

Voces: DERECHOS DE AUTOR ~ PROPIEDAD INTELECTUAL ~ USUARIO ~ DELITO ~ ACTO ILÍCITO ~ PIRATERIA ~ SOFTWARE ~ REPRODUCCION DE LA OBRA

Título: Sobre la observancia de los derechos intelectuales

Autor: Sánchez Herrero, Andrés

Publicado en: LA LEY2008-A, 912

SUMARIO: I. Introducción. — II. Sobre las causas de la ineficacia de las normas que rigen la propiedad intelectual y su influencia sobre los infractores. — III. Límites a las infracciones en materia de propiedad intelectual. — IV. Motivaciones para infringir la propiedad intelectual. — V. Conclusión.

I. Introducción

En este artículo, consideraremos cómo operan las causas de la generalizada inobservancia del régimen de la propiedad intelectual. La cuestión sólo será analizada con relación a los usuarios o consumidores de productos en infracción, prescindiendo de considerar a los oferentes de este tipo de mercaderías.

A los efectos de este artículo, utilizamos indistintamente a expresiones tales como "ilícito", "delito", "crimen" e "infracción" para aludir a todo acto ilícito contrario al régimen de la propiedad intelectual. Aunque es claro que, desde el punto de vista de la dogmática, estas expresiones denotan distintas facetas de lo antijurídico, nuestra pretensión es analizar por qué se infringen, en general, las normas que regulan los derechos intelectuales, y, a tal efecto, nos basta con utilizar cualquiera de las expresiones referidas.

Dado que en este artículo analizamos ciertos aspectos de la eficacia del régimen jurídico de los derechos intelectuales, conviene aclarar, previamente, qué queremos significar mediante el término "eficacia". Incluso circunscribiéndonos al lenguaje del derecho, se trata, sin duda, de una palabra multívoca. Sin ánimo de acotar los diversos significados con que ha sido utilizada en la ciencia jurídica, podemos destacar los siguientes (1):

a) Eficacia formal, jurídica o interna. Es la capacidad de una regla de derecho para producir efectos jurídicos, de acuerdo con las normas del sistema en cuestión. En este sentido, el término puede predicarse tanto respecto de las normas como de los actos jurídicos. Se trata de una calificación puramente normativa, y no es fácil distinguirla de la validez. Una norma es eficaz, conforme a esta acepción, cuando ha satisfecho ciertas condiciones que regulan su producción, es conforme con otras normas y no ha sido derogada (2). Bien podría decirse, en definitiva, que una norma es eficaz cuando es válida.

b) Eficacia como éxito (3). Toda norma se dicta con una cierta finalidad, en el sentido de modificar o preservar una determinada situación de hecho. Por ejemplo, se pone un tope máximo a la velocidad de circulación de los vehículos con el fin de que haya menos accidentes. Al respecto, es usual afirmar, apelando a una segunda acepción del término, que la norma es eficaz cuando cumple con su finalidad, esto es, cuando logra, de hecho, el resultado propuesto por el legislador. Siguiendo con el ejemplo: la norma sería eficaz si, de hecho, se reduce el número de accidentes. En el campo de la propiedad intelectual, esta cuestión ha sido objeto de profundos e interminables debates, que han convocado la atención de economistas, sociólogos, abogados y demás profesionales. Se trata de una cuestión que no será abordada en este trabajo, con todo.

c) Eficacia material o sociológica. Nos referimos, en esta tercera acepción, a la eficacia entendida como cumplimiento o aplicación: es la capacidad de una norma para motivar, de hecho, la conducta de sus destinatarios o, en su defecto, para que se apliquen los efectos que se encuentran previstos para el caso de incumplimiento (efectos que, normalmente, consistirán en la nulidad, la reparación y/o la sanción) (4). En este sentido, la norma sería eficaz si es cumplida por sus destinatarios o si, en su defecto, se sanciona a sus infractores. Así entendida, la eficacia alude a la existencia social del derecho (5): un derecho es eficaz cuando es un hecho que sus normas rigen la vida colectiva de la sociedad, es decir, cuando sus normas se cumplen y/o aplican (6). Mientras que la validez es una cualidad inmanente del sistema jurídico, la eficacia se refiere a su relación con el exterior (7).

En este artículo, utilizamos el término "eficacia" conforme a esta tercera acepción.

II. Sobre las causas de la ineficacia de las normas que rigen la propiedad intelectual y su influencia sobre los infractores (8).

En términos generales, el régimen local de los derechos intelectuales se encuentra en crisis en lo que tiene que ver con su observancia. El incumplimiento de las normas es generalizado y no se aplican sanciones en proporción a semejante nivel de desacato de las prescripciones legislativas.

Ahora bien, ¿cuáles son las causas principales de la ineficacia de las normas que reconocen los distintos derechos intelectuales? Probablemente sea imposible dar una respuesta acabada a esta cuestión. Pero toda política legislativa que pretenda tener alguna mínima seriedad deberá basarse en un diagnóstico que identifique cuáles son las principales causas de este problema. Así, y sólo a modo de ejemplo, digamos que en ese diagnóstico no podrán estar ausentes causas tales como la deficiente regulación legal del derecho, el desconocimiento de la normativa por parte de quienes deben aplicarla y de quienes deben cumplirla, la baja aceptación social de las normas que consagran la propiedad intelectual en general, la ausencia de antecedentes

sancionatorios, a pesar de la profusa y generalizada infracción a estos derechos, etc.

¿Por qué estas causas incrementan la probabilidad de que el régimen de la propiedad intelectual sea ineficaz? Por supuesto que importará un gran avance detectar las principales causas de ineficacia de las normas que estamos considerando. Pero no menos relevante será conocer, además, cómo influyen esas variables en el incremento de este tipo de ilícitos. Sea, por ejemplo, que se está analizando la influencia que la opinión de los pares del destinatario de la norma tiene sobre la inobservancia del régimen de los derechos intelectuales; y que se la ha reconocido como una de sus causas. En este caso, será conveniente explicar por qué esas definiciones favorables de los pares hacia la infracción de la propiedad intelectual afectan negativamente la eficacia del régimen. Por ejemplo, comprobando que esta influencia afecta la valoración moral que un determinado sujeto puede tener sobre ciertas conductas que la ley prohíbe (fotocopiar material protegido, comprar mercadería pirata, etc.), lo que, a su vez, influirá negativamente en su tendencia a cumplir las reglas que prohíben tales conductas.

En definitiva, cada causa tendrá su modo peculiar de influir sobre la inobservancia del régimen. Desentrañar esta cuestión exige un estudio enfocado en el derecho intelectual que en particular se ve vulnerado, e incluso del sector industrial afectado. Con todo, y en términos muy generales, podemos afirmar que estas causas gravitan incrementando la motivación que los sujetos tienen para transgredir el régimen de los derechos intelectuales, y/o eliminando o deteriorando los límites que frenarían la tendencia hacia el ilícito por parte del destinatario de la norma. A continuación, analizaremos algo más detenidamente esta cuestión, considerando la situación del último e indispensable eslabón de la cadena de la piratería: el consumidor o usuario del producto falsificado.

Podemos partir de una aseveración un tanto obvia: el crimen, en general, es más probable cuando sus limitaciones o restricciones son bajas y sus motivaciones son altas (9). Y estos límites y motivaciones pueden ser agrupados en unas pocas categorías fundamentales (10). Esta afirmación, genéricamente aplicable a cualquier comportamiento antijurídico, lo es, también, a las infracciones a los derechos intelectuales. El ilícito surge cuando, en el balance entre las limitaciones y las motivaciones, estas últimas pesan más que las primeras. Veamos, pues, en qué consisten unas y otras, en lo que refiere a la propiedad intelectual.

III. Límites a las infracciones en materia de propiedad intelectual

Operan como limitación a la infracción todos los factores o variables que impiden o dificultan que una persona infrinja una norma jurídica. Podemos identificar tres limitaciones principales: el control externo, el interés en la preservación del status y el autocontrol (11).

a) El control externo

Una persona tiende a no delinquir si es probable que sea descubierta y castigada. Aclaremos que no nos referimos exclusivamente a la actuación de la policía y los funcionarios judiciales. Se incluyen en este rubro cuestiones tales como la reprobación de los padres o de los amigos, la expulsión de la escuela, el despido del trabajo, la exclusión social, etc. En suma: no es sólo la policía la que ejerce el control externo. De hecho, es mucho más efectivo el control informal ejercido desde otras de las instancias referidas.

En términos generales, el control externo es el principal límite contra el crimen (12). En particular, si se cumplen tres condiciones, que consideraremos a continuación (13):

i) En primer lugar, es necesario que se establezcan reglas claras prohibiendo el ilícito. Si la regla que debe cumplirse no es clara, su eficacia se verá afectada: el destinatario debe conocer cuál es la conducta prohibida, permitida u obligatoria.

Al respecto, ¿cuál es la situación en la normativa que regula la propiedad intelectual? No sería prudente generalizar al responder este interrogante. En todo caso, basta con señalar que son muchas las situaciones en las que no está claro el límite entre lo lícito y lo ilícito. Sólo a modo de ejemplo escogimos arbitrariamente un integrante de la familia de los derechos intelectuales: el derecho del obtentor. La principal restricción a este derecho, la excepción del agricultor, no está regulada, a nivel legal, con la precisión que sería deseable. En virtud de esta excepción, reconocida en el artículo 27 de la ley 20.247 (Adla, XXXIII-B, 1370), el productor agrícola que compra semilla perteneciente a una variedad protegida bajo propiedad intelectual tiene derecho a reservar parte del producto de la cosecha, para volver a sembrarlo en su propio fundo. Pero, ¿cuáles son los requisitos de esta excepción? ¿Qué poderes tiene quien la ejerce? ¿Cuál es la cantidad que puede reservarse al amparo de este derecho? ¿Quién es su beneficiario? Lamentablemente, cuestiones elementales como las que estamos refiriendo no están resueltas por el legislador. Es cierto que la autoridad de aplicación ha intentado paliar estos vacíos normativos a través de resoluciones —algunas, acertadas; otras, no tanto—, pero la parquedad del legislador no colabora para que estas normas reglamentarias cuenten con el respaldo que necesitan. El resultado está a la vista: las infracciones al derecho del obtentor florecen por todo el territorio del país, y cada infractor que es detectado invoca, a modo de descargo, la excepción del agricultor. A veces, correctamente; la mayoría, no. Otro caso, tal vez más conocido, es el de la protección del software. Antes de la reforma introducida en el artículo 1 de la ley 11.723, a través de la ley 25.036 (Adla, 1920-1940, 443; LVIII-E, 5040), hubo fallos discordantes en cuanto a si la tutela penal de la ley de propiedad intelectual se extendía a los programas de computación. La cuestión quedó definitivamente zanjada a partir de la reforma referida, por la que

se incluyó al software entre las obras protegidas. Obviamente, esta situación de incertidumbre no contribuía a la observancia del derecho.

Si las reglas no son claras, su observancia se resiente. Y debe ser, además, conocida. Poco contribuye al cumplimiento de una norma el hecho de que ésta sea clara, precisa, si sus destinatarios no la conocen (14). Tal es lo que sucede, en muchos casos, con la propiedad intelectual. Cualquiera entendido en la materia sabe que, fuera de un círculo reducido de "iniciados", los rudimentos más elementales de la normativa que rige (figuradamente) la propiedad intelectual son desconocidos por quienes deben cumplirla. Es lamentable ver cómo este desconocimiento alcanza, incluso, a los mismos abogados. Y cuando quienes deben aplicar estas leyes no se encuentran, de hecho, especializados en la materia, el panorama no es mucho mejor. Si bien este trabajo no tiene por objeto abordar la cuestión de cuál debe ser una política adecuada para combatir la piratería, no podemos dejar de destacar, al analizar este factor, la importancia que reviste la educación. Sin conocimiento de las reglas que deben cumplirse, difícilmente se realizase la conducta deseada por el legislador. Y sin educación al respecto, es raro que la norma llegue a ser conocida, o que llegue a serlo con la celeridad que la situación de anomia en materia de propiedad intelectual reclama.

ii) Una segunda condición para que el control externo pueda operar con efectos preventivos del delito es que se controlen las conductas para detectar las violaciones a las reglas. Si no hay control sobre las infracciones, el sistema sancionatorio no tiene oportunidad de ser aplicado, y el delito florece. Está comprobado que, si no se supera cierto umbral en cuanto a la probabilidad de que el delito sea castigado y descubierto, la eficacia disuasoria de la pena no llega a operar (15).

Al respecto, viene a cuento recordar la historia del anillo de Giges, referida por Platón en La República (16). Narra el filósofo un diálogo entre Glaucón y Sócrates, que gira en torno a la ética y a la naturaleza del hombre. Refiere Glaucón la historia de un pastor del reino de Lidia, llamado Giges, que un día encontró un anillo. Este anillo tenía la capacidad de hacer invisible a su portador, si éste lo acomodaba en su dedo de cierto modo. Ante este hallazgo, nos refiere Glaucón, el pastor dio comienzo a una carrera desenfrenada de crímenes y abusos, al amparo de la impunidad que le garantizaba el poderoso anillo. A modo de conclusión, afirma Glaucón que los hombres no son justos por virtud, sino para cuidar las apariencias. Si pudiesen actuar impunemente, sin ser descubiertos, incurrirían en comportamientos desviados o delictivos.

Aunque no compartimos esta visión tan escéptica de la naturaleza humana, creemos que la variable que estamos analizando no puede ser ignorada, aunque debe incluirse en el marco de una teoría más compleja que incluya otras variables explicativas del delito.

En el caso de las infracciones a la propiedad intelectual, es frecuente que se realicen en la clandestinidad. Incluso cuando no es esto lo que ocurre, la dispersión y generalización de las infracciones hace que sea muy difícil controlar las transgresiones al régimen legal. Y si los ilícitos no pueden ser detectados, no se los puede castigar. En consecuencia, el sistema represivo no tiene oportunidad de operar como un límite frente a este tipo de ilicitudes.

iii) Una tercera condición para que opere el límite que estamos considerando es que se sancionen coherentemente las violaciones a las reglas. De poco sirve que la regla esté clara y que se descubran las infracciones, si luego éstas no son castigadas.

En este punto, deben evitarse dos extremos, igualmente ineficaces para favorecer la observancia de una determinada norma jurídica. Un primer extremo se verifica cuando la norma jurídica carece de sanción o ésta es poco significativa. La sanción debe operar como un desincentivo del crimen. Si carece de entidad, no podrá cumplir esta función. Ya los antiguos tenían claro que una sanción insignificante carecía de efectos preventivos del delito. En este sentido, relata Aulo Gelio en sus Noches Aticas (17), citando a Labeón, el caso de un ciudadano romano, Lucio Veracio, que tenía la pésima costumbre de ir por las calles abofeteando a quien le viniese en gana. Incurría, así, en el delito de iniuria (lesiones), si su víctima era un hombre libre. Sin embargo, iba escoltado por uno de sus esclavos, quien, munido con una bolsa repleta de ases, se apresuraba a entregar 25 ases a las víctimas de la ira de su amo, pagando así la insignificante pena que para este delito establecía la Ley de las XII Tablas, con lo cual su dominus quedaba liberado de toda responsabilidad.

Esto no debe leerse, por cierto, como una apología de las penas brutales. A nivel popular, está instalada la idea de que, cuanto más severa sea la sanción, mayor será la eficacia de la norma. Esta creencia, sin embargo, carece de respaldo científico. Medidas desde el punto de vista de la eficacia de la norma que pretenden apuntalar, está comprobado que las sanciones desmedidamente severas carecen de efectos preventivos superiores a los de una pena razonable e incluso pueden llegar a tener efectos criminógenos (18). Por tomar un caso extremo: abundan los estudios que destacan que la pena de muerte no tiene los efectos preventivos o disuasivos que suelen adjudicársele (19). El tipo y entidad de sanción deben ser coherentes con la falta cometida. No sólo por una razón de justicia, sino, además, como hemos señalado, porque el exceso o desproporción en la sanción podrían tener efectos criminógenos. A modo de ejemplo: está comprobado que cuando la sanción prevista para un delito es desproporcionadamente alta, desde el punto de quien debe aplicar la norma, éste tiende a absolver al imputado. Paradójicamente, entonces, el agravamiento de la sanción, en casos como el referido, no sólo no incrementa los efectos disuasorios de la norma jurídica, sino que, incluso, termina

neutralizando su poder punitivo y, por lo tanto, favoreciendo el delito.

En Argentina, la efectiva aplicación de sanciones por infracción a la propiedad intelectual constituye una rareza, un dato casi anecdótico, si se lo compara con el número y la importancia de las infracciones que cotidianamente se consuman.

Hasta aquí, venimos haciendo referencia exclusivamente al sistema de coerción institucionalizado, es decir, el que está previsto en las leyes, y que es ejecutado por los órganos públicos competentes (policías, jueces, fiscales, etc.). Pero no debemos olvidar el impacto que en la materia tiene el control social informal: la mayoría de las personas no delinque porque, de ser descubiertas, tendrían que afrontar sanciones sociales informales, de elevadísimo costo para el agente (v.g., desaprobación social, pérdida del trabajo, etc.) (20). Sin este control difuso, inorgánico, que ejerce la sociedad, las penas legales serían impotentes para contener el delito. Dicho sin más rodeos: el efecto de estos factores morales y sociales puede ser más poderoso que el de las sanciones penales, en el sentido de que tienen un efecto preventivo del delito más eficaz.

¿Qué impacto tiene este control social informal sobre la observancia de las normas que reconocen la propiedad intelectual? Lamentablemente, muy bajo. Y el motivo es simple: para la moral media de la sociedad, las infracciones a la propiedad intelectual no son reprochables, o, a lo sumo, se trata de faltas menores, definitivamente excusables (por no hacer referencia a subculturas en las que la piratería, incluso, es reivindicada, por los motivos que fueren). Nadie sufre reprobación social por fotocopiar un libro protegido por la ley 11.723, por ejemplo. En suma: el control social opera con efectos disuasorios respecto de aquellas conductas que la sociedad desapruueba. Mientras las violaciones a los derechos intelectuales no sean genuinamente repudiadas por la sociedad, no sólo a través del derecho de papel, sino en el sentir compartido de la comunidad, este mecanismo fundamental de control del comportamiento no operará su función preventiva de las infracciones, en lo que refiere a esta materia.

En nuestro país, en suma, el sistema de control externo que tutela la propiedad intelectual funciona deficientemente, ya que: a) el alcance de las reglas no es claro para sus destinatarios; b) el control de las infracciones casi ni existe; y c) no se aplican sanciones significativas por infracciones a la propiedad intelectual, en contraste con la generalizada inobservancia del régimen. Jerarquizando estas deficiencias, se destaca que, aunque las reglas podrían ganar en claridad, el punto crítico es la severa deficiencia existente en el sistema a la hora de controlar y detectar las infracciones. Lo que explica, en consecuencia, que, a pesar de la epidémica violación del régimen, no existan, prácticamente, precedentes sancionatorios. A esto debe agregarse que la sociedad, en general, no reprueba este tipo de delitos, por lo que no llega a operar el control social informal, herramienta indispensable para contener los comportamientos desviados en general y la delincuencia en particular.

b) El interés en la preservación del status

Esta segunda limitación al delito tiene que ver con la situación que un sujeto tiene en la sociedad. En general, las personas tienden a no delinquir si tienen mucho por perder en caso de ser descubiertas y, en su caso, castigadas. Cuanto más inserta está una persona en la sociedad, menor es la probabilidad de que incurra en comportamientos delictivos. Como contrapartida de lo anterior, aquellos que están excluidos o marginados de la sociedad tienen una probabilidad mayor de incursionar en el mundo del delito. Desde la perspectiva que estamos considerando, la razón salta a la vista: no tienen tanto por perder en caso de ser descubiertos. La sociedad ya los ha excluido o postergado.

En general, los individuos tienen un alto interés en la preservación del status en la medida que (21):

- i) tienen un fuerte vínculo emocional con otras personas (parientes, cónyuges, maestros y empleadores);
- ii) se dedican a realizar otras actividades valoradas positivamente o reciben beneficios —materiales o inmateriales— por interactuar con esas otras personas;
- iii) ya han obtenido una educación avanzada;
- iv) tienen buenos trabajos o la expectativa de alcanzarlos; y
- v) en general, gozan de una buena reputación.

Por supuesto, el interés en la preservación del status sólo puede ser establecido respecto de cada persona en particular. Con la salvedad, entonces, de que no se trata de una cuestión que admita consideraciones demasiado generales, llama la atención que, en el caso de las infracciones a la propiedad intelectual, es fácil advertir que entre los consumidores de mercadería pirata se cuenta un número importante de personas sólidamente insertas en la sociedad, cuyo interés en preservar su posición social es, en consecuencia, alto. Por ende, esta limitación debería impactar favorablemente en lo que refiere a la observancia de la propiedad intelectual. ¿Cómo explicar, entonces, la generalizada violación de los derechos intelectuales?

Podemos proponer varias explicaciones. En primer lugar, el interés en la conservación del lugar que un sujeto ocupa en la sociedad es sólo una de las limitaciones con efectos preventivos del delito de piratería intelectual. Sería posible, entonces, que esta limitación alcanzase un alto valor y que, sin embargo, por ser bajas las demás limitaciones y altas las demás motivaciones, el balance se inclinase a favor de la infracción.

Pero es posible proponer una segunda explicación, compatible y acumulable con la anterior. A tal efecto, conviene repasar la definición de esta limitación que hemos efectuado supra: una persona tiende a no delinquir si tiene mucho por perder en caso de ser descubierta y, en su caso, castigada. Se trata, como puede advertirse, de un enunciado condicional: el interés de una persona en la preservación de su status es alto si, siendo descubierta o castigada (antecedente), tiene mucho por perder (consecuente). Está claro que, de acuerdo a los parámetros referidos, muchos de los infractores típicos a la propiedad intelectual encuadran, en principio, en la categoría de quienes tienen mucho por perder (22). Sin embargo, advertimos que las probabilidades de que la infracción sea descubierta y castigada son, según lo indica la experiencia, insignificantes. Detengámonos en este punto.

Si el sujeto confía en que no será descubierta al cometer la infracción, sabe que no está en juego su reputación y, por lo tanto, la limitación que estamos considerando no actuará con eficacia preventiva. Al respecto, vale recordar la magistral obra de Oscar Wilde, *El retrato de Dorian Gray*, que con tanta belleza y profundidad refleja esta situación. En esta obra, Wilde relata la vida de Dorian Gray, un hombre singularmente bello que, siendo adolescente, fue retratado. Dialogando con Basil Hallward, el artista que lo retrató, Dorian exclama, al contemplar en el lienzo su propia imagen, bella y pura: "Siento celos de todo aquello cuya belleza no muere. Tengo celos de mi retrato pintado por usted. ¿Por qué ha de conservar él lo que yo perderé? Cada instante que pasa me arrebatara algo y le da algo a él. ¡Oh, si pudiera ser a la inversa! ¡Si el retrato pudiese envejecer y yo permanecer como soy ahora!"(23). Poco tiempo después, el joven protagonista comete un acto de extrema crueldad, que lleva al suicidio a una joven que se encontraba perdidamente enamorada de él. Y es entonces cuando Dorian Gray descubre que el cuadro se ha alterado, presentando un rictus de crueldad en la boca, que antes no tenía. Comprende, entonces, que es la imagen del retrato, y no su propio cuerpo, ni, en particular, su rostro, el que soporta el peso de sus pasiones y de sus pecados. Advierte, en suma, que cada pecado que cometa añadirá una mancha más al retrato, destruyendo su belleza, mientras su propio cuerpo —y, en particular, su rostro— permanecerá inalterado, joven y puro. A partir de entonces, efectivamente, su apariencia física ya no reflejó más el paso de los años ni el rastro de sus vicios y bajezas. El transcurso del tiempo y las marcas de su comportamiento decadente quedaban reflejados en el retrato, que Dorian ocultaba con un celo rayano en la obsesión. De este modo, el protagonista pudo lanzarse a una vida desenfrenada, pero manteniendo relativamente intacta su reputación, ya que su apariencia física, lejos de reflejar su decadencia moral, permanecía siempre lozana e inocente. Cada nuevo pecado, cada nueva desviación, corrompía un poco más su ya abominable retrato, fiel espejo de su alma. Sus pecados eran para su retrato lo que los gusanos para un cadáver. Siempre puro e inalterable en su apariencia física, Dorian pudo conservar, merced a ella, su status, a pesar de su clandestina decadencia moral. En un pasaje de la obra, ya largos años después de pintado el retrato, le dice Basil Hallward a Dorian: "El pecado es algo que se inscribe por sí mismo sobre el rostro de un hombre. No puede estar oculto. La gente habla a veces de vicios secretos. No existen tales cosas. Si un hombre corrompido tiene un vicio, éste se revela en las líneas de su boca, en la caída de sus párpados, hasta en el moldeado de sus manos... Pero de usted, Dorian, de usted, con su cara pura, despejada, inocente y con su maravillosa e inalterable juventud, no puedo creer nada en su contra"(24). Finalmente, en el ocaso de su vida, aplastado por el peso de sus atrocidades, el protagonista cae en la cuenta de que hubiese sido mejor para él que cada pecado de su vida trajera consigo su seguro y rápido castigo, como modo de purificación y principio de la consecuente enmienda. Pero cae en la desesperación, convencido de que, tras décadas de autocorrupción, ya es demasiado tarde para él.

Dorian Gray, miembro de la aristocracia victoriana, tenía un alto interés en preservar su status. Pero, blindado físicamente por su retrato, no podía ser descubierta, a pesar de sus atrocidades y bajezas. Sin ánimo de equiparar la gravedad de las faltas, advertimos que otro tanto ocurre, por cierto, con muchas de las infracciones a la propiedad intelectual en que incurren los consumidores de mercadería pirata: la copia ilícita se efectúa en lugares inaccesibles para los titulares de los derechos vulnerados, algunos productos piratas son casi idénticos a los originales, etc. En muchos casos, en suma, no quedan huellas de la infracción. No hay posibilidad de ser descubierta.

Pero no es menos cierto que, en muchos casos, la transgresión es inocultable. Y, por ende, es descubierta. No por el sistema coercitivo estatal, sino por las personas con quienes se relaciona el infractor. En teoría, debiera, entonces, operar el efecto disuasorio del control social informal. Sin embargo, por las causas que ya hemos referido supra, no es esto lo que ocurre. Principalmente, porque, en términos generales, la sociedad no desaprueba —o no con énfasis, al menos— los delitos contra la propiedad intelectual. Tema que abordaremos al considerar la tercera limitación a este tipo de delitos.

Siendo esta afirmación verdadera, podemos proponer una explicación para el problema planteado: si bien los infractores a la propiedad intelectual suelen tener mucho que perder al incurrir en este tipo de ilícitos, la posibilidad de ser descubiertos y castigados es remota, lo que hace que no tengan en cuenta este costo eventual de su proceder. Advertimos, entonces, cómo esta limitación está íntimamente vinculada con la anterior: como el control externo es casi inexistente, el interés en la preservación del status, aun en los casos en que alcanza valores altos, no llega a desplegar sus efectos preventivos.

c) El autocontrol.

Por lo común, una persona tiende a no delinquir si considera que es incorrecto cometer un crimen y si tiene un alto autocontrol. Por supuesto, los individuos difieren enormemente entre sí en su nivel de control interno. Pero se ha comprobado que, en la mayor parte de los casos, quienes incurren en comportamientos desviados en general, y en crímenes en particular, presentan deficiencias en su nivel de autocontrol (25).

Esta tercera limitación nos plantea, al igual que la anterior, alguna dificultad. En efecto: si los delitos contra la propiedad intelectual proliferan en todo el territorio de nuestro país, y si un alto autocontrol del agente es una limitación importante para el delito ¿debemos concluir, entonces, que los infractores a la propiedad intelectual son individuos con un bajo autocontrol? El problema salta a la vista: si bien el rango de autocontrol varía sensiblemente de un individuo a otro, es evidente que, por lo menos, un sector importante de quienes transgreden la propiedad intelectual consumiendo productos falsificados o piratas no presentan déficit alguno en lo que respecta a su capacidad para controlar sus impulsos. Prueba de ello es que están perfectamente socializados, conocen y desempeñan sus roles de acuerdo a los estándares que la sociedad establece, etc. En suma: si el alto autocontrol es, realmente, un factor disuasorio del delito, parece difícil explicar la costumbre de nuestra sociedad en lo que respecta a las infracciones a los derechos intelectuales.

¿Cómo superar esta aporía? Podemos aportar dos explicaciones. En primer lugar, repetimos que ésta es sólo una de las limitaciones que gravitan para que no se infrinja la ley. Por lo tanto, si las demás limitaciones son bajas, y las motivaciones delictivas son altas, la balanza se inclinará a favor de la comisión del ilícito, a pesar de los valores que esta variable presente. En segundo lugar, la cuestión se explica si se repasa la definición que hemos formulado de esta limitación al delito: una persona tiende a no delinquir si tiene un elevado autocontrol y considera que es incorrecto cometer un determinado crimen. Destacamos en cursiva el elemento que explica, a nuestro entender, la disonancia apuntada. El individuo que tiene un alto autocontrol no comete un ilícito si considera que es incorrecto cometerlo. En efecto, la mayoría de las personas no comete delitos porque su sistema de valores le impide hacerlo (y no, en cambio, por temor a las posibles sanciones penales que se le aplicarían) (26).

Tal vez, entonces, la explicación pase por analizar si realmente se considera una falta grave, en nuestra sociedad, el consumo y utilización de mercadería pirata. El tema merece un estudio más profundo, sin duda, aunque podemos adelantar nuestra impresión: en general, son muchas las personas que no contemplan realmente esta conducta como una falta o como una falta grave. Personas que, aunque transgreden, como usuarios o consumidores, las normas que tutelan la propiedad intelectual, jamás estarían dispuestas a cometer otro tipo de delitos contra la propiedad. Puede haber un problema, entonces, con la valoración que la comunidad tiene de este tipo de conductas. Y no nos referimos sólo a la valoración que hacen los mismos agentes que cometen la conducta desviada. También entre los usuarios lícitos del sistema, es decir, los que adquieren los productos originales —es decir, por la vía legal— se comparte, en alguna medida, la idea de que quien consume mercadería pirata no es equiparable a, por ejemplo, un ladrón. En suma, que este tipo de transgresiones no son una falta o, a lo sumo, sólo constituyen una falta menor (27).

En suma: el autocontrol se ejercita respecto de conductas que se consideran nocivas, desviadas o incorrectas. Si una determinada conducta —v.g., comprar o usar mercadería falsificada, en infracción a la propiedad intelectual— se realiza, pero no es así valorada, el problema no estará en que el individuo que la realizó tiene bajo autocontrol, sino en que este mecanismo de limitación del delito no cuenta, no sólo a nivel individual, sino también social, con los presupuestos valorativos para operar.

IV. Motivaciones para infringir la propiedad intelectual

Analicemos, ahora, las motivaciones, esto es, los factores que propician o hacen más probable que una persona delinca (28). El delito es fruto de la interacción social: en la mayoría de los casos las personas aprenden de otras a delinquir (29). Las infracciones a la propiedad intelectual no escapan a esta regla. Por el contrario, son una muestra evidente de ella, como veremos a continuación.

En este singular proceso de enseñanza y aprendizaje, se destacan en el rol de "maestros", en particular, los pares y los parientes del agente (30). En ciertos casos, la enseñanza del delito es deliberada; en otros, no. A los efectos de reducir la complejidad de este fenómeno, digamos que este aprendizaje se produce a través de tres vías principales (31): el refuerzo del crimen; la exposición a modelos criminales exitosos y la enseñanza de definiciones favorables a la comisión del ilícito. Veámoslas con mayor detenimiento.

a) Refuerzo del crimen.

Cuanto más reforzado esté el crimen, mayor será la motivación para cometerlo (32). Estos refuerzos pueden ser positivos —si envuelven la presentación de algo bueno (dinero, aprobación social, etc.)— o negativos —cuando consisten en la remoción de algo malo (v.g., evitar la burla de los pares, los abusos de los parientes, etc.)—.

En lo que refiere a la normativa que rige la propiedad intelectual, su transgresión está reforzada de manera evidente. Al cometer este tipo de delitos, el agente accede —ilícitamente— a los bienes cuya comercialización exclusiva le cabe al titular del derecho intelectual: películas, canciones, productos con determinada marca, tecnología, semillas, libros, etc. Se produce, así, una paradoja, ya que cuanto más atractiva es la mercadería

cuya comercialización exclusiva se tutela mediante un determinado derecho intelectual, mayor es el refuerzo para acceder a ella ilícitamente. Si los límites al delito no están lo suficientemente robustecidos como para frenar esta pulsión, el resultado será la infracción. Al crear o potenciar la necesidad de los consumidores de acceder a un determinado bien, entonces, se incrementa, paralelamente, su motivación para adquirirlo, por la vía que sea.

El impacto del refuerzo sobre la motivación para infringir el régimen de la propiedad intelectual dependerá, fundamentalmente, de la calidad y el precio del producto pirata, comparados con la calidad y el precio del producto original. Cuanto más se asemeje el producto pirata al original, mayor será el refuerzo, y a la inversa. Cuanto más barato sea el producto falsificado con relación al original, mayor será el refuerzo, y a la inversa.

b) Exposición a modelos criminales exitosos (33).

Las personas tendemos a imitar los comportamientos del medio en el que vivimos. Por eso, la mayor parte de las normas son cumplidas por inercia, hábito de cumplirlas o imitación (34). La contracara de esta afirmación es que, cuando una norma viene siendo masivamente incumplida, tiende a persistir esta situación en el futuro. En suma, si ya hace tiempo que una ley está vigente, su nivel de eficacia o ineficacia tenderá a mantenerse (35). Entre otras razones, porque la exposición a modelos criminales exitosos es un factor que incrementa la motivación para delinquir (36). Aclaremos que, al aludir a modelos "exitosos", queremos significar casos en los que un agente comete un delito y no es castigado, ni formal ni informalmente. Y esto es lo que sucede, lamentablemente, con relación a la propiedad intelectual. Su infracción es frecuente, incluso por parte de personas que acostumbran respetar la mayoría de las reglas que rigen nuestra convivencia. Con relación a la propiedad intelectual, encontramos, pues, modelos criminales por doquier. Y, en la enorme mayoría de los casos, esas transgresiones no son castigadas, ni formal ni informalmente. Se trata, pues, de modelos criminales exitosos.

Es claro que no basta la exposición a una conducta aislada para que, sólo por eso, la imitemos. No porque veamos que una persona compra en CD pirata en la vía pública habremos de rodar en una carrera desenfadada de infracciones a la propiedad intelectual, por ejemplo. ¿De qué factores depende la influencia de esta variable? Básicamente, del tipo de relación que exista entre los sujetos. Por ejemplo, no influyen igual en un niño su padre que un extraño. En líneas generales, podemos afirmar que esos factores son los siguientes (37):

i) Prioridad de la relación. Cuanto más temprano en su vida aparezca la asociación de una en una persona con otra, mayor será su influencia. Por ejemplo, no es lo mismo la influencia que la exposición a una conducta delictiva tiene sobre un niño que con relación a un adulto.

ii) Duración de la relación. Cuanto más dure en el tiempo la asociación con la persona que comete delitos, mayor será su influencia.

iii) Frecuencia de la relación (38). Cuanto más frecuente sea la asociación con personas que cometen delitos, mayor será su influencia.

iv) Intensidad de la relación. Cuanto más próximas o importantes sean para un individuo las personas envueltas en la conducta criminal, mayor será su influencia

Podemos trasladar estos conceptos, con provecho, al ámbito de las infracciones de la propiedad intelectual. A tal efecto, referiremos una anécdota. Es frecuente que en los festejos de los niños, en especial de su cumpleaños, se entregue una suerte de souvenir a los pequeños invitados. Un juguete, una golosina, algo por el estilo. Sin embargo, en los últimos años ha proliferado la costumbre, en algunos ámbitos, de obsequiar discos de música infantil o películas del mismo género. Un recuerdo de la fiesta algo más costoso que los tradicionales, si comparamos los precios de una película con los de los objetos que tradicionalmente se obsequiaban. Aunque no necesariamente, si la mercadería es pirata. Y esto último es lo que ocurre, en muchos casos. De este modo, los padres del agasajado exponen un modelo de transgresión a la ley. Lo hacen a la vista de todos, incluidos los pequeños, los que, llegada cierta edad, comprenden el significado ilegal de esta acción. En menor medida, también ofrecen un modelo de conducta transgresora los padres de los niños que reciben la mercadería pirata, permitiéndoles que la conserven, a pesar de su origen. Y la conducta criminal permanece impune. No hay sanciones legales, ni tampoco sociales. Evidentemente, este tipo de experiencias influye sobre los pequeños. Medidas de acuerdo con los factores que hemos referido supra, todo indica que estas exposiciones calan hondo en la conducta futura de esos niños, ya que: i) las reciben a temprana edad (prioridad); ii) provienen de personas (sus propios padres) con quienes tienen relaciones duraderas (duración); iii) no son eventos aislados, sino recurrentes (frecuencia); y iv) provienen de personas con las que mantienen un vínculo de máxima intensidad.

c) Enseñanza de creencias favorables al delito (39).

A cometer delitos se aprende (40). No nos referimos, claro está, a un aprendizaje formal, sino a aquel que se produce por el simple hecho de interactuar cotidianamente con personas que tienen creencias favorables a la comisión de determinado delito, y que las transmiten explícita o implícitamente (41). En particular, este peculiar proceso de enseñanza y aprendizaje se potencia cuando se desarrolla en el ámbito de grupos primarios, como es el caso de la familia (42). Actualmente, es difícil encontrar hogares en los que no existan productos que infrinjan la propiedad intelectual (v.g., música, películas, vestimenta, etc.). Esta experiencia implica, para los niños

expuestos a ella, un claro mensaje en cuanto a los valores y reglas que en ese lugar se aceptan. Pero no debe ponerse el acento exclusivamente en la familia. Se ha comprobado, también, la fortísima influencia que representan, para un niño, y, en especial, para un adolescente, el comportamiento y las creencias de sus pares. Y sabemos que, en nuestro país, la subcultura de los adolescentes carece por completo, en general, de conciencia de la importancia de respetar la propiedad intelectual.

En este aprendizaje, lo más relevante no es el aspecto técnico del ilícito. Por lo común, el delito suele ser, en esta dimensión, bastante sencillo. En lo que refiere a las infracciones a la propiedad intelectual, desde la situación del usuario o consumidor del producto falsificado, la consumación del delito no reviste mayor complejidad: bajar el contenido de Internet, enviar un mail solicitando el envío de la mercadería, comprar ésta en la vía pública, etc. (43). No requiere ninguna capacidad o preparación en particular. Lo decisivo es el aprendizaje ideológico: la exposición a definiciones o creencias favorables al delito, a motivaciones y racionalizaciones que respalden la comisión del ilícito (44). Si bien es raro que a un individuo se le enseñe que cometer crímenes es genéricamente bueno, no es extraño que se le enseñe, expresa o tácitamente, que cometer un determinado delito puede ser bueno, justificable o excusable en ciertas circunstancias. Esto puede resultar decisivo para que una persona incurra en el comportamiento desviado. Cuanto más desapruében las creencias de una persona un determinado acto, más difícil será que incurra en él; cuanto más lo aprueben, más probable será que lo cometa (45). Creemos que, en el caso de los productos protegidos mediante la propiedad intelectual, hay por los menos dos factores que influyen en esta suerte de "aprendizaje". En primer lugar, la fuerte controversia que, a nivel mundial, alcanza a la propiedad intelectual, poniéndose en cuestión su legitimidad y fundamento. En segundo lugar, y acaso también vinculado con el primer factor, el hecho de que, incluso en aquellos círculos en los que se acepta la legitimidad del régimen de la propiedad intelectual, se considera que las transgresiones a las leyes sobre la materia no son moralmente reprobables, o sólo se trata de faltas leves. En este marco, a quien infringe la propiedad intelectual no le faltan argumentos a los que echar mano para racionalizar su proceder: "las normas violadas son injustas", "aún si me descubren, mi status no se verá afectado", etc.

En función de lo expuesto, advertimos que algunas personas están expuestas a más fuertes incentivos para delinquir que otras. Tal lo que ocurre cuando se encuentran en ambientes que refuerzan el delito, abundan en modelos criminales exitosos y presentan creencias favorables al crimen. Lamentablemente, esto es lo que ocurre, por doquier, con relación a los delitos contra la propiedad intelectual.

V. Conclusión

En suma, encontramos que, en nuestra sociedad, en la mayoría de los casos, el balance "limitaciones con efecto preventivo / motivaciones con efecto criminógeno" se inclina en contra de la observancia del régimen jurídico de la propiedad intelectual. Esto explica, en alguna medida, aunque sea de modo introductorio, la generalizada inobservancia de las normas que reconocen los derechos intelectuales. Sin embargo, lo referido en este artículo no debe interpretarse como una mecánica de la conducta humana. Cuando aludimos a las limitaciones y a las motivaciones de la infracción a las leyes que regulan la propiedad intelectual, no pretendemos afirmar que éstas determinen por completo a los individuos a cometer el ilícito, sino tan sólo destacar que crean una probabilidad. En definitiva, creemos que la persona es libre y que si bien puede verse condicionada por las circunstancias, no está predeterminada a actuar en un determinado sentido. Esto explica la difundida experiencia de que individuos expuestos a las mismas influencias con relación al ilícito tomen caminos completamente opuestos.

El tema incipientemente abordado en este artículo justifica, dada su importancia para la economía y el bienestar de nuestro país, un estudio más profundo de las cuestiones que tan sólo hemos pretendido plantear. Adviértase que en este trabajo no hemos tratado las causas del crimen contra la propiedad intelectual, al margen de los ejemplos que hayan podido plantearse, sino que nos hemos limitado a presentar un modelo que permitiría explicar cómo operan esas causas sobre las motivaciones y limitaciones criminales, y que ya ha sido formulado, y a veces testado, con relación a otros ámbitos de la criminalidad. Finalmente, reiteramos que sólo hemos considerado la situación de los usuarios o consumidores de productos falsificados, dejando de lado en el análisis a los oferentes de este tipo de mercadería, cuya situación es completamente distinta, tanto en lo que refiere a sus motivaciones como a sus limitaciones para delinquir.

No es azaroso el nivel de inobservancia que hoy presentan las normas sobre propiedad intelectual de nuestro país. Como suele decirse, las sociedades y organizaciones están perfectamente diseñadas para producir los resultados que producen. Si queremos cambiar los resultados, tenemos que actuar sobre el diseño.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Cfr. HIERRO, Liborio, "La eficacia de las normas jurídicas", Barcelona, Ariel, 2003, pp. 21ss.; SORIANO, Ramón, "Sociología del Derecho", Barcelona, Ariel, 1997, pp. 401 y ss.; ROBLES, Gregorio, "Sociología del Derecho", segunda edición, Madrid, Civitas, 1997, pp. 84 y ss..

(2) Cfr. HIERRO, Liborio, op. cit., p. 73.

(3) *Ibíd.*, pp. 160 y ss.

(4) Cfr. ROBLES, Gregorio, op. cit., p. 103; HIERRO, Liborio, op. cit., p. 141.

(5) V. ROBLES, Gregorio, op. cit., p. 84.

(6) *Ibíd.*

(7) *Ibíd.* Por cierto, esta última afirmación es discutible, para quienes entienden que una norma, para ser válida, debe tener un mínimo de eficacia. Cuestión que es abordada por la filosofía del derecho, y cuyo análisis excede el objeto de este artículo.

(8) Con respecto al tratamiento de este tema con relación a los crímenes en general, ver AGNEW, Robert, "Why do criminals offend? A general theory of crime and delinquency", Los Angeles, Roxbury Publishing Company, 2005, pp. 17-35. En la obra citada, el autor presenta su teoría general integrada, que en buena medida hemos adoptado, para aplicarla al ámbito de la piratería intelectual.

(9) Cfr. AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., "Criminological theories", 4ª ed., Los Angeles, Roxbury, 2004, p. 85; AGNEW, Robert, op. cit., p. 17.

(10) Ver AGNEW, Robert, op. cit., pp. 18-19.

(11) *Ibíd.*, pp. 18-22.

(12) *Ibíd.*, p. 34.

(13) *Ibíd.*, p. 19.

(14) Cfr. TYLER, Tom R., "Why people obey the law", Princeton, Princeton University Press, 2006, p. 161.

(15) V. TYLER, Tom R., "Compliance with intellectual property laws: a psychological perspective", en N.Y.U. Journal of International Law and Politics, vol. 19, p. 222.

(16) Libro II 359c-360d.

(17) 20.1.13.

(18) Ver SERRANO MAILLO, Alfonso, "Introducción a la criminología", cuarta ed., Madrid, Dikynson, 2006, p. 278.

(19) Cfr. CHAMBLISS, William J., "Types of deviance and the effectiveness of legal sanctions", en FRIEDMAN, Lawrence M., MACAULAY, Stewart, "Law and the Behavioral Sciences", New York, Bobbs-Merrill, 1969, pp. 277-280; SERRANO MAILLO, Alfonso, op. cit., p. 270.

(20) SERRANO MAILLO, Alfonso, op. cit., p. 265.

(21) V. AGNEW, Robert, op. cit., pp. 20-21.

(22) Nos referimos, vale recordarlo, a los consumidores o usuarios de los productos falsificados.

(23) WILDE, Oscar, "El retrato de Dorian Gray", trad. de H. N. Fryn, Longseller-Errepar, 2000, p. 42.

(24) *Ibíd.*, p. 184.

(25) Cfr. GOTTFREDSON, Michael R., HIRSCHI, Travis, "A general theory of crime," 1990, Stanford University Press, Stanford, p. 90. La cuestión de qué factores gravitan para que ese autocontrol sea alto o bajo exceden las posibilidades de análisis de este artículo. Al respecto, consultar la obra citada en esta nota, pp. 94ss.

(26) V. BERKOWITZ, Leonard, WALKER, Nigel, "Laws and Moral Judgments", en FRIEDMAN, Lawrence M., MACAULAY, Stewart, "Law and the Behavioral Sciences", New York, Bobbs-Merrill, 1969, p. 200; TYLER, Tom R., "Why people...", p. 161; SERRANO MAILLO, Alfonso, op. cit., p. 264; SORIANO, Ramón, op. cit., p. 405.

(27) Ver TYLER, Tom R., "Compliance with intellectual property laws...", p. 226.

(28) Seguimos, en parte, la teoría general integrada de Agnew (al respecto, ver su obra ya citada, pp. 22ss.). Si bien la teoría, como su nombre lo indica, está diseñada para explicar el crimen en su máxima generalidad, puede ser aplicada, con provecho, a los crímenes contra la propiedad intelectual, con las adaptaciones y agregados correspondientes.

(29) Cfr. SUTHERLAND, Edwin H., "White-Collar Criminality", en AA.VV., "White collar crime", third edition, New York, The Free Press, 1995, p. 37; AGNEW, Robert, op. cit., p. 22. Se advierte, en este punto, la marcada influencia de la teoría del aprendizaje social.

(30) V. BERKOWITZ, Leonard, WALKER, Nigel, op. cit., pp. 209-210.

(31) Cfr. AGNEW, Robert, op. cit., p. 23.

(32) V. AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., op. cit., pp. 87-89.

(33) V. AGNEW, Robert, op. cit., p. 23.

(34) Cfr. HIERRO, Liborio, op. cit., p. 99.

(35) En este sentido, se ha señalado que el tardío intento por hacer cumplir la Volstead Act —la norma que implementó la "ley seca" en los Estados Unidos— estaba condenado de antemano al fracaso, en virtud de los largos años precedentes durante los cuales la ley no se aplicó, a pesar de estar vigente (SINCLAIR, Andrew, "Prohibition: The Era of Excess", en FRIEDMAN, Lawrence M., MACAULAY, Stewart, "Law and the Behavioral Sciences", New York, Bobbs-Merrill, 1969, p. 403).

(36) AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., op. cit., p. 89.

(37) *Ibíd.*, p. 86.

(38) Cfr. SUTHERLAND, Edwin H., op. cit., p. 37.

(39) Cfr. AGNEW, Robert, op. cit., p. 24.

(40) Tal una de las tesis centrales de la teoría de la asociación diferencial, de Edwin H. Sutherland. Al respecto, ver AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., op. cit., pp. 81-83; SERRANO MAILLO, Alfonso, op. cit., pp. 123-126.

(41) Cfr. AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., op. cit., p. 86.

(42) *Ibíd.*, p. 86.

(43) Completamente distinta es la situación de los productores y distribuidores de los productos piratas, que suelen contar con una red altamente sofisticada como respaldo. Como hemos señalado, en este artículo sólo analizamos el comportamiento de la demanda de los productos en infracción.

(44) Cfr. AKERS, Ronald L., SELLERS, Christine S., op. cit., pp. 86-87.

(45) *Ibíd.*, pp. 86-87.