

LA IDEOLOGÍA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA TUTELA PENAL DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR*

Túlio LIMA VIANNA**

RESUMEN: El presente artículo trata, desde la perspectiva marxista, la protección de las obras que se regulan por el derecho de la propiedad intelectual. Para ello, el autor inicia con una referencia sobre el origen histórico de la propiedad intelectual, a partir del derecho de reproducción de las obras intelectuales conocido como *copyright*. Posteriormente, se realiza el análisis de la tutela jurídica del trabajo intelectual, en el que se hace especial referencia a la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor, en las que se critica y proponen reformas a dicha regulación jurídica.

Palabras clave: Propiedad intelectual, derechos de autor, violación del derecho de autor, inconstitucionalidad, *copyright*, *software* libre, bien jurídico penal, criminalización del ilícito civil.

ABSTRACT: *The present article deals from the Marxist perspective, with the protection the works that are regulated by the Intellectual Property Law. The author begins with a reference on the historical origin of the intellectual property, from the right of reproduction of intellectual works known like "copyright". Later, makes the analysis of the juridical guardianship of the intellectual work, in which is done special reference to the penal guardianship of the author's patrimonial rights, in that it is criticized and propose reforms to the above mentioned juridical regulation.*

Descriptors: *Intellectual property, rights of author, violation of the author right, unconstitutionality, copyright, free software, legally protected penitentiary interest, criminalization of the civilian illicit.*

* Traducción de Carolina Botero. Artículo recibido el 30 de enero de 2007 y aceptado el 16 de abril de 2007.

** Doctor en derecho del Estado por la Universidade Federal do Paraná y maestro en ciencias penales por la Universidade Federal de Minas Gerais. Profesor de Derecho penal en la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. Editor de la página www.tuliovianna.org.

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.

Thomas JEFFERSON*

SUMARIO: I. *La invención de la propiedad intelectual*. II. *La cuestión de la escasez*. III. *El nuevo paradigma de la tutela jurídica del trabajo intelectual*. IV. *El viejo paradigma de la tutela penal de la propiedad intelectual*. V. *A modo de conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. LA INVENCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Históricamente, la preocupación por la tutela de los derechos de autor de obras intelectuales es bastante reciente. En la Antigüedad y en la mayor parte de la Edad Media las dificultades inherentes a los procesos de reproducción de los originales, por sí mismas, ya ejercían un poderoso control de la divulgación de ideas, pues el número de copias de cada obra era naturalmente limitado por el trabajo manual de los copistas.

* “Si la naturaleza ha hecho una cualquiera de las cosas menos susceptible que todas las otras de la propiedad exclusiva, es la acción del poder del pensamiento llamado idea, que un individuo puede poseer exclusivamente mientras él lo guarda para sí mismo; pero al momento en que se divulga, lo obliga a la posesión de todos, y el receptor no puede desapropiarse de él. Su carácter peculiar, también es que nadie posee menos, porque los demás posean el conjunto de él. Él que recibe una idea de mí, recibe la enseñanza él mismo sin que por ello la mía disminuya; de modo que aquel que enciende su lámpara con la mía recibe la luz sin obscurecerme”.

Con la invención de la imprenta, los soberanos se sintieron amenazados por la inminente democratización de la información y crearon un astuto instrumento de censura, consistente en conceder a los dueños de medios de producción de los libros el monopolio de la comercialización de los títulos que editasen, a fin de que éstos, en contrapartida, velasen para que el contenido no fuese desfavorable al orden vigente.

En 1557, dieciocho años después de que William Caxton allá [en Inglaterra] introdujo la impresora (*printing press*), Felipe y Maria Tudor concedieron a la asociación de dueños de papelería y libreros el monopolio real para garantizarles la comercialización de los escritos. La corporación, entonces, se volvió una valiosa aliada del gobierno en su campaña para controlar la producción impresa. Eran comerciantes que, a cambio de la protección gubernamental a su dominación del mercado, manipulaban los contenidos en los escritos del individuo, ejerciendo la censura sobre aquéllos que fuesen desfavorables a la realeza.

A ese privilegio en el control de los escritos se llamó *copyright*, que nació, pues, de un derecho asegurado a los libreros, y no como un derecho del autor de los escritos. Duró más o menos doscientos años, y es la semilla de las leyes (*Statutes*) relativas a ese derecho heredadas por Inglaterra, y, más tarde, por Estados Unidos de Norte América.¹

Esta perversa simbiosis entre el poder dominante y los dueños de los medios de producción de los libros no buscaba tutelar cualquier derecho de autor, buscaba tan sólo garantizar el monopolio de reproducción de las obras, de allí que fueran llamados *copyright* (derecho de copia).

Fue la Revolución Francesa, paralelamente a la Revolución Industrial, con su ideario de igualdad, libertad y fraternidad, la que hizo la historia del otro derecho, de la otra faceta del derecho de autor, su contenido moral, de respeto a las ideas de cada uno en su integridad y a su significado político, ideológico o meramente de ficción. Pierre Recht señala que en Francia, desde el siglo XVI, los autores comenzaban a

¹ Abrão, Eliane Yachouh, *Direitos de autor e direitos conexos*, São Paulo, Editora do Brasil, 2002, p. 28.

tener conciencia de que tenían un derecho sobre sus creaciones. Pero, del mismo modo que en Inglaterra, la edición de libros era también una concesión real. La primera obra editada fue en 1686, y los escritores empezaron a reivindicar sus derechos en la venta, en la reproducción de la obra, como un corolario de su derecho de autor de propiedad.

Fue la jurisprudencia francesa, entonces, la que empezó a regular las relaciones entre escritores y editores, y los lazos perpetuos que les unían, obligando, en histórica decisión que de las futuras transacciones de sus derechos participaran a los herederos de grandes escritores como La Fontaine y Fénelon.

El 30/8/1777 nuevas reglas fueron establecidas en Francia entre autores, editores y libreros. Aunque mantenían los privilegios en la comercialización, reconocieron al autor el derecho de editar y vender sus obras. Aún según Recht [...] las normas produjeron una diferencia capital en la naturaleza jurídica de las dos categorías de privilegios: la de los autores, una “propiedad de derecho”, y la del editor, una “liberalidad”.²

La invención de la “propiedad intelectual” remonta, pues, a los orígenes del sistema capitalista, cuando por presión de los autores de obras intelectuales se toma por propiedad un ente inmaterial que en rigor es “trabajo intelectual”.

La propiedad es, y siempre fue, una institución jurídica caracterizada fundamentalmente por el derecho a usar, gozar y disponer con exclusividad de la cosa.³

En el derecho de propiedad, se encuentran integrados los derechos de ser usada la cosa, conforme con los deseos de la persona a quien pertenece (*jus utendi* o derecho de uso); los de disfrutar y gozar la cosa (*jus fruendi*), sacando de ella todas las utilidades (provechos, beneficios y frutos), que de ella puedan ser producidos, y los de disponer de ella, transformándola, consumiéndola, alienándola (*jus abutendi*), según las necesidades o la voluntad demostrada.⁴

² *Ibidem*, p. 30.

³ *Cfr.* art. 1.228 do Código Civil.

⁴ Silva, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 12a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1993, p. 477.

Un propietario de un apartamento, por ejemplo, tiene interés en el uso exclusivo del inmueble, pues es evidente que no se sentiría confortable con la presencia de personas extrañas en su sala, cocina o baño. Ya el autor de un libro o el compositor de una música tiene justamente el interés opuesto, pues nadie produce una obra artística para su deleite egoísta. Cuantas más personas leen y escuchan una creación, tanto mayor placer traerá a su autor que tendrá su talento reconocido.

Un propietario de una hacienda tiene interés en disfrutar con exclusividad de los frutos de su tierra y es natural que no anhele dividir su cosecha con nadie. El escritor de una obra de carácter técnico-científico, por otro lado, tiene interés en ser citado en obras de otros autores y lejos de anhelar impedir que otros disfruten de sus ideas, se sienta honrado con la mención que hacen a su trabajo.

Por fin, solamente al propietario cabe el derecho de alienar (donar, permutar o vender) la cosa, por el obvio motivo de que al hacerlo perderá los derechos de usarla y disfrutarla. El autor, sin embargo, nada pierde con la copia de su obra. Por el contrario, cuantas más personas leen sus textos, escuchan su música y aprecian su arte, tanta más reputación ganará en la sociedad.

La obra intelectual, como su propio nombre indica (lat. *opèra, ae* ‘trabajo manual’), no es, pues, una especie de propiedad, es simplemente un “trabajo intelectual”. La invención de la “propiedad intelectual” en los orígenes del sistema capitalista tuvo la función ideológica de encubrir su naturaleza de “trabajo”.

Mientras el trabajo manual modifica la materia prima, produciendo perceptibles variaciones en los bienes trabajados y, con eso, aumenta su “valor de uso” naturalmente vinculado al objeto corpóreo, el trabajo intelectual no tiene necesariamente su “valor de uso” vinculado a cualquier bien, pues las ideas son, por naturaleza, entes incorpóreos.

Así, aunque el “trabajo intelectual” tenga un inmenso “valor de uso” en cualquier sociedad, su “valor de cambio” estará siempre condicionado a una “venta casada” de bienes (el pergamino, el papel) y servicios (la copia manual, la copia impresa). Una idea, cuando es reproducida oralmente, por mayor “valor de uso” que tenga, no posee ningún “valor de cambio” por el simple hecho de que puede ser re-

producida infinitamente sin estar limitada por el problema fundamental de la economía: la escasez.

II. LA CUESTIÓN DE LA ESCASEZ

No hay bien más precioso para los seres humanos que el aire que respiramos. No obstante su inmenso “valor de uso”, el aire no tiene hoy cualquier “valor de cambio”, por el hecho de existir en la naturaleza en abundancia. Hace siglos el agua potable tampoco poseía “valor de cambio” en la mayoría de las sociedades, pero al volverse escasa en la sociedad actual, adquirió “valor de cambio” y pasó a ser vendida. Se ve, pues, que el “valor de cambio” de determinado bien está directamente relacionado con su disponibilidad en la sociedad. Se agrega a esta afirmación, el hecho de que la mayoría absoluta de los bienes y servicios que consumimos son socialmente escasos:

1. Nuestros deseos materiales son prácticamente insaciables e ilimitados.
2. Los recursos económicos son limitados o escasos. Debido a que de estos dos hechos de la vida, no podemos tener todo cuanto anhelamos. Por tanto, enfrentamos la necesidad de hacer elecciones.⁵

Así, es natural que se opte por comprar un apartamento o una casa; por un coche o una motocicleta; por un viaje en las vacaciones de enero o de julio. Tales elecciones son necesarias en virtud de nuestros límites productivos.

Por mucho tiempo, el problema de la escasez limitó la cantidad de copias y definió el “valor de cambio” de las obras intelectuales. En el periodo anterior a la invención de la imprenta, la adquisición de una obra intelectual implicaba una necesaria adquisición conjunta de bienes y servicios, consistente en un medio material (un pergamino, por ejemplo) sobre el cual se realizaba un servicio (la copia manual de la obra intelectual).

Con la invención de la imprenta, se mantuvo la necesaria adquisición conjunta de bienes y servicios, pues el “valor de cambio” de la

⁵ Wonnacott, Paul y Ronald, *Economía*, 2a. ed., São Paulo, Makron Books, 1994, p. 23.

obra continuaba vinculado a su materialización en un medio físico. La drástica reducción de los costos del servicio de copia, posibilitada por la reproducción en serie, obligó a los autores a alienar su “trabajo intelectual” a los detentadores de medios de producción que, en contrapartida, les exigieron la concesión del monopolio de la distribución de las obras.

La naturaleza del trabajo intelectual, que podría ser replicado *ad infinitum*, acabó por identificarse como “propiedad intelectual”, aun a pesar de las evidencias que muestran que una vez alienada la propiedad no puede ser utilizada nuevamente por quien un día la poseyó. Se firmó entonces la ideología de la “propiedad intelectual”, ocultando la venta del trabajo intelectual de los autores a los detentadores de medios de producción.

En el siglo XX, con la invención de los sistemas informáticos y el advenimiento del internet, las funciones de divulgación y distribución de las obras intelectuales, que tradicionalmente eran realizadas por la industria editorial, discográfica y productora, pudieron ser realizadas directamente por el propio autor a través de páginas personales. Así, cualquier persona conectada a internet puede tener acceso a libros, música, películas y programas de computador producidos en cualquier lugar del mundo y, en cuestión de horas, o incluso minutos, puede copiarlos a un coste ínfimo para su computador.

El soporte material de la obra, que hasta entonces era predominantemente el papel, fue sustituido por dispositivos de acopiamiento magnéticos (disquetes, discos duros, etcétera) y ópticos (CD, DVD, etcétera) de bajo costo y con grande capacidad, posibilitando a cualquiera hacer gigantes bibliotecas personales en formato digital. El servicio necesario de la reproducción de la obra fue minimizado al punto de ser realizado personalmente por el propio interesado en cuestión de minutos. El coste de reproducción de abultadas colecciones de libros se volvió prácticamente insignificante.

Este nuevo sistema de distribución del trabajo intelectual redujo el coste de los bienes y servicios necesarios para la adquisición de una obra a prácticamente cero y suprimió el problema de la escasez. Como consecuencia directa de eso, el “valor de cambio” del trabajo intelectual, que siempre estuvo vinculado a la escasez inherente a la venta conjunta de bienes y servicios, no pudo mantenerse. El sistema

capitalista se tropezó con una realidad que la ideología de la “propiedad intelectual” hasta entonces había ocultado muy bien: en el “libre mercado” el “valor de cambio” del trabajo intelectual es cero, pues puede ser reproducido *ad infinitum* y no está limitado por la escasez.

Esta constatación, lejos de colocar en riesgo la remuneración del trabajo intelectual de los autores, demuestra tan sólo que, en el sistema capitalista, es imprescindible la materialización de la obra intelectual en medio físico para que ésta adquiera “valor de cambio”. No obstante, la ausencia de escasez en medio digital, la “venta casada” de la obra intelectual con productos/bienes (papel) y servicios (impresión) continúa ocurriendo.

La digitalización de las obras intelectuales no abolió la impresión de libros. Las leyes, que siempre fueron de dominio público, están ampliamente disponibles en textos completos en internet, pero las editoriales jurídicas continúan produciendo y vendiendo códigos impresos. Innumerables traducciones de la Biblia pueden ser encontradas en el internet con facilidad, pero la obra sagrada continúa siendo el libro más vendido en el mundo. La genial literatura de Machado de Assis, en el dominio público por el pasar del tiempo, también puede ser encontrada en internet, pero varias editoriales continúan imprimiendo sus trabajos, incluso en ediciones lujosas.

Si es así con las obras de dominio público, del mismo modo será con las obras tuteladas por el “derecho de autor”. A pesar de la divulgación de estos trabajos en medio digital y de su consecuente ausencia de escasez, aún así habrá interesados en adquirirlas en ediciones impresas. De ese modo, se mantendrá el viejo esquema de alienación por los autores del “trabajo intelectual” a los propietarios de medios de producción, garantizando a aquellos la remuneración por su trabajo y a éstos el logro por su inversión.

De otro lado, en la sociedad capitalista digital, el trabajo intelectual por sí mismo *in natura* posee considerable “valor de cambio” mientras permanece inédito. El pionero en la exploración de una idea garantiza al capitalista un periodo de ventaja con relación a su competencia. Así, la compra del “trabajo intelectual” inédito por los detentadores de medios de producción garantiza las ganancias derivadas del carácter pionero de su exploración.

Este fenómeno es particularmente visible en toda suerte de invenciones de la industria tecnológica que, después de ser comercializadas, son luego copiadas por la competencia. No son las patentes que garantizan las ganancias de las empresas, pero principalmente el secreto industrial y el ser pioneras.

III. EL NUEVO PARADIGMA DE LA TUTELA JURÍDICA DEL TRABAJO INTELECTUAL

El nuevo paradigma de remuneración del trabajo intelectual empezó a ser regulado en 1984, cuando surgió en Estados Unidos de América un movimiento liderado por el *hacker* Richard Stallman, con el objetivo de desarrollar un sistema operacional de libre distribución. Esta iniciativa resultó en la creación de la *Frene Software Foundation* —FSF (Fundación para el *Software* Libre)— y, para fundamentar jurídicamente el proyecto, fue redactada la *GNU General Public License* —GPL (Licencia Pública General del GNU)— que rompía con la antigua tutela del derecho de copia (*copyright*):

“*Software* libre” se refiere a la libertad de los usuarios para ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el *software*. De modo más preciso, se refiere a cuatro libertades de los usuarios del *software*:

1. La libertad de usar el programa, con cualquier propósito (libertad 0).
2. La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y adaptarlo a tus necesidades (libertad 1). El acceso al código fuente es una condición previa para esto.
3. La libertad de distribuir copias, con lo que puedes ayudar a tu vecino (libertad 2).
4. La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie (libertad 3). El acceso al código fuente es un requisito previo para esto.⁶

Garantiza la libre distribución y modificación de las obras y, en contrapartida, las nuevas distribuciones quedan vinculadas a la mis-

⁶ ¿Qué es el *Software* Libre? Disponible en <http://www.gnu.org/philosophy/freesw.es.html>.

ma licencia. Así, un programador puede incluso modificar un *software* libre, pero necesariamente el nuevo programa resultante de estas modificaciones debe ser distribuido en los términos de la GPL.

Por la primera vez, se consagra jurídicamente la realidad económica de que, en el sistema capitalista, el trabajo intelectual *in natura* no posee “valor de cambio” en virtud de la ausencia de escasez.

A estas licencias que garantizaban el derecho de distribuir y modificar libremente las obras intelectuales se les ha venido a conocer como *copyleft*, en una clara alusión de repudio a las licencias tradicionales de *copyright* que garantizaban el monopolio del derecho de reproducción de las obras intelectuales. No tardó el nuevo concepto de libre distribución y alteración del *software* en ser aplicado a otras formas de creación intelectual y fue creada la *GNU Free Documentation License* (GFDL-Licencia de Documentación Libre del GNU), aplicable a textos, imágenes, músicas, películas y otros documentos.

Paradójicamente, el *copyleft* no prohíbe la comercialización de la obra. Dado que permite la libre distribución y modificación de la obra producida, las empresas pueden explotarla comercialmente. Así, una editorial puede editar y vender libremente una obra distribuida en internet bajo *copyleft*, de modo semejante a las obras en dominio público, pero jamás podrá impedir que alguien copie el libro impreso, por cualquier medio, o que otra editorial lo publique, pues la licencia original no permite acciones monopolísticas.

A partir del *copyleft*, surgieron otras licencias con tratamientos diversos de los derechos morales del autor, en especial en lo que se refiere a la atribución obligatoria del nombre del autor, a la prohibición de alteraciones de la obra y a la prohibición de distribución con fines comerciales. Estas nuevas licencias consagran un modelo de distribución del trabajo intelectual que permite la libre copia de la obra en formato digital (donde no hay escasez) y al mismo tiempo garantiza al autor el derecho de ser remunerado cuando su trabajo intelectual sea materializado en medio físico para fines de comercio. Se trata de la superación de la vieja ideología de la “propiedad intelectual” en pro de un nuevo paradigma de tutela del “trabajo intelectual”.

El nuevo paradigma, sin embargo, no agradó a los detentadores de los derechos de producción, que mantuvieron la férrea defensa de la ideología de la “propiedad intelectual”, capaz de sostener el monopo-

lio de distribución de las obras. Este monopolio es el instrumento que garantiza la escasez de la “obra intelectual” y, consecuentemente, crea artificialmente un “valor de cambio”, pues un trabajo que podría ser reproducido *ad infinitum* en un libre mercado comandado por la escasez, *in natura* tendría “valor de cambio” cero.

De esa forma, un de los elementos definidores de esa nueva era será la lucha entre la esfera cultural y la esfera comercial; la cultural primando por la libertad de acceso, y lo comercial buscando el control sobre el acceso y el contenido de esa producción cultural, con designio comercial. Evidentemente, estamos pasando por un periodo de transición, de largo plazo, de un sistema basado en la producción industrial para una producción cultural, en que lo importante no es la propiedad del bien, es el acceso a él. ¿La realización de la utopía marxiana?

En este contexto hay abundancia de bienes culturales e intelectuales y ante esto la vieja economía agoniza, basada en la defensa irracional de la industria cultural, en detrimento de la cultura y de los verdaderos productores de la cultura, los autores intelectuales.⁷

En la tentativa de sostener la ideología de la “propiedad intelectual” la “industria cultural” crea estadísticas impresionantes para afirmar la tesis de que la piratería acarrea perjuicios de mil millones de reales por año. El sofisma se funda en el argumento necio de que todo aquél que piratea una obra intelectual, de ser impedido de hacerlo, necesariamente compraría el producto.

De acuerdo con la ABES [Asociación Brasileña de Empresas de Software], una investigación de la Price Water Coopers revela que si el índice de piratería de *software* brasileño, actualmente en un 56%, fuese reducido para el equivalente de los países desarrollados, en torno al 25%, el sector dejaría de perder R\$1,7 mil millones en facturación y casi 25 mil nuevas colocaciones serían generados, con aproximadamente R\$1,2 mil millones recaudados en impuestos directos e indirectos. Pero alto ahí.

La industria no pierde 1,7 mil millones por año. Este valor corresponde a su expectativa de ventas en el caso en que quien piratee arri-

⁷ Rover, Aires José, “Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual”, en Kaminski, Omar (org.), *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*, Curitiba, Juruá, 2003, p. 177.

ba de la media no tuviese alternativa, ni para escoger *software* libre ni para instalar *software* pirata. La cuenta honesta sería otra. De ese 56% ¿cuántos instalarían *software* libre o dejarían de comprar la computadora si no pudiesen piratear? Descontados éstos, lo que la industria pierde es apenas el valor de las licencias restantes. Valor que no corresponde con las expectativas de ventas de las empresas, corresponde al poder adquisitivo de los agentes económicos que consigue absorber, como bien muestra la actual crisis de la telefonía privatizada.⁸

Bajo el pretexto de tutelarse los “derechos de autor”, el combate a la piratería es tan sólo un instrumento de reafirmación de la vieja ideología de la “propiedad intelectual”, única capaz de legitimar el monopolio del derecho de copia de los detentadores de medios de producción.

El monopolio del derecho de copia (*copyright*), lejos de tutelar los derechos del autor, es contrario a su interés de mayor divulgación posible de la obra. Lo que garantiza a los autores la remuneración por su trabajo no es el monopolio del derecho de copia, es la alienación de este trabajo a los detentadores de medios de producción que irán materializándolo en medio físico y lo venderán en el libre mercado. Poco importa al autor la ausencia de escasez de la obra en medio digital, o incluso si únicamente una o una decena de empresas producirá su trabajo en medio físico, pues su remuneración depende tan sólo de la venta de la obra materializada.

La libre divulgación de la obra en medio digital es extremadamente interesante para el autor, pues le permite una visibilidad muy superior, dándole prestigio y valorándolo como profesional en el mercado. Es este prestigio social que le garantizará la oferta de nuevos trabajos en la forma de exposiciones, presentaciones, trabajos por encarga y otras actividades que indirectamente también remunerarán su trabajo intelectual.

⁸ Resende, Pedro Antônio Dourado de, “Programas de Computador: a outra face da pirataria”, en Kaminski, Omar (org.), *Internet legal: o Direito na Tecnologia da Informação*, Curitiba, Juruá, 2003, p. 227. Para dados atualizados da Associação Brasileira de Empresas de Software (ABES), *Polo de Negócios-Dados do Setor*. Disponible en: <http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dados1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>. Última visita el 18 de febrero de 2005.

El *copyleft* es la superación jurídica de la vieja ideología de la “propiedad intelectual” y la consagración de un nuevo paradigma de tutela del “trabajo intelectual” que privilegia al autor en detrimento del interés de las empresas en el monopolio del derecho de copia (*copyright*).

IV. EL VIEJO PARADIGMA DE LA TUTELA PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La superación de la ideología de la propiedad intelectual y el surgimiento, en la esfera civil, del *copyleft* como nuevo paradigma de tutela de los derechos del autor no fueron, hasta el momento, acompañados por el derecho penal.

El artículo 184, *caput*, del Código Penal y el artículo 12 de la Ley número 9.609/98 se mantienen fieles a la ideología de la “propiedad intelectual”, tipificando la conducta de “violar derecho de autor”.

La opción del legislador por la norma penal en blanco es problemática, pues el tipo penal no puede fundarse en el mero incumplimiento de una norma civil.

El concepto de tipo, introducido por Beling en la dogmática penal, puede ser definido desde tres diferentes puntos de vista: *a)* como tipo legal constituye la descripción del comportamiento prohibido, con todas sus características subjetivas, objetivas, descriptivas y normativas, realizadas en la parte especial del CP (y leyes complementarias); *b)* como tipo injusto representa la descripción de la lesión del bien jurídico, comprendiendo los fundamentos positivos de la tipicidad (descripción del comportamiento prohibido) y los fundamentos negativos de la antijuridicidad (ausencia de causas de justificación); *c)* como tipo de garantía (tipo en sentido amplio) realiza la función político-criminal atribuida al principio de la legalidad (art. 5o., XXXIX, CF), expresa en la fórmula *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, y comprende todo el presupuesto de la punibilidad: además de los caracteres del tipo de injusto (tipicidad y antijuridicidad), también los fundamentos de reprobación del autor por la realización del tipo de injusto (culpabilidad), así como las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales.⁹

⁹ Santos, Juez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, Río de Janeiro, Revan, 2002, p. 29.

Bajo la óptica de tipo legal, la expresión “violar derecho de autor” no describe el comportamiento prohibido de forma mínimamente necesaria. Al remitir a un concepto de la ley civil número 9.610/98, desvanece totalmente su función de garantía, contrariando el principio constitucional de la taxatividad.

A pesar de expresarse la ley penal en palabras y éstas no ser nunca totalmente precisas, ni por eso el principio de la legalidad debe ser despreciado, sino que cabe exigir del legislador que él agote los recursos técnicos para dar la mayor exactitud posible a su obra. De allí, no basta que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que ella sea hecha de una manera taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de la máxima taxatividad legal.¹⁰

De otro lado, la ley civil no suple la función de garantía a ella delegada por la norma penal, pues en el actual sistema impuesto por el *copyleft*, la tutela patrimonial de los derechos de autor es regla que admite innumerables excepciones de orden meramente contractual. Así, la intrincada lectura de los referidos tipos penales implicaría una remisión de la norma penal en blanco a la ley civil que la complementa, pero que, muchas veces, remitiría al intérprete a una licencia con características contractuales, en la cual el autor dispensaría la tutela legal de sus derechos patrimoniales. Una interpretación extremadamente compleja incluso para profesionales del derecho, y prácticamente imposible para el ciudadano lego, a quien la función de garantía de los tipos penales debería contemplar.¹¹

¹⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl y Batista, Nilo, *Direito penal brasileiro: primeiro volume-teoria geral do direito penal*, Río de Janeiro, Revan, 2003, pp. 206 y 207.

¹¹ Dice el Tribunal de Justicia de Minas Gerais (Violación de derechos de autor. Los CD “piratas”): El principio constitucional de legalidad y la garantía de que todo ciudadano sólo podrá ser condenado criminalmente si existe una ley previa que le permita saber —incluso potencialmente— que la conducta es un delito en el ordenamiento jurídico. La expresión “violar los derechos de autor” es demasiado vaga e incluso los propios especialistas en derecho penal no podrían precisar su ámbito de significado, mucho menos un vendedor ambulante sin educación jurídica. El desconocimiento de la ley es excusable si ésta no es suficientemente clara para permitir que cualquiera pueda comprender —aunque potencialmente— su significado. Apelación Criminal núm. 1.0172.04. 910501-5/001, Relator: Erony da Silva. Disponible en: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0172&ano=4&numeroProcesso=910501&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=.

1. *En busca del bien jurídico*

Es bajo la óptica del tipo de injusto, sin embargo, que se encuentra el más grave agravio al principio de la taxatividad. Esto porque la descripción vacía de la conducta típica se fundamenta en la tutela penal de un bien jurídico tan borroso, que contradice la objetividad inherente a la naturaleza de lo bien jurídico.

Cuando el legislador se encuentra delante de un ente y tiene interés en tutelarlos, es porque lo valora. Su valoración del ente se traduce en una norma, que eleva el ente a la categoría de bien jurídico. Cuando quiere dar una tutela penal a ése bien jurídico, con base en la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente pupilo.

Veamos lo que sucede con un poco más de claridad: el legislador se encuentra delante del ente “vida humana” y tiene interés en tutelarla, porque la valora (la considera positiva, buena, necesaria, digna de respeto, etcétera). Este interés jurídico en tutelar el ente “vida humana” debe ser traducido en norma; ¿cuándo se pregunta “cómo tutelarlos?”, la única respuesta es: “prohibiendo matar”. Ésta es la norma prohibitiva “no matarás”.¹²

Todavía que se conciben tipos penales complejos, como el robo (en que se tutela la libertad y el patrimonio), en todos ellos la individualidad de cada uno de los bienes jurídicos tutelados debe estar perfectamente acotada. De esta forma, el bien jurídico debe ser caracterizado por un único e indivisible interés jurídico a ser tutelado por la norma penal y no por un conjunto de intereses difusos reunidos arbitrariamente bajo una abstracta ideología de “propiedad intelectual”.

La función de garantía individual ejercida por el principio de la legalidad estaría seriamente comprometida si las normas que definen los crímenes no dispusiesen de claridad denotativa* en la significación de sus

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl y Pierangeli, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 4a. ed. rev., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 455.

* N. de T.: en este párrafo la expresión “claridad denotativa” se muestra como una expresión antagónica de la que implica “claridad connotativa”, de modo que denotativo “indica o señala” el significado, mientras que connotativo lo “sugiere”, el primero es “directo” mientras que el segundo es “alusivo”.

elementos, inteligibles por todos los ciudadanos. Formular tipos penales “genéricos o huecos”, valiéndose de “cláusulas generales” o “conceptos indeterminados” o “ambiguos” equivale teóricamente a formular nada, pero es práctica y, políticamente, mucho más nefasto y peligroso.¹³

La doctrina nacional¹⁴ menciona los “derechos de autor” como bien jurídico penalmente tutelado por el delito de “violación de derechos de autor”. Éstos, por su parte, son considerados tan sólo una especie del género “propiedad intelectual”.¹⁵

El delito de “violación de derechos de autor” es un tipo penal vago, fundamentado en un bien jurídico indeterminado. Es una verdadera afrenta al principio constitucional de la taxatividad, pues reúne bajo el rótulo de “propiedad intelectual” una gama de intereses tan diverso como: el derecho de atribución de autoría, el derecho de asegurar la integridad de la obra (o de modificarla), el derecho de conservar la obra inédita, entre otros derechos morales, y los derechos de edición, reproducción (*copyright*) y otros patrimoniales. Se trata, por tanto, de un tipo penal complejo que tutela innumerables bienes jurídicos de naturaleza moral y patrimonial, agrupados bajo la ideología de la “propiedad intelectual”.¹⁶

¹³ Batista, Nilo, *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Revan, 2001, p. 78.

¹⁴ En este sentido: Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do CP*, 7a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 504; Prado, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial: arts. 184 a 288*, 2a. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53; Mirabete, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*, 22a. ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 374. Delmanto, Celso et al., *Código penal comentado*, 6a. ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 437. En sentido semejante, afirmando ser la “propiedad intelectual” un bien jurídico tutelado, véase Nucci, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 3a. ed. rev. atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 609.

¹⁵ “En relación con las obras literarias, científicas o filosóficas, denominadas obras de producción del intelecto, y las obras artísticas (escultura, pintura), la propiedad intelectual es generalmente concedida por la denominación derechos de autor. En cuanto a los inventos en términos del Derecho comercial, se llaman, especialmente, propiedad industrial, que se concretizan en las patentes de invención, expedidas por el poder público en favor de los inventores”. Silva, De Plácido e, *op. cit.*, nota 4, pp. 479 y 480.

¹⁶ “Acerca de la naturaleza jurídica de la materia, la mejor doctrina patria (Antonio Chaves, Walter Moraes, Carlos Alberto Bittar, José de Oliveira Ascensão, Fabio Ma-

Por la propia función de garantía del tipo penal, la descomposición del hipotético bien jurídico “propiedad intelectual” (o “derechos de autor”) en sus unidades mínimas, tiene consecuencias importantes. Si es cierto el interés jurídico en la tutela penal de los derechos morales del autor, la tutela penal de los derechos patrimoniales es bastante controvertida.

Hay un interés individual y social en tutelar la autenticidad de una obra, tanto como su integridad. No sólo es de interés de Picasso que el público sepa que el Guernica fue pintado por él, también es del interés del público y de los historiadores del arte tener conocimiento de que aquella obra proviene de las manos de este artista. Asimismo, es del interés no sólo del autor, también del público, que la pintura permanezca en el tono monocromático, adecuado al tema, y que nadie modifique con detalles en dorado.

La reproducción de esta obra en libros de arte, sin embargo, lejos de lesionar un interés del artista o del público, beneficiará a todos. Así como es interesante para el artista tener su trabajo apreciado por un público mayor, es de interés del público tener acceso a la mayor variedad de obras posible.

No hay cualquier interés jurídico del autor en evitar la reproducción de su obra, por el contrario, cuanto más su “trabajo intelectual” sea divulgado, mayor prestigio social él ganará. El interés en limitar la reproducción de la obra es tan sólo de los detentadores de medios de producción, que buscan mantener un monopolio en la distribución de la obra para, con eso, producir artificialmente una escasez inexistente en la era digital.

La descomposición del bien jurídico “propiedad intelectual” o “derechos de autor” demuestra que hay no sólo una tutela de intereses diversos (morales y patrimoniales), también son diversos los intereses de personas distintas: autor e “industria cultural”. Si el interés patrimonial del autor es vender su “trabajo intelectual”, el del propietario

ria de Mattia) es unánimemente dualista: derechos de autor son un conjunto de prerrogativas de orden moral y de orden patrimonial, que se conjugan cuando se pone a disposición pública una obra literaria, artística y/o científica. Los derechos morales pertenecen exclusivamente a la persona física del creador, y, en el caso de la obra audiovisual, son ejercidos por el director. Los patrimoniales, al creador original, si no los transfiere, o de un tercero, persona física o jurídica, a quien los haya cedido o licenciado”. Abrão, Eliane Yachouh, *op. cit.*, nota 1, p. 16.

de los medios de producción, que irá materializándolo en medio físico y comercializándolo, es decir, el interés de la “industria cultural” es mantener un monopolio del mercado que le garantizará la maximización de las ganancias.

La tutela penal de la “violación de derechos de autor”, tal como es concebida hoy, es un disparate jurídico que sólo se justifica cuando encubre la ideología de la “propiedad intelectual”. Tal delito tutela al menos tres bártulos jurídicos absolutamente diversos: *a)* Los derechos morales del autor; *b)* El derecho del autor a la remuneración por el trabajo intelectual explorado por los detentadores de medios de producción, y *c)* *Mirabile dictu*, el derecho de monopolio de mercado de los propietarios de medios de producción.

2. *La tutela penal de un deber civil*

En cuanto a los derechos morales del autor, como se trata de derechos personalísimos, que abarcan intereses públicos y privados, es bastante justificable la tutela penal. Con relación a los derechos patrimoniales, sin embargo, su naturaleza eminentemente civil aleja cualquier interés público en la tutela penal, sea de los intereses de los autores en recibir una remuneración por su trabajo, sea de los intereses de las empresas de mantener su monopolio comercial.

La piratería en medio físico alcanza los intereses del autor, que ve su “trabajo intelectual” comercialmente explotado sin la correspondiente remuneración por el propietario de los medios de producción. Se trata, sin embargo, de una deuda civil, jamás de un ilícito penal.

Si el legislador *ab absurdo* crease una ley tipificando la conducta: “violar derecho de propietario”, nadie tendría dudas en afirmar la absoluta inconstitucionalidad de la norma.

Se argumentaría, por cierto, que los derechos del propietario son varios y esta norma lesionaría el principio constitucional de la taxatividad. Incluso si los diversos bienes jurídicos tutelados por este delirante tipo penal complejo fueran descompuestos, seguiría siendo visiblemente inconstitucional en determinados aspectos: se trataría de una criminalización del incumplimiento de un deber civil, prohibida expresamente por la Constitución federal: “Artículo 5o., LXVII. No habrá prisión civil por deuda, salvo la del responsable por el incum-

plimiento voluntario e inexcusable del deber alimenticio y la del depositario infiel”.

Y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”: “7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos *de* deberes alimentarios”.

Si este es el caso de la tutela de la propiedad material, no hay ninguna razón para proteger con mayor énfasis una abstracta “propiedad intelectual” que, en este aspecto, tutela el derecho del autor a recibir la remuneración por su trabajo intelectual, explotado comercialmente por un propietario de medios de producción”.

Dejar de recibir una renta o salario, incluso si trata del incumplimiento del deber civil, jamás puede ser equiparado a una lesión patrimonial semejante al crimen de hurto. En el delito de hurto hay un decrecimiento patrimonial; en la violación de derechos de autor, el autor deja de tener una añadidura en su patrimonio. En el hurto, hay agravio a un derecho real; en la violación de derechos de autor, a un derecho obligacional. En aquél tenemos una víctima; en éste, un acreedor.

La producción de obras intelectuales en medio físico que no fue autorizada por el autor es, por tanto, tan sólo un incumplimiento de deber civil. Dada su naturaleza eminentemente privada y su carácter exclusivamente pecuniario, su criminalización afronta no sólo el principio de la intervención penal mínima, también la prohibición constitucional de prisión por deudas.

La piratería digital, por otro lado, lesiona principalmente los intereses de la empresa, pues en el sistema capitalista el trabajo intelectual *in natura* no posee “valor de cambio” y el autor sólo es remunerado directamente con la venta de la obra en medio físico. La fuente primordial de su remuneración es el salario indirecto, consecuente del prestigio adquirido con la repercusión de su obra.

Así, la criminalización de la piratería digital tiene como única función garantizar a la “industria cultural” el monopolio del derecho de reproducción de la obra (*copyright*), también contrariando los intereses del autor en la mayor divulgación posible de su trabajo intelectual. El derecho penal resulta disfrazado como instrumento de regulación del mercado económico, garantizando un monopolio de derecho de

copia concedido por el Estado a los detentadores de medios de producción.

Si el Estado brasileño mantiene su controvertido interés en la concesión de este monopolio del derecho de reproducción a los propietarios de medios de producción, debe limitarse a garantizarlo por medio de sanciones civiles, tales como aquellas previstas en el título VII de la Ley núm. 9.610/98. La tutela penal de este monopolio viola no sólo el principio de la intervención mínima, pero también y, principalmente, la veda constitucional a la prisión por deudas.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El monopolio del derecho de reproducción de las obras intelectuales (*copyright*) surgió hace siglos como instrumento de censura política en una simbiosis de los monarcas con los detentadores de medios de producción. Con el advenimiento del sistema capitalista, este monopolio pasó a ser sostenido hasta nuestros días, bajo la ideología de la “propiedad intelectual”, en beneficio de los detentadores de medios de producción, y acabó por constituir verdadera censura económica.

El alto valor de libros, discos (CD, DVD) y de programas de computador es sostenido por una escasez de obras intelectuales creada artificialmente por un monopolio del derecho de copia concedido por el Estado a los detentadores de medios de producción. Esta escasez artificial, lejos de tutelar los derechos del autor de la obra intelectual, beneficia principalmente la “industria cultural”, en detrimento de la clase menos favorecida de la población, que es obligada a escoger entre el consumo de bienes de subsistencia y de bienes culturales, y acaba optando indefectiblemente por aquéllos. De esta forma, se aumenta el foso cultural existente entre países desarrollados y subdesarrollados e, internamente, entre los miembros de una elite económica y cultural, y la masa de la población enfrentada al trabajo físico, a la miseria y a la ignorancia.

Bajo la secular ideología de la “propiedad intelectual”, la “industria cultural” busca desesperadamente justificar la necesidad de una tutela penal de la conducta de “violar derechos de autor”. Un detenido análisis del bien jurídico tutelado demuestra, sin embargo, la clara dicotomía entre la justificada tutela penal de los derechos personalísi-

mos del autor y la inconstitucional criminalización del incumplimiento de obligaciones civiles originadas de los derechos patrimoniales de autor.

Es necesario hacer una inmediata relectura de los artículos 184 del CP y 12 de la Ley 9.608/98, por los tribunales, para que se declare inconstitucional la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor, sea por la inobservancia del principio constitucional de la taxatividad, sea por la inobservancia de la veda constitucional a la prisión por deudas. Entenderla de forma diversa es consagrar la instrumentalización del derecho penal como medio de coerción al pago de deudas civiles, y de intervención económica para la garantía de monopolios privados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRÃO, Eliane Yachouh, *Direitos de autor e direitos conexos*, São Paulo, Editora do Brasil, 2002.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos*, Río de Janeiro, Forense, 2002.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE SOFTWARE (ABES), *Polo de Negócios-Dados do Setor*. Disponible en: <http://www.abes.org.br/polonego/dadoseto/dadose1a.htm#%CDndice%20de%20Pirataria%20no%20Software>. Última visita el 18 de febrero de 2005.
- BATISTA, Nilo, *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*, 4a. ed., Río de Janeiro, Revan, 2001.
- DELMANTO, Celso *et al.*, *Código penal comentado*, 6a. ed. atual. e ampl., Río de Janeiro, Renovar, 2002.
- ELIAS, Paulo Sá, “Novas tecnologias, telemática e os direitos autorais: inclui breves comentários sobre a Lei no. 9.609/98”, *Jus Navigandi*, Teresina, año 7, núm. 63, marzo de 2003. Disponible en: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3821>. Última visita el 5 de agosto de 2004.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 do CP*, 7a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1983.
- GANDELMAN, Henrique, *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*, 4a. ed. ampl. e atual, Río de Janeiro, Record, 2001.

GNU, *O que é software livre?* Disponible en: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt.html>. Última visita el 18 de febrero de 2005.

JEFFERSON, Thomas, *The Writings of Thomas Jefferson*. Disponible en <http://www.constitution.org/tj/jeff13.txt>. Última visita el 18 de febrero de 2005.

KAMINSKI, Omar, *Introdução à gestão de direitos digitais. Verba Iuris*. Disponible en <http://www.cem.itesm.mx/verba-iuris/articulos/080203.htm>. Última visita el 5 de agosto de 2004.

LESSIG, Lawrence, *Code: and other laws of cyberspace*, Nueva York, Basic Books.

MACHADO, Cynthia Semíramis Figueiredo, “Software e Privacidade: uma defesa do código-fonte aberto na preservação do direito constitucional à vida privada”, in CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz *et al.* (coord.), *Informática e internet. Aspectos legais internacionais*, Río de Janeiro, Esplanada, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*, 22a. ed., São Paulo, Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*, 3a. ed. rev. atual e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

ORTELLADO, Pablo, “Por que somos contra a propriedade intelectual?”, *Manifesto Anarquista*. Disponible en: http://riseup.net/anarquista/porque_somos_contra.htm. Última visita el 19 de febrero de 2005.

PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial: arts.184 a 288*, 2a. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RESENDE, Pedro Antônio Dourado de, “Programas de Computador: a outra face da pirataria”, in KAMINSKI, Omar (org.), *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*, Curitiba, Juruá, 2003.

ROVER, Aires José, “Os paradoxos da proteção à propriedade intelectual”, en KAMINSKI, Omar (org.), *Internet Legal: o Direito na Tecnologia da Informação*, Curitiba, Juruá, 2003.

SANTOS, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, Río de Janeiro, Revan, 2002.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, 12a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1993.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, Violação de Direitos Autorais. Apelação Criminal núm 1.0172.04.910501-5/001, Relator: Erony da Silva, Belo Horizonte, 23 de noviembre de

2004. Disponible en: http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=172&ano=4&numeroProcesso=9105015&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta. Última visita el 18 de febrero de 2005.

VIANNA, Túlio Lima, *Fundamentos de Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*, Río de Janeiro, Forense, 2003.

WACHOWICZ, Marcos, "O programa de computador e sua proteção no Brasil", *Jus Navigandi*, Teresina, año 6, núm. 53, enero de 2002. Disponible en: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530>. Última visita el 10 de junio de 2003.

WONNACOTT, Paul y Ronald, *Economia*, 2a. ed., São Paulo, Makron Books, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl y BATISTA, Nilo, *Direito penal brasileiro: primeiro volume-teoria geral do direito penal*, Río de Janeiro, Revan, 2003.

——— y PIERANGELI, José Henrique, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, 4a. ed. rev., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.