las Rondas de Uruguay a nuestros días: el ACTA, el TPP y los acuerdos bilaterales post-ADPIC**

Hasta ahora hemos visto los orígenes de lo que podría llamarse “política criminal global de la propiedad intelectual”, aunque naturalmente hayamos examinado el asunto desde una perspectiva mucho más amplia. El derecho penal constituye una parte pequeña pero importante de los ADPIC, que usualmente no ha recibido una atención detallada por la amplísima bibliografía que se ha ocupado del tema, volcada generalmente en cuestiones civiles o en las implicaciones del modelo de patentes farmacéuticas en la salud, por poner dos ejemplos recurrentes. El presente estudio está por contra centrado en la parte penal de los diversos instrumentos

39 Dicho art. 3 establece que por “escala comercial” se habrá de entender: “toda vulneración de un derecho de la propiedad intelectual para conseguir ventajas económicas o comerciales directas o indirectas, con exclusión de los actos efectuados por usuarios privados con fines personales y no lucrativos”. Más detalles de cómo se gestó esta precisión conceptual pueden verse en RANDO CASERMEIRO (2012), 256-257.

40 Además, los ADPIC sí afectaron a aspectos de la legislación española sobre patentes y marcas. Al respecto véase CASADO CERVIÑO-CERRO PRADA (1997), 92-93. Sin embargo, reconocen estos autores que la incidencia de los ADPIC en el derecho comunitario fue mínima.

41 Se trata del mismo procedimiento que hemos examinado al hilo de la discusión sobre el concepto de “escala comercial”. Véanse *supra*, las referencias al procedimiento OMC WT/DS362/R.

internacionales que, tomando el testigo de los ADPIC, han puesto sobre la mesa propuestas de criminalización, impulsadas sobre todo por EEUU<sup>42</sup>.

Este proceso de refuerzo de derechos de propiedad intelectual “post-ADPIC” ha sido y está siendo tan intenso que, como ha dicho *Sell*, si hace veinte años la adopción de los ADPIC supuso un éxito rotundo de los grupos de presión y un cambio global inmenso en materia de propiedad intelectual, ahora, con visión retrospectiva, aquel texto parece más bien un tímido paso<sup>43</sup>.

En un trabajo anterior yo mismo me ocupé de algunos de estas iniciativas subsiguientes a los ADPIC, concluyendo allí que EEUU intentaba globalizar su propia política criminal interna al resto del mundo mediante: 1) acuerdos comerciales bilaterales que establecen compromisos de criminalización de aspectos de la propiedad intelectual e industrial que van mucho más allá de lo acordado en los ADPIC y, singularmente, una redefinición del concepto de “escala comercial” previsto en los ADPIC que permitiera incluir conductas de piratería no comercial; 2) acuerdos comerciales multilaterales que se apartaban de los foros de debate internacionales adecuados para discutir temas de propiedad intelectual (la OMPI y la OMC<sup>44</sup>); 3) amenazas unilaterales directas de EEUU a otros países de sanciones comerciales vía “procedimientos 301”, que establecen las “listas negras” sobre países que no respetan adecuadamente, a criterio de ese país, los derechos de propiedad intelectual e industrial<sup>45</sup>. En el presente estudio voy a dedicarme a los segundos mencionados, es decir, a los acuerdos multilaterales impulsados por EEUU, prestando atención especial a sus aspectos políticocriminales más relevantes, así como a examinar un par de acuerdos bilaterales, en este caso negociados por la Unión Europea, que resultan de suma relevancia y que, por su gran actualidad, no pudieron ser examinados en su momento.

42 Los instrumentos de derecho comunitario no van a ser, sin embargo, tratados aquí, ya que a mi juicio se enmarcan en un contexto diferenciado cuyo adecuado tratamiento requeriría, además, un detenimiento que no es posible en este trabajo.

43 SELL (2011), 448.

44 En realidad, la OMC ya fue en su día también un foro “extravagante” para tratar temas de propiedad intelectual e industrial pues, como afirmaba anteriormente, técnicamente la OMPI debería haber sido la encargada de haber adoptado los ADPIC. En este sentido, *Ibidem*, 450.

45 RANDO CASERMEIRO (2012). En cuanto a los acuerdos multilaterales, en dicho trabajo abordé con algo de detalle el ACTA, por lo que aquí será tratado más superficialmente. Respecto a las listas negras, España logró salir de ellas en el año 2012. En los años siguientes se ha mantenido tal situación, aunque en el último informe de la IIPA se pide que España vuelva a ingresar en la “Lista de vigilancia” si las reformas que ha puesto en marcha –incluyendo las del código penal– no ponen coto a nuestros todavía altos índices de piratería. Véase IIPA (2014), 1; USTR (2014). España e Italia, aunque no se encuentran ya en las listas negras de países piratas, figuran ahora en un apartado *sui generis* llamado *Out Of Cycle Review*, lo que viene a ser como una especie de “período de prueba” marcado por cierta desconfianza en que ambos países logren resultados efectivos en su lucha contra la piratería. Véase USTR (2014), 8. Tal cosa ya fue propuesta por la embajada estadounidense en el caso de España en el año 2008. Véase el cable filtrado por *Wikileaks* en *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862_850215.html) (última visita 20 de agosto de 2014).

### 2.3.1. *El ACTA*

El *Anti Counterfeiting Trade Agreement* (en adelante ACTA) ha sido a mi juicio el intento más relevante de globalizar derechos de propiedad intelectual e industrial –y más específicamente, aspectos políticocriminales de la propiedad intelectual e industrial- desde los ADPIC. No debe extrañar por ello que haya sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina. Sin embargo, en la actualidad su interés ha decaído notoriamente, ante todo por el enfriamiento y práctico abandono del mismo a partir de que fuera rechazado por el Parlamento Europeo, por una amplia mayoría, en 2012. De hecho, en la actualidad, y pese a que el tratado está firmado por la mayoría de países participantes en las negociaciones –incluido España-, solo ha sido ratificado por Japón. Ni siquiera EEUU lo ha hecho. Ello no quiere decir que este país se haya “rendido” en su lucha por reforzar la protección de la propiedad intelectual, sino solo que sus esfuerzos se han dirigido a nuevas iniciativas que examinaremos a continuación.

Sin entrar ahora en detalles sobre los aspectos penales del ACTA<sup>46</sup>, sigue resultando de interés mencionar el procedimiento de toma de decisiones de sus contenidos. A las negociaciones del polémico -y a la postre rechazado por el Parlamento Europeo- ACTA, solo tuvieron acceso los grupos de presión del negocio de la propiedad intelectual, no por contra otros grupos de presión que iban a contracorriente de la “industria” y que reclamaban mayor transparencia en el proceso. De hecho, ni el propio Parlamento Europeo se enteró de que la Comisión estaba negociando el ACTA, o no lo hizo hasta un momento muy tardío, lo que derivó en una encendida Resolución del Parlamento Europeo condenando de forma contundente y airada el proceder de la Comisión<sup>47</sup>. Aunque cundiese cierta sensación de indignación con la comentada desigualdad de posiciones en las negociaciones del ACTA, dicha asimetría en cuanto a la participación de grupos de presión lleva mucho tiempo implantada en Estados Unidos por lo que se refiere a la propiedad intelectual, donde la intervención de los grupos empresariales está no solo presente *de facto*, sino jurídicamente regulada, como hemos tenido ocasión de tratar anteriormente. Ello no quiere decir que tales grupos sean los que redacten concretamente los artículos de los textos, por más que sí contribuyen decisivamente a configurar su contenido esencial.

### 2.3.2. *El TPP*

Tras el controvertido ACTA y su caída en vía muerta, EEUU decide reconducir sus esfuerzos a concluir un nuevo tratado multilateral que se estaba negociando ya

46 Ya tratados en RANDO CASERMEIRO (2012), 251-253, siendo la novedad más importante el compromiso de criminalización del *camcording*. Para SELL (2011), 457, el ACTA también iba a implicar un compromiso de subida sustancial de las penas, algo que en mi opinión no se desprende del texto finalmente adoptado.

47 RANDO CASERMEIRO (2012), 252.

desde 2010<sup>48</sup>, en este caso la propuesta de *Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica* (en adelante TPP, siglas en inglés de *Trans Pacific Partnership*). Los países negociadores del tratado son, a la fecha de entrega de este trabajo, Chile, Perú, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Australia, EEUU, Canadá, Vietnam, Singapur y Brunei. Hay que aclarar que, tal y como ocurrió en el ACTA, las negociaciones son secretas y a ellas solo acceden los grupos de presión empresariales. De acuerdo con informaciones suministradas por *Wikileaks*:

*“solo tres individuos de cada nación TPP tienen acceso al texto completo del acuerdo, mientras que a 600 'asesores de comercio' – cabildeadores protegiendo los intereses de corporaciones estadounidenses tales como Chevron, Halliburton, Monsanto y Walmart – se les concede acceso privilegiado a secciones cruciales del texto del tratado”*<sup>49</sup>.

Así que todo lo que sabemos del TPP acabaría aquí de no ser por las filtraciones de las negociaciones, que conocemos gracias a, de nuevo, *Wikileaks*<sup>50</sup>. El borrador del capítulo del TPP dedicado a propiedad intelectual se filtró el 13 de noviembre de 2013 por dicha organización, y en él se contiene, además del texto propuesto, las posiciones de cada país negociador en diversas materias, entre ellas el derecho penal<sup>51</sup>.

Posteriormente a dicha filtración, tuvo lugar la siguiente ronda de negociaciones del TPP, en Salt Lake, concretamente entre el 19 y el 24 de noviembre de 2013. Tras dicha reunión, el 9 de diciembre de 2013, fue revelado por *Wikileaks* un nuevo documento donde se contienen aspectos de política criminal de la propiedad intelectual. En las líneas que siguen vamos a intentar sistematizar dichas propuestas:

*1) Redefinición del concepto de “escala comercial” en los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.* Un poco más atrás, cuando examinaba los aspectos penales de los ADPIC, hice mención a que uno de los elementos interpretativos más controvertidos radicaba en cómo debiera entenderse la expresión “escala comercial” de su art. 61. Al margen de todo lo discutido allí, lo que en cualquier caso estaba fuera de dudas es que las conductas realizadas con ánimo de lucro “simple”, o no comercial, debían quedar fuera del tipo<sup>52</sup>. Este entendimiento de la expresión

48 En realidad, sucedió más bien que EEUU se unió en 2008 y bajo el gobierno de *Bush hijo* a otros países del Pacífico que ya estaban negociando por su cuenta. Véase toda esta evolución en LEWIS (2011), 27-35.

49 <https://wikileaks.org/tpp/pressrelease-es.html> (última visita 14 de agosto de 2014).

50 Para todas las filtraciones relacionadas con el TPP, véase <https://wikileaks.org/tpp/> (última visita 14 de agosto de 2014).

51 Se trata de WIKILEAKS (2013:1).

52 De hecho, y aunque para no perder el hilo conductor no fuera antes mencionado, los propios Estados Unidos avalaban esta interpretación, ya que en 1988, durante las negociaciones del texto del art. 61 de los ADPIC, los representantes estadounidenses propusieron sustituir la expresión “escala comercial” por la de “finés comerciales”, de forma que quedara claro que estábamos haciendo referencia a los elementos subjetivos del tipo. Esta propuesta parece tener explicación en que, de tal manera, parecían quedar abarcadas más



“escala comercial” no fue expresamente puesto en tela de juicio por el texto del ACTA<sup>53</sup>, aunque sí lo ha sido en diversos acuerdos bilaterales comerciales que EEUU ha ido firmando con terceros países en los últimos años<sup>54</sup>. Básicamente, esta redefinición ha ido en la línea de entender la expresión “escala comercial” como integradora de -además de las conductas realizadas con ánimo comercial- las infracciones de derechos de autor realizadas “con fines de ventaja comercial o ganancia económica privada”. Ello implica una sustitución del elemento subjetivo del ánimo comercial por el del “ánimo de lucro común” en los delitos contra la propiedad intelectual. De esta suerte, se acabaría conceptuando tal elemento subjetivo como “cualquier provecho o utilidad” que el infractor pudiera obtener, en la línea de cómo se interpreta el mismo en los delitos patrimoniales.

En el caso del TPP, el borrador del proyecto que conocemos muestra que esa reinterpretación de la expresión “escala comercial” está sobre la mesa con el apoyo de Estados Unidos. Al estar el texto en fase de negociación, no contamos con una redacción definitiva consensuada por todos los países participantes en las negociaciones. Sin embargo, creo que es conveniente una transcripción siquiera provisional del mismo.

En principio, el artículo *Q.H.H.7.1* del TPP muestra un tenor idéntico al del art. 61 de los ADPIC y al del art. 23 del ACTA, estableciendo que:

*“Cada Parte establecerá procedimientos y sanciones penales aplicables al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva de derechos de autor o de derechos conexos a escala comercial”*

Es sin embargo en el párrafo siguiente donde está la relativa novedad, que muestra el siguiente tenor:

*“La piratería dolosa de derechos de autor y derechos conexos a escala comercial incluye:*  
*(a) la infracción dolosa significativa de derecho de autor y derechos conexos que no tengan una motivación directa o indirecta de ganancia económica; y*  
*(b) la infracción dolosa con fines de ventaja comercial o ganancia económica privada”*<sup>55</sup>.

conductas sobre las que se establecía el compromiso de criminalización que si se aludía a “escala comercial”, que por contra parecía referirse a aspectos más objetivos que subjetivos, e implicaba por ello cierta importancia objetiva de la conducta en cuanto a las dimensiones o umbrales mínimos de las conductas de piratería respecto de las que se establecía tal compromiso de tipificación. Véase OMC WT/DS362/R, párrafo 7.541, en nota. Lo que de ello parece deducirse con claridad es que ni siquiera a los negociadores de Estados Unidos se les ocurrió plantear la persecución penal de la piratería doméstica, que no fue delito en dicho país hasta el año 1997.

53 Sin embargo, para SELL (2011), 458, la cuestión de la criminalización de “usos no comerciales” estaba en la agenda del ACTA.

54 RANDO CASERMEIRO (2012), 253-255.

55 Véase WIKILEAKS (2013:1), 78. Según el estado de las negociaciones a la fecha de las filtraciones, tal disposición está apoyada tan solo por Estados Unidos, Australia, Perú y Singapur. Además, Estados

La novedad es *relativa* porque se trata de un texto idéntico al que EEUU ha venido acordando con diversos países en acuerdos bilaterales de comercio<sup>56</sup>. Una disposición semejante no llegó a colarse en el texto del ACTA. En el futuro veremos si lo hace en la versión definitiva del TPP.

2) La *creación de compromisos de criminalización de nuevos tipos penales sin dolo de lesionar los derechos de propiedad intelectual e industrial* figura asimismo en el borrador filtrado el 13 de noviembre de 2013. En principio, tal mal llamada “imprudencia”<sup>57</sup> solo está prevista respecto a conductas concretas, que son las que tienen por objeto material las etiquetas o envases de productos sujetos a derechos de autor o protegidos por marcas. El texto propuesto por Estados Unidos es el siguiente –art. *Q.Q.H.7.3* del TPP-:

*“Las Partes establecerán procedimientos y sanciones penales que se aplicarán, incluso sin dolo de falsificación de marcas o de piratería de derechos de autor o derechos conexos, al menos en los casos de tráfico deliberado de:*

*(a) etiquetas o embalajes, de cualquier tipo o naturaleza, a los que se haya fijado una marca falsificada, cuyo uso pueda causar confusión, error o engaño; y*

*(b) etiquetas falsificadas o ilícitas que estén fijadas, que envuelvan o que acompañen, o que estén designadas para ser fijadas, envolver o acompañar a:*

*(i) un fonograma*

*(ii) una copia de un programa de ordenador o de una obra literaria*

*(iii) una copia de una película o de cualquier otra obra audiovisual*

*(iv) la documentación y embalaje de tales productos; y*

*(c) documentación o embalajes falsificados para el tipo de productos descritos en el subpárrafo (b)”<sup>58</sup> (negrita añadida).*

De tal texto se deduce que, para que la conducta resulte incriminable, lo que tie-

Unidos propone -en solitario- aclarar que la expresión “ganancia económica” se entienda como la obtención, o expectativa de obtención, de cualquier cosa de valor.

<sup>56</sup> RANDO CASERMEIRO (2012), 254-255.

<sup>57</sup> En WIKILEAKS (2013:2), este nuevo estándar penal aparece conceptualizado bajo el título de “infracciones no intencionales”, pero en realidad, como vamos a ver seguidamente, la estructura típica es propia de los delitos dolosos. Lo que ocurre es que el dolo no se refiere a la lesión de los derechos propiedad intelectual e industrial o, si se prefiere, que existe dolo sin que se requiera adicionalmente, como específico elemento subjetivo del injusto, la intención de lesionar los derechos de propiedad intelectual. Esquemáticamente formulada, la propuesta dice, literalmente: “*Observations: New elements of Penal System: Establishment of criminal offenses for **unintentional** infringements of copyright, related rights and trademarks*” (énfasis añadido).

<sup>58</sup> Véase WIKILEAKS (2013:1), 77-78. Sobre la importación y el uso doméstico de las etiquetas y embalajes también se establecen compromisos de criminalización, en el artículo *Q.Q.H.7.5*, aunque en este caso debe tratarse de conductas en las que el dolo debe dirigirse a lesionar los derechos de propiedad intelectual o industrial.

ne que ser deliberado –doloso– es el tráfico, pero no hace falta que haya intención o conocimiento de “piratear” o de falsificar marcas. De esta manera, se castigaría una especie de tráfico de etiquetas y envoltorios, al parecer con independencia de la idoneidad objetiva de la conducta para lesionar derechos de propiedad intelectual o industrial y, claramente, sin que subjetivamente se requiera, como acabo de mencionar, dirigir la conducta a la lesión de los derechos de propiedad intelectual o industrial. Desde el punto de vista del *objeto material* del delito, tal propuesta supone también una notoria ampliación de las conductas penales a incriminar respecto a los, por así llamarlos, “estándares penales internacionales”. Así, por ejemplo, y si queremos comparar esta disposición con nuestros delitos “homólogos” del código penal español, se percibe con claridad que se añadiría un nuevo objeto material del delito: en efecto, al *producto, actividad o servicio con signo distintivo falsificado*<sup>59</sup> del art. 274 CP se sumaría *la etiqueta o embalaje del producto* –art. *Q.Q.H.7.3* del TPP–.

El ya aludido documento filtrado con posterioridad a la revelación de este borrador, es decir, el documento que se dio a conocer el 9 de diciembre de 2013, muestra que Estados Unidos insiste en su propuesta de criminalizar estas conductas, aunque en tal iniciativa criminalizadora EEUU parece estar solo de momento. Todos los demás países han rechazado la posición estadounidense<sup>60</sup>.

3) *Compromiso de criminalización del “camcording”*. La propuesta de crear compromisos para criminalizar el *camcording*, esto es, la grabación de películas mientras son proyectadas en salas de cine, ya estuvo en el ACTA. Aun teniendo en cuenta, de nuevo, que estamos ante un texto todavía no consensuado, merece la pena transcribir el borrador del art. *Q.Q.H.7.5*:

*“Cada parte establecerá/podrá establecer procedimientos y sanciones penales, en los casos apropiados, por la copia, grabación o transmisión intencionales y no autorizadas, de un estreno de una obra cinematográfica, o parte de ella, en una sala de cine”*<sup>61</sup>.

El texto varía ligeramente respecto al aprobado en su día en el ACTA, que tan solo contemplaba como conducta típica la copia, pero no la grabación o transmisión de la obra<sup>62</sup>.

Curiosamente, aunque Estados Unidos es uno de los países impulsores de la propuesta, tras la reunión de Salt Lake a finales de noviembre de 2013, parece oponerse a su aprobación, quedando a favor de ella solo Australia, Canadá y Malasia,

59 Se describe el objeto material del delito conforme ha quedado configurado tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

60 Véase WIKILEAKS (2013:2), 4.

61 WIKILEAKS (2013:1), 79.

62 Art. 23.3 del ACTA.

mientras que todos los demás países negociantes se han mostrado también en contra<sup>63</sup>.

### 2.3.3. *La Unión Europea se une a la criminalización vía acuerdos bilaterales de libre comercio*

#### 2.3.3.1. *Acuerdos UE-terceros países que no son EEUU*

La Unión Europea lleva también desde hace tiempo firmando acuerdos bilaterales de libre comercio con terceros países, aunque a veces se trata de acuerdos multilaterales con un pequeño grupo de estados. Es verdad que el derecho penal está ausente de ellos por lo general<sup>64</sup> y que, cuando figura, no se aparta de los estándares contenidos en los ADPIC<sup>65</sup>, pero ya hemos encontrado “nuevas directrices” políticocriminales en alguno de los últimos negociados. Por ejemplo, en el art. 5.6 del *Comprehensive Economic Trade Agreement* (CETA, en adelante), concluido entre Canadá y la Unión Europea el 18 de octubre de 2013, se prevé la criminalización del *camcording*<sup>66</sup>, de forma muy similar al TPP y al ACTA. Todavía se encuentra pendiente de aprobación por el Parlamento Europeo, así como de la ulterior ratificación de las partes. Todo apunta a que la Unión Europea puede estar empezando a seguir la línea de Estados Unidos de acordar propuestas políticocriminales que van más allá de los estándares establecidos en los ADPIC, si bien de forma algo menos enérgica. Si finalmente este tratado entra en vigor sin modificaciones en lo que concierne al *camcording*, ello supondrá un compromiso de incriminación vinculante para España, que se sumará a la ampliación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial que ya está teniendo lugar con la reforma penal de 2015.

#### 2.3.3.2. *Especial referencia al TTIP*

Para entenderse con la Unión Europea, EEUU se encuentra también en la actualidad negociando con ella, “a solas”, en una propuesta de acuerdo llamado *Tratado*

63 Véase WIKILEAKS (2013:2), 4.

64 Por ejemplo, en el tratado de libre comercio firmado entre la UE y Colombia y Perú, firmado el 26 de junio de 2012, no se contienen disposiciones penales en su capítulo IV, dedicado a la “observancia de los derechos de propiedad intelectual”, regulándose solamente procedimientos civiles y administrativos. El tratado de libre comercio entre India y la Unión Europea se encuentra todavía en fase de negociación, aunque el borrador que conocemos solo contempla medidas civiles y no penales. Véase dicho borrador en <http://www.bilaterals.org/?eu-india-fta-draft-text-on-ipr&lang=en> (última visita 18 de agosto de 2014).

65 Así por ejemplo, véase art. 271 del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica –Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Panamá, Costa Rica y Honduras- y la UE.

66 El texto consolidado del tratado a fecha de 1 de agosto de 2014 fue inicialmente filtrado por el programa de informativos alemán *Tagesschau*. Posteriormente, el propio portal web de la Unión Europea dio a conocer una versión consolidada del tratado, de 26 de septiembre de 2014 (disponible en: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/152806.htm>, última visita 5 de noviembre de 2014). Se transcribe el artículo 5.6: “*Camcording: “Each Party may provide for criminal procedures and penalties to be applied in accordance with its laws and regulations against any person who, without authorisation of the theatre manager or the holder of copyright in a cinematographic work, makes a copy of that work or any part thereof, from a performance of the work in a motion picture exhibition facility open to the public”.*”

*de Libre Comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos* (en adelante, TTIP, las siglas en inglés para *Transatlantic Trade and Investment Partnership*). Como suele ser práctica habitual, las negociaciones son secretas. Aunque un primer borrador de parte del tratado se dio a conocer en julio de 2014, no se contienen allí temas de política criminal de la propiedad intelectual o industrial ni, de hecho, parece ser la propiedad intelectual o industrial, en general, un tema protagonista. Tendremos que esperar más para saber qué se está negociando exactamente en relación con la propiedad intelectual. Lo único que podemos deducir casi sin miedo a equivocarnos es que se van a debatir temas penales relacionados con la propiedad intelectual e industrial, aunque no sabemos hasta qué punto dichos aspectos irán en la línea del TPP<sup>67</sup>.

En otro orden de cosas, diversas informaciones apuntan a que la negociación del tratado se está conduciendo por el mismo *modus operandi* que hemos visto en los demás tratados, esto es, en pocas palabras: secretismo y participación privilegiada de grupos de presión empresariales directamente beneficiados por las disposiciones que se acuerden. La página de internet *Corporate Europe* –que se presenta bajo el lema “*Revelando el poder de los grupos de presión corporativos en la Unión Europea*”<sup>68</sup> - se está dedicando a recopilar información sobre las negociaciones del TTIP, que apuntarían sin ninguna duda a un injusto desequilibrio de participantes. En efecto, si la Comisión Europea ha tenido un total de 560 reuniones con diferentes interesados en el tratado, el 92% de ellas lo ha sido con grupos de presión empresariales, en tanto solo el 4% lo ha sido con organizaciones que representan el “interés público”. En el 4% restante de casos, la Comisión Europea se reunió con instituciones académicas o representantes de administraciones públicas<sup>69</sup>.

De todos esos grupos de presión empresariales, son los del sector agrícola y de alimentación los más activos, mientras que los pertenecientes estrictamente al negocio de la propiedad intelectual (dejando ahora fuera a los de la propiedad industrial), tienen un peso menor aunque no por ello irrelevante. Basta citar los nombres de *Disney*, *Warner* o *Sony* para hacernos cargo de ello<sup>70</sup>.

Por su parte, la Unión Europea está intentando sacudirse las acusaciones de secretismo aduciendo un “imprescindible nivel de transparencia”, y dando voz a diversas ONGs, que han podido acceder a reuniones informativas, por más que no a las negociaciones en concreto. En dichas reuniones, dichas organizaciones se han

67 Que, en general, van a ser debatidos temas de propiedad intelectual es indudable a tenor del borrador que establece el mandato de la Unión Europea para negociar el TTIP con Estados Unidos (página 16 del borrador). Véase parte de dicho borrador en [http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/eu\\_draft\\_mandate\\_-\\_inside\\_us\\_trade.pdf](http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/eu_draft_mandate_-_inside_us_trade.pdf) (última visita 18 de agosto de 2014).

68 [www.corporateeurope.org](http://www.corporateeurope.org) (última visita 19 de agosto de 2014).

69 <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/07/who-lobbies-most-ttip> (última visita 19 de agosto de 2014).

70 Véase <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/07/who-lobbies-most-ttip> (última visita 22 de agosto de 2014).

quejado precisamente de la falta de transparencia y del secretismo de las negociaciones, pidiendo que se hagan públicos los contenidos de las propuestas<sup>71</sup>. De momento esa petición no está teniendo éxito, de forma que tenemos que contentarnos básicamente con una información muy difusa y general que la Unión Europea proporciona en sus páginas de internet, información que además peca a mi juicio de autocomplacencia con las alegadas virtudes del tratado, escondiendo las inquietudes suscitadas por diversos agentes sociales<sup>72</sup>. De todas formas, es innegable que las ONGs que representan intereses opuestos a los grupos de presión empresariales están teniendo una presencia como mínimo relevante<sup>73</sup>, quizá por su mayor capacidad de movilización en la actualidad, quizá porque, efectivamente, la Unión Europea está implementando el acercamiento –que no acceso- de la “sociedad civil” a las negociaciones.

### 3. Algunos aspectos actuales de la “fase prelegislativa” de la reforma de los delitos contra la propiedad intelectual en España

Hasta ahora, hemos visto aspectos muy fragmentarios de una suerte de “fase prelegislativa global” respecto a la toma de acuerdos internacionales sobre política criminal de la propiedad intelectual. Es el momento de acercarnos de forma un poco más sistemática a nuestro peculiar panorama nacional. Según el modelo dinámico de legislación penal que comentábamos al principio de este trabajo, la fase prelegislativa puede entenderse como un proceso sociológico complejo dividido en cinco subetapas. Aunque *Díez Ripollés* y otros autores<sup>74</sup> han explicado este proceso de forma general, creo que resulta conveniente investigar sobre cómo se desenvuelve este modelo en concretos ámbitos delictivos, así como en concretos contextos socioeconómicos que rodean dichos ámbitos. En el caso de la propiedad intelectual, este proceso está fuertemente vinculado con el que discurre en relación con los delitos contra la propiedad industrial y otras figuras delictivas con las que comparten trasfondo. De hecho a veces estamos hablando exactamente del mismo proceso. Ello queda reforzado si tenemos en cuenta que las iniciativas globalizadoras más exitosas de la política criminal de la propiedad intelectual provienen del mundo anglosajón, donde la expresión “*intellectual property*” designa conjuntamente a las dos propiedades “inmateriales” (intelectual e industrial) como un géne-

71 COMISIÓN EUROPEA (2014:1), 3. Esta reunión informativa se mantuvo tras la sexta ronda de negociaciones mantenida en julio de 2014 en Bruselas.

72 <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/> (última visita 19 de agosto de 2014).

73 COMISIÓN EUROPEA (2014:2). En el listado de participantes podemos ver a grupos de presión enfrentados, en cuanto a sus pretensiones, a los grupos empresariales, tales como la *Asociación por una Infraestructura Informática Libre*, la organización de consumidores alemana o colectivos contra la experimentación animal en la industria, como *Humane Society International*, si bien de forma abrumadoramente minoritaria respecto a los grupos de presión empresariales.

74 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), 17-65; BECERRA MUÑOZ (2013), 337-485.

ro<sup>75</sup>. Y las estrategias de cambio global de dicha política criminal se refieren normalmente a ambas. Al margen de la connotación de esta expresión, es un hecho innegable que los grupos de presión de ambos ámbitos de la propiedad inmaterial trabajan conjuntamente en todas las iniciativas de cambio políticocriminal promovidas.

A continuación, voy a intentar describir el funcionamiento de la comentada fase prelegislativa en el ámbito de la propiedad intelectual y su peculiar caracterización en España, aunque con la advertencia de que algunas reflexiones cuentan con un componente especulativo derivado de la pobreza de datos disponibles sobre el tema. En orden cronológico, el modelo dinámico de legislación penal distingue, por lo que se refiere a la fase prelegislativa, entre “una acreditada disfunción social”(1), “un malestar social”(2), “una opinión pública”(3), “un programa de acción”(4) y “una proposición o proyecto de ley”(5). Sin embargo, en este trabajo no se pretende describir cómo se ha gestado cronológicamente la reciente reforma de los delitos contra la propiedad intelectual. Para poder acometer una tarea semejante se necesitan conocimientos de los que no se dispone. Más bien se trata de aprovechar las posibilidades de debate que ofrecen cada una de esas subetapas en relación con nuestro objeto de análisis, sin atender al orden temporal de los acontecimientos, por más que alguna vez si podamos ver alguna sucesión temporal de hechos relevantes, siempre en alguna medida limitada.

### 3.1. *Una acreditada disfunción social*

La clave central de esta preliminar subetapa consiste en que un “agente social” logra hacer creer que existe una determinada disfunción social necesitada de regulación mediante el derecho penal. En nuestro ámbito de estudio, los agentes sociales implicados son los grupos de presión empresariales de la propiedad intelectual, entre ellos y muy especialmente las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. También se pueden citar a los propios agentes políticos: ministros de cultura que son a su vez creadores o simplemente están influidos por otros grupos de presión que funcionan a nivel más global, sea por la capacidad de convicción de esos grupos, sea por su capacidad de intimidación, o por ambas cosas a la vez.

Por último, no por tener menos éxito en sus pretensiones debemos dejar de citar a grupos de presión formados por colectivos de internautas, o alguna figura prominente con respetabilidad y prestigio sociales, que, de forma opuesta a los grupos empresariales, vendrían a identificar la disfunción social precisamente con un uso desproporcionado del derecho penal en materia de propiedad intelectual. Sin embargo, su incapacidad para lograr influir en reformas

<sup>75</sup> Cuando nos referimos a propiedad intelectual específicamente en este entorno, es más propio utilizar el vocablo “copyright”.

penales hasta la fecha hace más conveniente que nos centremos en los primeramente citados.

En cuanto a la disfunción, esos agentes que presionan para un endurecimiento de la legislación sobre propiedad intelectual en general, y de los delitos contra la propiedad intelectual en especial, alegan básicamente tres problemáticas:

-Pérdidas económicas globales del sector de contenidos intelectuales. Los principales grupos de presión del sector suministran, para acreditar tal cosa, estimaciones sobre las pérdidas. Dichas estimaciones han conseguido tener más impacto y visibilidad gracias a la puesta en funcionamiento de un *Observatorio de la Piratería*, creado por una coalición de grupos de presión de la industria española, que tiene por objeto publicar informes anuales sobre el panorama de la propiedad intelectual en España, y que viene funcionando desde el año 2009 como tarde. El último informe disponible de dicho observatorio, correspondiente a 2013, fue elaborado por la empresa *GfK* para la *Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos*<sup>76</sup>, según el cual el sector perdió 1.326 millones de euros a causa de la piratería, contabilizando películas, videojuegos, música y libros<sup>77</sup>.

-Pérdida de la riqueza cultural del país como consecuencia de la piratería, al no existir incentivos suficientes a la creación intelectual. Esta disfunción no queda acreditada con indicadores o estudios concretos, probablemente por su dificultad de medición, sino que más bien se plantea como una consecuencia lógica de la disfunción anteriormente planteada.

-Otros daños de índole socioeconómica más difundidos entre la población en general. En este caso se trataría de acreditar que, más allá del perjuicio para los creadores intelectuales y sus gestores, la piratería nos afecta a todos en mayor o menor medida, y no solo por la “pérdida de cultura”. Y así, por ejemplo, el estudio anteriormente citado viene a estimar que, como consecuencia de la piratería, se perdieron en España, en 2013, 26.652 puestos de trabajo directos, mientras que las arcas públicas dejaron de recibir, en concepto de IVA e IRPF, 526,2 millones de euros<sup>78</sup>.

Sin embargo, estas conclusiones no son aceptadas acriticamente por la ciudadanía, pues para amplios sectores sociales dicha disfunción social no queda plenamente acreditada por diversas causas, entre las que pueden destacar la poca fiabilidad que tales estimaciones suelen merecer<sup>79</sup>. En este sentido, a mi juicio son los

76 Dicha Coalición se creó hacia 2008 como una “asociación de asociaciones”, muy a la usanza de organizaciones estadounidenses similares, especialmente la Alianza Internacional de la Propiedad Intelectual. En dicha coalición se agrupan actualmente los grupos de presión SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), PROMUSICAE (Productores de Música de España), FAP (Federación para la Defensa de la Propiedad Intelectual), EGEDA (Entidad de Gestión de Derechos de productores Audiovisuales), ADESE (Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento), ADICAN (Asociación de Distribuidores e Importadores de Cine de Ámbito Nacional), ADIVAN (Asociación de Distribuidores Videográficos de Ámbito Nacional) y AIE (Artistas, Intérpretes y Ejecutantes, Sociedad de Gestión).

77 Véase GfK (2014), 32.

78 GfK (2014), 32.

79 Véase precisamente GfK (2014), 9, donde se refleja que el 17% de los encuestados considera que no



grupos de presión, en buena medida, responsables de su “mala prensa.” Desde hace tiempo sabemos que los grupos de presión españoles e internacionales trabajan con informes “a medida” que pretenden hacerse pasar por científicos, pese a los incuestionables sesgos y problemas metodológicos que han presentado. En ellos se suelen arrojar estimaciones dramáticas que muestran con datos “crudos”, pero también irreales, las dimensiones del problema.

Dicho ello, el desprestigio provocado por los fallos metodológicos de los estudios que operan a nivel de industria ha provocado que, en los últimos dos o tres años, los grupos de presión pongan el acento en cierto escrúpulo metodológico, lo que se pretende lograr a través de la transmisión a la ciudadanía de que los últimos estudios se hacen mediante la asignación a expertos independientes. Dichos estudios suelen contar ahora con un apartado, más o menos conciso en función de los casos, dedicado a aclarar sus pautas metodológicas. Se trata de una práctica saludable, aunque todavía estamos en proceso de contrastar la rectitud metodológica de dichos estudios. Podría, en efecto, tratarse de una nueva operación de maquillaje. Después de todo, el propio Ministerio de Cultura ha cargado las tintas contra el Observatorio de la Piratería calificando sus resultados como “un estudio estimativo de opinión encargado por parte interesada”<sup>80</sup>.

En segundo lugar, queda por hacer ver la razón por la que una concreta intervención penal podría solucionar la disfunción. En principio, y según el criterio de los grupos de presión, el derecho penal de la propiedad intelectual se estima deficiente sobre todo por la falta de tipificación de dos formas de ataque que se consideran merecedoras de intervención penal: el intercambio de archivos p2p y el enlace a la descarga ilegal de obras intelectuales. En cuanto al nivel de dureza de las sanciones, una postura específica a favor de la elevación de las penas por delitos contra la propiedad intelectual no parece ser mantenida en primera línea de defensa por los grupos de presión españoles, probablemente por lo impopular de una llamada demasiado enérgica al derecho penal en este ámbito, en contraste con lo que suele suceder en casi cualquier otro ámbito del derecho penal, en el que las actitudes punitivas se suelen estimar como altas. De hecho, la imagen habitual que se ha pretendido transmitir es que los cambios penales no se dirigen a “usuarios normales

se está “perjudicando a ninguna industria”. También es muy interesante el estudio de actitudes éticas hacia la piratería de CUADRADO GARCÍA-MIQUEL ROMERO (2007), que se realizó tomando como muestra a más de mil ciudadanos españoles de entre 15 y 45 años de edad. Así, en una escala del 1 –nada de acuerdo- al 5 –totalmente de acuerdo-, la media de encuestados para el ítem “La piratería musical tiene efectos negativos en la industria musical” fue de 3,90. Sin embargo, para el ítem “La industria musical ya gana bastante”, que sintetiza bien la principal técnica de neutralización para la piratería, la media fue del 3,25. La media sube al 3,55 para el ítem “La piratería es un fenómeno natural”.

<sup>80</sup> *El País*: [http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397059765\\_038984.html](http://cultura.elpais.com/cultura/2014/04/09/actualidad/1397059765_038984.html) (última visita 22 de agosto de 2014). Tales afirmaciones tuvieron como causa el que los datos –nada positivos- del informe sobre cierres de páginas de internet por la Comisión de Propiedad Intelectual no habían sido contrastados con dicha Comisión, siendo así que, de acuerdo con fuentes del Ministerio, esos datos no eran ciertos.

y corrientes” sino a “grandes mafias”. En un ejemplo de relativa dulzura penal, un sector importante de la industria española se posicionó incluso en contra de que los “manteros” tuvieran penas de cárcel<sup>81</sup>. En cualquier caso, tampoco faltan llamadas más o menos genéricas al derecho penal por grupos de artistas o de intermediarios del sector en relación con la propiedad intelectual<sup>82</sup>.

Por lo que respecta al tema de los enlaces, se pone el acento en que establecer vínculos a descargas ilegales cuyo contenido ha sido subido por terceros es una conducta de gravedad equivalente a la de proporcionar uno mismo la copia de la obra, y que solo por una laguna legal queda fuera del tipo<sup>83</sup>. En este punto, los grupos de presión cuentan además con el respaldo de burocracias expertas, en la medida en que el Consejo Fiscal y, con mucha mayor reserva, el Consejo de Estado, dictaminaron la necesidad de criminalizar la conducta de enlazar a descargas ilegales. No cuentan con tal respaldo por lo que se refiere a la criminalización de la compartición de archivos par a par, en la que el Consejo Fiscal se aferra al concepto de ánimo de lucro entendido como “ánimo comercial” que maneja la fiscalía general del estado, que impediría dirigir el derecho penal frente a usuarios piratas en cuyas conductas no concurra tal específico elemento subjetivo<sup>84</sup>.

*Díez Ripollés* llama la atención sobre el hecho de que, a menudo, los grupos de presión tratan de hacer pasar una disfunción como real cuando, básicamente, dicha disfunción no existe<sup>85</sup>. A mi juicio, la conclusión en este ámbito no es tanto que se tienda a presentar la disfunción como real pero se internalice como aparente. La disfunción puede ser, en efecto y a falta de una auténtica verificación empírica, real. Lo que se ha exagerado es, más bien, las dimensiones de la disfunción. Y ello presumiblemente porque, presentada en sus dimensiones reales, la disfunción social podría no recibir la pretendida “atención social” y con ello podría no pasar a las siguientes fases de la etapa prelegislativa.

Para terminar, hay que tener en cuenta que, incluso sin la obtención de la debida credibilidad, las propuestas de cambio jurídico-penal promovidos por estos grupos para resolver la disfunción podrían tener éxito y pasar directamente a la última subetapa de esta fase prelegislativa, esto es, colarse directamente en un anteproyecto de ley, sin asentarse en lo que *Díez Ripollés* llama “agenda temática social”. Como trataré de hacer ver seguidamente, esto es, a grandes rasgos, lo que ha ocu-

81 Véase <http://www.acam.es/noticia-11476-ramoncin-suscribe-el-manifiesto-que-excluye-la-carcel-p.html> (última visita 22 de agosto de 2014).

82 Véase la posición de un grupo de escritores españoles de éxito en *Hoy*: <http://www.hoy.es/v/20130928/sociedad/escritores-contra-pirateria-20130928.html> (última visita 25 de agosto de 2014), reclamando derecho penal para la piratería en general, incluso la de usuarios, aun reconociendo que acudir al derecho penal “es un asunto feo”.

83 Argumentos manejados, por ejemplo, por *Tourné Alegre*, en representación de la FAP, en [http://www.elderecho.com/propiedad\\_intelectual/Proteccion-propiedad-intelectual\\_11\\_543805004.html](http://www.elderecho.com/propiedad_intelectual/Proteccion-propiedad-intelectual_11_543805004.html) (última visita 22 de agosto de 2014).

84 Sobre ello véase *supra*, epígrafe 3.5 de este trabajo.

85 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), 21.

rrido en España por lo que respecta a la propiedad intelectual. En ello también tiene que ver que, como a nadie se le escapa, estamos ante un sector de la delincuencia en cuya respuesta legislativa los grupos de presión tienen una notoria influencia, al tener el impulso y apoyo decisivos de la primera potencia mundial. Dicha influencia proviene ante todo de la mera capacidad de intimidación de grupos de presión gubernamentales de Estados Unidos vía sanciones comerciales, algo que ya analicé en otro trabajo y sobre lo que aquí también volveremos, en el epígrafe 3.5.

### 3.2. *Un malestar social*

Citando de nuevo a *Díez Ripollés*, “tras su inclusión en la agenda temática social, es preciso que el conocimiento de esa disfunción social se disemine de manera generalizada en la sociedad, acompañado de dos características. La primera es su estabilización cognitiva, es decir, una cierta resistencia a desaparecer de la agenda social. La segunda es su capacidad de involucración emocional de la población”<sup>86</sup>. Dicho autor vincula esta última sobre todo con la temática abarcada por el “miedo al delito”. Sin embargo, el problema del “miedo al delito”, sea en un sentido más amplio, sea estrictamente entendido, no presenta relevancia en los delitos relativos a la propiedad intelectual. En este sentido, la disfunción relacionada con la piratería puede no despertar malestar social o, si lo hace, ello estaría más bien vinculado con otro tipo de temores o representaciones mentales relacionadas de forma más o menos difusa con los delitos contra la propiedad intelectual. Para explicar tal cosa, nada mejor que referirnos a las cualidades que, según este autor, ha de reunir la disfunción para captar la atención social. Ellas podrían contribuir, cada una en su terreno, a las aludidas estabilidad cognitiva y/o la involucración emocional de la disfunción:

-en primer lugar, hay que tener en cuenta que “los asuntos remotos, irresolubles o incomprensibles terminan produciendo desinterés”. Es por esto que el problema de la propiedad intelectual ha de presentarse con la suficiente simpleza y reiteración para que se retenga la atención. Probablemente por esto no se introducen datos excesivamente técnicos en el planteamiento del problema y se pretende enfatizar las repercusiones directas de la disfunción con cifras de pérdidas sociales y del sector que se van repitiendo año tras año, y que como mínimo tienen la probada capacidad de provocar noticias destacadas, cuando no titulares, en la prensa.

-en segundo lugar, el *componente dramático* de una disfunción tiene más posibilidades de involucrar emocionalmente a la población. El acento en el componente dramático de la disfunción que ponen de manifiesto los grupos de presión ya ha sido tratado anteriormente. Y hay que reconocer cierto éxito en dicha empresa, sobre todo teniendo en cuenta que los delitos contra la propiedad intelectual tienen

86 *Ibidem*, 23.

una índole socioeconómica desprovista del dramatismo de los llamados “delitos de sangre”. A ello hay que sumar que las empresas dedicadas a la propiedad intelectual son frecuentemente percibidas como instancias “poderosas” que se aprovechan del “simple consumidor”, y por tanto pueden estar fuertemente desprestigiadas por amplios sectores sociales<sup>87</sup>. Es por esto que los grupos de presión han intentado que la ciudadanía sienta que el problema es también suyo, y que la piratería “nos afecta a todos”, lo que hemos visto reflejado en los datos apuntados anteriormente (pérdida de empleos, pérdida de recaudación de dinero por el Estado).

Sin embargo, y aunque tal objetivo de concienciación fuese conseguido por los grupos de presión, las infracciones a la propiedad intelectual y más concretamente los delitos contra la propiedad intelectual, tienen en principio una capacidad de atención ciudadana limitada a su componente socioeconómico. No es que tales asuntos sean incapaces de captar la atención ciudadana (la corrupción y el fraude fiscal son un buen ejemplo de ello) sino más bien que dichos delitos no son, como apuntaba antes, “delitos de sangre”, “delitos callejeros” o “delitos clásicos”, que tienen mucha mayor capacidad de involucrar emocionalmente a la población. Quizá ello explica por qué los grupos de presión han pretendido, mediante diversas campañas publicitarias, vincular los atentados a la propiedad intelectual con los atentados al patrimonio, es decir, implicar emocionalmente a la población transmitiendo la idea de que los delitos contra la propiedad intelectual son “robos”, como ha sido el caso de la conocida campaña de la industria: “*no robarías un coche, no robarías un bolso*”<sup>88</sup>. Por ello tampoco debe sorprender que se intente llevar la atención hacia aspectos parciales de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial que presentan esa connotación de “delincuencia tradicional”, como es el caso de las formas de delincuencia organizada. La simple alusión a la “delincuencia organizada” tiene la capacidad de llevarnos al terreno dialéctico de “las grandes mafias” y evocar con ello delitos como el tráfico de drogas o la trata de seres humanos.

-En tercer lugar, conviene recordar que la disfunción queda más estabilizada en la población si se percibe como una que *le afecte en el día a día*. Esta característica requerida para lograr atención social es quizá la que menos tiene que ver en nuestro

87 Por ejemplo, en un interesante estudio publicado por el Observatorio Europeo de las Vulneraciones de Derechos de Propiedad Intelectual, el 42% de los españoles encuestados consideró que la propiedad intelectual solo beneficiaba a las grandes compañías, el 16% consideró que beneficiaba a los artistas populares y solo el 3% consideró que los ciudadanos eran los mayores beneficiados de la protección de la propiedad intelectual. El porcentaje medio de ciudadanos europeos que respondieron de la misma forma fue, respectivamente, de 43%, 42% y 13%. Comparativamente, puede verse que los españoles parecemos sentirnos muy poco beneficiados por la industria y que polarizamos nuestra opinión sobre quiénes se llevan el beneficio en las “grandes compañías” por encima de los artistas famosos. Aunque cambiemos a temas de propiedad industrial, es también significativo de tal desprestigio que el 39% de los encuestados españoles (38% en el caso de los europeos) declaró que comprar productos falsificados constituía un acto de protesta. Véase OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (2013).

88 Sobre esta campaña, promovida en España por la FAP, véase RANDO CASERMEIRO (2012), 238-240.

campo de estudio, pero ha quedado parcialmente implicada al tratar sobre la primera de las cualidades requeridas. En efecto, *la disfunción capta más atención cuanto menos remota se percibe*, y esto ocurre precisamente cuando el ciudadano internaliza que le afecta directamente. En este sentido, es revelador que, más allá de las pérdidas de ingresos de las empresas del sector de las obras intelectuales, se ponga el acento en otros aspectos de interés económico que afectarían al ciudadano, como ya hemos mencionado en varias ocasiones.

### 3.3. *Una opinión pública*

Llegamos al momento en el que intervienen los creadores de opinión. De acuerdo con *Díez Ripollés*, “por opinión pública ha de entenderse, (...) la opinión de un colectivo cualificado de personas, más concretamente, de aquellas que controlan los contenidos de los medios creadores de opinión. No es, por tanto, la opinión mayoritaria de la sociedad (...) la opinión pública es, en definitiva, la opinión de unos expertos. Dicha opinión pública es la que está llamada a ejercer un papel protagonista en el intercambio comunicativo sobre la disfunción que podría desembocar en su redefinición como un auténtico “problema social”<sup>89</sup>.

El debate de los medios en torno a la intervención penal en temas de propiedad intelectual presenta cierta ambivalencia. Mientras unos optan por hacer suya, con algún matiz, la posición de los grupos de presión empresariales relacionados con la propiedad intelectual, otros se muestran muy críticos con dichas posiciones. Esta última orientación queda claramente de manifiesto por medios de comunicación que se hacen eco de resultados que aportan ciertos estudios sobre la realidad social del fenómeno, y que presentan la conclusión de que el daño social que se deriva de las conductas de piratería, cuando existe, no es importante. Adicionalmente, y quizá un tanto paradójicamente, los medios informativos más sintonizados con el centro-izquierda moderado resultan ser los más receptivos al endurecimiento legal, en tanto los que están orientados a la derecha o a la izquierda suelen mostrarse críticos por igual, con alguna excepción.

De ello es una muestra inequívoca la dura editorial de *El País* de 21 de septiembre de 2013, que contiene frases como las siguientes al hilo de la reforma penal:

*“Acierta, sin duda, el Ejecutivo al prometer la cárcel a los autores de conductas graves, aunque los juristas se muestran un tanto escépticos sobre la eficacia de la medida (...) El castigo penal debe considerarse un medio de disuasión de los ladrones, insuficiente para rectificar el auge de la piratería digital, aunque oportuno para volver al debate de la falta de respeto a la propiedad intelectual, que tan mala imagen internacional da de España”.*

89 DÍEZ RIPOLLÉS (2003), pp. 28-29.

El subtítulo de esta editorial, más bien de tintes “republicanos”, añade una cláusula estilística al final, quizá pretendiendo no traicionar la línea más moderada y clásica de *El País*, que reza: “Penalizar el robo digital de derechos de autor exige una inversión paralela en educación social”. Mano dura, alusiones al “robo digital” y a “los ladrones”, pero que no falte la educación<sup>90</sup>.

En contraste, medios como *El Mundo* o *Libertad Digital* dan voz en sus columnas de opinión a personas afines a o representantes de grupos de presión que defienden intereses ciudadanos encontrados con los de los grupos de presión del negocio de la propiedad intelectual<sup>91</sup>. Por la parte de la izquierda, los medios de prensa ponen de manifiesto otro tanto<sup>92</sup>.

Asistimos pues a un debate en el que no hay homogeneidad mediática y, por tanto, a una opinión pública muy heterogénea, lo que por lo demás es coherente con la complejidad del debate sobre la respuesta jurídica al tema de la piratería. De cualquier forma, el endurecimiento penal de los delitos contra la propiedad intelectual no suele ser visto como una solución mayoritariamente aceptada en dicha opinión. Ya no hablemos de la opinión mayoritaria de la sociedad, en la que por lo general no se percibe la piratería como una conducta con los suficientes niveles de lesividad como para ser sancionada.

### 3.4. *Un programa de acción*

Tras el paso de la disfunción por los medios, y convertida ésta o no en un auténtico problema social (algo que, en el ámbito de la intervención penal para asuntos de propiedad intelectual, es difícil de precisar), se empezaría a plantear propuestas más concretas de solución. Lo que marca el devenir de esta fase es la “apropiación” del problema por parte de grupos de expertos, que en este caso son, de nuevo, los grupos de presión del negocio de la propiedad intelectual. Sobre todo en la actualidad, destaca también la actividad de grupos de presión de activistas de internet, de la cultura libre, pro derechos digitales, etc., que presionan en sentido contrario al de los grupos de presión empresariales. Sin embargo, los agentes políticos y gubernamentales

<sup>90</sup> *El País* [http://elpais.com/elpais/2013/09/20/opinion/1379704696\\_282760.html](http://elpais.com/elpais/2013/09/20/opinion/1379704696_282760.html) (última visita 22 de agosto de 2014).

<sup>91</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo de *Víctor Domingo*, presidente de la Asociación de Internautas, en *Libertad Digital*: <http://www.libertaddigital.com/ciencia-tecnologia/internet/2014-07-23/ley-de-propiedad-intelectual-o-como-legislar-contras-el-interes-general-1276524470/> (última visita 23 de agosto de 2014); o el del abogado *Sánchez Almeida* en *El Mundo*:

<http://www.elmundo.es/blogs/elmundo/jaqueperpetuo/2013/09/21/matar-moscas-a-canonazos.html> (última visita 23 de agosto de 2014). Una defensa –aunque mucho más moderada que la de *El País*– de las iniciativas criminalizadoras en relación con la propiedad intelectual puede verse sin embargo en columnistas de medios conservadores. Véase por ejemplo *Pablo García Mexía*, en ABC: <http://abcblogs.abc.es/ley-red/public/post/internet-y-delito-en-la-proxima-reforma-del-codigo-penal-15799.asp/> (última visita 25 de agosto de 2014).

<sup>92</sup> Véase, por ejemplo, entre otros, *David Bravo Bueno* en *El Diario*: [http://www.eldiario.es/zonacritica/Codigo-Penal-Gallardon-reforma-USA\\_6\\_134796521.html](http://www.eldiario.es/zonacritica/Codigo-Penal-Gallardon-reforma-USA_6_134796521.html) (última visita 23 de agosto de 2014).

mentales suelen ser más sensibles a las propuestas de los grupos de presión empresariales, probablemente por su mayor capacidad de influencia y porque sencillamente llevan mucho más tiempo actuando como grupos de presión.

Ambos tipos de colectivos tratan de resolver el problema de acuerdo con sus respectivos intereses: los primeros desde el endurecimiento punitivo y no punitivo del sistema de protección jurídica de la propiedad intelectual; los últimos intentando frenar esas propuestas o, en muchos casos, pidiendo la derogación de disposiciones ya en vigor, con mucha frecuencia aprobadas bajo el auspicio casi exclusivo de los agentes políticos y las empresas del sector de la propiedad intelectual.

En cualquier caso, la legitimación “científicosocial” y la “respetabilidad social” de los grupos de presión empresariales que se suponen necesarias para formular el programa de acción no parece que puedan darse por sentadas en este ámbito. A mi juicio, su condición de expertos viene dada más en relación con su capacidad empresarial que con su capacidad para resolver los problemas de la propiedad intelectual mediante reformas legislativas.

Ya hemos hecho notar el porqué de ello al hilo del análisis de otras subetapas, y se podría resumir en: a) percepción de los grupos empresariales como sectores poderosos opuestos al interés público; b) poca credibilidad de los estudios del impacto de la piratería, cuyos graves problemas metodológicos son comprensibles incluso para un ciudadano sin muchos conocimientos en la materia; c) quizá, una línea más bien dura de dichos grupos frente a infracciones de derechos de autor estimadas como poco importantes.

Por todo ello, me atrevería a decir que tales grupos de presión, si bien han definido más o menos claramente soluciones concretas en materia penal (criminalización del p2p y criminalización de las páginas de enlaces, sustancialmente), no han logrado “apropiarse” del problema, tal y como se expone que debe suceder según el modelo propuesto, para que tal programa cristalice en la iniciativa legislativa. En resumen, se viene a decir que a estos grupos expertos no se les reconoce el debido prestigio social para presentarse ante la sociedad como los agentes adecuados para encauzar el cambio penal en la materia.

El hecho de que, no obstante su reducida respetabilidad social en este punto, los programas de acción de estos grupos sean receptivos a los agentes políticos, se debe probablemente a otros factores que apunta *Díez Ripollés* en su trabajo que venimos siguiendo tan de cerca: en primer lugar, la mayor capacidad organizativa de los grupos de presión de la industria, algo que ya hemos puesto de manifiesto. En este caso, tal capacidad organizativa se traduciría probablemente, ante todo, en una mayor capacidad intimidatoria, más que en su capacidad de convicción. Se trata de un fenómeno un tanto *sui generis*, ya que no suele tener lugar en la mayoría de los ámbitos delictivos, cuyas características abordaremos luego.

En segundo lugar, no se debe desdeñar la mayor cercanía profesional del sector

de contenidos de derechos de autor a los agentes políticos, que en ocasiones se convierte en un mero *factor personal*. En este sentido, -y aunque ahora no hablemos de derecho penal- no puede olvidarse que la ministra de cultura que aprobó la ley que coloquialmente lleva su nombre (*Ley Sinde*) es guionista de cine y escritora. Sin embargo, no puede decirse que tal factor haya sido muy influyente en materia de política criminal de la propiedad intelectual, o incluso se podría decir lo contrario, a raíz de la reforma penal de 2010, que supuso la renuncia a la pena de prisión para la mayoría de los supuestos de “top manta”<sup>93</sup>.

En este campo, sin embargo, no se plantean problemas de capital importancia que sí suelen darse en otros ámbitos delictivos, según se encarga de describir el autor que venimos siguiendo: así, por ejemplo, no es probable la sustitución de los grupos expertos por los mediáticos -o directamente por la *plebe*-<sup>94</sup>. Del mismo modo, aunque el ámbito de las soluciones penales a los problemas de la propiedad intelectual posee un innegable componente técnico, su peculiar idiosincrasia está haciendo que no nos movamos tampoco ante un *programa de acción técnico* – caracterizado porque toda la etapa prelegislativa discurre en un ámbito experto-, en la medida en que el desajuste, problema social, la opinión pública y el programa de acción se difunden, a grandes rasgos, entre prácticamente toda la sociedad, y ello a pesar de la complejidad técnica que a veces puede revestir el problema de la protección de la propiedad intelectual<sup>95</sup>.

### 3.5. *Una proposición o proyecto de ley*

Llegados a este punto, son las burocracias gubernamentales y políticas las que toman el control del asunto, allí donde los dejan los grupos expertos. En realidad, aunque los grupos de presión no participan de forma directa en la redacción del proyecto o proposición de ley, sí que conviene detenerse a examinar otras formas de intervención de los mismos durante esta fase. Hay que empezar por la elevada capacidad de intimidación de los grupos de presión de EEUU, así como de sus burocracias gubernamentales, al gobierno español. Tan elevada es tal capacidad que no es descabellado pensar que la fase prelegislativa empiece y acabe, sustancialmente, con una reunión de un grupo de presión con un presidente del gobierno. Esta cuestión la podemos ilustrar con algún botón de muestra de actualidad. Este

93 Aunque también hay que tener en cuenta que la intervención penal “de baja intensidad” para los “manteros” sintoniza más o menos con las posiciones de los grupos de presión, como hemos visto anteriormente. Adicionalmente, la criminalización expresa del “top manta” por dicha reforma penal podría haber tenido un efecto punitivo expansivo, aun como tipo atenuado, en la medida en que tendría por virtud cerrar la posibilidad interpretativa de la atipicidad de estas conductas, por la aplicación del principio de subsidiariedad, o del de fragmentariedad, como venía reclamando cierto sector doctrinal y jurisprudencial. Así, especialmente, MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009), 14-19; LA MISMA (2014), 11-14; CASTIÑEIRA PALAU-ROBLES PLANAS (2007), 9-14.

94 Sobre estos fenómenos, véase DÍEZ RIPOLLÉS (2003), 34-41.

95 Véase *Ibidem*, 41-42.



botón de muestra se llama *Christopher Dodd*. ¿Quién es *Christopher Dodd*? Pues fue senador demócrata estadounidense, estando en activo políticamente desde el año 1981 hasta el 2011. Se presentó a la candidatura de la presidencia del gobierno en 2008, perdiendo y retirándose posteriormente. En 2011 deja su puesto como senador y es elegido presidente de la MPAA (*Motion Picture Association of America*, en español se podría traducir como Asociación Cinematográfica de EEUU). Fue uno de los principales impulsores de las polémicas PIPA y SOPA estadounidenses, proyectos de ley ambos que endurecían notablemente la legislación sobre propiedad intelectual. En concreto, el último de ellos penalizaba el “*streaming*”, aunque finalmente la votación de ambos proyectos haya sido aplazada *sine die*<sup>96</sup>. Pues bien, reconstruyendo cronológicamente hitos importantes en la presente reforma de los delitos contra la propiedad intelectual, señalaremos los siguientes datos relevantes:

El 11 de octubre de 2012, el Gobierno aprueba el Anteproyecto de Código Penal, en el que no se opera ningún cambio significativo respecto al régimen anterior en materia de propiedad intelectual, más allá de la eliminación de la falta del 623.5 CP, y ello en el contexto de la eliminación de las faltas en general como categoría delictiva, más que como respuesta específica en relación con los delitos contra la propiedad intelectual<sup>97</sup>.

El anteproyecto recibe el informe del Consejo Fiscal el 20 de diciembre de 2012. En dicho informe se recomienda la creación de tipos penales específicamente pensados para las conductas de enlazar a contenidos de internet que infringen los derechos de autor, aconsejando tipificar genéricamente en el art. 270 CP la conducta de “facilitar el acceso” a las obras para que la actividad de enlazar a páginas de descarga quede abarcada por el tipo<sup>98</sup>. El Consejo General del Poder Judicial emite su informe el 6 de enero de 2013 y, aunque se pronuncia sobre aspectos de propiedad intelectual e industrial, no hace consideraciones que interesen en este trabajo.

El 22 de enero de 2013, *Christopher Dodd* se reúne en secreto con el Presidente del Gobierno español, Mariano Rajoy, según consta en información en prensa<sup>99</sup>.

96 PIPA y SOPA son abreviaturas, respectivamente, de *Protect Intellectual Property Law Act* y *Stop Online Piracy Act*. El propio *Christopher Dodd* achacó su fracaso a que “la industria” perdió su capacidad de comunicación con la gente. Véase *L.A. Times* <http://articles.latimes.com/2012/feb/25/opinion/la-oe-morrison-christopher-dodd-20120224> (última visita 23 de agosto de 2014).

97 Por lo que se refiere a la propiedad industrial, la nota de prensa al anteproyecto simplemente decía “en los delitos contra la propiedad industrial se diferenciará la responsabilidad penal de importadores y distribuidores mayoristas. Estos verán agravada su pena, mientras que a los distribuidores minoristas y vendedores al público se les atenuará proporcionalmente a su responsabilidad”. Puede obtenerse en línea en el siguiente enlace:

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288777317612/Detalle.html> (última visita 21 de agosto de 2014). En cuanto a cómo se plantea la supresión de las faltas en la reforma penal en curso, véase FARALDO CABANA (2014).

98 Véanse las páginas 261-264 del Informe del Consejo Fiscal, en Jueces para la Democracia: <http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONS EJO%20FISCAL.pdf> (última visita 21 de agosto).

99 Véanse *El Diario*: [http://www.eldiario.es/sociedad/Rajoy-secreto-mpaa-EEUU-sinde-lobby\\_0\\_94140832.html](http://www.eldiario.es/sociedad/Rajoy-secreto-mpaa-EEUU-sinde-lobby_0_94140832.html) (última visita el 21 de agosto de 2014); *ABC*:

Poco después, el texto del Anteproyecto es modificado, antes de ser enviado al Consejo de Estado para que emitiese el preceptivo dictamen, lo que se hizo el 5 de abril de 2013<sup>100</sup>. En esta segunda versión del texto sí que descubrimos un sorprendente y profundo replanteamiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, introduciendo múltiples y novedosas figuras delictivas, de entre las cuales merecen ser destacadas la criminalización de la conducta de enlazar a descargas ilegales de obras intelectuales y la sustitución del elemento subjetivo del “ánimo de lucro” por alusiones al “beneficio económico directo e indirecto”. Ni el Consejo General del Poder Judicial ni el Consejo Fiscal pudieron pronunciarse sobre dichas propuestas de reforma en sus informes, ya que a las fechas en las que éstos fueron evacuados solo estaba disponible la primera versión del Anteproyecto, donde no se contenía más que una reforma penal de poco calado, atinente sobre todo a los delitos contra la propiedad industrial. Ello resulta preocupante, ya que en la práctica ha supuesto sortear el trámite de informe preceptivo del CGPJ y del Consejo Fiscal en lo que toca a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, así como a otros aspectos penales que también sufrieron cambios en esta versión modificada del anteproyecto<sup>101</sup>.

Posteriormente, el 20 de septiembre de 2013, fue aprobado el Proyecto de reforma de Ley Orgánica del Código Penal en Consejo de Ministros sin variación sustancial respecto al núcleo de las conductas perseguidas en la versión “2.0” del anteproyecto, aunque sí respecto a la redacción típica concreta<sup>102</sup>. ¿Qué parte de

<http://www.abc.es/cultura/20130125/abci-pirateria-rajoy-hollywood-christopher-201301241744.html> (inaccesible en la última visita el 21 de agosto de 2014, accesible a través de la web *archive.org* en: <https://web.archive.org/web/20130126024515/http://www.abc.es/cultura/20130125/abci-pirateria-rajoy-hollywood-christopher-201301241744.html> (última visita 21 de agosto de 2014).

100 Puede obtenerse el texto en *RTVE*:

[http://www.rtve.es/contenidos/tec/Texto\\_enviado\\_al\\_Consejo\\_de\\_Estado\\_%285\\_abril\\_2013%29.PDF](http://www.rtve.es/contenidos/tec/Texto_enviado_al_Consejo_de_Estado_%285_abril_2013%29.PDF) (última visita 21 de agosto de 2014).

101 Véase la crítica del Consejo de Estado en su propio informe (Dictamen CE-D-2013-358, de 27 de junio de 2013), con consideraciones hechas al hilo de otros aspectos distintos de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial pero igualmente extrapolables a éstos: “el Consejo de Estado no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que esta importante parte de la reforma proyectada no haya sido informada por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. De ello resulta que la modificación del vigente régimen legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido en una versión del Anteproyecto posterior a la que fue sometida a informe de dichos órganos que, en consecuencia, no han podido expresar sus puntos de vista al respecto, lo que resulta claramente criticable. Lo anterior constituye una relevante omisión en el procedimiento que el Consejo de Estado debe reprobar, y que el propio Tribunal Supremo ha censurado recientemente (cierto es que en el contexto del procedimiento de elaboración de un Real Decreto, y en relación con la intervención de este Consejo) en su sentencia de 21 de mayo de 2013”.

102 A su vez, la redacción definitiva del art. 270 CP tras la reforma efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cambia, en algunos aspectos no sustanciales, el texto del Proyecto de 2013. No es este el lugar propicio para examinar con detalle la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual, aunque, como acabo de comentar, entre la versión corregida del Anteproyecto y la del Proyecto final median diferencias de redacción significativas. Por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado (Dictamen CE-D-2013-358, de 27 de junio de 2013) aconsejó acotar mejor la nueva conducta típica de enlazar a descargas ilegales, alegando que “no debería penalizarse sin más por el mero hecho de enlazar a otros sitios web, sino que deberían limitarse los tipos penales a la sanción de aquellas conductas cuya “principal activi-

esta reforma no anunciada tiene que ver con la visita de *Dodd* a *Rajoy* y qué parte tiene que ver con las sugerencias del Consejo Fiscal? ¿Qué ha ocurrido entre la versión original del Anteproyecto y su posterior modificación que pueda justificar un giro políticocriminal semejante? No podemos saberlo, ya que no disponemos de cables sobre ello, aunque por otras filtraciones que sí conocemos y enseguida veremos resumidas, es razonable concluir que el tema penal en relación con la propiedad intelectual haya estado presente en las conversaciones entre los grupos de presión y los agentes políticos españoles. El diario *ABC* publicó, el 25 de enero de 2013, una entrevista con el mencionado *Dodd*, en la que, preguntado por lo que había hablado con el Presidente del Gobierno, respondió:

*“Hablamos específicamente sobre la Comisión de Propiedad Intelectual. Respeto mucho el trabajo que están haciendo y, por eso, lo primero que hice fue darle las gracias porque fue él quien aprobó la legislación contra la piratería. También hablamos de las medidas que podrían ponerse en marcha para que la ley fuera más efectiva”*<sup>103</sup>.

Nada en concreto sobre derecho penal. Sin embargo, lo cierto es que menos de un mes después de tal reunión ya se sabía que se iban a perseguir penalmente las páginas que enlazaban a descargas ilegales. Este conocimiento lo tuvimos gracias a la filtración de un documento con aspecto de memoria procedente de alguna instancia gubernamental indeterminada. Tal filtración la realizó la *Asociación de Internautas*, y en el aludido documento se muestra claramente como un objetivo prioritario la modificación del código penal para criminalizar los enlaces a descargas ilegales<sup>104</sup>. El propio documento es, sin embargo, confuso en cuanto a sus orígenes, pues aunque la comentada asociación expone que el documento se corresponde con la reforma de la Ley de propiedad intelectual, lo cierto es que el borrador mezcla cuestiones civiles con las penales, y éstas últimas nunca entrarían a formar parte de una ley de propiedad intelectual, por lo menos en España<sup>105</sup>, por lo que debe de tratarse de algún otro instrumento de trabajo, probablemente proveniente del Ministerio de Cultura.

dad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización (...)En este contexto, debería analizarse el tipo penal contenido en el párrafo segundo del proyectado artículo 271 puesto que, como se ha referido, es un tipo muy abierto si se quiere evitar, como parece que hace la LPI, que aquellos buscadores que se dedican fundamentalmente a la redirección a otros enlaces, pero que no basan su negocio en violentar derechos de propiedad intelectual, puedan ser castigados penalmente”. Sobre los diferentes textos de la reforma, véase Anexo I a este trabajo.

103 Véase *ABC*, *supra*, nota 95.

104 Puede consultarse el supuesto “borrador de la Ley de Propiedad intelectual” en este enlace: [http://www.internautas.org/archivos/mod\\_LPI\\_2013.pdf](http://www.internautas.org/archivos/mod_LPI_2013.pdf) (última visita 21 de agosto de 2014).

105 Véase la revelación en <http://www.internautas.org/html/7428.html>. Aunque la noticia tiene fecha de 22 de marzo de 2013, realmente fue publicada el 22 de febrero de 2013. Véase la noticia original en *archive.org*: <https://web.archive.org/web/20130224141506/http://www.internautas.org/html/7428.html>. También *El Mundo*: <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/22/navegante/1361532720.html> (última visita 21 de agosto de 2014 en todos los casos).

Por su parte, la nota de prensa de Moncloa que acompaña a la aprobación del posterior proyecto se muestra tranquilizadora, apresurándose a explicar que no va a perseguirse penalmente a usuarios de redes p2p. Creo que es conveniente su entera transcripción, resaltando en negrita aquellos aspectos más relevantes:

*“La regulación pretende lograr un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías. Lo que se persigue es la explotación económica, reproducción, plagio, distribución y comunicación pública de una obra, sin autorización de los titulares, **con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto (a través de publicidad, por ejemplo), así como facilitar el acceso a la localización de obras o prestaciones protegidas en Internet.***

*Se tipifica expresamente la facilitación de medios para suprimir o neutralizar las medidas tecnológicas utilizadas para proteger la propiedad intelectual.*

*El objetivo es perseguir las páginas que permiten la obtención de un listado de enlaces a través de las que se puede acceder ilícitamente a obras protegidas por los derechos de autor. **En ningún caso se actuará contra usuarios o buscadores neutrales, ni contra los programas P2P que permiten compartir contenidos.***

*Se mantienen las penas mínimas previstas, pero las conductas más graves podrán ser sancionadas hasta con seis años de prisión, al haberse apreciado una desproporción de penas al comparar éstos con otros delitos que también atentan contra la propiedad.*

*Por su parte, en los delitos contra la propiedad industrial se diferenciará la responsabilidad penal de importadores y distribuidores mayoristas. Éstos verán agravada su pena, mientras que a los distribuidores minoristas y vendedores al público se les atenuará proporcionalmente en función de su responsabilidad. En el caso de los conocidos como "manteros" las penas en las que podrían incurrir son idénticas a las actuales.”*

La persecución penal de usuarios piratas sin ánimo comercial es el caballo de batalla de Estados Unidos con España, aunque fuentes diplomáticas del primer país mencionado reconozcan que en ningún país europeo se ha encarcelado todavía a los piratas domésticos<sup>106</sup>. Por tanto, esta nota de prensa es políticamente incorrecta de cara a Estados Unidos, y pretende tener el efecto contrario entre la ciudadanía española. Sin embargo, hay algunos aspectos de la reforma que, más allá de las palabras, suscitan lógica inquietud, y por ello deben ser tenidos en cuenta.

Para empezar, la mención “al beneficio directo e indirecto” en los nuevos delitos

<sup>106</sup> Véase cable en *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862_850215.html) (última visita 21 de agosto de 2014).

contra la propiedad intelectual e industrial se amolda muy bien a las pretensiones politicocriminales que EEUU siempre tuvo para España, ya que “beneficio indirecto” podría incluir lo que uno no paga por descargar obras pirateadas como usuario. Esto nos mete de lleno en el ámbito de la criminalización de la piratería doméstica. La alusión a los “beneficios directos o indirectos” es precisamente una técnica de tipificación que EEUU viene exportando al mundo en sus acuerdos bilaterales de comercio, así como en el ya analizado TPP. Y allí, en esos acuerdos, sí se especifica que la “ganancia financiera indirecta” incluye conductas cometidas sin ánimo comercial, esto es, la piratería común o doméstica. La nota que acompaña a la aprobación del proyecto nos proporciona un ejemplo: las ganancias por publicidad. Sin embargo, un ejemplo no es *a priori* suficiente para convencernos de que el nuevo tipo del art. 270.1 diga otra cosa diferente a la que, efectivamente, dice.

Hay, con todo, dos datos que apuntan a desmentir que los nuevos delitos se apliquen a “piratas domésticos”. Primero, lo que el gobierno dice en la nota de prensa del proyecto: que no va contra usuarios piratas, incluidos los que utilizan redes p2p. En segundo lugar, parece claro que la redacción del texto de la reforma se ha hecho con la intención de perseguir exclusivamente a las conductas de enlazar a obras protegidas cometidas con ánimo comercial y no las conductas de usuarios que meramente descargan obras pirateadas de internet. En este sentido, debe tenerse presente que un sector importante de las Audiencias Provinciales viene afirmando que, en los delitos contra la propiedad intelectual, el elemento del tipo del ánimo de lucro, incluso entendido estrictamente como “ánimo comercial” -tal y como sostiene la fiscalía general del estado- no concurre cuando solamente existen ingresos por publicidad (lo que suele ser el caso de las páginas de enlaces), exigiéndose pues un ánimo de lucro *directo*, que solo se manifiesta cuando, a cambio de la descarga de una obra, se exige una contraprestación. Los beneficios por publicidad se vienen entendiendo mayoritariamente, pues, como ánimo de lucro *indirecto* y, por tanto, esos supuestos serían atípicos de acuerdo con dicha interpretación<sup>107</sup>. La

107 Sobre este problema, en el que no puede detenerme ahora por razones de espacio, véase el excelente y completo análisis de PEGUERA POCH (2012). Un sector de la doctrina penalista española considera, sin embargo, que los ingresos indirectos por publicidad constituyen ánimo de lucro a los efectos del tipo del art. 270.1 CP. Así, a favor de la tipicidad en estos casos, MIRÓ LLINARES (2005), 185; DE NOVA LABIÁN (2010), 204-205; FERNÁNDEZ TERUELO (2007), 100-101; RODRÍGUEZ MORO (2012), 427-430, aunque matizando que en los casos de web de enlaces a obras protegidas cuyos administradores o gestores reciben ingresos por publicidad, las conductas son atípicas no por falta de concurrencia de ánimo comercial, sino porque el que establece los enlaces a obras protegidas no realiza, ni una reproducción, ni una comunicación pública de una obra (en igual sentido, véase EL MISMO (2012:2), 82-84. De acuerdo con esto último GÓMEZ TOMILLO (2012), 47-50, apostando, aun con límites, por una criminalización de las conductas de enlazar a contenidos protegidos por derecho de autor en pp. 58 y ss. El texto definitivo del art. 270.1 CP, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, admitiría la tipicidad de dichos comportamientos incluso si los enlaces no son considerados comunicación pública de una obra, ya que se refiere indeterminadamente a cualquier acto de explotación de una obra, del que la comunicación, la reproducción, la distribución, el plagio o la transformación serían ahora simples ejemplos. Véase la evolución del texto de la reforma en el *Anexo* al presente trabajo. Mantiene la tesis de la atipicidad de estos comportamientos GÓMEZ RIVERO (2012), 132-133, aun con la matización de que, del tenor literal del art. 270.1 CP, más

reforma planteada respecto al art. 270, que sustituye la mención del “ánimo de lucro” por la de “beneficio directo o indirecto”, parece estar por tanto dirigida expresamente a atajar este problema.

Es muy difícil hacer predicciones certeras sobre quiénes serán los destinatarios finales de estos nuevos delitos contra la propiedad intelectual. En mi opinión, se puede afirmar que, al menos de momento, ni una nota de prensa ni la más que probable voluntad actual del legislador de perseguir solamente a los administradores o gestores de páginas de enlaces que reciben ingresos por publicidad, tienen la suficiente aptitud para generar seguridad jurídica al respecto. Además, y como antes comentaba, el que en la nota de prensa de Moncloa los ingresos por publicidad se mencionen simplemente como un ejemplo de lo que sea “beneficio indirecto”, refuerza esa impresión. Con todo, es probable que esos otros ejemplos de beneficio indirecto que pudieran concurrir se inserten al menos en un “contexto comercial”, como el caso de la comunicación pública no autorizada de obras protegidas en establecimientos hosteleros como forma de potenciar la clientela, o la instalación de copias piratas de programas en equipos informáticos con el mismo propósito. De cualquier modo, no cabe duda de que en el texto de la reforma se percibe con mayor claridad la tipicidad de comportamientos cuya tipicidad ha sido bastante discutida hasta la fecha<sup>108</sup>.

Finalmente, no podemos olvidar que la Circular de la FGE 1/2006, por lo que se refiere a la ya referida interpretación del elemento del tipo del ánimo de lucro del art. 270.1 CP, molesta mucho a EEUU. Dicho país, al sacarnos -en 2012- de las “listas negras” de “países piratas” que confecciona su departamento comercial, nos despedía con una reprimenda dirigida precisamente a esa Circular, y más precisamente a la parte en la que se “descriminalizaba” el p2p. Por si ello no fuera suficientemente ilustrativo, enseguida haremos referencia a cables revelados por *Wiki-leaks* que evidencian que derribar la circular de la fiscalía general del estado es un objetivo prioritario de EEUU. La nueva redacción del tipo penal del art. 270.1 CP puede tener por efecto tumbar esa circular. En este sentido, el elemento del “ánimo de lucro” ha sido liquidado en la reforma del código penal de 2015, y sustituido por vocablos en sintonía con las pretensiones -y el “estilismo legal”- de Estados Unidos. De esta suerte, la comentada circular se convierte en papel mojado en este aspecto. Habrá que esperar a conocer la previsible nueva circular de la fiscalía que se encargue de interpretar los términos “beneficio directo o indirecto” para saber a qué atenernos en este punto.

bien pudiera desprenderse lo contrario.

108 Véase RODRÍGUEZ MORO (2012), 430-432, aludiendo a estos ejemplos para descartar su tipicidad; GÓMEZ RIVERO (2012), 132-133. En cambio, piensa que ya con la actual regulación tales comportamientos son típicos MIRÓ LLINARES (2003), 441-443; EL MISMO (2005), 183-186; con la regulación del antiguo código penal, GÓMEZ BENITEZ-QUINTERO OLIVARES (1988), 127, se mostraron a favor de incluir los genéricamente los beneficios indirectos en el concepto de ánimo de lucro.

### 3.6. *Mecanismos concretos de presión a España en la política criminal de la propiedad intelectual: lo que sabemos por los cables de Wikileaks*

Hemos escogido un ejemplo de máxima actualidad para ilustrar cómo un anteproyecto podría verse afectado por la intervención directa de poderosos grupos de presión, aunque desde mediados de 2000 existe un amplio historial de reuniones entre representantes políticos y de la industria estadounidenses, y agentes políticos españoles, cuyo objetivo principal fue el endurecimiento de la legislación sobre propiedad intelectual. Este historial es de sobra conocido gracias a los cables que *Wikileaks* puso a disposición del diario *El País*<sup>109</sup>. En algunos de esos cables, con origen en la embajada estadounidense en Madrid, el tema de la reforma penal estuvo claramente en el candelero. Veamos algunos ejemplos, cronológicamente expuestos:

-En un cable de 3 de marzo de 2004, la embajada estadounidense muestra como punto positivo que el gobierno español haya reformado el código penal para endurecer las penas en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial –en referencia a la reforma penal de 2003–, así como el hecho de que haya formado a jueces y educado al consumidor en temas de propiedad intelectual. El tema de la reforma penal es recurrente en dicho cable y, para la embajada de EEUU, dicha reforma muestra que el gobierno español tiene la voluntad de luchar contra la piratería. Este esfuerzo políticocriminal parece ser el causante de que España no estuviese en 2004 en la lista negra de países piratas<sup>110</sup>.

-Cable del 23 de febrero de 2005, donde se muestra como la embajada de EEUU se reunió con *María Teresa Fernández de la Vega* para pedirle un endurecimiento de la legislación de propiedad intelectual. Al parecer, la ex-Vicepresidenta del Gobierno se reunió con “una asociación local de la industria” y explicó a la emba-

109 Véase un cronograma de dichas reuniones en el enlace: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/media/1291346345\\_720215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/media/1291346345_720215.html) (última visita 20 de agosto de 2014). En uno de los cables, además, se muestra que no era la primera vez que *Mariano Rajoy* conversaba con un representante de la MPAA, ya que en 2010 recibió una llamada de *Dan Glickmann*, entonces presidente de la MPAA, explicándole el último su preocupación por las descargas ilegales. Véase el cable en *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367866\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367866_850215.html) (última visita 21 de agosto de 2014). Tampoco sería la última. Poco después de la aprobación del Proyecto de ley orgánica de reforma del código penal, *Christopher Dodd* volvió a reunirse, en noviembre de 2013, con *Mariano Rajoy* en Moncloa, siendo esa reunión pública, al contrario de lo que ocurrió la vez anterior. Véase: <http://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/paginas/2013/181113-rajoycine.aspx/> (última visita 21 de agosto de 2014). De acuerdo con la información oficial de Moncloa, esa reunión había tenido por objeto, entre otros, “la actividad legislativa en el terreno de la propiedad intelectual”. Además, sabemos que, siendo todavía senador, *Dodd* se había reunido también con el entonces Presidente del Gobierno, *José Luis Rodríguez Zapatero*, en 2010, aunque no consta que la propiedad intelectual estuviera entre los temas a tratar en esa fecha. Véase: <http://www.lamoncloa.gob.es/multimedia/fotos/presidente/Paginas/Imagen.aspx?img=4F6872CC EAEB4CEE93248325F207C808> (última visita 21 de agosto de 2014).

110 Véase un extracto del cable en *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367858\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367858_850215.html) (última visita 6 de noviembre de 2014).

jada que el asunto era difícil de tratar, en la medida en que la población española no era consciente de que “el robo de propiedad intelectual era malo, no digamos ya un delito”. Problemas de actitudes punitivas aparte, aunque la embajada muestra que como consecuencia de la reforma penal de 2003 ya se podía proceder de oficio por los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, parece desanimarle un no muy intenso compromiso de los jueces españoles para castigar estos delitos. Eso sí, la -en su opinión- preferencia de los artistas por el PSOE fue motivo de esperanza para que la legislación de propiedad intelectual tomara el rumbo deseado. Proponía la embajada dar un margen de confianza al nuevo gobierno, y por ello no meternos en la estigmatizante “lista 301”<sup>111</sup>.

-Cable de 18 de noviembre de 2005, donde se da cuenta de reuniones mantenidas por la entonces ministra de cultura, *Carmen Calvo*, y los grupos de presión españoles de la industria. Según el cable, la ex-ministra hace alusión a una información de la policía española según la cual la piratería de derechos de autor deja más beneficios que el tráfico de drogas<sup>112</sup>.

-Cable de 28 de noviembre de 2007, donde se recuerda la circular de la fiscalía general del estado que “descriminaliza” las descargas ilegales por no haber “ánimo de lucro”, tal y como ese elemento del tipo es interpretado<sup>113</sup>.

-Cable del 25 de febrero de 2008, donde se vuelve a insistir en el tema de la circular de la fiscalía general del estado. En este caso, vemos además presiones de la embajada, así como de la oficina estadounidense de patentes y marcas, a diversos agentes españoles importantes, como el Secretario de Estado de Justicia o el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, para discutir el tema de la circular. Asimismo, se llama la atención sobre nuestra “ternura penal” con la delincuencia contra la propiedad intelectual e industrial, ya que al parecer soltamos a los delincuentes muy pronto a pesar de los esfuerzos de la policía española. El problema está pues en los jueces y en las leyes penales.

Dicho cable también es muy ilustrativo de cómo nuestros grupos de presión inciden de forma muy relevante en la toma de decisiones de Estados Unidos en la materia. Así, por ejemplo, se muestra que la asociación cinematográfica estadounidense (MPAA) considera a la Federación Antipiratería (FAP) española como grupo de contacto y colaboración, de la misma forma que la asociación de la industria discográfica estadounidense (RIAA) hace lo propio con la asociación española *Promusicae*. Por este cable sabemos que el entonces presidente de la FAP, *José Manuel Tourné*, recomienda que España pase a estar en la lista de vigilancia priori-

111 Cable de *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367859\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367859_850215.html) (última visita 20 de agosto de 2014).

112 Cable de *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367860\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367860_850215.html) (última visita 20 de agosto de 2014).

113 Cable de *El País*: [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367861\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367861_850215.html) (última visita 20 de agosto de 2014).



taria en el siguiente “informe 301” de la USTR, además de explicitar su posición a favor de una reforma del código penal dirigida a la piratería en internet. Por su parte, *Pedro Farré*, de la SGAE, recomendó que nos metieran en la lista de vigilancia “normal”. En cambio, los representantes españoles de la asociación estadounidense del negocio de programas de ordenador (*BSA*<sup>114</sup>) y de la empresa *Microsoft*, no recomendaron nuestra entrada en lista de vigilancia alguna<sup>115</sup>. En general, ello indica que los grupos de presión españoles tendrían un poder efectivo de influencia en los gobiernos españoles, cuyo objetivo claro siempre ha sido salir/no entrar en las comentadas listas.

#### 4. Conclusiones

En este trabajo se ha pretendido aplicar la visión “macroscópica” de la política criminal de la propiedad intelectual, para después contemplar su fenomenología en el caso concreto de España. Hemos podido constatar los mecanismos de toma de decisiones, los grupos de presión que intervienen y la forma en que lo hacen. Y también hemos podido comprobar que los intentos de globalizar una política criminal de la propiedad intelectual son bastante anteriores a la aparición de los problemas para los derechos de autor derivados de la difusión de internet entre la población mundial. Si la gestación de los ADPIC supuso la primera piedra en este proceso de globalización, hay que reconocer asimismo que los ADPIC sentaron un estándar mínimo de protección penal al que se ha dejado descansar durante prácticamente dos décadas. A ese estándar han sucedido enérgicos intentos por reforzar la protección penal de la propiedad intelectual e industrial a escala global, que comienzan hacia mediados de 2000 y que están teniendo todo su apogeo en la actualidad. Analizar este proceso se ha revelado como imprescindible para entender algunas de las claves de nuestra política criminal interna.

Respecto a este último tema, hemos podido verificar que la fase prelegislativa del llamado modelo dinámico legislativo penal se desenvuelve de forma peculiar en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, o al menos de forma muy diferente a como ocurre en la llamada delincuencia callejera. Pese al interés que a mi juicio revestía examinar tal modelo en nuestro ámbito delictivo concreto, subetapa por subetapa, no puede olvidarse que los factores globales anteriormente examinados pueden contribuir a eliminar la complejidad de dicha fase: quizá para que tengamos una reforma de los delitos contra la propiedad intelectual todo lo que basta es, al fin y al cabo, una reunión (o unas cuantas reuniones), puenteando de esta forma todas las subetapas por las que se supone ha de pasar la fase prelegislativa hasta llegar a la fase legislativa.

114 Siglas en inglés de *Business Software Alliance*.

115 Cable de *El País* [http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862\\_850215.html](http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862_850215.html) (última visita 21 de agosto de 2014).

Termino este trabajo con la expectativa de que sus aptitudes descriptivas y las reflexiones que plantea puedan ser incorporadas al debate sobre la legitimidad de la toma de decisiones en materia penal en relación con los temas de propiedad intelectual.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- José BECERRA MUÑOZ (2013): *La toma de decisiones en política criminal*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1997): “El derecho de autor en el Acuerdo TRIPs”, en Carlos María CORREA (Director): *Propiedad intelectual en el GATT*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires.
- Michael BLACKENEY (1996): *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement*. Sweet & Maxwell. London.
- Alberto CASADO CERVIÑO-Begoña CERRO PRADA (1997): “Orígenes y alcances del Acuerdo TRIPs. Incidencia en el derecho español”, en Carlos María CORREA (Director): *Propiedad intelectual en el GATT*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires.
- María Teresa CASTIÑEIRA PALAU,- Ricardo ROBLES PLANAS (2007): “¿Cómo absolver a los “top manta”? Panorama jurisprudencial”, en *InDret*, pp. 1-15.
- COMISIÓN EUROPEA (2014:1): *Transatlantic Trade & Investment Partnership: Chief Negotiator’s Briefing to Stakeholders*, disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/august/tradoc\\_152720.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/august/tradoc_152720.pdf) (última visita 19 de Agosto de 2014).
- COMISIÓN EUROPEA (2014:2): *Transatlantic trade & Investment Partnership: Stakeholders Presentations Event*, disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc\\_152668.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/july/tradoc_152668.pdf) (última visita 19 de Agosto de 2014).
- Manuel CUADRADO GARCÍA-María José MIQUEL ROMERO (2007): “Actitud y ética hacia la piratería musical: un análisis exploratorio”, en *Decisiones basadas en el conocimiento y en el papel social de la empresa*. XX Congreso anual de AEDEM. Palma de Mallorca.
- Alberto José De NOVA LABIÁN (2010): *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet*. Dykinson. Madrid.
- José Luis Díez RIPOLLÉS (2003): *La racionalidad de las leyes penales*. Trotta. Madrid.
- Peter DRAHOS-John BRAITHWAITE (2002): *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?* Earthscan. London.
- Graham DUTFIELD- Uma SUTHERSANEN (2008): *Global intellectual Property Law*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA).
- Patricia FARALDO CABANA (2014): “La despenalización de las faltas: entre la agravación de las penas y el aumento de la represión administrativa”, en *InDret*, 3/2014, pp. 1-32.
- Javier Gustavo FERNÁNDEZ TERUELO (2007): *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de Internet*. Constitutio Criminalis Carolina.
- GFK (2014): *Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales 2013*, disponible en: <http://www.cedro.org/docs/default-source/textos-de-inter%C3%A9s/observatorio-pirateria2013.pdf?sfvrsn=6> (última visita 08-08-2014).
- José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ-Gonzalo QUINTERO OLIVARES (1988): *Protección penal de los derechos de autor y conexos*. Civitas. Madrid.

- M<sup>a</sup> del Carmen GÓMEZ RIVERO (2012): *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Manuel GÓMEZ TOMILLO (2012): “Megaupload y la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo tiempo, una propuesta político-criminal sobre los proveedores de enlaces”, en *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, nº 41 (pp. 37-62).
- Louis HARMS (2012): *The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Study*. 3rd Edition. World Intellectual Property Organization (WIPO). Ginebra.
- IIPA (2014): *2014 Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement: Spain*. Disponible en <http://www.iipa.com/rbc/2014/2014SPEC301SPAIN.PDF> (última visita 14 de Agosto de 2014).
- Meredith Kolsky LEWIS, (2011): “The Trans-Pacific Partnership: New paradigm or Wolf in Sheep’s Clothing?”, en *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 34 (pp. 27-52).
- Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA (2009): “Inmigración, derechos humanos y política criminal. ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, en *Indret* (pp. 1-44).
- Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA (2014): “La “manta” y la hospitalidad en el código penal que nos amenaza”, en *E-Prints Complutense*, disponible en: [http://eprints.ucm.es/24184/1/LA\\_MANTA\\_Y\\_LA\\_HOSPITALIDAD\\_en\\_el\\_C%C3%B3digo\\_penal\\_que\\_nos\\_amenaza\\_%281%29.pdf](http://eprints.ucm.es/24184/1/LA_MANTA_Y_LA_HOSPITALIDAD_en_el_C%C3%B3digo_penal_que_nos_amenaza_%281%29.pdf) (última visita 25 de agosto de 2014).
- Fernando MIRÓ LLINARES (2003): *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson. Madrid.
- Fernando MIRÓ LLINARES (2005): *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Fundación Autor.
- OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS VULNERACIONES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL (2013): *IP Perception Study. Comparison European /Country Figures: Spain*, disponible en [https://oami.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document\\_library/observatory/documents/IPPerceptionStudy/table\\_pdf/SPAIN.pdf](https://oami.europa.eu/tunnelweb/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPPerceptionStudy/table_pdf/SPAIN.pdf) (última visita 22 de agosto de 2014).
- Miguel PEGUERA POCH (2012): “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”, en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, nº 42 (pp. 1-54).
- Rafael PÉREZ MIRANDA (1997): “Marco internacional del régimen jurídico de la propiedad industrial en México”, en Carlos María CORREA (Director): *Propiedad intelectual en el GATT*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires (pp. 201-243).
- Pablo RANDO CASERMEIRO (2012): “La piratería doméstica como delito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 107.
- Samuel RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2013): “La ¿evaluación? de las normas penales en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-07, pp. 1-43.
- Luis RODRÍGUEZ MORO (2012:1): *Tutela penal de la propiedad intelectual*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Luis RODRÍGUEZ MORO (2012:2): “La protección penal de la propiedad intelectual en Internet: intercambio de archivos P2P, webs con enlaces a ellas y webs con enlaces a páginas de descarga de archivos”, en Fernando PÉREZ ÁLVAREZ (editor): *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales*. Memorias del II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales. Aquilafuente. Salamanca.
- Susan SELL: (2003): *Private Power, Public Law. The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge University Press. 2003.

- Susan SELL (2011): “TRIPs was never enough: vertical forum shifting, FTAs, ACTA and TPP”, en *Journal of Intellectual Property Law*, vol. 18, pp. 448-478.
- UNCTAD-ICSTD PROJECT ON IPR AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2005): *Resource Book on TRIPs and Development*. Cambridge University Press. Cambridge. New York. Melbourne. Madrid. Cape Town. Singapur. Sao Paulo.
- USTR (2014): *2014 Special 301 Report*. Disponible en <http://www.ustr.gov/sites/default/files/USTR%202014%20Special%20301%20Report%20to%20Congress%20FINAL.pdf> (última visita 14 de agosto de 2014).
- Sasha VANDER- Christian STEIBÜRGER (2013): “Strafverfahren, Strafen und sanktionen“ (pp. 793-799), en Busche, Jan-Stoll, Peter-Tobias-Wiebe, Andreas (editores): *TRIPs. Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentum*. Kommentar. 2 Auflage. Carl Heymanns Verlag. Köln.
- WIKILEAKS (2013:1): *Secret TPP treaty: Advanced Intellectual Property chapter for all 12 nations with negotiating positions*. Disponible en <https://wikileaks.org/tpp/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf> (última visita 14 de agosto de 2014).
- WIKILEAKS (2013:2): *TPP Salt Lake Positions*. Disponible en <https://wikileaks.org/IMG/pdf/tpp-salt-lake-positions.pdf> (última visita 14 de agosto de 2014).

#### ANEXO. Tabla comparativa de la reforma penal en curso de los delitos contra la propiedad intelectual (resaltadas en negrita las modificaciones más relevantes)

Artículo 270 según el Anteproyecto original	Art 270 según el Anteproyecto “2.0”	Artículo 270 según el Proyecto
<p>«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.</p> <p>No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurre ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.»</p> <p><i>(el resto de los apartados del código penal quedaba sin tocar, por lo que no se transcriben)</i></p>	<p>«1. Será castigado con una pena de prisión de <b>uno a cuatro</b> años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un <b>beneficio directo o indirecto</b>, y en perjuicio de tercero, <b>distribuya o comercialice al por mayor</b> una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.</p> <p>2. Será castigado con una pena de <b>seis meses a tres años</b> de prisión el que, con ánimo de obtener un <b>beneficio directo o indirecto</b>, y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o <b>comercialice al por menor, facilite el acceso</b> o comunique públicamente en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.</p> <p>En los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la <b>distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional</b> se castigará con una pena de prisión de <b>seis meses a dos años</b>. La misma pena se impondrá, en los mismos casos, <b>cuando se facilite el acceso a</b></p>	<p>«1. Será castigado con la pena de prisión de <b>seis meses a cuatro</b> años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un <b>beneficio económico directo o indirecto</b> y en perjuicio de tercero, <b>explote económicamente</b>, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, una obra o <b>prestación</b> literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.</p> <p>La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, <b>facilite el acceso o la localización</b> de obras o prestaciones protegidas ofrecidas ilícitamente en Internet, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, siempre que cumplan cumulativamente las siguientes condiciones:</p> <p>1.º) Participe adquiriendo conocimiento o control de los medios por los que se facilite el acceso o la localización de las obras o prestaciones ofrecidas ilícitamente, en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas;</p>

	<p><b>terceros de un modo meramente ocasional.</b> No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.</p> <p>3. Serán castigados con las penas previstas en los dos apartados anteriores, en sus respectivos casos quienes:</p> <p>a) Exporten o almacenen ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado uno de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.</p> <p>b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.</p> <p>c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.</p> <p>d) Con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.</p> <p>4. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio <b>principalmente</b> concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.”</p>	<p>2.º) desarrolle una labor específica de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas tecnológicas, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio;</p> <p>3.º) no se limite a un tratamiento meramente técnico o automático de los datos facilitados por terceros con los que no mantenga una colaboración, control o supervisión; y</p> <p>4.º) actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio a tercero.</p> <p>En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción, previa identificación inicial del contenido infractor, su localización y el derecho que infringe. Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo. En estos mismos casos, de manera excepcional, cuando exista reiteración de la conducta tipificada en este número y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.</p> <p>2. En los supuestos a que se refiere el párrafo primero del número anterior, <b>la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional</b> se castigará con una pena de <b>prisión de seis meses a dos años</b>.</p> <p>No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.</p> <p>3. Serán castigados con las penas previstas en los dos apartados anteriores, en sus respectivos casos quienes:</p> <p>a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado uno de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.</p> <p>b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como</p>
--	---	--

		<p>ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.</p> <p>c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.</p> <p>d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.</p> <p>4. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien, <b>con una finalidad comercial</b>, fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio <b>principalmente</b> concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.»</p>
<p><b>Art. 271 según Anteproyecto original</b> (No modificado)</p>	<p><b>Art 271 según el Anteproyecto “2.0”</b> “1.- Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica. b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de</p>	<p><b>Art 271 según el Proyecto</b> «Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica. b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de</p>

	<p>carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.</p> <p>d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.</p> <p>2.- La misma pena se impondrá, siempre que concurra alguna de las circunstancias expresadas en el apartado anterior, a quien, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, <b>preste de forma no ocasional un servicio de referenciación de contenidos en Internet que facilite la localización activa y sistemática de contenidos objeto de propiedad intelectual ofrecidos ilícitamente en Internet</b> sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio.</p> <p>En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”</p>	<p>carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.</p> <p>d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.»</p>
--	--	--