

**INFORME SOBRE LA LEGISLACIÓN
PENAL RELATIVA A LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD
INTELLECTUAL A NIVEL
INTERNACIONAL***

Wang Shizhou**

El gobierno chino está procurando construir un sistema legal robusto para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Este sistema debería tener alcance mundial y cumplir con estándares internacionales. Con el fin de alcanzar este ambicioso objetivo, es necesario conocer y comprender la situación internacional. Este informe analiza los requisitos que emergen del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de *Propiedad Intelectual* relacionados con el Comercio, especialmente su art. 61, y resume algunas de las leyes penales nacionales sobre los derechos de propiedad intelectual en los principales sistemas legales. Finalmente el autor compara las regulaciones penales chinas actuales con los estándares internacionales y hace su sugerencia a China en cuanto a cómo mejorar su ley penal relativa a los derechos de propiedad intelectual.

Introducción

En la actualidad, la protección de los derechos de propiedad intelectual (DPI) ha devenido uno de los eslogans más importantes a nivel mundial. China lo ha asumido como una estrategia importante para el siglo XXI: la protección de los DPI y la construcción de un país innovador. Como miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), China también participa en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de *Propiedad Intelectual* relacionados con el Comercio (ADPIC). Hu Jintao, el Presidente de la República Popular China, dijo cuando visitó la Sede Central de Microsoft en los Estados Unidos de Norteamérica en abril de 2006, que el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual es necesario para China no sólo para

expandir la política de apertura al mundo y para mejorar el desarrollo de las inversiones extranjeras, sino también por la necesidad de fortalecer la capacidad de innovación en el propio provecho de China, a fin de desarrollarse mejor y más rápidamente.

Sin duda va en concordancia con la tendencia general internacional el que China adopte la protección de los DPI como una estrategia de desarrollo y asuma tal compromiso a nivel internacional.

Adoptar medidas legales es absolutamente necesario para la protección de los DPI. Desde las épocas más tempranas se ha recurrido a estos efectos al derecho penal, considerándolo el método más efectivo. Las dos cuestiones centrales en este ámbito son, por lo tanto, *si* y *en qué medida* usar al derecho penal con este fin.

En cuanto a la cuestión del “si”, debería ser fácil de responder si se atiende al Acuerdo ADPIC, especialmente para quienes forman parte de él, aunque podrían estar involucrados problemas teóricos o incluso sociales muy complicados. Dado que el Acuerdo ADPIC prevé la obligación de la protección penal para los Estados contratantes, éstos están obligados a sancionar y aplicar los artículos penales en sus propios países, de acuerdo con el requerimiento del Acuerdo y cuanto menos dentro de su esfera de validez. Los argumentos en contra de que la ley penal deba ser un medio de protección de los DPI no podrán alegarse por lo menos en lo que concierne a las obligaciones internacionales previstas por el Acuerdo ADPIC para los Estados Partes.

En cuanto a la pregunta del “en qué medida”, ésta implicará cuestiones de interpretación respecto de los artículos del Acuerdo ADPIC. Por supuesto que la interpretación que realicen los Estados contratantes afectará en forma directa la formulación de la ley penal sobre los DPI en sus respectivos países. El propósito de este artículo es por lo tanto doble: Analizar los artículos de la ley penal previstos en el Acuerdo ADPIC, a fin que el campo de protección penal requerido por el Acuerdo respecto de los DPI pueda ser correctamente entendido; e ilustrar la interpretación internacional que se da habitualmente al Acuerdo ADPIC así como la

* Este reporte es el informe final del Proyecto sobre Responsabilidad Criminal en TRIPS. Traducción del inglés: Dra. María Laura Böhm. (Publicado originalmente en *Revista Penal* N° 28, Julio 2011).

** Profesor de Derecho y tutor de LL. D. de la Universidad de Pekín.

tendencia general a nivel internacional para la protección de los DPI mediante la ley penal, teniendo en cuenta los principales sistemas legales. Sobre esta base, el autor aspira a que su investigación y sus conclusiones puedan servir de sugerencia para el futuro desarrollo de la ley penal sobre los DPI en China.

I. Sentido básico del art. 61 del Acuerdo ADPIC

En el Acuerdo ADPIC, únicamente el art. 61 estipula la responsabilidad penal por infracciones a los DPI.

Hasta ahora, ni la OMC ni la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ofrecen una explicación autorizada o académica para el art. 61. Sin embargo, el estudio de los antecedentes y proyectos presentados durante la negociación y los comentarios internacionales ayudan al análisis del sentido básico de la norma.¹

I.a. Antecedentes legislativos del art. 61

En la historia moderna de protección de los DPI mediante tratados internacionales, es un fenómeno bastante nuevo el combinar el comercio internacional con la protección de los DPI. Cuando se inició la Ronda Uruguay a principios de 1987, no estaba claro si la propiedad intelectual estaría cubierta.² Fueron los Estados Unidos de Norteamérica los que por primera vez requirieron (como una condición necesaria para iniciar la Ronda) que en las negociaciones también fueran considerados los DPI relacionados con el comercio. En aquel momento, las Convenciones existentes eran obviamente débiles para la efectiva protección de la propiedad intelectual. Mediante la vinculación de la legislación sobre propiedad intelectual con los

¹ Cfr. DANIEL GERVAIS, *The TRIPS Agreements: Drafting History and Analysis*, London, Sweet & Maxwell, 1998. De acuerdo con Investigaciones de la OMC, este libro “es uno de los libros más útiles escritos sobre el tema y contiene además algunos de los documentos de trabajo preliminares centrales relativos al Acuerdo TRIPS” [“is one of the more useful books written on the topic and contains also some of the main preliminary working documents relating to the TRIPS Agreement”].

² LARS ANELL: “Foreword”, en: GERVAIS, cit. nota 1, p. vii s.

derechos comerciales, las negociaciones internacionales recibieron una poderosa fuerza motora que las ayudó a continuar. Otro factor importante que impulsó la negociación hacia adelante fue el claro peligro de la acción unilateral. Muchos países participantes en la negociación creían que un acuerdo multilateral era mejor que las consecuencias impredecibles de acciones unilaterales. El acuerdo, por lo tanto, fue incluido en la Declaración Ministerial de Punta del Este una manifestación en el sentido de que “las negociaciones deben tender a clarificar las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y a elaborar nuevas reglas y disciplinas como sea apropiado”.³

Durante las negociaciones en la Ronda Uruguay, la mayoría de los delegados eran experimentados y hábiles negociadores en comercio. Eran muy buenos en lo relativo a las disposiciones GATT pero nuevos respecto a la legislación de la propiedad intelectual. Varias delegaciones presentaron sus propuestas. Sin embargo, fue imposible llevar adelante las negociaciones con base en estos proyectos independientes. Por este motivo los Estados negociantes en 1990 permitieron a la Presidencia preparar un texto compuesto, con alternativas, como base para las negociaciones. Este texto es el así llamado Proyecto W/76.⁴

En diciembre de 1990, la Conferencia Ministerial de Bruselas adelantó también un proyecto (Proyecto Bruselas). Luego de la Conferencia, había sólo un Proyecto Final para las negociaciones (así llamado Proyecto Final – *Draft Final Act* – o *Dunkel Draft*). Sin embargo, no hay mucha diferencia entre este proyecto y la versión final aceptada, ya que el proyecto iba a terminar siendo aceptado “a libro cerrado” por los participantes.

Luego de difíciles contiendas políticas, económicas, diplomáticas y culturales el Acuerdo

³ *Ibid.* [Original en inglés: “the negotiations shall aim to clarify GATT provisions and elaborate as appropriate new rules and disciplines”] (NdeT: GATT es la sigla de General Agreement on Tariffs and Trade).

⁴ Este es el así llamado documento MTN. GNG/NG11/W/76, en breve Proyecto W/76.

ADPIC entró en vigencia en 1994 y devino una nueva regulación para las órdenes de compra en el comercio internacional.

China es Estado Miembro del Acuerdo ADPIC desde el 11 de diciembre de 2001, fecha desde la cual es Miembro de la OMC.

I. b Redacción del art. 61

En el Acuerdo ADPIC, el art. 61 referente a la protección mediante la ley penal, estipula lo siguiente:

⁽¹⁾ 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. ⁽²⁾ 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. ⁽³⁾ 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. ⁽⁴⁾ 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.⁵ El artículo respectivo en el Proyecto Bruselas era básicamente idéntico a éste.

En el así llamado Proyecto W/76, este artículo estipulaba lo siguiente:

Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales (al menos)⁶ para los casos de [falsificación dolosa de marcas de fábrica o de

⁵ 国家版权局办公室编 (Oficina General de la Administración Nacional de Copyright eds.): *国际版权和邻接权条约 (Copyright International y Convenciones relacionadas)*, 中国书籍出版社2000年版, p. 374. El acuerdo se encuentra disponible online en castellano en el sitio de la OMC: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm#TRIPs

⁶ Los textos que en este párrafo se encuentran entre paréntesis fueron agregados con posterioridad.

comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial] [infracciones dolosas a marcas de fábrica o de comercio y del derecho de autor a escala comercial] [infracciones dolosas a escala comercial de los derechos de propiedad intelectual afectados por este acuerdo].⁷ Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias <efectiva y>⁸ 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 todo artefacto> (y de todos los materiales y accesorios) [utilizados predominantemente] [utilizados] 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.

Si se comparan el Proyecto W/76 con el artículo actual, se pueden advertir dos opciones y tres modificaciones.

Las dos opciones se refieren a las tres alternativas en la Oración 1, art. 61, y a las dos alternativas en la Oración 3. El punto en común en la primera opción es el requisito “a escala comercial” para que haya infracción a las marcas de fábrica o de comercio y al derecho de autor. La diferencia, por su parte, reside en si el objeto de la protección penal son “marcas de fábrica o de comercio” y “el derecho de autor”, o “marcas de fábrica o de comercio y el derecho de autor”, o “los derechos de propiedad intelectual afectados por este acuerdo”.

Ahora vemos que el Acuerdo escogió la primera alternativa, es decir, “marcas de fábrica o de comercio” y “el derecho de autor”. En las dos alternativas en la Oración 3 podemos ver que el Acuerdo también escogió la primera, o sea, lo que puede ser confiscado, decomisado y destruido son las mercancías infractoras y todos los materiales y

⁷ Los textos que en este párrafo se encuentran entre corchetes fueron alternativas para los negociadores.

⁸ Los textos que en este párrafo se encuentran entre corchetes angulares luego fueron eliminados.

accesorios “utilizados predominantemente”, y no sólo “utilizados” para la comisión del delito.

De las tres modificaciones, las dos palabras “al menos” agregadas en la Oración 1 estipulan el requisito mínimo para la criminalización de las infracciones a la propiedad intelectual. En la Oración 2, la modificación realizada al borrar el “efectiva(mente)” y agregar “que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente” asegura la efectividad disuasoria de la responsabilización penal y enfatiza la coherencia entre la sanción respecto de delitos contra los DPI y la aplicable a delitos contra la propiedad. Y, por último, es obviamente más claro el sentido al cambiar el “y de todo artefacto” en la comisión del delito por la frase “y de todos los materiales y accesorios”.

De la revisión del artículo pueden extraerse las siguientes conclusiones:

Primero: Desde el inicio de las negociaciones del Acuerdo ADPIC no hubo objeción en aplicar el derecho penal contra delitos violatorios de los DPI.

Segundo: Tampoco hubo objeción durante las negociaciones y la redacción de los proyectos del Acuerdo ADPIC en cuanto a que la condición básica para la aplicación de la sanción penal sobre infracciones a los DPI es que dichas infracciones sean “dolosas” y “a escala comercial”.

Tercero: Lo que el Acuerdo remarca en su parte relativa a la responsabilidad penal es la naturaleza de *propiedad* de la propiedad intelectual y la función preventiva de la ley penal.

Cuarto: Los Estados contratantes deberían criminalizar al menos la “falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio” y la “piratería lesiva del derecho de autor”.

I. C. Comentarios internacionales al art. 61

De acuerdo con los materiales internacionales de relevancia,⁹ no hubo desacuerdos serios entre los participantes en las negociaciones en cuanto a si las medidas penales deberían dirigirse, al menos, contra cierto tipo de infracciones de los DPI. Las medidas penales son habitualmente consideradas como un ingrediente esencial en la lucha contra infracciones organizadas. El tema principal en la negociación fue hasta qué punto estas

⁹ GERVAIS, cit. nota 1, pp. 233 ss.

infracciones deberían estar prohibidas por la ley penal. Qué era exactamente lo que estaría cubierto por las medidas penales en el Acuerdo ADPIC fue negociado en distintas direcciones entre julio y diciembre de 1990.

Hubo dos grupos en la negociación. Uno estaba a favor de la utilización de medidas penales para cualquier tipo de infracción. El otro trató de limitarlas a las infracciones dolosas y comerciales que directamente afectaran el “orden público”.

De los argumentos en contra de la implementación de medidas penales frente a toda infracción, los más importantes son los dos siguientes:

Primero: La naturaleza básica de la propiedad intelectual es la de un derecho privado. En el párrafo 4 del Preámbulo del Acuerdo ADPIC se establece claramente que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Esto fue agregado hacia el fin de las negociaciones para reafirmar que los Estados no están, como regla general, obligados a iniciar acción de oficio contra violaciones de los derechos de propiedad intelectual, sino que tales asuntos deberían ser resueltos entre las partes privadas involucradas.¹⁰ Obviamente esta regla comprometería significativamente las medidas penales.

Segundo: Los países en desarrollo tienen pocos recursos para invertir en la implementación penal. Dada la preocupación de los países en desarrollo por la carga que implica la efectiva observación de los DPI como un deber internacional, el art. 41, párr. 5 de ADPIC establece que “queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.” Este fue particularmente

¹⁰ GERVAIS, cit. nota 1, p. 37.

el caso de algunos de los participantes del sudeste asiático, cuyos sistemas legales no prevén mandamientos judiciales preventivos. Más allá de las preocupaciones indicadas, podría decirse que la negociación de esta Parte del Acuerdo no fue particularmente difícil, a pesar de que varios puntos bosquejados quedaron indefinidos por bastante tiempo.¹¹

Realmente había numerosas dificultades prácticas para los países en desarrollo en punto a la implementación inmediata de medidas criminales contra ofensas que afectasen los DPI. Para muchos de ellos, especialmente para los países menos desarrollados, una protección integral de los derechos de propiedad intelectual (incluida la protección mediante la efectiva aplicación penal frente a tribunales nacionales y cuerpos administrativos) requería de cambios no sólo en el ámbito legislativo sino también en prácticas bien arraigadas, e implicaba gastos adicionales. En realidad, los Estados contratantes reconocieron esta situación. En el Preámbulo del Acuerdo ADPIC, los párrafos 5 y 6 establecen que “reconociendo los objetivos fundamentales de política general pública de los sistemas nacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual, con inclusión de los objetivos en materia de desarrollo y tecnología”; “reconociendo asimismo las necesidades especiales de los países menos adelantados Miembros por lo que se refiere a la aplicación, a nivel nacional, de las leyes y reglamentos con la máxima flexibilidad requerida para que esos países estén en condiciones de crear una base tecnológica sólida y viable.”¹²

Sin embargo, todos los participantes en la negociación alcanzaron compromisos y acuerdos al menos respecto de los dos puntos más importantes relativos a la implementación.

En primer término, todos los Estados contratantes de este Acuerdo concuerdan en que tanto una protección insuficiente como una protección excesiva de la propiedad intelectual podría tener como consecuencia distorsión y desorden. Por lo tanto el párrafo 1 del Preámbulo del Acuerdo ADPIC establece que el fin del Acuerdo es “reducir las distorsiones del comercio

¹¹ GERVAIS, cit. nota 1, p. 197.

¹² 国家版权局办公室编, cit. nota 5, p. 374.

internacional y los obstáculos al mismo, y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de asegurarse de que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo”, mientras que el párrafo 7 enfatiza “la importancia de reducir las tensiones mediante el logro de compromisos más firmes de resolver por medio de procedimientos multilaterales las diferencias sobre cuestiones de propiedad intelectual relacionadas con el comercio.” Esto concreta uno de los aspectos centrales de las negociaciones: Bajo las directivas GATT ya no es legítimo adoptar medidas unilaterales en el ámbito de la propiedad intelectual!

En segundo término, los Estados contratantes aseguran en el art. 41, párr. 1, “que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.”; y en el párr. 2, que “los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.” Aquí lo que el Acuerdo ADPIC enfatiza es la efectividad de la acción, incluidos los remedios expeditivos para prevenir infracciones y remedios que disuadan de futuras infracciones, así como la compensación y la confiscación.

Durante las negociaciones, la principal preocupación se centró en la piratería de copyright y en las actividades de falsificación. En la práctica, la única defensa frente a piratas y falsificadores es tratar de evitar la acción legal y retrasar cualquier intervención en este sentido hasta que aquellos puedan montar su negocio en

algún sitio. Una vez que un “pirata” ha sido localizado (lo que suele ser bastante difícil) debe entrarse en acción inmediatamente a fin de confiscar los bienes en infracción y los accesorios, de manera que pueda evitarse el desplazamiento de los mismos así como la apertura de una nueva fábrica en algún otro sitio.¹³ En estos procedimientos debe contarse con la posibilidad de que se produzcan daños, aunque en la práctica se presentan sólo ocasionalmente. Este es en parte el motivo por el cual las medidas criminales fueron vistas como esenciales por quienes participaron de las negociaciones: en los casos criminales la insolvencia es raramente una buena defensa. Por supuesto que los requerimientos de efectividad y celeridad en la aplicación de la protección de los DPI no debe devenir en barrera para el comercio legal, lo cual también es exigido por el GATT.¹⁴ De esta manera se alcanzó conformidad sobre la criminalización de la piratería de copyright y las actividades de falsificación. Sin embargo, el alcance final de la protección legal todavía está siendo debatido.

Sobre este trasfondo, la negociación del Art. 61 del Acuerdo ADPIC tuvo los siguientes logros:

Primero: Los Estados contratantes asumieron la obligación de aplicar medidas penales en casos de falsificación voluntaria de marcas de comercio y de piratería de copyright a escala comercial. Aquí el término voluntaria (“willful”) parece corresponderse con el “mens rea element” (intención criminal) de la comisión delictiva en los sistemas del *common law*. Su significado fundamental debería ser definido como “voluntario” (“voluntary”) o “intencional” (“intentional”).¹⁵ La frase “a escala comercial” (“on a commercial scale”) se corresponde con lo que ha sido referido como “infractores profesionales”.¹⁶

Segundo: Los Estados contratantes asumen que los remedios jurídico-penales regulados en sus propios sistemas deben incluir multa y/o pena de prisión en un grado suficiente como para prevenir y disuadir tanto a la persona acusada como a otros infractores profesionales. Esto también está

estipulado en el art. 41, bajo el título “Obligación General” en la Parte de Ejercicio de Derechos de Propiedad Intelectual. Éste es en realidad el requisito mínimo del Acuerdo ADPIC para una sanción criminal, el cual no prohíbe a los Estados Partes de la OMC que establezcan otras medidas criminales apropiadas en sus respectivas legislaciones criminales, por ejemplo, otras penalidades y la publicación de la identidad de quienes infringen los DPI. En este punto tal vez debería debatirse la efectividad de las sanciones criminales como medios de disuasión. Sin embargo, los Estados contratantes acordaron que el nivel de tales sanciones debe reflejar la seriedad del crimen a la vista de otros delitos sancionados bajo la ley nacional de los Estados miembros de la OMC en cuestión, y acordaron también respetar el art. 41, para. 1; la gravedad de tales delitos debe equipararse con la de los delitos graves contra la propiedad.

Tercero: Los Estados contratantes acordaron que las autoridades judiciales también deberían tener la autoridad, en los “casos apropiados”, de ordenar la confiscación y destrucción tanto de los bienes como de los materiales y accesorios cuyo uso predominante (un uso que prevalece por sobre los demás) fue la comisión del delito. Esto incluiría equipos de producción y reproducción pero podría extenderse también, por ejemplo, a vehículos de transporte, dependiendo de las circunstancias.¹⁷ El significado de los “casos apropiados” está previsto en los arts. 46 y 59. El Art. 46 dispone que “Para establecer un medio eficaz de disuasión de las infracciones, las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar que las mercancías que se haya determinado que son mercancías infractoras sean, sin indemnización alguna, apartadas de los circuitos comerciales de forma que se evite causar daños al titular del derecho, o que sean destruidas, siempre que ello no sea incompatible con disposiciones constitucionales vigentes. Las autoridades judiciales estarán además facultadas para ordenar que los materiales e instrumentos que se hayan utilizado predominantemente para la producción de los bienes infractores, sean, sin indemnización alguna, apartados de los circuitos comerciales de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de nuevas infracciones. Se tendrán en cuenta, al dar curso a las correspondientes

solicitudes, tanto la necesidad de que haya proporción entre la gravedad de la infracción y las medidas ordenadas como los intereses de terceros. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, la simple retirada de la marca de fábrica o de comercio apuesta ilícitamente no bastará, salvo en casos excepcionales, para que se permita la colocación de los bienes en los circuitos comerciales.” El art. 59 dispone que “Sin perjuicio de las demás acciones que correspondan al titular del derecho y a reserva del derecho del demandado a apelar ante una autoridad judicial, las autoridades competentes estarán facultadas para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras de conformidad con los principios establecidos en el artículo 46. En cuanto a las mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas, las autoridades no permitirán, salvo en circunstancias excepcionales, que las mercancías infractoras se reexporten en el mismo estado ni las someterán a un procedimiento aduanero distinto.” Sin embargo, estas disposiciones no necesariamente deberían ser restringidas a su aplicación sólo en casos penales. *Cuarto:* El art. 61 especifica mediante una disposición facultativa “podrán”, que las medidas penales podrán ser utilizadas en otros casos de violación de los derechos de propiedad intelectual, es decir que están previstas en particular – pero no exclusivamente – para los casos de comisión dolosa a escala comercial.

I.d. Requisitos del Art. 61 sobre la Responsabilidad Criminal por violación de los DPI

En general, la disposición del art. 61 del Acuerdo ADPIC sobre la responsabilidad criminal por violación de los derechos de propiedad intelectual debe ser entendida en su doble estructura. Una parte está conformada por los requisitos obligatorios para los Estados contratantes del Acuerdo, es decir, el no cumplir en su propia legislación penal y en la práctica judicial con los requisitos allí establecidos conllevaría las consecuencias de la violación del Acuerdo ADPIC. El otro ámbito está constituido por los requisitos no obligatorios, sobre los cuales los Estados contratantes pueden decidir sobre su cumplimiento de acuerdo a sus propios criterios y estándares, es decir, el no cumplir con estos requisitos no va a constituir una violación del

ADPIC. Sin embargo, debe ser entendido de acuerdo con los fines del Acuerdo que se espera que los Estados contratantes cumplan incluso con estos requisitos no obligatorios, es decir, que incrementen el nivel de protección de la propiedad intelectual tanto como sea posible, sin que tal protección signifique una barrera para el comercio legal.

Estos requisitos del Acuerdo ADPIC sobre la responsabilidad criminal pueden resumirse del siguiente modo:

Primero: Lo que los Estados contratantes deben prohibir en cuanto a los aspectos objetivos del tipo penal en su propia legislación interna es la piratería intelectual. Claro que para otras infracciones contra la propiedad intelectual también puede utilizarse la ley penal.

Segundo: Lo que los Estados contratantes deben prohibir en cuanto a los aspectos subjetivos de la piratería intelectual es el dolo, es decir, la conducta intencional. Este requisito subjetivo estaría dado incluso sin propósito criminal. Por su parte, la responsabilidad criminal por infracciones culposas a los derechos de propiedad intelectual no está prevista por el ADPIC, debido a la disposición que establece que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”. Para otras infracciones contra los derechos de propiedad intelectual distintas a la piratería, no estaría prohibido por el Acuerdo ADPIC que los requisitos respecto del elemento subjetivo sean mayores, por ejemplo, al requisito adicional del propósito criminal.

Tercero: Lo que los Estados contratantes deben prohibir sí o sí en términos de la piratería de derechos intelectuales deben ser las conductas que alcancen el nivel de “a escala comercial”. Esto no impide, sin embargo, que también se utilice la ley penal para prohibir la piratería de derechos intelectuales en menor escala u otro tipo de infracciones de los DPI.

Cuarto: Las sanciones penales previstas para la piratería de derechos intelectuales pueden ser multa o pena de prisión, o ambas, pero deben ser suficientes como medio de disuasión y acordes con el nivel de sanciones aplicadas a delitos de similar gravedad.

Quinto: Los Estados contratantes deben contar entre las medidas criminales adoptadas la confiscación, el decomiso y la destrucción de los

¹³ Véase GERVAIS, cit. nota 1.

¹⁴ Véase art. 24, párr. 4 del GATT.

¹⁵ Véase GERVAIS, cit. nota 1, p. 234, nota al pie 27.

¹⁶ Véase GERVAIS, cit. nota 1, p. 234, nota al pie 28.

¹⁷ Véase GERVAIS, cit. nota 1, p. 234, nota al pie 28.

bienes en infracción y de todo otro material o accesorio cuyo uso predominante haya sido la comisión del delito, pero no estarán necesariamente limitadas a tales medidas.

II. Estudio comparativo de la ley penal de la propiedad intelectual en distintas jurisdicciones

Al estudiar las leyes penales relativas a los DPI debe tenerse presente que el propósito de todo país o región al regular delitos contra la propiedad intelectual en su derecho penal nacional o en su sistema jurídico-penal no es primeramente el obedecer el Acuerdo ADPIC. Ni siquiera es necesariamente el promover el comercio internacional. La legislación criminal en cada país o región debe basarse primeramente en su propia situación nacional y proveer la mayor protección legal para sus condiciones de vida básicas. Cómo se protege la propiedad intelectual y el copyright como condiciones básicas de vida social y cuál es el significado de la ley penal en dicha tarea puede variar mucho entre los distintos países o regiones. Sin embargo, luego de que un Estado se haya incorporado a la OMC, su ley penal en protección de los derechos intelectuales originalmente “doméstica” en su naturaleza deberá aceptar la responsabilidad de obedecer las obligaciones internacionales, especialmente teniendo en cuenta que el Acuerdo ADPIC dispone de requisitos detallados al efecto.

Por esta razón, los comentarios y críticas a la legislación penal nacional relativa a los DPI debe realizarse teniendo en cuenta una doble finalidad: En primer término estudiar si la ley penal relativa al copyright es acorde con los requisitos del Acuerdo ADPIC en términos de la protección de los derechos de propiedad intelectual. De no ser así, el Estado en cuestión podría hacerse pasible de sanciones bajo el derecho internacional. Y en segundo lugar, investigar la actitud básica de ese país hacia la protección de los derechos de propiedad intelectual. En general, cuanto más abarcador y estricto sea un país en el uso de medidas penales para proteger los DPI, mayor será la importancia dada a estos derechos en dicho país y mayor atención pondrá ese Estado en su protección. Es una cuestión absolutamente interna si un Estado decide optar por una “economía intelectual” como estrategia para el

desarrollo de su modelo de vida básico, especialmente para el desarrollo del modelo de crecimiento económico, así como es una cuestión interna el cómo proteger la propiedad intelectual mediante la ley. Un Estado incluso podría tratar las controversias en derredor de la propiedad intelectual como una cuestión puramente privada, como lo requiere lógicamente la idea de que “los derechos de propiedad intelectual son derechos privados”, siempre y cuando cumpla con los requisitos del Acuerdo ADPIC. Sin embargo, por supuesto que es muy significativo para todo Estado y en este caso para China, que está “peleando por ganar nuevas victorias en la construcción de una well-off society”¹⁸, aprender cómo nuestros países vecinos, sin importar qué tan lejos o cerca se encuentren, protegen la propiedad intelectual, es decir, saber cómo ellos se están enriqueciendo en la era de la globalización.

Para un informe detallado sobre la situación en los sistemas legales preponderantes en el mundo, puede consultarse un trabajo colectivo coordinado por el autor.¹⁹ El mismo considera, sin embargo, que un breve informe sumarial de la ley de protección de los derechos de propiedad intelectual en estos países o regiones también servirá para tener una mejor comprensión de la tendencia legal en el derecho penal del copyright en el mundo.

II.a. Los Estados Unidos de Norteamérica

Es posible que en el mundo actual los Estados Unidos no sean el país que provee la protección más estricta de los DPI, sin embargo, es uno de los Estados que más enfatiza la necesidad de protección de los DPI. Su ley penal del copyright tiene el siguiente carácter:

Primero: Los Estados Unidos comenzaron a sancionar leyes federales de protección de los DPI en 1897 y es uno de los países que usó desde los primeros tiempos la ley criminal para la protección de los copyright. Como resultado de los esfuerzos realizados por más de un siglo, la

¹⁸ 2007年6月25日胡景涛在中央党校的讲话/《人民日报》2007年6月26日第一版。

¹⁹ SHIZHOU WANG (ed.): *Report on Copyright Criminal Law in the World*, Publishing House of the University of People's Public Security, 2008.

cobertura que brinda el derecho penal a los DPI es bastante amplia, si bien no es la más amplia del mundo.

Segundo: La expansión de la ley penal del copyright se fue dando gradualmente. En 1897, por ejemplo, esta ley sólo podía ser aplicada en casos de interpretaciones no autorizadas de obras teatrales y música, pero no para la reproducción de libros o mapas, que tienen el linaje más antiguo en nuestra ley penal. En 1976, el Copyright Act distendió los prerequisites del elemento subjetivo (*mens rea*) al requerir que la infracción fuera realizada voluntariamente y con el propósito de obtener “ventaja comercial” (“commercial advantage”) o “beneficio financiero privado” (“private financial gain”), en vez de simplemente “para obtener algún beneficio” (“for profit”). Luego de 1992 el nivel de protección fue mejorado para el software de computadoras y los trabajos audiovisuales. Sólo luego de 1997 fue quitado el requisito del beneficio financiero y en el nuevo milenio se incluyó la protección de las técnicas digitales.

Tercero: Las condiciones para la aplicación de la ley penal de copyright norteamericana o el umbral de los crímenes de copyright son básicamente dos de acuerdo a la ley actual: El primero es el requisito subjetivo; si está dado el propósito de la ventaja comercial o del beneficio privado financiero, estará constituido el delito incluso si tal intención no llega a concretarse. El segundo es el requisito de monto y cantidad; si el autor no tiene la intención del beneficio financiero, será de todos modos culpable si uno o más de los trabajos bajo marca registrada son reproducidos o distribuidos sumando un valor (de acuerdo al monto de la venta al por menor) total de u\$s 1000 o más en un período de 180 días.

Cuarto: La ley penal de copyright de Estados Unidos ha mostrado claramente una tendencia a incrementar sanciones: algunas infracciones pasaron de ser faltas (“misdemeanor”) a ser delitos (“felony”) y el máximo tanto de multas como de penas de prisión posibles para lesiones de copyright están aumento. A esto se suma que han sido montadas agencias especiales de implementación de la ley tales como la Sección de crímenes por computadora y propiedad intelectual (Computer Crime and Intellectual Property Section) en el Departamento de Justicia, las que trabajan efectivamente.

En general, el nivel de protección de la ley penal norteamericana para la protección de la propiedad intelectual es mucho más elevada que los requisitos del Acuerdo ADPIC.

II.b. La Unión Europea y sus Estados Miembros

De los países pertenecientes a la Unión Europea (UE) hemos considerado en este estudio a Alemania, Francia, Gran Bretaña y Austria. Los instrumentos legales de la UE tienen efecto vinculante para los Estados Miembros.²⁰ No obstante, la legislación local de estos Estados hasta ahora no han devenido idénticos como si fueran copiados del mismo instrumento legal. Pero es cierto que la región bajo la jurisdicción de la UE, especialmente Europa occidental, es el primer área en el mundo donde la propiedad intelectual es sujeto de la protección legal regional y de la protección mediante ley penal. De hecho, ésta es la región donde los Tratados internacionales fueron usados para proteger la propiedad intelectual.

La ley penal de copyright de la UE y sus Estados Miembros puede caracterizarse brevemente del siguiente modo:

Primero: La UE pone el acento fuertemente en la protección de los DPI. Hasta ahora, la UE ha generado alrededor de 10 documentos legales para sus Estados Miembros en términos de la protección de los DPI y en la forma de “directivas” con efecto vinculante, relativas a software de computadoras, derechos de préstamos y renta, copyright y derechos relacionados, bases de datos, condiciones de acceso a un servicio, sociedades de información, el derecho a reventa para el beneficio del autor de una obra de arte original, y distintos procedimientos y medidas de relevancia. La UE carece de autoridad para requerir a sus Estados Miembros que sancionen legislación penal, sin embargo, solicita en sus directivas que “Los Estados Miembros deberán proveer de sanciones y remedios apropiados respecto de las infracciones de los derechos y obligación estipulados en esta directiva y

²⁰ Véase 王世洲主编 (WANG SHIZHOU ed.): *欧洲共同体法律的制定和执行 (Legislación e implementación de la legislación de la UE)*, 法律出版社2000年版, p. 183.

deberían tomar todas las medidas necesarias para asegurar que aquellas sanciones y remedios sean aplicados. Las sanciones así previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasivas.”²¹ Esto proporciona una base legal en el sentido de una constitución europea para medidas legales, incluyendo la ley penal, adoptadas por los Estados Miembros contra las infracciones al copyright.

Segundo: La protección de la propiedad intelectual mediante la ley penal comenzó casi en paralelo con la protección legal en Europa occidental. En términos de copyright, la piratería es la forma delictiva más antigua. Luego de un desarrollo de dos o tres siglos, la cobertura de la protección de los DPI mediante la ley penal incluye las formas de literatura, arte, música, obras audiovisuales, radio- y televisión, fotos, noticias y encabezados, bases de datos, así como los derechos relacionados. Con respecto a las conductas, la cobertura se extiende de la forma tradicional de reproducción y distribución hasta las infracciones en el ámbito de medidas tecnológicas (Alemania), bases de datos (Francia) y la recepción fraudulenta de programas (Gran Bretaña). Vale la pena mencionar que la expansión de la ley penal de copyright también es una tendencia obvia en otros Estados Miembros de la UE.

Tercero: En los actuales Estados de la UE existen los siguientes puntos en común sobre los requisitos mínimos de los delitos contra los DPI: 1) El delito de copyright se limita principalmente al delito doloso y no incluye delitos culposos.²² En cuanto al propósito criminal, los primeros requisitos de “propósito de distribución”, “propósito de obtención de beneficio” y otros (Alemania) en general han sido cancelados;²³ 2)

²¹ Véase el art. 8 de la *European Copyright Directive* (EUCD), Directiva 2001/29/EC.

²² En los primeros tiempos Alemania solía estipular responsabilidad criminal por infracciones culposas de copyright, véase *German Report*.

²³ Esto no pretende excluir la posibilidad de que la intención específica sea entendida como una circunstancia agravante que implique una pena más severa, por ejemplo, como sucede en Alemania. Además, existen requisitos como “para la venta o alquiler”, “en el curso de un negocio en vistas a...”, “a sabiendas o teniendo razón para creer que sería utilizado para realizar copias prohibidas para la venta o alquiler o para uso en el curso de un negocio” en la ley de copyright británica, sin

los delitos de copyright menos graves son bastante común de ser tomados sólo en caso de denuncia (“upon complaint”) como una condición para la persecución penal. En Alemania y en otros países en los que la persecución es de oficio, los fiscales y los jueces tienen discrecionalidad en cuanto a determinar el procedimiento penal bajo ciertas circunstancias; 3) Una de estas circunstancias explícita o implícitamente exigida suele ser que el delito sea cometido “a escala comercial”. En los sistemas en los cuales la ley regula la “escala comercial” como una condición (tal como es el caso de Alemania), esta escala se refiere a “la comisión repetida de un acto con la intención de hacer de ella una fuente continua de ingresos por un determinado período de tiempo y por un determinado monto”.²⁴ En aquellos en que el término no es regulado explícitamente, como es el caso de Gran Bretaña, el uso de los términos “para venta o alquiler” (“for sale or hire”), o “en el curso de los negocios” tiene prácticamente el mismo sentido básico. 4) Para las figuras básicas no hay requisitos mínimos de monto o cantidad en el derecho penal europeo de copyright.

Obviamente, la UE y sus Estados Miembros proveen un nivel de protección de la propiedad intelectual mucho más alto que los requisitos del Acuerdo ADPIC. Lo que está sucediendo en esta región podría indicar una suerte de tendencia internacional en la protección de los DPI.

II.c. Australia

Luego de seguir las leyes inglesas por mucho tiempo, Australia comenzó a aplicar su propia Copyright Act en 1968. Si bien es sólo una corta historia, la ley de copyright australiana se ha desarrollado en forma bastante significativa. Hoy se puede reseñar la ley australiana con los siguientes puntos:

Primero: La tipificación de delitos de copyright está aumentando. Sólo por el número de artículos en su ley, la ley australiana de copyright podría ser la más prolifera del mundo, incluyendo no sólo ofensas directamente dirigidas contra los

embargo, no parece haber informes que den cuenta de críticas a Gran Bretaña respecto del Acuerdo ADPIC.

²⁴ BGHSt. 1, 138; BGH GA 55, 212; RGSt. 58, 19/20, véase *German Report*.

DPI, sino también contra la administración y gestión de copyright.

Segundo: El nivel de la protección de los DPI está aumentando. Con respecto al aspecto subjetivo de la ofensa de copyright, por ejemplo, el desarrollo de la ley de copyright australiana contiene un amplio espectro: del conocer con un cierto propósito, el “razonablemente debería haber sabido”, pasando al requisito de culpa (“negligent”) y “responsabilidad estricta” (“strict liability”) en 2007.

Tercero: “A escala comercial” ya no es una condición para que se constituya el delito, sino más bien una condición para la imposición de una pena más severa.

Cuarto: Hay muchas causas de exclusión de la responsabilidad (“defenses”) que se fueron desarrollando en la ley penal de copyright de Australia, tanto en la Copyright Act como en el Código Penal. La responsabilidad criminal puede ser excluida si existe una o más de estas *defenses*.

Queda claro que la ley penal de copyright de Australia ha devenido en una de las leyes de protección de copyright más radicales del mundo.

II.d. Rusia

Rusia ha heredado la posición de la Unión Soviética bajo la ley internacional. De esta manera tiene una historia bastante larga en relación con la protección de los DPI desde la ley en general, y en particular mediante la ley penal. Tanto en la ex-Unión Soviética como en el presente Rusia se ha mostrado respetuosa de las convenciones internacionales sobre DPI y ha adoptado una actitud activa en su participación en las mismas. En breve, la ley penal de Rusia relativa a los DPI puede caracterizarse del siguiente modo:

Primero: El modelo básico de protección en Rusia es un modelo mixto con remedios civiles, administrativos y penales. Respecto de la protección por medio de la ley penal hay un requisito cuantitativo de “daño flagrante” (“gross damage”) y “monto relativamente alto” (“relatively large amount”) para que se pueda constituir un delito de copyright. Sin embargo, hay sólo una interpretación académica pero no una explicación oficial para tal cálculo. Por lo tanto, cada ciudadano tendrá que estudiar

condiciones y alcances de la efectividad de la protección por la ley penal en Rusia. Respecto de la protección administrativa sólo hay sanciones monetarias, ya que no hay detención administrativa. Por supuesto que el sistema de persecución y aplicación de la ley de copyright rusa alienta también la implementación de remedios civiles para concretar la protección de los DPI.

Segundo: Los artículos en la ley penal rusa de copyright son bastante simples y concisos. Así y todo, se brinda protección especial a los DPI que implican un gran valor económico, tales como software para computadoras, bases de datos y productos audiovisuales.

Tercero: La ley penal rusa de copyright dispone como mayor sanción criminal una multa por el monto de 200, 400 e incluso 800 cuotas mínimas de la remuneración laboral, o del sueldo u otro ingreso de la persona condenada por un período de 2, 4 o incluso 8 meses, o la privación de la libertad hasta 6 años. Por supuesto que tales sanciones tienen la disuasión como principal objetivo. Sin embargo, aún se deben seguir estudiando los efectos de este poder disuasorio, mientras que por otro lado el umbral mínimo de los delitos contra el copyright no parece estar definido en forma muy clara.

Cuarto: Hay muchas formas colectivas de administración del copyright en la sociedad rusa, las cuales deberían jugar un rol importante en la prevención de delitos de copyright.

Debe entenderse que “daño flagrante” o “monto relativamente alto” es la versión rusa de “a escala comercial” respecto de los crímenes de copyright. Sin embargo, no sólo por la falta de certeza respecto de estos estándares, sino porque los umbrales son muy altos, deberíamos prestar más atención a la consistencia de la ley penal rusa de copyright con los requisitos básicos del Acuerdo ADPIC. Para ésto, al hacer cualquier evaluación, debería observarse en la práctica el sistema ruso de protección de los DPI: ¿Se logra el efecto de protección de los DPI deseado por el Acuerdo ADPIC, aunque la letra de la ley no se adecue exactamente a él?

II.e. La República de Corea

Corea sancionó su Ley de Copyright en la década de 1950, y participó activamente en

organizaciones internacionales de protección de los DPI en la década de 1970. Desde los '90, e incluso desde el 2000, Corea ha revisado su ley de copyright frecuentemente, aspirando a alcanzar estándares internacionales. En la actualidad, la ley penal coreana de copyright puede reseñarse del siguiente modo:

Primero: A fin de ampliar el ámbito de protección de los DPI, las leyes de copyright coreanas aceptan activamente nuevos conceptos de la propiedad intelectual, tales como base de datos, radio- y teledifusión, transmisión digital, tasación de copyright y seguridad de programas. La ley penal de copyright coreana ha alcanzado un cierto sabor moderno – cuanto menos en sus ideas.

Segundo: Además de criminalizar violaciones tradicionales de copyright, la ley penal coreana criminaliza ciertas violaciones de administración de copyright. Hay algunos delitos que pueden investigarse de oficio, como los crímenes de copyright contra la administración. Sin embargo, sigue manteniendo el sistema de investigación bajo denuncia en lo que respecta a delitos que violan los derechos relativos a programas de computación.

Tercero: La ley penal coreana de copyright sanciona únicamente delitos dolosos. La infracción culposa del copyright está sujeta a sanción administrativa. La intención (“purpose”) criminal sólo es un requisito excepcional. Este es un diseño muy conducente para la protección de los DPI.

Cuarto: En la ley penal coreana no está especificado el significado de “a escala comercial”. De acuerdo con el sistema actual, las infracciones de menor escala deberían ser tratadas en procesos civiles, mientras que los casos que involucran infracciones a gran escala deben tratarse de acuerdo al proceso criminal. Sin embargo, cómo dividir estos dos niveles y cómo combinar el uno con el otro sigue siendo poco claro y requiere de mayor estudio y observación. La ley penal coreana de copyright provee un buen ejemplo de cómo hacer en un breve período de tiempo un progreso significativo en la protección de los DPI.

II.f. Las regiones de Hong Kong y Taiwan

Hong Kong y Taiwan son partes inalienables del territorio sagrado de China. Hong Kong ha sido

retornada a la madre patria hace ya más de 10 años y goza de un sistema legal independiente de acuerdo con la *Ley básica de Hong Kong como Región administrativa especial de la República Popular de China*. Taiwan sigue sin estar reunificada con la China continental y cuenta por lo tanto en la actualidad con un sistema legal propio.

Hong Kong es formalmente miembro del GATT y miembro fundador de la OMC. Luego del retorno en 1997, Hong Kong comenzó a hacer más local su ley y a establecer su propio e independiente sistema de propiedad intelectual. Hoy en día Hong Kong aplica la ley de protección de los DPI más estricta de todo el mundo, que es sin duda excesivamente rigurosa. De acuerdo con la Ordenanza de Propiedad Intelectual (“Miscellaneous Amendments”) de 2000, el consumidor final de una copia infractora puede ser declarado responsable penalmente con sólo haber actuado en el curso de intercambio o de negocios conociendo la situación. Sin embargo, esta regulación fue suspendida por preocupación de la sociedad. La ley penal de copyright de Hong Kong es muy clara y la multa por copias infractoras se debe calcular por pieza. En 2005, el Sr. Chan Nai Ming, un ciudadano de Hong Kong, fue perseguido por distribuir tres películas en internet usando el software BitTorrent. Fue el primer caso mundial de acusación y condena penal por la violación de los derechos de propiedad intelectual por el uso de BT. El delito de violación de copyright en Hong Kong sólo requiere de dolo mientras que ciertos tipos de delitos podrían quedar realizados por responsabilidad objetiva. Con respecto al aspecto objetivo, no hay un requisito cuantitativo, es decir, para que se trate de un delito no es necesario que se alcance la escala comercial. Sin embargo, se consideró en el Proyecto de Ordenanza de Copyright (revisión) de 2006 estipular un “puerto seguro”, es decir, para trabajos de copyright en diarios y revistas (con excepción de las revistas académicas), no se aplica el delito de copia y distribución entre consumidores finales si el número total de copias infractoras hechas de todos los trabajos en cuestión destinadas a la distribución o distribuidas no excedan las 1000 copias por período de 14 días; y para trabajos de propiedad intelectual en libros (incluyendo revistas académicas), el delito

no se aplica si el total del valor minorista de las copias infractoras hechas para distribución o distribuidas no excede de \$ 8000 por período de 180 días.²⁵ Si esta revisión deviniese en ley, aportaría entonces una interpretación y regulación de la “escala comercial”.

Taiwan no es miembro del GATT. En los últimos 10 años este país ha hecho numerosas revisiones de su ley de copyright, con la esperanza de participar en organizaciones internacionales y reducir las dificultades en el comercio internacional. Actualmente la cobertura dada por la ley penal de propiedad intelectual es bastante amplia, incluyendo no sólo derechos de propiedad, sino también derechos personales sobre propiedad intelectual. Con respecto al aspecto subjetivo de las figuras penales, para la ley penal taiwanesa de copyright dolo y culpa no son suficientes. En los delitos de copyright que no son directamente delitos de piratería de derechos intelectuales, puede exigirse el propósito de obtener una ganancia, ya sea “para ganancia” o “ganancia directa”. A su vez el dolo específico (como en los casos de venta o alquiler) puede ser requisito para una condena más severa. En cuanto a la “escala comercial” no hay requisitos claros que la definan. En general las investigaciones se inician sólo en caso de denuncia, aunque hay dos excepciones: reincidentes habituales e infracción de DPI personales cuando el poseedor del derecho está muerto o muriendo. Pareciera que la ley penal taiwanesa de copyright tiene un alto nivel de protección. Sin embargo, todavía debe investigarse si las relaciones entre la protección civil y la protección criminal son razonables y si la protección mediante la ley penal no es demasiado complicada; también debe evaluarse su efectividad.

II.g. India, Brasil, Argentina y Egipto

India, Brasil, Argentina y Egipto son países en desarrollo importantes que han hecho grandes avances económicos en los últimos 10 años. Sus ordenamientos pueden reseñarse como sigue:

²⁵ Copyright (Amendment) Bill 2006, Legislative Council Brief, File Ref.: CIB CR 07/09/16 (véase *Hong Kong Report*).

Primero: Estos Estados han puesto atención en la protección de los DPI y, especialmente luego del Acuerdo ADPIC, han revisado una o más veces sus leyes de copyright o leyes relacionadas con el copyright, poniendo de manifiesto su propósito de hacer esta protección más consistente con los estándares internacionales.

Segundo: En estos Estados se provee de protección mediante la ley penal a distintos tipos de obras con propiedad intelectual. Al software de computadoras, trabajos audiovisuales y otras obras con copyright con un valor económico significativo se les da una protección especial mediante disposiciones y legislación penales especiales. Algunos Estados (como India) incluso dan protección mediante la ley penal a objetos especiales relacionados con copyright, tales como radio- y teledifusión satelital y tecnología digital.

Tercero: Estos Estados requieren dolo como condición para perseguir delitos de copyright. Normalmente no hay un requisito de intención criminal para la piratería de copyright directa. La intención criminal o bien es requerida para constituir un delito de copyright (como India), o definida en forma amplia como un propósito de “ganancia directa o indirecta” (como Brasil). Sólo Argentina todavía usa el término “fin de lucro” y “con miras a su distribución” al criminalizar las infracciones relacionadas con los fonogramas.

Cuarto: Parece no haber requisito de “escala comercial” en las leyes penales de estos Estados. En cuanto a la real implementación, las diferencias son sólo de grado. Se observa que el índice de condenas por delitos de copyright en Brasil es bastante bajo, que en Argentina las sanciones monetarias son el método principal contra las infracciones de copyright, y que las agencias de implementación en Egipto son excesivamente complejas. India se muestra muy estricta en los artículos de su ley penal de copyright, pero aún debe investigarse el alcance real de su implementación.

A juzgar por la información con que contamos, en estos Estados hay espacio suficiente de mediación en sus relaciones entre desarrollo económico y protección de los DPI.

II.h. Canadá

Como Estado miembro de la OMC, Canadá participó en el Acuerdo ADPIC y es también Estado miembro de OMPI (Organización

Mundial de la Propiedad Intelectual). A nivel internacional, Canadá ha sido muy activa en la preparación de distintos tipos de tratados internacionales. Sin embargo, recientemente ha sido objeto de críticas por parte de los Estados Unidos. Algunos grupos de protección de los DPI tales como la Alianza Internacional por la Propiedad Intelectual (International Intellectual Property Alliance – IIPA) y MPAA (*Motion Picture Association of America*) recomendaron al Representante Comercial de los EE.UU. que Canadá sea incluida en la *Special 301 Priority Watch List*, el listado en que se indican los países que a criterio de los EE.UU. no protegen debidamente los DPI.

Actualmente, la Ley canadiense de Propiedad Intelectual provee numerosas regulaciones muy detalladas para la protección de los DPI. Sin embargo, siguen siendo aún muy breves y concisas en comparación con las leyes en la materia en países desarrollados. Vale la pena mencionar que el foco de la aplicación en la Política de Implementación de Copyright llevada adelante por el Departamento de Justicia de Canadá está puesto en la piratería de DPI, es decir, en las infracciones comerciales de importadores, productores y distribuidores. Esto implica, por tanto, que esta focalización conlleve una menor atención en la implementación legal en otros ámbitos, en particular en los mercados de pulgas, los conciertos de rock, la venta callejera o las “ferias americanas” particulares, aunque éstos podrían resultar canales útiles para obtener acceso a ofensas más serias en la piratería de DPI.²⁶ Es interesante discutir en este punto si la división de “a escala comercial” entre la clasificación de infractores no debería hacerse aunque sea contraria a los requisitos del Acuerdo ADPIC. Incluso Canadá, como país desarrollado, tiene que adoptar este criterio de selección a fin de

²⁶ Véase *Copyright Enforcement Policy*, <http://www.justice.gc.ca/en/dept/pub/fps/cep/index.html>. Además, Canadá exige dos elementos claves que deben ser probados: uno es el conocimiento de que las obras han sido producidas para la venta; que se trate de obras vendidas, distribuidas, exhibidas o importadas en infracción. Este requisito es imperativo. El otro es la subsistencia y propiedad del derecho intelectual. Generalmente es responsabilidad del denunciante probar que las obras en infracción están protegidas legalmente por la ley de propiedad intelectual.

“promover un empleo más estratégico y efectivo de los recursos escasos con que se cuenta para la implementación.”²⁷ Este enfoque podría ser orientador para los países en desarrollo al momento de escoger la correcta política de implementación para la protección de la propiedad intelectual.

III. Conclusión y perspectivas para la ley penal de protección de los derechos de propiedad intelectual en el mundo

Si y cómo un Estado hace uso de la ley penal para proteger los derechos de propiedad intelectual dependerá principalmente de su estrategia nacional relativa al desarrollo social, económico y cultural. Sin embargo, hoy en día también se deben tener en cuenta y respetar los requisitos establecidos en convenciones internacionales. Por este motivo, las conclusiones y perspectivas pueden presentarse en primer lugar mediante el estudio de la estrategia nacional para el desarrollo de los DPI, analizando luego la interpretación de cada Estado respecto del Acuerdo ADPIC, y planteando por último propuestas que colaboren con el futuro desarrollo en la materia.

III.a. Comentarios sobre la estrategia nacional para el desarrollo de los DPI

En el mundo actual los Estados escogen sus políticas nacionales relativas a la protección de los DPI de entre dos modelos básicos: Uno es adoptar la estrategia de protección estricta de todos o parte de los DPI sobre la base de que la propiedad intelectual es entendida como un pilar importante en el desarrollo económico de un país; el otro es adoptar una estrategia de protección limitada de los DPI (sólo en el mínimo requerido por los tratados internacionales) cuando los Estados no están en condiciones – al menos temporalmente – de considerar la propiedad intelectual como pilar nacional para el desarrollo económico.

De acuerdo al primer modelo la estrategia consiste en desarrollar una “economía intelectual”, adoptada generalmente por países desarrollados. En la época actual, en que los recursos materiales mundiales han sido divididos, poseídos y explorados en forma casi exhaustiva,

²⁷ *Copyright Enforcement Policy*, cit. nota 26, Preámbulo.

la lucha por y la monopolización de recursos intelectuales han crecido paulatinamente, y alcanzado el alto rango de estrategia nacional de desarrollo. En muchos países desarrollados se han realizado estadísticas durante años, de tal forma que se puede apreciar claramente la importancia adquirida por las industrias basadas en la propiedad intelectual, elevada al rango de parte sustancial de la economía nacional.

Si se toma a Australia como ejemplo, algunas de sus estadísticas sostienen que las industrias basadas en propiedad intelectual incluyen por lo menos las siguientes:²⁸

- a. Literatura y prensa, incluyendo la publicación de libros, periódicos y revistas, bibliotecas;
- b. Música, incluyendo grabaciones, presentaciones en vivo y publicación de música;
- c. Programas de computación;
- d. Obras de arte, incluyendo pintura, escultura, arquitectura y artesanía;
- e. Obras de teatro – incluyendo presentaciones en vivo –, orquestas y otros entretenimientos;
- f. Películas y productos audiovisuales;
- g. Servicios de publicidad;
- h. Radio y televisión;
- i. Diseños, en especial textil, y de indumentaria y calzado.

Algunas estadísticas incluso dividen la industria relevante entre “nuclear”, “parcial” y “contribución”. Se considera que la contribución de actividades basadas en propiedad intelectual al PBI²⁹ fue de 6.1% entre 1981/82 y 1985/86, del 4,5% entre 1985/86 y 1991/92, y del 3.3% entre 1999/2000.³⁰ Hay quienes han sostenido que debería ser de 5.5% en el periodo 1996/2000.³¹ La

²⁸ Cfr. STANFORTH RICKETSON y CHRISTOPHER CRESWELL: *The Law of Intellectual Property: Copyright, Designs & Confidential Information*, Lawbook Co. (2nd. Ed.), 2002 (Update 24 Nov. 2006), pp. 3-2052 ss.

²⁹ Cfr. H. GULDBERG y E. CANDI: *Copyright: An Economic Perspective*, Australian Copyright Council, Sydney, 1987 (1987 & 1993 Study).

³⁰ Esta es la opinión del Allen Consulting Group, véase: Allen Consulting Group: *The Economic Contribution of Australia's Copyright Industries*, Australian Copyright Council and the Centre for Copyright Studies, Sydney, 2001.

³¹ El índice de crecimiento económico en el mismo periodo es 4.85 %.

contribución al empleo fue del 3% en 1985/1986, del 2.78% en 1991, del 2.7% en 1995/1996, y del 3.8% en el 2000.³² Las industrias de copyright y de DPI en general, ciertamente, pueden tener alto impacto en la sociedad, la economía y la cultura de un país.

El segundo tipo de estrategia es proveer una protección limitada a la propiedad intelectual. Para muchos países en desarrollo es una decisión sin opción. En las sociedades actuales los líderes de todos los países han reconocido el fuerte poder de la propiedad intelectual. Sin embargo, muchos Estados carecen de los recursos suficientes para montar y desarrollar una economía basada en tales recursos, o para tomar medidas fuertes de protección de la propiedad intelectual. La difícil situación en términos de implementación es un factor importante que afecta las negociaciones que se presentan sobre el Acuerdo ADPIC. Es más, hoy por hoy es una razón importante para explicar por qué países desarrollados, tales como Canadá, no protegen su propiedad intelectual en forma plena.

Los países que siguen la primera estrategia de desarrollo de la propiedad intelectual invierten muchísimos recursos en esta tarea. El aporte de la propiedad intelectual a la sociedad, la economía y la cultura es por lo tanto de suma importancia. En estos casos se advierte un firme propósito de proteger la propiedad intelectual. Dado que la propiedad intelectual ha ocupado una posición importante en los modelos de vida básicos y en los patrones de crecimiento económico de los países más desarrollados, es “casi imposible”³³ bajar el nivel de protección de los DPI también a nivel mundial. Más bien se puede advertir de la tendencia general de la protección de los DPI en estos países, que la perspectiva de protección de los DPI se hace internacionalmente más y más estricta.

Bajo la segunda estrategia de desarrollo de una economía intelectual, los países en desarrollo y algunos países desarrollados sólo llegan a tomar

³² GULDBERG/CANDI, cit. nota 29.

³³ 郑成思 (ZHENG CHENGSI), “信息知识产权与中国知识产权战略若干问题” (*Algunas cuestiones sobre la Propiedad Intelectual de Información y la estrategia china de DPI*), 《环球法律评论》, No. 3, 2006.

medidas duras en las formas más serias de delitos contra la propiedad intelectual, debido a la escasez de recursos para la implementación de tal protección. En tanto bajo esta estrategia de protección limitada la protección sea sin embargo suficiente y acorde con los requisitos de los tratados internacionales, especialmente del Acuerdo ADPIC, se supone que otros países no tendrán derecho a presentar ningún tipo de quejas. Sin embargo, China debería ver claramente las ventajas y desventajas que puede acarrear este modelo, en caso de ser escogido.

El argumento de que la piratería de propiedad intelectual pone al alcance de los consumidores la obra de otros en forma sencilla y expedita a bajo costo, no puede seguir sosteniéndose si se reconoce la naturaleza de *propiedad* de la propiedad intelectual. De hecho, este argumento ya ha perdido validez para explicar la piratería de propiedad intelectual. En las negociaciones internacionales, los países en desarrollo nunca usan este argumento para sustentar sus puntos de vista. Estar de acuerdo con este argumento sería lo mismo que estar de acuerdo con la legitimidad del robo, es decir, pondría en cuestión la idea misma de que sea necesario combatir la piratería de derechos de propiedad intelectual. El pirata no sería un infractor, sino un hombre virtuoso! Aceptar este argumento implicaría confundir lo bueno con lo malo, y dejaría al villano libre de cargos y en condiciones de ganar dinero con la piratería.

El daño más serio que un país sufrirá por tolerar la piratería de propiedad intelectual en su política estatal es que va a eliminarse a sí mismo de una competencia moderna e innovadora. El objeto de la propiedad intelectual es de difícil desarrollo y de fácil reproducción. Si un Estado tolera la piratería de propiedad intelectual, los propietarios de propiedad intelectual extranjeros, que en este momento son relativamente fuertes, no estarán en condiciones de obtener un beneficio legal en ese país; al mismo tiempo, los propietarios de propiedad intelectual nacionales, que en este momento son relativamente jóvenes, quedarán hundidos. A largo plazo, los propietarios de derechos de propiedad intelectual extranjeros seguirán desarrollándose bajo la fuerte protección de sus derechos en sus propios países y en el resto del mundo, mientras que los propietarios de

propiedad intelectual nacionales seguirán estando asfixiados. Las medidas extras que los propietarios de propiedad intelectual nacionales tengan que adoptar para proteger sus derechos y poder sobrevivir, van a incrementar sus costos de producción y por lo tanto a afectar su capacidad de competir en el mercado. Gracias al desarrollo de técnicas de protección de la propiedad intelectual, especialmente en las áreas de productos de computación y audiovisuales, los importantes productos de información de este país – que fueron desarrollados en base a la piratería de copyright – se van a encontrar a menudo en una situación insegura debido al corto alcance de la protección de la producción de calidad. Sin un ambiente confiable para la información y la técnica, ¿cómo se puede llevar adelante cualquier tipo de innovación?

Desafortunadamente, lo que se puede ver hoy en día es el hecho de que la piratería de copyright puede acercarse en forma sencilla y rápida a los consumidores, a bajo precio, mientras que el peligro de que un Estado sea eliminado de la competencia en innovación es algo que recién podrá advertirse en el futuro. En los países en desarrollo, donde la industrialización todavía no ha tenido lugar realmente, la *ideología de granjero* está en boga. Piénsese la siguiente situación: en una zona campesina bien simple, ¿quién se enojaría porque otro haya tomado una manzana que es extremadamente fácil de obtener? Si adujera que va a entrar en bancarrota por tal hecho, los otros campesinos pensarían que está exagerando ¡y tendrían toda la razón! En el caso donde el propietario de la manzana no es local, la situación se pondría más difícil. En una sociedad en desarrollo, la víctima de un caso de violación de DPI a menudo se verá condenada y despreciada. Esto suele causar dificultades políticas y sociales para la implementación de los DPI en países en desarrollo, así como para la obtención de recursos y el apoyo social.

Sin embargo, si China no avanza y, por el contrario, disminuye el nivel actual de protección de los DPI, el futuro podría verse como lo ha planteado un excelente académico chino: China va a perder la competencia técnica básica con países extranjeros en los ámbitos de la ciencia y la tecnología, y tendrá cada vez menos obras de

excelencia creadas por su propia cultura. En verdad, un país no va a ponerse al día con países desarrollados en términos de poder económico si sólo se fia de la acumulación de bienes tangibles. China tiene que promover la acumulación de bienes intangibles para así, esperemos, hacer posible la concreción del “rejuvenecimiento nacional”.³⁴

Parece lógico que la estrategia china de desarrollar la propiedad intelectual y la protección de los derechos de propiedad intelectual debería ser adecuada para el beneficio nacional a largo plazo, implementando políticas en el momento necesario y evaluando la situación. ¡De este modo se procuraría que la majestuosa promesa de que el sistema chino de protección de los DPI “logre un alcance y estándares internacionales”³⁵ pueda cumplirse!

III.b. Opciones internacionales para la ley penal de propiedad intelectual

De todos modos, toda ley penal de propiedad intelectual de un Estado parte debería estar en concordancia, por lo menos, con los requisitos del Acuerdo ADPIC en el contexto de los tratados internacionales. De acuerdo con la situación mundial, podemos explorar las opciones disponibles para una ley penal de propiedad intelectual en cuanto al objeto de protección de la ley, la conducta prohibida, el aspecto subjetivo, el requisito de la “escala comercial” y la sanción penal.

III.b.1. Objeto y conducta de los delitos de Copyright

Como condición obligatoria, el Acuerdo ADPIC requiere que los Estados parte sancionen como delito a la piratería de copyright. No obstante, la prohibición por ley penal de otras infracciones a los derechos de propiedad intelectual no está en contra del Acuerdo.

No hay una discusión importante sobre el significado básico de la piratería de copyright bajo el contexto de copyright, es decir, la reproducción no autorizada e ilegal o la

³⁴ 郑成思, cit. nota 33.

³⁵ Véase “Legal Document of China’s Participation in WTO”, en la Ley del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular de la República Popular China, Número especial, 2002, p. 773.

distribución de materiales protegidos por la ley de copyright.³⁶ A fin de proteger efectivamente la propiedad intelectual y los intereses de los respectivos Estados, se ha llevado adelante en los distintos ordenamientos penales nacionales de protección de los DPI una expansión en distintos grados, partiendo de la prohibición central de la piratería de copyright.

En cuanto al *objeto de protección* de las leyes penales de protección de DPI, habitualmente se observa una protección completa. En general, se establece una protección especial para el software de computación y los productos audiovisuales, generalmente mediante disposiciones penales específicas o incluso mediante sanciones específicas establecidas en regulaciones especiales. Sin embargo, en muchos Estados aún no están explícitamente regulados en las leyes penales de protección de DPI objetos que fueron desarrollados más recientemente, tales como las bases de datos, las obras en la web, las medidas técnicas y administrativas para la protección de copyright, e incluso varias formas de derechos relacionados.

Con respecto a la *conducta delictiva*, cada Estado ha intentado enumerar todas las tipos posibles de acción que podrían constituir piratería de copyright, en tanto que algunos Estados (como por ejemplo Alemania) incluso disponen explícitamente sanciones penales para la preparación o tentativa de la piratería. La expansión de la conducta podría ser vista en términos de método (por ejemplo Canadá prohíbe la piratería de señales satelitales), de instrumentos (por ejemplo el Reino Unido y Australia prohíben la posesión de equipamiento para la producción de copias en infracción), etc.

Cualquier prohibición de piratería de copyright indirecta ciertamente va a aumentar el nivel de protección de los DPI, pero también los costos de su implementación. Sin embargo, esta protección extendida no es obligatoria según el Acuerdo ADPIC. Los Estados Partes pueden decidir discrecionalmente de acuerdo con su propia estrategia de protección.

³⁶ Véase BRYAN A. GARNER (Ed.): *Black’s Law Dictionary*, Thomson/West, (8va. ed.) 2004, p. 1186.

III.b.2. Aspectos subjetivos de los delitos de *copyright*

En cuanto al aspecto subjetivo de los delitos de *copyright* lo que el Acuerdo ADPIC exige es la voluntad, es decir, dolo. Es suficiente con tener un dolo indirecto sin propósito criminal. Los siguientes son distintos modelos relativos al aspecto subjetivo, según distintos ordenamientos nacionales de protección penal de los DPI:

Primero: La mayoría de los Estados prevén el *dolo* sin que se requiera de propósito especial para el delito de piratería de *copyright*.

Segundo: Algunos Estados (como Argentina) requieren del *dolo específico* para el delito de piratería de *copyright*.

Tercero: Algunos Estados requieren de propósito específico para otros delitos diferentes de la piratería de *copyright*.

Cuarto: Algunos Estados (por ejemplo Alemania) prevén el delito *culposo* de piratería de *copyright*.

Quinto: Algunos Estados y regiones (tales como Australia y Hong Kong) disponen de *responsabilidad objetiva* en delitos de *copyright*.

Sexto: Gran Bretaña no prevé el término “con fines de lucro” (“for profit”) en su legislación, pero requiere que la conducta prohibida cumpla condiciones tales como “para la venta o alquiler” (“for sale or hire”), “en el transcurso de los negocios” (“in the course of business”), “en el curso de los negocios con vistas a...” (“in the course of a business with a view to...”), o “sabiendo o teniendo motivos para creer que es utilizado para realizar copias prohibidas para venta o alquiler o para uso en el curso de negocios” (“knowing or having reason to believe that it is to be used to make infringing copies for sale or hire or for use in the course of business”).

El modelo *Segundo* parece inconsistente con los requisitos del Acuerdo ADPIC. El modelo *Cuarto* pareciera conducir muy fácilmente a una protección excesiva del *copyright*. El modelo *Sexto*, en cambio, resulta muy atractivo. El requisito de “en el curso de los negocios” obviamente necesita de un fin de lucro, sin embargo no está enumerado en el texto de la ley, de modo que no se presenta el problema de analizar si la ley está contradiciendo el Acuerdo ADPIC o no. En tanto el sistema legal lo permita,

hace posible una dedicación reflexiva a las infracciones relevantes.

III.b.3. El requisito “a escala comercial”

¿Toda infracción de *copyright* debería ser sancionada mediante la ley penal, o únicamente ciertos tipos de conductas? El resultado de las negociaciones y discusiones sobre este tema fue que el Acuerdo ADPIC dispone como límite mínimo de protección el que haya responsabilidad criminal cuando se trate de “escala comercial”.

Por este motivo, el qué se entiende por “escala comercial” deviene un tema central cuando se estudian la ley penal de *copyright* nacionales. De acuerdo con el estado de cosas a nivel mundial, los principales modelos en cuanto a la “escala comercial” (que se suman a otras circunstancias para constituir las infracciones de *copyright*) son los siguientes:

Primero: La ley penal de *copyright* no dispone una regulación relativa a la “escala comercial”. En la teoría y en la ley, una pieza en infracción es suficiente para constituir el delito de *copyright*, por ejemplo, en Francia. En este modelo, la “escala comercial” normalmente es una condición para una sanción más dura, especialmente en Australia.

Segundo: La ley penal de *copyright* requiere de la denuncia para el inicio de la investigación, ya sea siempre (como en Alemania) o parcialmente (por ejemplo Taiwan dispone una excepción para reincidentes habituales e infracciones de derechos personales de *copyright* cuando el propietario del derecho está muerto o muriendo).

Tercero: La ley penal de *copyright* dispone de montos o condiciones especiales. Por ejemplo, Estados Unidos dispone que si el infractor no actúa para obtener una ventaja comercial o un provecho financiero privado, debería ser considerado culpable sólo si reproduce o distribuye, durante un período de 180 días, una o más copias de obras protegidas con un valor (minorista) total mayor a los u\$s 1000. El Reino Unido requiere que las infracciones que constituyen piratería de *copyright* sean “en el curso de los negocios”. Hong Kong evalúa la incorporación de una disposición en el sentido de que para trabajos de *copyright* en diarios, revistas y publicaciones periódicas (excluyendo revistas

académicas), no se apliquen las sanciones penales aplicables a la copia y/o distribución comercial a consumidor final, si el número agregado de copias infractoras destinadas a la distribución o distribuidas no excede de las 1000 copias en un período de 14 días; y en cuanto a los derechos intelectuales de libros (incluyendo revistas académicas), considera establecer que la ofensa no quede constituida si el valor total minorista de las copias infractoras destinadas a la distribución en un período de 180 días no excede de \$ 8000.

Cuarto: La ley penal de protección de los derechos intelectuales que se refiere a la “escala comercial” únicamente se implementa respecto de la “infracción comercial por parte de importadores, productores y distribuidores”, lo que conlleva menor atención a la implementación de la ley respecto del mercado minorista, “si bien podría ser un medio útil de acceder a las infracciones más serias de piratería de *copyright*”, tal como es en Canadá.

Quinto: La ley penal de protección de los derechos intelectuales generalmente requiere “daño flagrante” y un “monto relativamente alto”, o dispone que los casos que impliquen una infracción a gran escala deben ser tratados en procesos criminales. De todos modos, estos conceptos no están claramente definidos, como sucede en Rusia y en Corea.

Sexto: Las leyes penales de *copyright* explícitamente establecen que la escala comercial se refiere a “la comisión reiterada de un acto con la intención de hacer de ella una fuente continua de ingresos por un período de tiempo y en una cierta medida”. Tal es el caso de Alemania.

De acuerdo con la práctica internacional, puede decirse que son los modelos con las regulaciones más precisas respecto de la escala comercial los que resultan más efectivos en su tarea disuasiva. Los modelos con una regulación menos precisa, tal como el modelo *Quinto*, quedan claramente más expuestos a la crítica internacional.

III.b.4. Regulación de la sanción

Hay tres aspectos centrales entre los requisitos del Acuerdo ADPIC respecto de la sanción de tipos delictivos para la protección de los DPI: el primero es la disuasión suficiente; el segundo es que las sanciones sean multa o prisión, o ambas; y el tercero es la concordancia con las penas aplicadas a delitos de una gravedad similar.

En cuanto a la sanción de la piratería de *copyright*, “los delitos de una gravedad similar” se refieren generalmente al robo. Es común internacionalmente que la sanción por robo sea de alrededor de cinco años de prisión, y puede alcanzar un máximo de 10 años en los EE.UU. Estos parámetros son en general acordes con el requisito del Acuerdo ADPIC. Respecto a la práctica de la protección de los derechos intelectuales en el mundo, la cuestión central reside en que haya una sanción siempre que haya una infracción. Esto no significa que se requiera una sanción extremadamente dura. Está comprobado que el mero aumento del máximo de las escalas penales no es suficiente a los fines de la disuasión. Más bien la disminución del límite para la persecución de delitos de *copyright* es una forma básica de lograr mayor efectividad en la disuasión.

Es cierto que en la actualidad en la mayoría de los casos los delitos de *copyright* prevén penas de multa. Pero, obviamente, la sola imposición de penas de multa, y no de penas privativas de la libertad, no parece ser suficientemente efectivo. La forma más económica y efectiva de disuadir este tipo de delitos es más bien la imposición de multas con la posibilidad de la imposición conjunta de una pena de prisión.

IV. La situación de la ley penal china de *copyright* en relación con la situación internacional

La situación de la ley penal china de *copyright* en el mundo puede entenderse si se analizan su estado actual y su tendencia a futuro.

IV.a. Situación actual de la ley penal china de *copyright*

China es el país en desarrollo más grande del mundo y a la vez un país de grandes logros en términos de desarrollo social y económico en los últimos 20 años. Hoy en día China “considera su estrategia de protección de la propiedad intelectual a la misma altura que su estrategia nacional de innovación, y pone gran atención en ambas”. Sin embargo, si se la compara con otros países, la nueva China comenzó con la protección de los DPI relativamente tarde. Así, “es bastante

reciente el énfasis que se pone en la propiedad intelectual”.³⁷

Es importante tener presente, sin prejuicios, que la ley penal china de copyright ya se ha establecido, y está haciendo progresos significativos. En el primer *Código Penal* de la nueva China en 1979, el copyright todavía no era objeto de protección de la ley penal. Con posterioridad fue promulgada la *Ley de Copyright*, en 1990, y el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo comenzó a utilizar la ley penal como medio de protección de los DPI al promulgar la *Decisión sobre la sanción de los delitos de violación del copyright*, en 1994. En el *Código Penal revisado* de 1997 el delito de infracción al copyright y el delito de venta de reproducciones infractoras devino una parte importante de la Sección 7 sobre “Crímenes en infracción de Derechos de Propiedad Intelectual” en el Capítulo III “Crímenes de socavamiento del Orden Económico del Mercado Socialista”. En concordancia con estas leyes y regulaciones se publicaron diversas “explicaciones” judiciales³⁸, estableciendo detalladamente las condiciones de persecución de las infracciones al copyright. La ley penal de copyright actual presenta las siguientes características:

Primero: Los objetos protegidos por la ley penal de copyright son obras de distinta naturaleza, a las cuales se les reconocen derechos intelectuales. Las obras específicamente enunciadas en el Código Penal son las obras escritas, musicales, cinematográficas, televisivas, de video, software informático, libros con derechos exclusivos de publicación, fonogramas y videogramas, y obras de arte. Además, el Código Penal explícitamente prohíbe la venta con fin de lucro de las reproducciones infractoras especificadas en la ley. *Segundo:* Las penas especificadas en la ley penal de copyright no superan el máximo de tres años

³⁷ Véase

2006年9月5日温家宝在接受五家欧洲媒体联合采访时的讲话 (Discurso de Wen Jiabao en la entrevista dada conjuntamente a cinco medios europeos el 5 de septiembre de 2006): “中国对知识产权保护定能‘像钢铁一样硬’”(“La protección de los DPI en China tiene que llegar a ser tan dura como el acero”).

³⁸ Sobre las “explicaciones judiciales” en general véase SHIZHOU WANG: “The Judicial Explanation in Chinese Criminal Law”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. XLIII, Fall 1995, Nr. 4.

de prisión o de detención penal para los casos ordinarios, y se prevé en forma concurrente o independiente la multa. Para los casos más serios la pena puede alcanzar los 7 años de prisión, concurrente con multa.

Tercero: Los delitos de copyright sólo pueden ser cometidos en forma intencional y “con fin de lucro”.

Cuarto: El carácter básico de los delitos de copyright en términos de conducta es reproducir, distribuir, e incluso transmitir “sin el permiso del propietario del copyright”.

Quinto: La infracción del copyright no debería constituir un crimen salvo que el monto de las ganancias ilegales sea relativamente alto o estén dadas otras circunstancias de gravedad.

Sexto: De acuerdo con las explicaciones judiciales pertinentes, el “monto relativamente alto” y las “circunstancias de gravedad” se definen de acuerdo a las siguientes pautas: En primer lugar, la *cantidad de infracciones*. La Corte Suprema del Pueblo exige que el infractor sea condenado, si “infringe el copyright nuevamente luego de habersele considerado responsable en el ámbito administrativo o civil más de dos veces por infracción del copyright”³⁹. Con posterioridad la Corte Suprema del Pueblo sumó el requisito de que la nueva infracción al copyright debería ser “dentro de los dos años siguientes a que la declaración de responsabilidad administrativa o civil fue declarada por más de dos veces”⁴⁰. En segundo lugar, las *ganancias ilegales* (por ej. el monto de los beneficios). El requisito de la Corte Suprema del Pueblo sobre este monto era de 20.000 RMB^{NT} para individuos y de 100.000

³⁹1995年最高人民法院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定〉若干问题的解释》第二条第一款 (Art. 2, párr. 1, Explicación de algunas cuestiones en la aplicación de la “Decisión del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular sobre la sanción de los delitos de infracción de copyright”, tratado por la Corte Suprema del Pueblo, 1995).

⁴⁰1998年最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第一款 (Art. 2, párr. 1, Explicación de algunas cuestiones sobre la “Audencia de casos penales relativos a Publicación Ilegal” de la Corte Suprema del Pueblo, 1998).

^{NT} La relación entre el renminbi chino (RMB) y el euro es aproximadamente de € 1 = RMB 9.3.

RMB para unidades^{NT} en 1995⁴¹, el cual se incrementó a 50.000 RMB para individuos y 200.000 RMB para unidades en 1998⁴², disminuyéndose a 30.000 RMB en 2004⁴³. En el año 2007 la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo sumaron a esto, conjuntamente, que toda persona debería ser sancionada si reproduce y distribuye obras escritas, obras musicales, obras cinematográficas, obras de televisión, obras de video, software informático, y otras obras, y la suma agregada de las copias infractoras excede las 500 piezas⁴⁴. En tercer lugar, el *comercio ilegal*. El requisito de la Corte Suprema del Pueblo sobre este monto era de 10.000 RMB para individuos y de 500.000 RMB para unidades en 1995⁴⁵, el cual se incrementó a 20.000 RMB y 1.000.000 RMB respectivamente en 1998⁴⁶, y decreció a 50.000 RMB en 2004⁴⁷. En cuarto lugar, el principio de *combinar persecución privada y pública*. Para casos penales de infracción del copyright perseguidos por las víctimas, si hay suficiente

^{NT} El concepto legal chino de *unidad* (traducido aquí del inglés “unit”) se refiere a una unidad funcional (dentro de una empresa, de un organismo, etc.), la cual se diferencia de la persona jurídica a la que pertenece, y que puede ser considerada penalmente responsable con independencia de aquella. Un ejemplo es el de un comité ejecutivo, al cual puede imputársele penalmente, por ej., una acción financiera defraudatoria, sin que ello implique la responsabilidad penal de la persona jurídica.

⁴¹ Véase cit. nota 39, art. 5.

⁴² Véase cit. nota 40, art. 2.

⁴³

2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条 (Art. 5, Explicación de algunas cuestiones relativas a la aplicación concreta de la ley en casos penales de infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, tratado por la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo, 2004).

⁴⁴ 2007年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第一条 (Art. 1, Sobre la Segunda Explicación de algunos temas relativos a la aplicación concreta de la ley en casos penales de infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, tratado por la Corte Suprema del Pueblo y la Fiscalía Suprema del Pueblo, 2007).

⁴⁵ Véase cit. nota 39, art. 2.

⁴⁶ Véase cit. nota 40, art. 2.

⁴⁷ Véase cit. nota 43, art. 5.

evidencia y la víctima directamente lleva el caso a un Tribunal Popular, éste puede aceptarlo. Sin embargo, casos penales de infracción a los DPI que perjudican seriamente el orden social y los intereses estatales deberían ser perseguidos, según la ley, por la Fiscalía del Pueblo.

De acuerdo con el art. 47 de la Ley de Copyright, el ofensor cuyas infracciones no hayan sido tratadas como “caso criminal” debe contar con la posibilidad de una declaración de responsabilidad civil. Si se perjudican derechos e intereses públicos, el Departamento Administrativo de Copyright puede imponer una sanción administrativa. Cuando las circunstancias sean graves⁴⁸, el departamento mencionado puede, además, confiscar el material, así como las herramientas y los instrumentos principalmente utilizados para producir las copias infractoras.

Resumidamente podría hacerse la siguiente reseña de la ley penal china de copyright:

Primero: China ha establecido un sistema básico para la protección de copyright, ha promulgado normativa penal para paliar la piratería de copyright, ha disminuido paulatinamente el piso del estándar económico para que quede constituido el crimen de copyright, y ha cumplido real y seriamente el compromiso asumido al incorporarse a la OMC en cuanto a “realizar el ajuste necesario y disminuir el estándar monetario”⁴⁹. China ha realizado un progreso significativo hacia la “plena implementación de las regulaciones de ADPIC”⁵⁰.

Segundo: China sostiene la idea de que “la protección administrativa de obras en forma paralela con la protección judicial se

⁴⁸ Aquí las circunstancias graves hacen referencia a: 1. Ganancias ilegales (por ej. en el monto del beneficio) superiores a 5.000 RMB para individuos y 30.000 RMB para unidades; 2. Comercio ilegal de 30.000 RMB para individuos y 100.000 RMB para unidades; 3. Las copias infractoras son 2.000 piezas para sujetos individuales y 5.000 piezas para unidades; 4. Casos de reiteración de una infracción de copyright si previamente había sido declarado responsable por alguna vía; 5. Se provoca otro efecto significativo o resultado grave. Véase el art. 31, *Implementation Methods on Administrative Sanction for Copyright Infringement*, issued by National Copyright Administration, 2003.

⁴⁹ Véase cit. nota 35, p. 785.

⁵⁰ *Ibid.*

complementan mutuamente”⁵¹. Esta política ha obtenido grandes logros en cuanto a paliar la piratería de copyright, sin embargo, todavía hay que evaluar si el efecto de “disuasión efectiva de piratería futura”⁵² también está teniendo lugar.

Tercero: La concordancia de la ley penal china con el requisito del art. 61 ADPIC puede analizarse del siguiente modo: 1. La ley penal china concede protección a obras de distinta naturaleza, que gozan de copyrights; 2. El requisito de “con fin de lucro” previsto en el art. 218 para el crimen de venta de copias infractoras no se contradice con el requisito de ADPIC. Sin embargo, si se contradice con el Acuerdo el mismo requisito en el art. 217 para el Crimen de Infracción de Copyright; 3. La suprema judicatura china ha hecho numerosos ajustes sobre los estándares de monto y sobre las circunstancias que constituyen el crimen de copyright, y los disminuyeron en forma significativa – ampliando de esta manera la posibilidad de aplicación de tal figura –. Sin embargo, la explicación china de “escala comercial”, exigida en el art. 61 del Acuerdo ADPIC, independientemente del monto absoluto o de la disuasión de la piratería de copyright, es difícilmente compatible con la del Acuerdo ADPIC. La Corte Suprema del Pueblo en su explicación de 2007 comenzó a utilizar un nuevo método. Se refiere al número de copias infractoras en lugar de mencionar el monto dinerario, es decir, exige que el número agregado de copias infractoras exceda las 500 piezas. Este es un progreso importante. Sin embargo, la mezcla de obras de bajo valor comercial tales como las obras escritas, con aquellas que tienen un alto valor económico, como las obras cinematográficas o el software informático, es claramente inapropiada si se aplica el mismo modo de cálculo por unidad. De esta manera, el nivel de protección de las obras escritas en el continente podría exceder el nivel que tiene Hong Kong, que requiere, por ejemplo, 1000 copias dentro de un período de 14 días para diarios infractores, revistas y periódicos (excluidas las revistas académicas); 4. La ley penal china de copyright establece la escala penal con el máximo más elevado entre los países en desarrollo, incluso más elevado que países desarrollados como Alemania y Francia. Sin embargo, sigue siendo cuestionable su compatibilidad con los

⁵¹ Véase cit. nota 37.

⁵² Véase cit. nota 35, p. 785.

requisitos del Acuerdo ADPIC en cuanto a que sea “consecuente con los niveles de las sanciones aplicadas a crímenes de gravedad similar”.

IV.b. Consideración sobre el desarrollo a futuro de la ley penal china de copyright

De frente a la tendencia intencional actual de la protección de copyright y considerando el contexto chino contemporáneo, el autor sugiere la siguiente dirección para el desarrollo de la ley penal china de copyright: una disminución gradual del límite monetario para las ofensas de copyright, la aplicación plena de las normativas del Acuerdo ADPIC y la expansión apropiada de su ámbito de protección.

Las dos primeras medidas, la disminución gradual del límite para las ofensas de copyright y la aplicación plena de las normativas del Acuerdo ADPIC, son compromisos asumidos por China cuando se incorporó a la OMC, y se refieren a la protección de la propiedad intelectual mediante sanciones penales. En cuanto a paliar la piratería de copyright, las tareas pendientes para China en término de la disminución de los límites son dos: 1) Cancelar el requisito de que los crímenes en infracción de copyright deban ser cometidos “con fin de lucro”, 2) Disminuir gradualmente el estándar monetario para la persecución de la piratería.

En lo que concierne al aspecto subjetivo del crimen de infracción de copyright, lo que el Acuerdo ADPIC exige es únicamente voluntad o intención, es decir que no sólo dolo directo, sino que también el dolo indirecto debería ser suficiente. Por lo tanto, la regulación de la ley penal china debería ser revisada, dado que actualmente el crimen de infracción de copyright sólo queda constituido cuando existe “el fin de lucro”, es decir, sólo cuando se actúa con dolo directo. El autor considera que hay tres modelos que podrían utilizarse como referencia: 1. Basarse en la experiencia de la mayoría de los Estados, cancelar el requisito del propósito criminal y aceptar que el dolo indirecto es suficiente para el crimen de copyright; 2. Basarse en la experiencia del Reino Unido y exigir (como una condición general para la constitución del crimen de infracción de copyright) la condición objetiva “en el curso de los negocios” para reemplazar la

condición subjetiva “con fin de lucro”. Este modelo también podría conducir a que se sancione en China la piratería de copyright sin propósito criminal, lo cual estaría de acuerdo con los requisitos del Acuerdo ADPIC; o 3. basarse en la experiencia de EE.UU. y exigir por una parte el propósito de ventaja comercial o ganancia financiera privada y, por otra, que cuando no exista tal propósito criminal sea suficiente tener un cierto número de copias infractoras por encima de un cierto monto monetario para que quede constituido el crimen de copyright.

Si se dispusiese otro tipo de requisitos subjetivos el ordenamiento chino quedaría fácilmente expuesto a la crítica internacional debido a sus bajos estándares, o no sería apropiado para China debido a sus altos estándares. Así y todo, China debería considerar adoptar alguno de estos modelos de acuerdo a sus necesidades y a la posibilidad de desarrollo futuro.

Con respecto a la disminución del estándar monetario para la persecución de piratería de copyright, el estándar chino actual (que exige 30.000 RMB para ganancia ilegales, 50.000 RMB para comercio ilegal o 500 piezas de copias infractoras) se encuentra por una parte en los niveles más altos en términos de monto absoluto entre los Estados que hemos investigado. Por otra parte, no es acorde con el requisito de “consistentemente con el nivel de sanciones aplicadas por crímenes de gravedad similar”, es decir, difiere demasiado de la sanción por robo. Ahora bien, desde que no hay un modelo unificado a nivel mundial respecto de la “escala comercial”, y dado que ninguno de los modelos existentes en otros Estados se ajusta del todo a la situación en China, el autor sugiere crear un modelo chino de “escala comercial” tomando la experiencia de cada Estado de referencia. En detalle, este modelo debería contener los siguientes puntos centrales:

Primero: Debería estipularse que “las ofensas reiteradas, la piratería voluntaria y la falsificación” constituyen un crimen sobre la base de los compromisos asumidos por China al ingresar en la OMC. Asimismo, deberían establecerse causas excluyentes de la responsabilidad penal – acorde con la experiencia de países como Australia.

Segundo: Deberían establecerse en forma diferenciada estándares de montos para las respectivas obras protegidas, utilizando términos dinerarios, temporales y de cantidad, y manteniendo concordancia con las sanciones previstas para delitos de gravedad similar, tomando como base las experiencias de EE.UU. y Hong Kong.

Tercero: Debería establecerse el orden de prioridad de la protección de copyright con base en la experiencia de Canadá, enfocándose principalmente la protección de los DPI con alto valor comercial o económico que por su relevancia son fomentados por el Estado, o con valor significativo para la investigación científica, especialmente, por ejemplo, el software informático y las obras audio-visuales.

Cuarto: Podría establecerse el principio de acción privada para la persecución de ofensas de copyright, con base en la experiencia de Alemania. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en este país, los órganos de seguridad pública deberían tener la obligación de llevar adelante las investigaciones iniciadas por denuncia de las víctimas, incluso si el monto de daño alegado no ha alcanzado el estándar que constituye una ofensa de copyright.

Dentro de este modelo, el estándar monetario para que quede constituido el crimen debería contemplar las siguientes categorías: 1. Obras con valor económico claramente elevado, tales como software para computadoras y obras audio-visuales; 2. Obras con limitaciones temporales especiales, tales como impresiones, diarios, revistas y periódicos; 3. Obras con un reducido número de lectores u obras que requieren de conocimientos especiales para su reproducción, tales como un libro u obras de arte, como las pinturas; 4. Otras obras. Por supuesto que el estándar monetario que se establezca debe tomar en consideración que estamos en la era de internet.

La necesidad de distinguir estas obras en términos de monto monetario, período de tiempo y piezas o unidades es obvia. De acuerdo con el Acuerdo ADPIC, la protección mediante la ley penal no debería estar prevista únicamente para cuando ya se causaron grandes perjuicios a los propietarios de los DPI, sino que debería también debería poder disuadir “en forma efectiva la piratería de

copias en el futuro”⁵³. La exigencia de la “escala comercial” como requisito para que queden constituidas las ofensas de copyright en China no debería provocar que “muy pocos casos alcancen este nivel porque el estándar monetario para iniciar el proceso penal es muy alto”⁵⁴.

Sin embargo, si se reformase la ley, es práctico y realista decir que la ley penal china de copyright sólo puede asumir un nivel acorde con el estándar del Acuerdo ADPIC, ya que se ha comprometido a “aplicar plenamente la normativa de ADPIC”. Teniendo en cuenta las necesidades de las estrategias chinas en derredor de la propiedad intelectual y la innovación nacional, y comparando la situación de China con la ley penal de copyright de ciertos países en desarrollo, tales como India, hay que reconocer que todavía tenemos un largo camino por andar hasta elevar el estándar de protección de los DPI mediante la ley penal. Tratándose de un país en desarrollo muy grande, está claro que por mucho tiempo China seguirá estando escasa de recursos para la implementación y protección de los DPI. Sin embargo, al promover el desarrollo de la protección internacional de los DPI, es muy posible que el país se haga aportes favorables a sí mismo y a los demás países en desarrollo. Es necesario evaluar seriamente el ámbito de protección legal de los DPI en China, en incluso en el mundo.

La expansión apropiada del ámbito de protección legal es una idea central en las investigaciones contemporáneas dedicadas a la propiedad intelectual en los países en desarrollo.⁵⁵ Teniendo esto en cuenta, la ley de copyright debería proteger no sólo el “flujo” de propiedad intelectual (como se hace mediante las obras, patentes y marcas registradas), sino también la “fuente” de tales logros. Dentro del ámbito de este artículo podrían mencionarse al menos la “literatura y arte populares” bajo la categoría de “conocimiento tradicional”⁵⁶. Obviamente, “es extremadamente injusto para la gente del lugar donde tienen su origen... tomar esta literatura y estas artes populares con fines de lucro sin

ninguna compensación a cambio”⁵⁷. Hoy en día en algunos países desarrollados y en los tratados internacionales se le está prestando atención a la protección de esta parte de la propiedad intelectual⁵⁸. Si China pudiese utilizar su ley doméstica para proveer protección primaria, esto generaría una fuerza conductora para el desarrollo de una ley internacional de DPI. Así, esta dirección en la legislación sería altamente significativa, ya que mejoraría los niveles de contribución de la propiedad intelectual para el modelo de vida básico de la sociedad china y “cambiaría el modelo de crecimiento económico”⁵⁹.

En China ha habido grandes cambios y el mundo también está en un proceso de cambio. En el ámbito de la ley penal, nosotros los chinos estamos cada vez más confrontados con cuestiones que sabemos – por análisis racional – que se supone que debemos abordar, pero que algunos de nosotros todavía sienten como bastante lejanas y ajenas. ¿Deberíamos realmente “seguir nuestros sentimientos”? ¿O deberíamos actuar cuando lo pensamos siguiendo la máxima de que “la cognición debe preceder a la aplicación”⁶⁰? Los especialistas chinos que están trabajando en las áreas legislativas, judiciales y teóricas deberían tomar su decisión sobre estas formas de pensar, definiendo si prefieren sociedades placenteras o sociedades industrializadas. La ley penal de copyright podría ser el primer paso de la puesta en práctica de tal decisión.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Véase GERVAIS, cit. nota 1.

⁶⁰ “Dem Anwenden muss das Erkennen vorausgehen“, del Prof. Dr. Max Planck, famoso físico alemán, en: Frankfurter Societaets-Druckerei GmbH & Auswartigen Amt, Berlin, Deutschland, D Nr. 4/2006, p. 59.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO Y DEL TÉCNICO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*

José Miguel Zugaldía Espinar**

Esteban Pérez Alonso***

I. Introducción.

En sociedades tan complejas y generadoras de riesgos de toda índole como las que nos ha tocado vivir, se hace necesaria una decidida intervención pública para garantizar la prevención de dichos riesgos y la seguridad de los ciudadanos¹. Las relaciones laborales no son ajenas a esta situación, sino que, al contrario, son una de las principales fuentes de peligro para los que intervienen en dicha actividad social. Prueba de ello la encontramos en el elevado índice de siniestralidad laboral que existe en nuestro país. Así, por ejemplo, en el año 1996 hubo un total de 1.200.000 accidentes laborales, con un saldo de 1.300 muertes y de 10.500 lesiones graves. Se estima que la posibilidad que tiene un trabajador en nuestro país de sufrir una enfermedad o accidente en el trabajo es el doble que la media de los trabajadores europeos: el 62,6% frente al 32,1%.²

La trascendencia social de esta problemática es tan grande que ha tenido, incluso, plasmación a nivel constitucional. Así, el art. 40.2 CE establece, como principio rector de la política social y económica, la obligación a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Dicho imperativo constitucional tiene su correlato en el derecho social del trabajador a la garantía de seguridad en el trabajo, como se refleja en el Texto Refundido de la Ley del

* Este trabajo ha sido publicado en Diez Ripollés *et al*: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Tecnos 2002, pp. 1511-1529.

** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

*** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

¹ Vid. con amplitud: MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, 2001, pp. 24 y ss.

² Vid. BAYLOS GRAU, A. Y TERRADILLOS BASOCO, L. *Derecho Penal del Trabajo*. 2º ed. Madrid. 1997, pp. 103 y 104.

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que les reconoce, como derecho laboral básico, el derecho “a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene” (art. 4.2,d) y, como deber laboral básico, el de “observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten” (art. 5,b). Además, cuando el Estatuto de los Trabajadores establece los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo reitera que “el trabajador en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” (art. 19.1), consignando también, para el propio trabajador, la obligación de “observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene” (art. 19.2). El desarrollo normativo de este derecho-deber de carácter social constitucionalmente comprometido no se ha producido, sin embargo, hasta la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), que constituye la norma básica y esencial en esta materia. Debe quedar claro, no obstante, que esta ley no es tanto desarrollo legislativo del texto constitucional, cuanto cumplimiento de la imperiosa necesidad de adaptar y armonizar la legislación española de seguridad e higiene a la política y normativa comunitaria, especialmente dinámica, en materia de prevención de riesgos laborales.³ En especial, cabe destacar la Directiva 89/391/CEE, adoptada el 12 de junio de 1989 por el Consejo Europeo, “relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo”, conocida ya como “Directiva Marco” en esta materia. Al mismo tiempo debe advertirse que también se ha aprovechado la promulgación de la LPRL para incorporar en ella muchas prescripciones contenidas en diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia, que han venido siendo ratificados por España, en los que se responde al compromiso adoptado en la Declaración de Filadelfia de fomentar programas para “proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”. En este contexto cabe destacar los Convenios número 28,

³ En este sentido: CORDERO SAAVEDRA. *La responsabilidad empresarial por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales*. Revista española *Derecho del Trabajo*. Nº. 83. 1997, p. 419.