

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

**Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de
internet**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Alberto José de Nova Labián

DIRECTOR:

Javier, dir Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Madrid, 2015



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

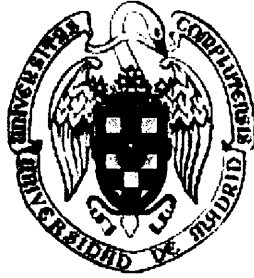


5329561848

TE

1.279

Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Penal



DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET

Tesis doctoral presentada por: Alberto José de Nova Labián
Dirigida por: Dr. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Madrid 2009



**Dedicado a mi querida esposa y a mi familia
por su apoyo y paciencia durante
todo este tiempo**

ÍNDICE

Abreviaturas	- 5 -
Glosario de términos informáticos.....	- 9 -
I. INTRODUCCIÓN	- 13 -
A. Planteamiento del problema.....	- 13 -
B. Bien jurídico protegido	- 20 -
C. Propiedad intelectual en la Constitución española.....	- 26 -
II. BREVE EXPOSICIÓN DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL	- 31 -
III. NORMATIVA CIVIL DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL	- 39 -
A. Evolución histórica.....	- 39 -
B. Regulación actual.....	- 45 -
C. Acciones civiles para la tutela de la Propiedad Intelectual	- 53 -
D. Otras disposiciones legales que regulan el derecho de autor en la sociedad de la información	- 57 -
IV. LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN EL ENTORNO DIGITAL	- 63 -
A. Introducción	- 63 -
B. Problemas a los que se enfrenta la propiedad intelectual en el entorno digital	- 65 -
C. La gestión de derechos digitales.....	- 66 -
i) Delimitación conceptual: Digital Rights Management o DRM	- 66 -
ii) Delimitación funcional de la Gestión de Derechos Digitales.....	- 67 -
iii) Descripción funcional de la Gestión de Derechos Digitales	- 69 -
iv) Los DRM como conjunto de herramientas y componentes informáticos.....	- 70 -
D. Los derechos digitales y su marco jurídico vigente	- 72 -
i) La Directiva 2001/29/CE y la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.....	- 72 -

ii) La regulación de la Gestión de Derechos Digitales en la Ley de Propiedad Intelectual	- 75 -
iii) La reproducción de las obras a través de la Gestión de Derechos Digitales	- 76 -
iv) La Gestión de Derechos digitales como medidas tecnológicas que posibilitan la transmisión interactiva de obras	- 77 -
E. Conclusiones	- 79 -
V. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL	- 83 -
A. Evolución histórica.....	- 83 -
B. Evolución actual.....	- 93 -
C. Conclusiones	- 97 -
VI. DERECHO COMPARADO	- 99 -
A. Modelo francés.....	- 101 -
B. Modelo alemán.....	- 106 -
C. Otros estados no comunitarios	- 114 -
D. Conclusiones.....	- 132 -
VII. ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LA NECESIDAD DE REGULACIÓN PENAL.....	- 135 -
VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270	- 141 -
A. Sujeto activo	- 141 -
i) Cuestiones generales.....	- 141 -
ii) Problemática de la determinación del autor y cesionario como sujetos activos: "autoplagio"	- 142 -
iii) Responsabilidad en cascada	- 149 -
iv) Problemática de la determinación de los sujetos activos en las redes P2p	- 155 -
B. Sujeto pasivo.....	- 167 -
i) El autor.....	- 170 -
ii) El transformador.....	- 185 -
iii) El cesionario	- 186 -
C. Objeto material.....	- 190 -
i) Cuestiones generales.....	- 190 -
ii) Objetos materiales especiales en el ámbito de la informática	- 196 -
D. Perjuicio a tercero	- 203 -

E. Análisis de las diversas modalidades contenidas en los verbos típicos del art. 270.....	- 209 -
i) Problemática de las “leyes penales en blanco”	- 209 -
ii) Párrafo primero del art. 270.....	- 211 -
iii) Párrafo segundo del art. 270	- 236 -
iv) Párrafo tercero del art. 270	- 242 -
IX. TIPO SUBJETIVO DEL ART. 270	- 251 -
A. Dolo.....	- 251 -
B. Ánimo de lucro.....	- 258 -
C. Consentimiento del titular.....	- 265 -
X. PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET	- 271 -
A. “Uploading” y “downloading” de obras protegidas	- 273 -
i) Sistemas centralizados	- 279 -
ii) Sistemas descentralizados.....	- 284 -
iii) Sistemas de descarga de contenido en Internet	- 291 -
iv) Calificación penal de los comportamientos ilícitos dentro del sistema Napster, Pando, P2M, FTP y páginas web de descarga directa.....	- 297 -
v) Calificación penal de los comportamientos ilícitos dentro del sistema P2p	- 309 -
vi) Tratamiento civil en las redes P2p.....	- 316 -
B. Acceso no autorizado a páginas web desde otras páginas web	- 321 -
i) Linking o utilización ilícita de hipervínculos	- 321 -
ii) Inlining	- 323 -
iii) Deep linking	- 325 -
iv) Framing	- 327 -
C. Copias caché	- 329 -
D. Softlifting	- 332 -
E. Cracking.....	- 333 -
F. Copias efímeras.....	- 336 -
XI. PENALIDAD	- 339 -
A. Tipos básicos (art. 270 CP).....	- 339 -
B. Agravantes	- 339 -
C. Consecuencias accesorias (art. 288 CP).....	- 341 -

XII. NOTAS PROCESALES	345 -
A. La determinación espacial de la ley penal aplicable	345 -
i) Determinación espacial del hecho delictivo.....	345 -
ii) Ámbito espacial de la ley penal nacional.....	346 -
iii) Cooperación penal internacional.....	349 -
B. Legitimación activa	351 -
i) La legitimación del titular del derecho.....	352 -
C. Descubrimiento e investigación de los hechos	355 -
i) Posibilidades de investigación.....	357 -
ii) Comunicaciones electrónicas como medio de prueba.....	364 -
D. Clases de procedimientos	369 -
XIII. EVENTUALES CONCURSOS Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES	375 -
XIV. RESPONSABILIDAD CIVIL "EX DELICTO"	383 -
A. Vías de compensación	383 -
B. Personas civilmente responsables.....	387 -
XV. CONCLUSIONES	397 -
BIBLIOGRAFÍA	411 -

Abreviaturas

AAP:	Auto de la Audiencia Provincial
ADESE:	Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento
ADIVAN:	Asociación de Distribuidores e Importadores Videográficos de Ámbito Nacional
ADPIC:	Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AFYVE:	Asociación Fonográfica y Videográfica Española
AP:	Audiencia Provincial
art:	Artículo
BSA:	Business Software Alliance
CC:	Código Civil
CD:	Compact Disc
CP:	Código Penal
CSS:	Content Scrambling System
DDASI:	Directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información
DJ:	Disc Jockey
DMCA:	Digital Millenium Copyright Act
DOI:	Digital Object Identifier
DVD:	Digital Video Disc
EEUU:	Estados Unidos
FCIA:	Federal Courts Improvement Act
FGE:	Fiscalía General del Estado
FTP:	File Transfer Protocol
HTML:	Hypertext Markup Language
IANA	Internet Assigned Numbers Authority
ISP:	Internet Service Provider (Proveedor de Servicios de

	Internet)
ISWC:	International Standard Musical Work Code
LCD:	Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones
LGT:	Ley General de Telecomunicaciones
LISI:	Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información
LO:	Ley Orgánica
LPI:	Ley de Propiedad Intelectual
LSSICE:	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico
Mp3:	Formato de audio digital comprimido con pérdida desarrollado por el Moving Picture Experts Group (MPEG)
MPAA:	Motion Picture Association of America
OCDE:	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OMPI:	Organización Internacional de la Propiedad Intelectual
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
P2M:	Peer to Mail
P2p:	Peer to peer
PANCP:	Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983
PC:	Personal Computer
PIB:	Producto Interior Bruto
PHP:	Hypertext Preprocessor
RAM:	Random Access Memory
RD:	Real Decreto
RIAA:	Asociación de la Industria Discográfica de América
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SGAE:	Sociedad General de Autores Españoles
SIAE:	Sociedad Italiana de Autores y Editores
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo (salvo que se indique lo contrario, todas las sentencias citadas lo son de la Sala 2.ª)
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UCITA:	Uniform Computer Information Transaction Act

UE: Unión Europea
URL: Uniform Resource Locator

Glosario de términos informáticos¹

Ancho de banda:	La cantidad de información que se puede enviar a través de una conexión.
ASCII:	Acrónimo del código estándar americano para el intercambio de información (American Standard Code for Information Interchange). Es el código estándar de conjunto de caracteres que cualquier ordenador puede entender, usado para representar las letras latinas, en mayúsculas, minúsculas, números, puntuación, etc.
Caché:	Almacenamiento local y temporal de un programa, de los mensajes de respuesta y el subsistema que controla el almacenamiento, la recuperación y eliminación de sus mensajes. Un caché, almacena respuestas para reducir el tiempo de respuesta y el consumo de anchobanda de red en demandas equivalentes futuras.
Ciberespacio:	Este término, que fue acuñado por primera vez por el escritor William Gibson en 1984, describe la gran variedad de recursos de información disponibles a través de las redes de ordenadores.
Conexión:	Circuito virtual de transporte que se establece entre dos programas de aplicación con fines comunicativos.
Cookies:	Mecanismo de conexiones por parte del servidor, usado para almacenar y recuperar información en el cliente.
Correo electrónico:	Los mensajes, normalmente en forma de texto, enviados de una persona a otra sobre un tema en

¹ Definiciones extraídas en su gran mayoría del "Glosario de Internet" que la Universidad de Alcalá publica en su página web www.uah.es.

	concreto a través del ordenador.
Cortafuegos:	Se trata de uno de los métodos usados para proteger una red de intrusiones no autorizadas. Esto se realiza a través de dos mecanismos: uno para bloquear el tráfico de la red, y otro para dejar fluir dicho tráfico, todo esto controlado para evitar accesos no deseados.
Cracker:	Persona que se dedica a entrar en redes de forma no autorizada e ilegal, para conseguir información o reventar redes, con fines destructivos.
Digital:	Dispositivo o método que utiliza variaciones discretas en voltaje, frecuencia, amplitud, ubicación, etc. para cifrar, procesar o transportar señales binarias (0 o 1) para datos informáticos, sonido, vídeo u otra información.
Dirección IP:	Representación numérica de la localización de un ordenador dentro de una red. Consiste en cuatro números de hasta 4 cifras separados por puntos.
Dirección URL:	Acrónimo de Uniform Resource Locator (Localizador de Recursos Uniforme). Es el modo estándar de proporcionar la dirección de cualquier recurso en Internet, que es parte de la WWW.
DNS:	Acrónimo de <i>Domain Name System</i> (Sistema de Nombres de Dominio). Sistema para traducir los nombres de los ordenadores en direcciones IP numéricas.
Explorador:	Programa cliente que se utiliza para buscar diferentes recursos de Internet. Se trata de una herramienta de navegación sin la cual no se podría acceder a los recursos de Internet. Los browsers más usados son Netscape Navigator, Microsoft Internet Explorer, y Mosaic de la NCSA.
FTP:	Acrónimo de "File Transfer Protocol" (Protocolo de transferencia de archivos), un método muy usado para transferir archivos de un ordenador a otro remoto a través de Internet.
Hacker:	Persona que tiene muchos conocimientos del mundo de las redes. Normalmente se dedican a

	comprobar la seguridad de las redes, intentando acceder a ellas de forma no autorizada, para examinar los fallos de seguridad y corregirlos.
Hipertexto:	Cualquier texto que contiene enlaces a otros documentos. El lector selecciona determinadas palabras o frases en el documento, que están unidas a otro documento o parte del mismo mediante un enlace, lo que hace que aparezca el otro documento.
Hipervínculo:	Conexiones entre una información y otra.
Host:	En una red local, ordenador que realiza todas las funciones de mantenimiento centralizadas, y pone a disposición de otros usuarios los programas y proporciona otros servicios.
HTML:	Acrónimo de HyperText Markup Language (Lenguaje de Marcas de Hipertexto). El lenguaje de código que se usa para crear documentos de hipertexto para usar en la WWW.
HTTP:	Acrónimo de HyperText Transport Protocol (Protocolo de Transporte de Hipertexto). Protocolo para mover archivos de hipertexto a través de la Internet. Requiere un programa cliente HTTP en un extremo y un programa servidor de HTTP en el otro.
IP:	Es un número dividido en cuatro parte separadas por puntos. Cada ordenador tiene un sólo número, si no lo tiene, no está realmente en Internet. La mayoría de ordenadores tienen uno o más nombres de dominio que son más fáciles de recordar.
Java:	Lenguaje de programación orientado a objetos, diseñado por Sun Microsystems para el desarrollo de aplicaciones multiplataforma y para la WWW. Se puede describir como una versión simplificada de C++.
Multimedia:	Sistemas informáticos que integran audio, vídeo y datos.
Nombre de dominio:	Nombre que identifica el punto de Internet. Los

	nombres de dominio tienen dos o más partes, separadas por puntos. La parte de la izquierda es la más específica, mientras que la de la derecha es la más general. Un ordenador puede tener más de un nombre de dominio, pero un determinado nombre de dominio sólo se refiere a una máquina.
Página web:	No se trata de un página en el sentido literal, sino un documento completo editado en la World Wide Web. La página principal (en inglés home page) es la primera página que aparece cuando se entra en un puesto de Web al que se ha llamado.
Proveedor de servicio:	Empresa que proporciona acceso a Internet, o a servicios de correo electrónico, FTP, Gopher, etc, por medio de una tarifa mensual.
Protocolo:	Lista de comandos estandarizada a la que responde un servidor. Un servidor FTP, por ejemplo, debe responder a comandos como "get" y "put".
Proxy:	Programa intermediario que actúa a la vez como servidor y cliente para realizar demandas de otros clientes. Las demandas se tratan o bien de manera interna o pasándolas, con posible traducción, a otros servidores. Un proxy debe interpretar y, si es necesario, reescribir un mensaje de pedido antes de enviarlo.
Red:	Grupo de ordenadores y otros dispositivos periféricos conectados unos a otros para comunicarse y transmitir datos entre ellos.
Servidor:	En una red, estación host de datos que proporciona servicios a otras estaciones.
Transferir:	Trasladar datos de equipos informáticos a dispositivos conectados, normalmente de servidores a PCs.
WWW:	Acrónimo de World Wide Web (traducción literal: tela de araña mundial). Se denomina así al gran universo de recursos a los que se puede acceder usando Gopher, FTP, HTTP, Telnet, Usenet, WAIS y otras herramientas.

I. INTRODUCCIÓN

A. Planteamiento del problema

Como introducción al presente trabajo me gustaría comenzar planteando la cuestión de si la tecnología digital y especialmente Internet suponen un peligro para la propiedad intelectual. Pues bien, las definiciones tradicionales de reproducción, distribución y comunicación pública están pensadas principalmente para un mundo analógico². Cuando una obra circula por Internet, se hacen múltiples copias, actos de distribución y de comunicación al público, aunque sea de forma involuntaria y absolutamente necesaria para llevar a cabo la transmisión y visión de la obra en cuestión. Pues bien, dichas copias son “copias digitales”, que tienen la misma calidad que el original y permiten hacer muchas más sin perder calidad. Así pues nuestro régimen de propiedad intelectual está pensado principalmente para un mundo analógico, de obras impresas y tangibles, y la tecnología digital tiene en ocasiones un encuadre forzado dentro de esta estructura³.

Además, con Internet, el autor pierde el control de la explotación de su obra. No es que nunca hubiera tenido un control absoluto sobre el uso que se hacía de los ejemplares de su obra. De hecho, el autor no sabía quién, cuándo, cómo, ni dónde se compraba su libro, ni quién lo fotocopiaba o lo pedía en préstamo, o lo hojeaba en una biblioteca. Como mínimo, no obstante, existían mecanismos para hacer posible una compensación de estos usos, una compensación que la sociedad y los titulares aceptaban como justa: los cánones por fotocopias, cintas de

² Se refiere a las magnitudes o valores que varían con el tiempo en forma continua. En la tecnología analógica es muy difícil almacenar, manipular, comparar, calcular y recuperar información con exactitud cuando ésta ha sido guardada.

³ Cfr. XALABARDER, Raquel, “La propiedad intelectual en la era digital”, *FUOC e ICUB*, Barcelona, octubre de 2002.

vídeo y casete. Sin embargo sí que tenía un control absoluto de los actos de explotación, como por ejemplo la edición o la radiodifusión, que requerían una inversión económica que minimizaba los supuestos de infracción.

Así nos encontramos con que los medios a través de los cuales la sociedad española accede a la cultura (principalmente música y cine) han variado en los últimos años, debido, en gran medida, a la introducción de Internet y la Banda Ancha en los hogares españoles. El acceso a la Red unido a programas de intercambio de archivos (peer to peer) ha provocado que los españoles accedan a la cultura, casi mayoritariamente a través de redes de intercambio como Emule, Edonkey, Kazaa, Bittorrent, Pando, Ares, etc, hecho que ha provocado numerosas quejas desde el sector audiovisual al ver disminuidos sus ingresos en los últimos años. Tal es la situación que la "International Intellectual Property Alliance" ha incluido a España junto a Camboya, Croacia, Laos, Macedonia, Burma o Vietnam en la "lista negra" de países cuyo índice de piratería se ha disparado de forma alarmante. De este modo, si algo podía verse modificado en Internet eran los comportamientos de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Ese universo digital de interacción y comunicación que es Internet es el foco de nuevas formas de comunicación, de nuevas formas de relación y, también, de nuevas conductas de lesión de derechos tan distintos como la intimidad⁴, la indemnidad sexual de los menores o el patrimonio.

En el presente caso, no puede negarse que Internet ha supuesto una revolución en cuanto a que se han multiplicado las posibles formas de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Se trata de los denominados actos de "piratería intelectual", muy distintos entre sí, y que se pueden clasificarse en base a distintos criterios. En primer lugar, atendiendo al distinto objeto sobre el cual se realiza la infracción, nos encontramos con programas de ordenador, archivos musicales, películas, fotografías, etc. En segundo lugar, y atendiendo a la distinta naturaleza de los actos realizados, nos podemos encontrar con actos de reproducción, plagio, distribución, comunicación pública, importación, exportación, almacenaje, fabricación, puesta en circulación o tenencia. Y en tercer lugar,

⁴ Vid. en relación a los peligros que la nueva sociedad de la información plantea para el derecho a la intimidad MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984, p. 31 a 45.

también en Internet se pueden clasificar distintos actos de “piratería intelectual” atendiendo a la diferente intención con la que se realiza el hecho ilícito.

En unos, la actividad se realiza con finalidad lucrativa directa, esto es, con la intención de obtener beneficios económicos mediante la reproducción o la difusión de obras protegidas. Esto ocurre con aquellas páginas web que se dedican a la comunicación pública ilícita de obras protegidas, programas de ordenador, obras musicales, videográficas, etc., todas en formato digital, a cambio de dinero. En otros casos, por el contrario, y éstos suelen ser aún más habituales, no hay un lucro directo obtenido del acto ilícito, pero sí se obtienen ganancias económicas de forma indirecta. Es el caso de las páginas web que ofrecen gratuitamente a sus usuarios softwares que les permiten contactar con otros usuarios y realizar ilícitamente intercambios de creaciones del ingenio protegidas. En estos casos el beneficio se obtiene gracias a la publicidad que la página web logra contratar debido al gran número de usuarios que, con intención de intercambiar archivos ilícitamente, visitan dicha web.

También hay otros supuestos, los de la mayoría de los usuarios que se conectan a Internet, en los que se actúa, simplemente, con la voluntad de obtener gratuitamente, y esencialmente para uso privado, aquello para lo que deberían pagar si es que lo hicieran lícitamente. Y por último, hay casos en los que la piratería se realiza únicamente con ánimo crítico o destructivo, esto es, por el mero hecho de poder realizar una conducta prohibida. Pero hay algo en lo que, al fin y al cabo, coinciden todos los comportamientos de “piratería” en Internet: su extraordinaria capacidad lesiva. La lesividad de la “piratería intelectual” en Internet es cualitativamente mucho mayor que la de la piratería tradicional. Y el problema actual al que se enfrenta la sociedad es el de frenar los efectos de esta piratería.

Lo significativo no es, sin embargo, que hayan aparecido otros modos de “piratería intelectual”, ni siquiera la gran dañosidad de este comportamiento criminal, sino la complejidad que muchas veces supone responder desde el Derecho a los mismos. En muchas ocasiones el legislador crea las normas pensando específicamente en aquello que quiere evitar. Cuando esto es así, los cambios sociales, pero también los

tecnológicos, convierten al Derecho en obsoleto e ineficaz, en cuanto que es incapaz de tutelar completamente los intereses sociales frente a nuevas conductas que no coinciden con las que tradicionalmente infringían los mismos⁵. Por ello, uno de los propósitos de este trabajo es el de analizar si el Derecho Penal español, en su regulación de los delitos relativos a la Propiedad Intelectual, cumple eficazmente su voluntad de proteger los intereses patrimoniales de los autores, los editores o los productores, frente a los nuevos comportamientos ilícitos y dañosos de los derechos de propiedad intelectual surgidos a la luz de Internet. Para ello hay que centrarse en dos cuestiones esenciales: por una parte, y partiendo de que en Internet el comportamiento pirata no se realiza siempre con las mismas intenciones que en la piratería tradicional, analizar si el requisito de ánimo de lucro exigido en el Código Penal de 1995 supone un problema de tutela de los derechos de autor; por otra parte, estudiar los principales comportamientos de piratería en Internet y tratar de analizar si son lícitos o ilícitos en primer lugar, y después si pueden, además, en su caso, considerarse delictivos.

Hay que decir que gran parte de los problemas que se suscitan en este ámbito tienen solución a través de la aplicación de las figuras delictivas "clásicas". Pero a pesar de los esfuerzos innovadores de nuestro texto punitivo (protegiendo expresamente el software, o con referencias genéricas como "cualquier medio" o "cualquier tipo de soporte"), en demasiadas ocasiones la realidad de las cosas obliga a incrementar el objeto de protección por la vía de la interpretación, extendiéndolo a las páginas web (su contenido, diseño, estructura, enlaces etc.), los archivos con imágenes, fotografías, vídeos, texto, animaciones, etc., o se dejan impunes ciertas conductas por no encontrar suficiente acomodo en los tipos existentes⁶.

Las conductas que más frecuentemente ocasionan conflicto son las copias o reproducciones no autorizadas de cualquiera de los objetos protegidos. Así por ejemplo, la colocación de un programa de ordenador en un sitio de Internet para la posible copia de quienes tengan acceso al

⁵ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet y delitos contra la Propiedad Intelectual*, Fundación Autor, Madrid, 2005, p. 181.

⁶ Vid. STIPA, Virio Guido, *Los delitos de la tecnología de la información*, dirigida por SILVA NICOLÁS, A. I., tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, leída el 20 de julio de 2006, p. 103 y ss.

mismo. De este modo, y aunque se realizará un desarrollo pormenorizado en sucesivos epígrafes, se puede adelantar que en orden a la calificación penal de esta conducta resulta muy complicado castigarlo como reproducción (art. 270.1 CP), desde luego como hecho no consumado, en el sentido de programa cargado en el ordenador propio o en el servidor, de manera que a juicio de un sector doctrinal⁷, únicamente podría verse aquí un acto preparatorio que, a falta de incriminación expresa, resulta impune.

El problema más espinoso quizá sea el de precisar la responsabilidad de los “servidores” o “prestadores de servicios de Internet” en relación con las infracciones contra la propiedad intelectual, en la medida en que sin su actividad el acceso a la red no sería posible. Existía tradicionalmente una tendencia a considerarlos responsables de las infracciones cometidas aún cuando no conocían la actividad ilícita que se está realizando (por influencia norteamericana), y en la medida en que es sencilla su localización e identificación, y también por una razón económica por cuanto su capacidad económica es por lo general mucho mayor que la de los usuarios particulares. No obstante, cada vez más los proveedores de servicios de Internet incluyen cláusulas exoneratorias de responsabilidad. Y desde el punto de vista de las eventuales medidas cautelares que se pueden acordar, es muy posible que les afecten directamente (por ejemplo, cuando se clausura una página web)⁸.

Con este trabajo se pretende, por tanto, analizar especialmente las conductas típicas de los delitos contra la propiedad intelectual, recogidos en el art. 270 del Código Penal, e intentar dilucidar la ubicación, que en ellos tienen, una serie de conductas novedosas que se realizan principalmente a través de Internet. Medio éste, en el que cualquiera puede ser “editor” desde su casa y distribuir una obra entre el público en general, de todo el mundo y no sólo entre sus amigos. Y en el que además todos podemos ser “piratas” y perjudicar seriamente los intereses morales y económicos de los autores. De este modo, y con el fin de ayudar a dar respuesta a todas las interrogantes anteriormente esbozadas, a continuación se plantean una serie de casos jurisprudenciales, y que serán

⁷ Cfr. MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001, pp. 90 y 91.

⁸ Cfr. MORETÓN TOQUERO, María Aránzazu, *Delitos contra la propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 38.

resueltos a lo largo del presente trabajo en los correspondientes epígrafes:

- nos encontramos con la demanda presentada en el año 2005 por Promusicae, entidad que aglutina a gran parte de las discográficas españolas, contra Telefónica para que ésta facilite la identidad de clientes que utilizaban el programa de intercambio de archivos P2p (peer to peer) Kazaa. ¿Tiene Telefónica obligación de facilitar la identidad de los clientes?⁹
- en relación al uso fraudulento de líneas 900 para conectarse a Internet, en el que habitualmente sólo se puede probar que la conducta delictiva se había llevado a cabo desde un determinado equipo informático, pero no la autoría personal de los hechos. ¿Es esto suficiente para la incriminación de una persona?¹⁰
- el autor que reproduce, distribuye o comunica públicamente una obra suya realizada en virtud de una relación laboral y relacionada con la actividad habitual de la empresa, ¿podrá ser sujeto activo de un delito relativo a la propiedad intelectual del artículo 270 del Código Penal?¹¹
- el autor intelectual de una creación original, ¿puede, pese a ostentar la condición de titular originario de los derechos de autor sobre tal creación (según establecen los artículos 1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual), ser sujeto activo del delito descrito en el artículo 270 del Código Penal?¹²
- un internauta que se descarga de Internet álbumes musicales a través de distintos sistemas de descarga de archivos y se ofrece a intercambiar su colección con otros internautas en chats y correos electrónicos, ¿puede ser condenado por un delito contra la propiedad intelectual?¹³
- la instalación del “chip multisistema” en varias consolas

⁹ Vid. Resolución en el Cap. VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270. A. Sujeto activo. iv) Problemática de la determinación de los sujetos activos en las redes P2p.

¹⁰ Vid. Resolución en el Cap. VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270. A. Sujeto activo. iv) Problemática de la determinación de los sujetos activos en las redes P2p.

¹¹ Vid. Resolución en el Cap. VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270. B. Sujeto pasivo. i) El autor.

¹² Vid. Resolución en el Cap. VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270. A. Sujeto activo. ii) Problemática de la determinación del autor y cesionario como sujetos activos: “autoplagio”.

¹³ Vid. Resolución en el Cap. X. PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET. A. “Uploading” y “downloading” de obras protegidas. iv) Calificación penal de los comportamientos ilícitos dentro del sistema Napster, Pando, P2M, FTP y páginas web de descarga directa.

PlayStation, que permiten la reproducción de juegos no originales, sin haber solicitado autorización a Sony computer Entertainment España S.A., ¿puede ser constitutivo de un delito contra la propiedad intelectual conforme al art. 270.3 Cp?¹⁴

Como primer paso, en el presente trabajo se analiza el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, así como la posible inclusión de los derechos de autor dentro de la Constitución española. Esto es fundamental, ya que por un lado la determinación del bien jurídico protegido será clave para la calificación de determinadas conductas; y por otro, el que la Constitución reconozca como dignos los intereses a los que responde la propiedad intelectual, lleva a muchos autores a considerar como dignos de protección por vía penal tanto los intereses individuales personales y patrimoniales del autor.

Y para encuadrar y comprender dicha regulación penal, ha sido conveniente realizar un breve estudio previo de la evolución histórica de la propiedad intelectual en general, así como de su regulación jurídica y del derecho comparado. Esto es importante, ya que permite tener una visión retrospectiva y permite, además, comprender mejor la problemática actual de esta materia. Igualmente, ha sido realizado un análisis político-criminal sobre la necesidad de que el orden penal regule estas conductas, recogiendo una serie de conclusiones donde se esbozan unas consideraciones respecto de algunos problemas jurídicos que se plantean en la regulación de la propiedad Intelectual y los retos a los que se enfrenta.

Así mismo, ha sido analizado tanto el tipo objetivo como subjetivo de este tipo de delitos, donde se plantean cuestiones fundamentales como son la determinación de los sujetos, objeto material, así como la necesidad de ánimo de lucro y perjuicio a terceros. Paso éste necesario para la correcta comprensión del posterior análisis del tipo básico, donde se ha hecho una especial referencia al ámbito de Internet, y a comportamientos como la descarga de obras protegidas a través de programas denominados P2p.

¹⁴ Vid. Resolución en el Cap. VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270. E. Análisis de las diversas modalidades contenidas en los verbos típicos del art. 270. iv) Párrafo tercero del art. 270.

Y para finalizar el presente trabajo, han sido recogidas unas referencias a la penalidad de este tipo de delitos, a determinados problemas procesales, los posibles problemas concursales que se plantean, así como a las peculiaridades sobre el contenido y extensión de la responsabilidad civil *ex delicto*.

Todo ello conforma un trabajo que se ha realizado con la intención de ofrecer un análisis lo más exhaustivo e independiente posible, sin prejuicios ni ideas preconcebidas, si no con la ley como único guía. Es por ello que no se ha partido de ninguna premisa con la intención de alcanzar unas determinadas conclusiones, si no que se han ido exponiendo y analizando cada una de las corrientes y doctrinas existentes, a fin de ofrecer todo el espectro de posibilidades que la doctrina plantea en el ámbito de los delitos contra la Propiedad Intelectual, intentando determinar la mejor resolución para cada uno de los problemas que plantea el tema tratado.

Igualmente hay que reseñar la dificultad que plantea la investigación en un ámbito tan íntimamente relacionado con el mundo tecnológico. Y ello es así por las continuas novedades tecnológicas a nivel de hardware y software que se van produciendo, y lo que es más importante si cabe, en cuanto a las novedades legislativas, las cuales han sido profundas y han culminado con la reciente aprobación de la Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, encuadrada dentro del "Plan Avanza" del Gobierno, y que ha supuesto modificaciones tanto en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, como en la Ley General de Telecomunicaciones, entre otras.

B. Bien jurídico protegido

Al contrario de lo que sería posible deducir de la simple lectura de la norma, existe un amplio debate doctrinal sobre el bien jurídico protegido¹⁵, ya que las consecuencias prácticas de la posición que se

¹⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pp. 350 y ss; BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1324 y ss; MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección penal de la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información*,

adopte son importantes. De este modo han nacido una serie de corrientes dentro de nuestra doctrina penal moderna, que van desde las posiciones de carácter personalista, hasta las de carácter patrimonialista, pasando por las de carácter mixto (la más ampliamente aceptada).

i) Corriente personalista

La corriente personalista es la menos seguida. Parte de que el contenido y características del derecho moral del autor se hallan regulados en los artículos 14 a 16 de la Ley de Propiedad Intelectual y comprende los derechos irrenunciables inalienables a decidir sobre la divulgación de la obra, a la paternidad de la obra, al respeto de su integridad, a su modificación, a la retirada del comercio y al acceso al ejemplar único o raro, en los términos allí descritos. El derecho exclusivo del autor a la explotación de su obra y sus diferentes modalidades, reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, son objeto de regulación en los artículos 17 a 23 LPI¹⁶.

La propiedad intelectual tiene, en efecto, una dimensión moral que algunos autores intentan ubicar incluso a nivel constitucional en el art. 20.1.b de la Constitución (“derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”). Para un sector de la doctrina¹⁷, el derecho reconocido en el art. 20.1.b de la Constitución es un derecho a la producción y creación intelectual que sólo puede ser lesionado mediante coacciones o amenazas, pero no a través de delitos de carácter patrimonial o socioeconómico¹⁸. Pero, como a continuación se verá, para la gran mayoría de la doctrina, en los delitos tipificados en el Código Penal de 1995 como delitos relativos a la propiedad intelectual, no se protege exclusivamente esta dimensión moral o personal de la propiedad intelectual.

Dykinson, Madrid, 2003, pp. 192 y ss.

¹⁶ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997, p. 2943.

¹⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho Penal...*, ob. cit., p. 350.

¹⁸ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 239.

ii) Corriente patrimonialista

Por otro lado nos encontramos con otra corriente de autores¹⁹, denominada “patrimonialista”, que opina, sin embargo, que con la regulación anterior al Código Penal de 1995 cabía sostener que, al lado de una indudable protección de la vertiente patrimonial, existía también una tutela del aspecto moral o personal, aunque fuese ciertamente una protección de menor entidad y en todo caso subsidiaria con respecto a los derechos patrimoniales²⁰. Sin embargo, esta corriente de autores mantiene que la reforma de los tipos llevada a cabo por el Código Penal de 1995 confirió un carácter netamente patrimonial al injusto penal, de tal manera que, a la vista de la regulación vigente, el bien jurídico aparecería claramente caracterizado por los intereses económicos derivados de los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual, sin que quepa afirmar que exista en rigor una tutela de los derechos morales de autor.

En relación a esto la jurisprudencia²¹ se ha pronunciado en el siguiente sentido: *“Evidentemente, el bien jurídico protegido no puede ser el mismo en la época en que la legislación penal al respecto seguía el sistema de la norma penal en blanco que en la época actual en la que se ha concretado el tipo penal. Así pues, ya no puede decirse que la propiedad intelectual en todas y cada una de sus manifestaciones se encuentra protegida penalmente. Habrá aspectos que sólo merezcan y precisen una protección civil y, lógicamente, sólo los ataques más intolerables contra ciertos aspectos de la indicada propiedad puede ser amparada por la legislación penal»...* Ahora bien, dicha protección no puede tener una traslación penal automática, ya que no cabe extender la

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique, CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 545.

²⁰ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en BAJO FERNÁNDEZ, M., *Empresa y derecho penal (II)*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 353; GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995*, en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995, p. 217; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Las llamadas “importaciones paralelas” y el artículo 270, párrafo segundo, del Código Penal*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, p. 729.

²¹ Vid. SAP Navarra núm. 96/2000 (Sección 3ª), de 14 julio [ARP 2000\2427].

protección que dispensa el Derecho Penal a toda infracción que se produzca en el ámbito de la propiedad intelectual, por aplicación del principio de intervención mínima”.

Además habría que concretar que la protección penal se asignaría no sólo a los derechos de explotación exclusiva del autor, sino además a los llamados “derechos conexos” (derechos afines a los derechos de autor), o sea, los que recaen sobre las interpretaciones y ejecuciones de la obra. Pero no estarían incluidos en el ámbito de protección, sin embargo, los derechos morales de autor. De este modo, las lesiones puras al derecho moral, las que no afecten a los intereses económicos de los titulares de derechos de autor o conexos, no serían sancionadas por vía penal aun cuando se realicen con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

Así lo corrobora la jurisprudencia²², que ha venido a señalar que *“el bien jurídico penalmente protegido es la propiedad intelectual en su contenido fundamentalmente económico o propiamente patrimonial, quedando los restantes derechos protegidos por las otras normas del ordenamiento jurídico y fundamentalmente por la Ley de Propiedad Intelectual.”* Asimismo, y como confirmación de esta tesis patrimonialista, la jurisprudencia²³ ha venido a aclarar que *“teniendo presente que el Código de 1995 de forma expresa castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», elementos éstos del tipo que conllevan que todas las conductas tipificadas afecten a los derechos económicos de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto («reproducción», «almacenamiento»), bien de lesión («comunicación», «distribución»), siendo de plagio sólo punible cuando esté destinado a ser distribuido y comunicado públicamente -la conclusión que racionalmente cabe obtener es que dentro del contenido de los derechos de autor- derechos de carácter moral (arts. 14-16 del LPI) y derechos de naturaleza económica o de explotación (art. 17-25 del TRPLPI) sólo la lesión de los derechos de explotación importan para el derecho penal, por lo que ha de afirmarse, siguiendo a un reputado sector doctrinal, que éste es el bien jurídico protegido en el art. 270 del CP. Ello encaja además, perfectamente, con la denominación del Título XIII del Libro II del Código Penal: «Delitos contra el*

²² Vid. AAP Girona núm. 304/2004 (Sección 3ª), de 20 mayo [JUR 2004\214196].

²³ Vid. SAP Córdoba núm. 45/2002 (Sección 3ª), de 12 junio [ARP 2002\520].

patrimonio y contra el orden socioeconómico».

iii) Corriente mixta

Por último nos encontramos con la corriente mixta, que es una corriente ampliamente seguida por la doctrina²⁴, y que parte de que el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual establece también que la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley. Como se ve, este precepto acoge abiertamente una concepción dualista en la que se atribuyen a la propiedad intelectual facultades de tipo personal y patrimonial²⁵. Estaríamos, por tanto, ante un bien jurídico, como es la propiedad intelectual, de naturaleza compleja y cuyo contenido, conforme a lo establecido por el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual, estaría integrado por derechos de carácter personal (derecho moral: art. 14 LPI) y patrimonial (derechos de explotación: arts. 17 y ss. LPI), que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la protección de la obra²⁶.

Para la corriente de autores que siguen esta concepción mixta, parece que no tienen mucho sentido las tesis de carácter personalista o patrimonialista sobre el derecho de autor o propiedad intelectual, ya que nos encontraríamos ante un derecho *sui generis* unitario de propiedad especial, cuyo contenido se bifurcaría, partiendo de un tronco común, en los aspectos moral y patrimonial que lo integran, tal y como señaló ya la jurisprudencia²⁷ en relación al antiguo Código Penal de 1973: “*El bien*

²⁴ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, p. 759; SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Manual teórico práctico (II), Recoletos, Madrid, 1996, p. 279; VALEIJE ALVAREZ, Inmaculada, *Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Universidad de Vigo, Ourense, 2002, p. 584; VEGA VEGA, José Antonio, *Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 1999, p. 198.

²⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 491 y ss.

²⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 766.

²⁷ Vid. SSTS de 13 de octubre de 1988 [RJ 1988\7912] y de 19 de enero de 1990 [RJ 1990\446].

jurídico protegido por el art. 534 del Código Penal tiene una doble manifestación: moral y patrimonial, cada una de las cuales comprende un haz de facultades, incluyéndose entre las inherentes al aspecto patrimonial las vinculadas a intereses económicos del autor, como son la de reproducir en exclusiva la obra, así como su distribución". Y más recientemente²⁸, en relación al actual Código Penal: "El delito apreciado en la Sentencia apelada es un delito Contra la Propiedad Intelectual, con un bien jurídico protegido muy concreto, cual es el derecho moral de autor y el derecho patrimonial conectado al mismo consistente en la explotación de la obra intelectual".

Otro argumento más a favor de esta corriente *sui generis*, entiende que la configuración de los delitos relativos a la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995 no ofrece dudas acerca de que protege directa y especialmente la dimensión patrimonial de los derechos de autor, aunque indirectamente se tutela su aspecto moral, como nos lo demostrarían los siguientes datos²⁹: el cambio de la rúbrica de la Sección 1.ª del Capítulo IV del Título XIII, del Libro II del Código Penal, ubicándose estos delitos dentro de los patrimoniales o contra el orden socioeconómico; las exigencias del *ánimo de lucro* y de actuar en *perjuicio de tercero* en la conducta del tipo básico (art. 270 CP); las agravaciones específicas del artículo 271, de marcado carácter económico; y la desaparición en el vigente Código Penal de las agravaciones relacionadas con la dimensión moral que recogía el art. 534 bis b), 1 del Código Penal anterior, circunstancias b), c), y d).

Así pues como conclusión, y vistas todas las corrientes doctrinales al respecto, parece que resulta más plausible la corriente patrimonialista. Hay que entender por tanto que el único bien jurídico protegido por los delitos del artículo 270 y del artículo 271 del Código Penal son los intereses patrimoniales del autor y de los titulares de derechos conexos. Y es que, aunque los delitos relativos a la propiedad intelectual estén incluidos dentro del Título XIII dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y en el Capítulo que protege la libertad de empresa, el artículo 270 no exige para la realización del tipo nada más que la infracción de un derecho de explotación con ánimo de lucro y con

²⁸ Vid. SAP Castellón núm. 229/2004 (Sección 2ª), de 14 septiembre [JUR 2004\280677].

²⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Bien jurídico...*, ob. cit., p. 759.

intención de afectar a sus intereses patrimoniales (en perjuicio de tercero)³⁰, sin que sea necesaria la puesta en peligro del orden socioeconómico ni de ningún instrumento del mismo de carácter supraindividual.

Lo que parece cierto, tal y como opinan parte de la doctrina³¹, es que el legislador, al proteger los intereses patrimoniales de los titulares de derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, no sólo ha buscado la tutela directa de este objeto jurídico, sino que, además, e indirectamente, ha pretendido reforzar la defensa de un instrumento para la promoción de la cultura y el mercado de las creaciones del ingenio en beneficio de la sociedad. Y es que, protegiendo los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se tutelan también los intereses sociales y colectivos relacionados con la necesidad de que se fomente la creación de obras del ingenio. Existe, pues, una explicación político-criminal de la intervención penal única frente a los ataques a los derechos de explotación basada en lo que supondría para el mercado cultural de libre competencia la infracción masiva de estos derechos.

C. Propiedad intelectual en la Constitución española

La Constitución española regula, como es sabido, en su artículo 149.1.9.ª de forma expresa la propiedad intelectual (derecho de autor), en el que se establece que: *"1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ... 9ª Legislación sobre propiedad intelectual e industrial"*. Este precepto responde a la realidad de las distintas Autonomías y atiende al ámbito competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas.

A su vez, debe tenerse presente la polémica doctrinal respecto a si la propiedad intelectual es reconocida en el artículo 20.1.b) de la

³⁰ Vid. ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, "Delitos relativos a la Propiedad Intelectual: referencia al tipo básico del art. 270 CP", en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 42, ICADE, Madrid, 1997, p. 269 a 272.

³¹ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 227 y ss.

Constitución³². En el artículo 20 se establece que: *"1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción; b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; c) A la libertad de cátedra; d) A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3 [...]. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial"*.

El artículo transcrito está sistemáticamente ubicado en el Título I de la Constitución que lleva por rúbrica *"De los derechos y deberes fundamentales"*, Capítulo segundo *"Derechos y libertades"*, Sección 1.ª *"De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"*. Asimismo, en el ámbito de la controversia suscitada, debe tenerse presente el artículo 33 de la Constitución, que sistemáticamente está en el mismo Título y Capítulo que el artículo 20, pero en la Sección segunda: *"De los derechos y deberes de los ciudadanos"*. En el citado artículo se establece que: *"1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. 3. [...]"*.

Las dudas generadas en torno al artículo 20.1.b) atañen a su interpretación. Esquemáticamente, las respuestas doctrinales oscilan entre los autores que mantienen que en dicho precepto se protege el derecho de autor entendido como derecho genérico a producir y crear, subsumible en el derecho a la libertad de expresión y, por tanto, lo producido y creado se protege por la vía del artículo 33 de la Constitución, frente a la tesis contraria, según la cual en dicho artículo se protege no sólo el derecho de producir y crear, sino también lo producido y creado.

³² Cfr. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, "Posición del derecho de autor y jerarquía de las normas", ALAI, Paris, 2005.

Esta última corriente³³ entiende que en el artículo 20.1.b) se está reconociendo como un derecho fundamental la propiedad intelectual (derecho de autor), con las garantías que se derivan al encontrarse en la sección primera “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Igualmente se entiende que en dicho artículo se garantiza el derecho a crear y también el resultado de la creación. Es decir, la propiedad intelectual está integrada por las facultades (derechos) morales y patrimoniales.

Junto a esta tesis, otro sector doctrinal³⁴ expone que en el artículo 20.1.b) se protege una modalidad o forma de la libertad de expresión y no el derecho de autor; y que es en el artículo 33 de la Constitución donde se ubica la protección de la propiedad intelectual, siendo ésta una propiedad especial³⁵. Además de estas dos tesis contrapuestas existe una tercera que entiende que, atendiendo a las distintas facultades (derechos) que integran la propiedad intelectual, es posible acudir al artículo 20.1.b) desde el ámbito de los derechos morales sin extender esa perspectiva al ámbito patrimonial, cuya protección entraría dentro del artículo 33 de la Constitución.

Esta polémica doctrinal también tuvo presente la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁶, en la que se manifestó que el artículo 20.1.b) de la Constitución consagra como derecho fundamental: *“un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor; y, conlleva a la necesidad de la*

³³ Cfr. OTERO LASTRES, José Manuel, *La inclusión del derecho de autor en el moderno derecho mercantil*, Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo VII, Madrid, 1982, pp. 115 a 138; BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles, *Comentarios...*, ob. cit., pp. 1324 y ss.

³⁴ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal de la propiedad intelectual*, en ARROYO ZAPATERO, Luis y TIEDEMANN, Klaus, *Estudios de derecho penal económico*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 162 y 163; JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentario al artículo 270*, en *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 766 y 777.

³⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 766.

³⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 9 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6320], en la que existió un voto particular emitido por el Magistrado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

exteriorización, puesto que se crea o produce arte, para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho a favor de aquéllos a los que se exterioriza el primero de los cuales tienen por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material»”.

Sin embargo, en esta misma Sentencia nos encontramos con un voto particular de uno de los magistrados, en el que declaraba que se había vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística que *“reconoce el artículo 20.1.b) de la CE..., dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial de autor...”*.

Asimismo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ³⁷ ha establecido que: *“En efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional (20.1), no es sino una concreción del derecho -también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe también para ser representada...”*. Esta sentencia contó también con un voto particular en el que consideraba erróneo este Fundamento y que entendía que: *“[...] ni la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo [...]”*.

Esta revisión jurisprudencial, con sus respectivos votos particulares, viene a poner de relieve la dificultad a la hora de determinar si la “propiedad intelectual” está implícitamente reconocida en el art. 20.1.b) de la Constitución. Y es que, a pesar de que parece que la tendencia es a interpretar que el art. 20.1.b) no está reconociendo expresamente la propiedad intelectual, como un derecho fundamental, el hecho de que en ambas sentencias nos encontremos con un voto particular de opinión contraria, manifiesta que éste no es un tema resuelto, y que está abierto a interpretaciones.

³⁷ Vid. Sentencia de 7 de noviembre de 1985, nº.153 [RTC 1985\153], en su Fundamento Jurídico 5º, en la que existió un voto particular del Magistrado D. Francisco Rubio Llorente.

II. BREVE EXPOSICIÓN DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El derecho de autor o derecho a la propiedad intelectual no es una preocupación que nace con la sociedad actual, sino que ya en el año 25 a.C., Marco Vitruvio, arquitecto de Julio César, manifestó lo siguiente³⁸:

“Ahora bien, así como hay que tributar merecidas alabanzas a éstos, incurren en nuestra severa condenación aquellos que, robando los escritos a los demás, los hacen pasar como propios. Y de la misma manera, los que no sólo utilizan los verdaderos pensamientos de los escritores, sino que se vanaglorian de violarlos, merecen reprensión, incluso un severo castigo como personas que han vivido de una manera impía”.

El ser humano usa esta institución desde muy temprano en su historia. Los signos utilizados en la antigüedad sobre los objetos fabricados en serie o en las ánforas para mencionar el origen del vino o del aceite que contenían, son los precursores de las marcas. De este modo se vinculaba el avance de la sociedad a la creación y búsqueda de conocimiento de ciertos autores y se les reconocía el derecho moral sobre su obra, sobre todo literaria. Sin embargo, no es hasta la aparición de la imprenta cuando aparece la posibilidad de proteger, no un solo objeto como propiedad material, sino sus múltiples reproducciones como fuentes de propiedad intelectual. Así pues, el Estado comenzó a controlar las producciones con un doble fin: proteger a quienes invertían en la difusión de obras y controlar esta nueva fuente de oposición al poder³⁹. Así desde finales del siglo XV se otorgaban patentes de invención en las cortes de Florencia y Venecia.

³⁸ VITRUVIO, Marco, *Libro Séptimo, De architectura*, en JIMÉNEZ FUENTES, Esther, “Derecho de autor en Internet”, *Artículos jurídicos en Derecho.com*, Julio de 2002.

³⁹ Cfr. JIMÉNEZ FUENTES, Esther, “Derecho de autor en Internet”, *Artículos jurídicos en Derecho.com*, Julio de 2002.

El “*Copyright Bill*” de la Reina Ana de Inglaterra, dictado en 1709, es el primer reconocimiento de derecho de autor conocido, el cual otorgaba a los creadores, catorce años de protección, prorrogables por otros catorce si el autor seguía vivo. Con ello no hacía sino refrendar las teorías jurídicas de su tiempo, que derivaban de las leyes de derecho natural y, de forma más inmediata, de distintos privilegios medievales. A éste le siguió Francia en 1716, luego España en 1764, posteriormente Estados Unidos de Norteamérica en 1790.

El derecho de autor tuvo en sus orígenes un carácter material y territorial y sólo se reconocía dentro del territorio nacional, pues al referirse a obras literarias el idioma suponía una barrera. Sin embargo, tomando en cuenta la universalidad de las obras cuya explotación traspasa las fronteras físicas, se vio la necesidad de proteger el intercambio cultural de modo que se preservasen tanto los derechos morales como patrimoniales del autor.

Así en 1886, se firmó el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas constituyéndose en la fuente internacional de protección del derecho de autor. Hay que referirse aquí al nacimiento y evolución de las dos grandes corrientes en materia de propiedad intelectual: la legislación anglosajona (copyright) y la continental (derecho de autor). Ambos derechos tuvieron un nacimiento dispar, ya que la primera ley de derecho de autor se dictó en 1790 en Estados Unidos, sobre la base de un derecho temporal exclusivo de los autores sobre sus escritos y descubrimientos (art. 1, sección octava, de la Constitución americana de 1787). Mientras que en Francia surge el derecho del autor a la presentación de sus obras como propiedad durante toda su vida y cinco años más para sus herederos (Ley 13-19 de enero de 1791). Este derecho francés fue después la base de toda la regulación continental.

Estas diferencias no han hecho sino hacerse más notables con el paso del tiempo y cobrar una trascendencia política y comercial importantísima. Por ello, es interesante exponer sus características:

1.º El sistema de copyright se funda en consideraciones económicas, mientras que el derecho de autor se vincula a derechos de la

personalidad.

2.º Las personas físicas o jurídicas pueden ser autores del copyright mientras que, en el derecho de autor se vincula la titularidad a la creación, por lo que es un acto de la persona.

3.º El reconocimiento legal de los derechos morales del autor en el copyright ha tenido un lento desarrollo en contraposición al derecho de autor, donde son la base del derecho.

4.º La fijación en forma material de la obra es esencial en el copyright, siendo no imprescindible en el derecho de autor.

5.º En el copyright de obras realizadas para un empresario funciona la presunción de ser de su titularidad, mientras que en el derecho de autor ésta no funciona salvo que se establezca expresamente.

6.º En los contratos de publicaciones no se recogen muchos detalles bajo el copyright a diferencia de las regulaciones pormenorizadas que suponen los contratos en nuestro derecho.

Continuando con la evolución histórica, hay que señalar que en 1967, se fundó en Estocolmo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual se convirtió en una de las 16 organizaciones subordinadas a la ONU en 1974. La importancia de estos temas creció a partir de los años 80. Ello es debido al escenario del “*slow down*” (desaceleración) de la productividad norteamericana de los años 70, el cual influyó sobre el comportamiento de empresas e instituciones en la esfera de lo tecnológico. Predominaba por ese entonces en EEUU la idea de que los resultados de las investigaciones estaban siendo apropiados con relativa facilidad por firmas competidoras de otras nacionalidades, y que se debía actuar en este frente para frenar los alcances de dicho proceso⁴⁰.

Se culpó del notorio éxito que las empresas japonesas y coreanas estaban logrando en los mercados mundiales, y aun dentro del propio mercado norteamericano, a la relativa facilidad con que las mismas copiaban tecnología desarrollada en EEUU. R. HUNT, en un trabajo de 1999, dice al respecto de este tema: “*Sobre el final de los años 1970 e inicios de los 1980 los hombres de negocios y los funcionarios de gobierno se mostraban crecientemente preocupados por el aparente deterioro de*

⁴⁰ Cfr. ABARZA, Jacqueline y KATZ, Jorge, “Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC”, Publicación de las Naciones Unidas, Santiago de Chile, enero de 2002.

las ventajas comparativas norteamericanas en las industrias de alta tecnología. En realidad estas se transformaron en un importante catalizador del dramático cambio que experimentara la protección de la propiedad intelectual en EEUU en ese entonces”⁴¹.

Es en dicho contexto cuando se suceden varios cambios legislativos importantes en el medio norteamericano, todos ellos destinados a aumentar la exclusividad y la rivalidad. Ellos son el Patent and Trademark Amendment Act de 1980, el Federal Courts Improvement Act (FCIA) de 1982 y el Patent Restoration Act de 1984. Dichos cambios legislativos se refieren, a veces, a temas de propiedad intelectual, en general, y otros a patentes de invención, en particular. Todo ello teniendo en cuenta que los tres sectores que más divisas generan para Estados Unidos descansan sobre la base de dicha propiedad intelectual (propiedad industrial o derechos de autor), se trata de los sectores químicos, el del entretenimiento y del software.

En los últimos años, la industria discográfica ha acusado fuertes pérdidas empresariales que, desde su perspectiva, se deben a la piratería musical, cuyo comportamiento ilícito está generalizado tanto en los centros urbanos españoles y europeos, como en los asiáticos y sudamericanos. Esas duras reclamaciones han sido asimismo compartidas por intérpretes y autores musicales y sociedades de gestión de derechos de autores, llevando a conformar un colectivo que ejerce fuertes presiones políticas ante los poderes públicos para la modificación de la normativa penal en lo referente a la protección de la propiedad intelectual⁴².

Un claro ejemplo de la fuerza de la presión ejercida por las sociedades de gestión de derechos de autores, es la inclusión dentro de la Ley de Propiedad Intelectual del polémico “canon digital”, consistente en una tasa con la que se grava todo aparato electrónico que tenga capacidad de almacenamiento para compensar a los autores por las copias privadas. La extensión de esta tasa afecta a los teléfonos móviles,

⁴¹ HUNT, R. en BENJAMIN, Coriat y FABIENNE, Orsi, “The installation in the United States of a new Regime of Intellectual Property Rights – Origins, Content, of a new Regime of Intellectual Property Rights – Origins, Content”, *IDEE-CEPN*, CNRS, Paris, Junio de 2001.

⁴² Cfr. GOLDSTEIN, Mabel, “Nuevos delitos en Propiedad Intelectual”, *Revista de la contratación electrónica*, N.º 53, Dykinson, Madrid, 2004, p. 3.

los MP3, las memorias USB y cualquier dispositivo con capacidad de almacenamiento, a los que por primera vez se les aplicará esta tasa. Otros dispositivos como los CDs y DVDs y los equipos reprográficos y multifuncionales pagarán menos canon. En cualquier caso, el canon se ha organizado por categoría de producto y no distingue ni por capacidad, ni velocidad.

Sin embargo, ya con anterioridad (el 8 de abril de 2005), la entonces Ministra de Cultura de España presentó, tras varios meses de profundo análisis del sector, un plan que pretendía en cierta medida disminuir los elevados índices de "piratería" de productos audiovisuales. El Ministerio que presidía Carmen Calvo, presionado por la industria cinematográfica, pero sobre todo por la musical por un lado y por las Sociedades de Gestión de Derechos por otro, propuso una serie de medidas tendentes a la protección de los derechos de propiedad intelectual que se han visto gravemente perjudicados por la irrupción de las "Nuevas Tecnologías". Ante este panorama, se vio necesaria una intervención por parte del Estado para tratar de controlar un fenómeno que desde muchos sectores se califica como imposible de frenar. El Plan elaborado por el Ministerio de Cultura, se trataba del *"Plan Integral del Gobierno para la Disminución y la Eliminación de las Actividades Vulneradoras de la Propiedad Intelectual"*.

Este Plan distinguía entre las dos formas de "piratería" que se producen en España: por un lado el denominado "Top Manta", organizado por mafias que se encargan de duplicar CD's y DVD's para su posterior venta en las calles, y por otro las mencionadas redes de intercambio de archivos en las que los usuarios "comparten" sus archivos de música o video con otros usuarios, y ello sin remunerar a los titulares de los derechos de autor.

Finalmente hay que hacer referencia a una tendencia que está tomando gran importancia en Europa, y que consiste en un sistema de avisos a aquellos internautas que hacen uso de las redes P2p, precedido de la desconexión a la propia red en el caso de que se desatiendan dichos llamamientos. El pionero de dicho sistema es Francia y su muy famosa "Ley Sarkozy". La propuesta del presidente de la República francesa, Nicolas Sarkozy consiste, por tanto, en retirar la conexión a Internet a las personas que sean "cazadas" compartiendo obras sometidas a derechos

de reproducción⁴³. El procedimiento comprenderá dos avisos tras los cuales, si persiste la compartición de estas obras, vendrá el corte de la conexión⁴⁴.

Dicho Proyecto de Ley aun no está aprobado, pero aunque finalmente se apruebe, está por ver si estas medidas pueden aplicarse en la práctica, si los “cortes” de conexión por el uso de un software neutro como el P2p son técnicamente posibles y legalmente justificables y en caso de serlo, si resistirán la movilización internacional en su contra que ya existe en la red y que es de suponer se multiplicará en el caso de que estas amenazas y “cortes” de servicio se hagan realidad⁴⁵.

Las autoridades italianas, por su parte, han incorporado una medida para controlar el tráfico de contenidos sujetos a derechos de autor a través de Internet inspirándose en la “Ley Sarkozy”. Italia está dispuesta a bloquear el acceso a Internet a todos los internautas que después de dos avisos no dejen de descargarse contenidos a través de las redes de intercambio de archivos entre particulares (P2p). Esta medida, que imita los pasos tomados en Francia, forma parte de la primera gran reforma de la ley de propiedad intelectual que está preparando el gobierno italiano.

Lo curioso del caso es que el anuncio de un sistema de control de las descargas P2p llega al mismo tiempo que una sentencia del Tribunal de la Competencia (Autorita’ garante della concorrenza e del mercato) que ha condenado a la operadora Tele2 por impedir que sus usuarios dispusiesen de este tipo de redes. El tribunal ha multado con 60.000 euros a Tele2 por considerar que ha violado los derechos de sus clientes puesto que en las condiciones contractuales no se advertía que la operadora no permitía el uso del P2p⁴⁶.

Inglaterra, por su parte, durante el verano de 2008 fue uno de los países que mostró mayor entusiasmo para establecer un sistema de tres avisos y una posterior desconexión para los internautas que hiciesen uso de estas redes como el que ha establecido Francia. De hecho, se puso en

⁴³ Vid. <http://www.versvs.net/anotacion/ley-sarkozy>

⁴⁴ Vid. http://www.ft.com/cms/s/0/d5fe255a-cd41-11dc-9b2b-000077b07658.html?nclick_check=1

⁴⁵ Vid. <http://arkano-nephilim.blogspot.com/2008/08/el-fin-del-p2p-francia-e-inglaterra.html>

⁴⁶ [http://www.agcm.it/agcm_ita/BOLL/BOLLETT.NSF/0ef77801432afc41c1256a6f004d522a/1ee325f6366386f8c1257543004883cb/\\$FILE/48-08.pdf](http://www.agcm.it/agcm_ita/BOLL/BOLLETT.NSF/0ef77801432afc41c1256a6f004d522a/1ee325f6366386f8c1257543004883cb/$FILE/48-08.pdf)

marcha una campaña de comunicación en la que se enviaron cartas a miles de usuarios advirtiéndoles que descargarse contenido protegido era un delito. Sin embargo, tan solo dos compañías proveedoras de servicios de Internet se han atrevido a hacerlo, y el experimento en la práctica ha demostrado ser un total fracaso.

Por lo tanto, al final los proveedores de servicios de Internet británicos no van a ser forzados a desconectar a sus cliente por usar las redes P2p para intercambiar contenidos. El responsable británico de la regulación de Propiedad Intelectual, David Lammy, ha declarado que no va a haber ninguna legislación que fuerce a las operadoras a desconectar a los usuarios de estos sistemas de descargas de contenidos⁴⁷.

Lammy asegura que hay demasiadas complicaciones legales para poder permitir la desconexión del servicio, y que supondría una intervención del gobierno ya que los proveedores de servicios y la industria musical no han llegado a un entendimiento para establecer unas medidas de control para los siete millones de usuarios que utilizan las redes P2p en Inglaterra.

Por todo ello, el gobierno británico se está planteando otras alternativas para tratar de contentar a la industria del disco británica, que asegura perder 190 millones de euros al año por el P2p. Una de las propuestas, que será estudiada por el parlamento británico, pasa por crear una agencia especialmente dedicada a combatir la piratería en Internet y que puede plantear la creación de una tasa para aquellos usuarios que usen de manera intensiva los sistemas de intercambio de archivos.

Esta medida ya se ha aprobado en la Isla de Man, una isla entre Inglaterra e Irlanda donde se realizaron las pruebas pioneras de UMTS, donde se ha aprobado un impuesto de una libra al mes (1,1 euros) para los usuarios de banda ancha. Esta tasa servirá para compensar a los propietarios de los derechos de autor, siguiendo un modelo de canon digital que se aplica en otros países como España⁴⁸.

⁴⁷ Vid. http://entertainment.timesonline.co.uk/tol/arts_and_entertainment/music/article5586761.ece.

⁴⁸ Vid. http://www.elpais.com/articulo/internet/Inglaterra/desconectara/usuarios/redes/P2P/elpepup tec/20090126elpepupnet_6/Tes.

En el caso de España, es de destacar el anuncio realizado el 17 de diciembre de 2008, por el Ministro de Cultura, César Antonio Molina⁴⁹, en el que afirmaba que “no muy tarde” habrá una normativa, “que probablemente sea antipopular”, para regular la piratería en Internet, una práctica que ha tildado de “ilegítima” y que, en su opinión, afecta a toda la Cultura. De este modo, y sobre la posibilidad de cortar el acceso a Internet a los “piratas” reincidentes, conforme al modelo francés, el Ministro ha señalado que se están “estudiando fórmulas”. “Probablemente será una normativa que será muy antipopular, pero lo que es antipopular, ruinoso y un desastre es que los miles de puestos de trabajo que da la cultura desaparezcan por esta actuación ilegítima. Eso no se puede permitir”.

Así mismo, desde la presidencia de la SGAE, se ha confirmado que las entidades de gestión y la patronal de los operadores de Internet con red propia (Redtel) se encuentran “en la última fase” de la negociación de un acuerdo para implantar en España un modelo “bastante parecido al francés” para regular las descargas P2p.

Desde el Gobierno sí se ha pedido a los sectores implicados (productores de contenidos, gestoras de derechos de autor, operadores de telecomunicaciones) que busquen un acuerdo que contente a todos, y una vez se alcance el acuerdo entre estas entidades y empresas de carácter privado, iniciar una segunda fase que incluya la participación de otros actores (asociaciones de usuarios, Agencia de Protección de Datos, Defensor del Pueblo, etc.) y la adopción de las medidas legales pertinentes, con el beneplácito del Parlamento, donde el 25 de noviembre de 2008 ya se aprobó una proposición no de ley que instaba al Gobierno a impulsar el diálogo entre todas las partes.

⁴⁹ Vid. http://www.elpais.com/articulo/internet/Cultura/anuncia/medida/antipopular/inminente/pirateria/elpeputec/20081217elpepnet_5/Tes

III. NORMATIVA CIVIL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A. Evolución histórica

Históricamente el régimen normal para imprimir y editar, fundamentalmente libros, fue en España un régimen denominado “régimen de privilegio de concesión real”. Así lo ponen de manifiesto algunas normas llamadas “las pragmáticas”, de los reyes Católicos (de 1480 y 1532)⁵⁰.

Unas reales órdenes promulgadas durante el reinado de Carlos III acentúan más estos privilegios por concesión real, estando aun lejos del derecho de autor⁵¹. Estas reales órdenes⁵² van a regir hasta que en 1813 se dicta un decreto que proclama ya el principio de que la propiedad intelectual es una facultad que está ligada al derecho de libertad de pensamiento. En muchos aspectos se le seguía aplicando a la propiedad intelectual normas de la propiedad ordinaria.

La Constitución de Cádiz de 1812, llevaba a cabo una formulación del tema de la propiedad intelectual muy escasa. Se reconocía que todos los españoles pueden escribir, imprimir y publicar libremente sus ideas. Más que un enfoque jurídico de la propiedad intelectual, lo que está haciendo es una idea de carácter político. Esta declaración política se va a reflejar también en otras Constituciones, como la de 1837 y 1845, donde

⁵⁰ Cfr. REYES GÓMEZ, Fermín de los, *El libro en España y América legislación y censura (siglos XV – XVIII)*, ArcoLibros, Madrid, 2000, 2 t.

⁵¹ Cfr. ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Centro de Estudios Hipotecario, Madrid, 1969, p.21, citado según ROGEL VIDE, Carlos, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 40.

⁵² Vid. Real Orden de 23 de Marzo de 1763, por el que comienzan a otorgarse exclusivamente a los autores los privilegios sobre sus obras; Real Orden de 20 de octubre de 1764, por el que se hacen transmisibles por causa de muerte los derechos de los autores; Real Orden de 14 de junio y cédula de 9 de julio de 1778, por el que los derechos de los autores caducan si no se solicita su prórroga o en caso de no uso.

se utilizan expresiones parecidas a la de 1812: libertad de expresión o libertad de creación artística o literaria.

Las Cortes de Cádiz se encargaron de promulgar la primera disposición legal española sobre propiedad intelectual. En concreto, se trata del Decreto del 10 de junio de 1813, relativo a las “Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras”. Como en el modelo revolucionario francés de 1792, en el que se inspira, la propiedad intelectual se concibe principalmente como propiedad literaria. En aquella disposición legal se establece que los escritos pertenecen, durante toda su vida, a su autor, que es quien tiene el derecho original de imprimirlos. Aún después de su fallecimiento, los herederos podían disfrutar durante un plazo de diez años de ese derecho⁵³. Una particularidad es que, pasado ese plazo, son las corporaciones públicas las que durante otros cuarenta años pueden ejercer el derecho de impresión de las obras, y sólo después de estos cincuenta años tras la muerte del autor pasa la obra al dominio público⁵⁴.

La Ley sobre propiedad de obras literarias, llamada “Ley Calatrava” por haber sido firmada por el entonces Secretario de Gracia y Justicia, José María Calatrava, el 5 de agosto de 1823, es el siguiente hito legal en la historia de la defensa de la propiedad intelectual en España. En su artículo 1.º se insiste en el concepto propietario del derecho de autor: “*Los autores, traductores, comentadores y anotadores de cualquier escrito y los geógrafos, músicos, pendolistas y dibujantes son propietarios de las producciones de su ingenio y pueden disponer de ellas del mismo modo que los demás bienes*”. No se reconocen los derechos morales, ya que se equipara en esencia la propiedad intelectual con la material, y por tanto el autor (artículo 3) puede transmitir su obra por cualquier medio establecido por la ley⁵⁵.

Cambia así radicalmente la idea del decreto de 1813, de tal forma que se va a equiparar la Propiedad intelectual con la propiedad ordinaria.

⁵³ Cfr. LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad intelectual en México”, *Revista de Derecho Privado del Instituto de investigaciones científicas*, n.º 6, México D.F., Septiembre-Diciembre de 2003.

⁵⁴ Cfr. DÍAZ NOCI, Javier, “Derechos de autor y sociedad digital de la información en España: Nuevos retos jurídicos”, *The Future of Music, Internet & Copyright*, Amsterdam, 29 de noviembre de 2002, p. 5.

⁵⁵ Cfr. LÓPEZ DE QUIROGA, Jorge, *La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918, p. 143, citado según ROGEL VIDE, Carlos, *Autores...*, ob. cit., p. 42.

Eso trajo consigo el hecho de que se le prive la característica de derecho temporal a la Propiedad Intelectual, y se considera que los derechos son intemporales. Finalmente la Ley Calatrava no tuvo apenas vigencia, porque se derogó el 1 de octubre de ese mismo año de 1823, al regreso del rey Fernando VII.

A pesar del avance que en toda Europa existía a favor de la propiedad intelectual, y de la que fue pionera, tras la legislación francesa, la prusiana, España se resistía a abandonar el sistema de privilegios y licencias previas. Así durante la regencia de María Cristina se promulga, en 1834, el Reglamento de Imprentas, que regula no sólo las licencias, sino también la censura. A pesar de todo, el Real Decreto de 4 de enero de 1834 atribuyó de nuevo al autor durante toda su vida la propiedad de la obra original y la posibilidad de transmitirla a sus herederos durante diez años⁵⁶. Vuelve, de este modo, la idea de temporalidad.

En 1836, establecida ya en España, a pesar de las dificultades, la prensa de partido, los periódicos, ya empresas dedicadas a obtener beneficios, acostumbran a incluir en sus páginas revistas de prensa, con fragmentos previamente publicados en otros periódicos, lo que provoca que cabeceras fuertes como *La Abeja* o *El Español*, polemiquen entre sí “sobre si atenta o no al derecho de propiedad intelectual la reproducción de los artículos de fondo de los otros periódicos”⁵⁷. Se piensa, claro está, en los derechos de cada uno de los periódicos, no en el de los autores de los respectivos textos citados.

A esta época le sucede la Década Moderada, durante la cual se acomete el proyecto de codificación civil. El Proyecto de Ley de Bases del Código civil de 1844 establece que será una ley especial la que regule la propiedad intelectual, o mejor dicho, la propiedad literaria, como será finalmente denominada. En concreto, la Base 25 decía: “*La propiedad artística e industrial se regirán por leyes especiales*”. Por tanto, en el Proyecto de Código civil de 1851 el artículo 393 se limita a decir que “*las producciones del talento ó del ingenio son una propiedad de su autor, y se regirán por leyes especiales*”, sistema que se ha seguido hasta hoy en España.

⁵⁶ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *Autores...*, ob. cit., p. 42 y 43.

⁵⁷ SEOANE, María Cruz, *Historia del periodismo en España. 2. El siglo XIX*, Alianza, Madrid, 1983, p. 155.

La primera Ley de Propiedad Literaria y Artística española es incluso anterior al Código civil, y data de 1847. Dicha Ley, “*conserva reminiscencias de la legislación de los privilegios*”⁵⁸, aunque a la vez refleja influencias del sistema de protección jurídica de propiedad intelectual francesa. La ley se refiere sobre todo a la propiedad literaria, es decir (art. 1.º), a los “escritos originales”. En realidad, extiende su protección no sólo a la literatura de creación, sino también a las obras científicas, por ejemplo.

La ley tiene un marcado carácter patrimonialista. Se atribuyen al autor los derechos originales, si bien con algunos deberes de inexcusable cumplimiento: la reproducción o impresión de la obra, sin la cual no puede reclamarse protección legal alguna; el depósito de la obra ante la autoridad administrativa, para que conste así su voluntad de ejercer el monopolio de la reproducción de la misma. La carga del depósito recae en el autor o editor.

La Ley de 1847 se mantuvo en vigencia durante 32 años. Le sucedió la Ley de Propiedad Intelectual (ya no “literaria”) de 10 de enero de 1879. Para entonces, se había malogrado el proyecto de Código civil de 1851, y España, superadas muy diversas etapas políticas (tras la década moderada, el bienio progresista 1854–1856, los últimos años de Isabel II hasta 1868, el Sexenio revolucionario hasta 1874, y la Restauración), había encontrado el camino hacia una cierta estabilidad y modernidad. Esta ley fue considerada por algunos como una obra maestra de época porque aunque su articulado no era muy amplio, protegía todo tipo de creaciones culturales en la triple vertiente que hoy conocemos: vertiente científica, vertiente literaria y vertiente artística.

En cualquier caso, la Ley de 1879, la de mayor vigencia en materia de propiedad intelectual en España (no hubo otra nueva hasta más de un siglo más tarde, en 1987), supuso un considerable avance respecto a su precedente de 1847. Se amplía además el abanico de obras protegidas, sin limitarse a las reproducibles por medio de la imprenta. Se abandona la curiosa división de las obras en razón de su soporte, aunque quede alguna

⁵⁸ MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 21.

reminiscencia tácita. Y, sobre todo, se abandona el criterio de que la obra, para ser protegida, debe primero publicarse. Así el artículo 8 de la nueva Ley establece que *“no es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual”*. Se tiene en cuenta, a la hora de aplicar la protección legal, que la obra sea susceptible de ser comunicada al público, y se habla ya, también en el artículo 8, de la *“lectura, ejecución o exposición pública o privada”*⁵⁹.

Esta ley tenía una principal virtud. Además de ser una ley con un admirable sentido común, había sabido extender su ámbito de aplicación a todo tipo de obras del ingenio humano que estuviesen creados y que pudieran darse a conocer por cualquier sistema conocido o desconocido que se inventara después. Nace con 7 años de antelación a uno de los convenios internacionales que se puede considerar como la Carta Magna interna de los derechos de autor: Convenio de Berna⁶⁰. España se adhirió a dicho convenio el de 23 abril 1933, siendo uno de los países que ha permanecido fiel a todas las modificaciones y revisiones de este convenio a rajatabla.

Entre 1879 y 1987 se han ido publicando otras leyes también muy importantes en materia de derechos de autor y que pretendían acomodar los principios que se contenían en ese Convenio de Berna a lo que era la realidad social en cada momento. Un ejemplo es la Ley 14/1966, de prensa e imprenta⁶¹. La legislación más importante fue la Ley 9/1975⁶², denominada Ley del libro. Esta ley del libro era la encargada de regular todo lo relativo a la creación, a la edición, a la publicación, producción y venta de los libros editados en España. Sin embargo, aún cuando se publican estas leyes, lo cierto es que no fueron suficientes dado el avance que en Propiedad Intelectual se iba produciendo. Las cuestiones prácticas se producían y no había solución teórica. A la dificultad añadida de determinar todos los aspectos anteriormente expuestos sobre materia de propiedad intelectual, se sumó la polémica relativa al encaje de la propiedad intelectual en la Constitución española de 1978⁶³ (anterior a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987).

⁵⁹ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *Autores...*, ob. cit., pp. 81 y ss.

⁶⁰ Vid. Convenio de Berna, de 9 septiembre de 1896 [RCL 1933\607].

⁶¹ Vid. Ley 14/1966, de prensa e imprenta, de 18 marzo [RCL 1966\519].

⁶² Vid. Ley 9/1975, de 12 de abril [RCL 1975\512].

⁶³ Cfr. PÉREZ DE CASTRO, Nazareth, *“Posición...”*, ob. cit.

En 1981 apareció el primer proyecto de Ley de Propiedad Intelectual, que no tuvo éxito y que fue sustituido después por otro proyecto de Ley de 1984 al que le ocurrió lo mismo. En 1985 se elabora un anteproyecto de Ley que da lugar a un doble definitivo proyecto en el año siguiente y que va a prosperar convirtiéndose definitivamente el día 11 de noviembre de 1987, en la Ley de Propiedad Intelectual. Se justifican de esta manera las razones de una nueva Ley: 1º) Existía una primera razón de envejecimiento legal, dado que la ley de 1879 no servía ya para las nuevas situaciones que demandaba la sociedad; 2º) Existía por regla general una insensibilidad social sobre la materia de Propiedad intelectual ya que en esos años la mayoría de la gente ni sabía ni quería saber qué era la propiedad intelectual o los derechos de autor; 3º) Existía también una necesidad de incorporarse en nuestro país al movimiento de renovación legislativa que se estaba produciendo en la mayoría de los países de nuestro entorno cultural⁶⁴.

De este modo ha quedado expuesto el recorrido histórico de la normativa civil reguladora de los derechos de propiedad intelectual, que tiene como punto de partida su concepción como de "privilegio de concesión real". Posteriormente, tal y como ha quedado expuesto, esta concepción variará, siendo recogida en las constituciones del S. XIX junto a los conceptos de libertad de expresión, o de creación artística o literaria.

Asimismo, nos encontramos con una serie de fluctuaciones en el concepto de temporalidad dentro de los denominados "derechos de autor", que van desde la definición dada por el Decreto de 10 de junio de 1813 (temporalidad), pasando por la de la denominada "Ley Calatrava", de equiparación de la propiedad intelectual con la propiedad privada, con su correspondiente consideración de derecho intemporal. Aunque de nuevo se produjo una vuelta al concepto de temporalidad con la entrada en vigor del Real Decreto de 4 de enero de 1834.

Así se llegó hasta el Proyecto de Bases del Código Civil de 1844, donde ya se marcó la línea directriz de que sea una ley especial la que regule la propiedad intelectual, la cual, propiamente dicha, no llegará

⁶⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 47 y 48.

hasta 1879 (sin tener en cuenta la Ley de Propiedad Literaria y Artística de 1847). Esta ley de 1879 fue una ley muy avanzada a su tiempo, lo cual se ha visto refrendado por el hecho de que tuvo vigencia durante más de un siglo, hasta la aparición de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879.

B. Regulación actual

Actualmente la regulación esencial de los derechos de propiedad intelectual se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996⁶⁵. El mismo está formado principalmente por la Ley de Propiedad Intelectual (Ley 22/1987)⁶⁶, la cual es considerada para un gran sector de la doctrina como la auténtica Ley de Propiedad Intelectual, dado que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 no hizo más que recoger su espíritu y modificar únicamente aquello que específicamente debía cambiarse o incorporarse por orden de las Directivas comunitarias que fueron aprobándose, y por las modificaciones de ésta derivadas de la promulgación de la ley 20/1992⁶⁷, de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual y de las distintas leyes de incorporación de Directivas comunitarias sobre la materia.

Concretamente, han sido cinco las Directivas incorporadas a nuestro Ordenamiento⁶⁸, por leyes específicas primero y posteriormente por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996:

- Directiva 91/250/CEE⁶⁹, sobre protección jurídica de los programas de ordenador, incorporada al Derecho español mediante la ley 16/1993⁷⁰.
- Directiva 92/100/CEE del Consejo⁷¹, sobre derechos de alquiler y

⁶⁵ Vid. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, [RCL 1996\1382].

⁶⁶ Vid. Ley 22/1987), aprobada el 11 de noviembre de 1987 [RCL 1987\2440].

⁶⁷ Vid. Ley 20/1992, de 7 de julio [RCL 1992\1565].

⁶⁸ Cfr. MASSAGUER FUENTES, José, *El Derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual*, CEFI, Madrid, 1995, pp. 151 y 152; BONDÍA ROMÁN, Fernando, "La incorporación de las directivas comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español", *RGD*, Madrid, Enero-Febrero de 1995, pp. 542 y ss.

⁶⁹ Vid. Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991 [LCEur 1991\475].

⁷⁰ Vid. Ley 16/1993, de 23 de diciembre [RCL 1993\3471].

⁷¹ Vid. Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992 [LCEur 1992\3586].

préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, incorporada a nuestro Derecho por la ley 43/94⁷².

- Directiva 93/83/CEE del Consejo⁷³, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable, que fue incorporada a nuestro Ordenamiento por el Real Decreto Legislativo 1/1996⁷⁴.
- Directiva 93/981 CEE del Consejo⁷⁵, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines, que al incorporarse por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, supuso el aumento del plazo de protección de 60 a 70 años.
- Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo⁷⁶, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Hay que señalar que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ha sufrido, a su vez, una serie de modificaciones:

- Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1997⁷⁷. Recursos de Inconstitucionalidad 256/1988 y 264/1988:
 - fallo: declara titularidad de competencias contraria al orden constitucional art. 154.ap. 1.
 - fallo: declara titularidad de competencias contraria al orden constitucional art. 154.ap. 3.
- Ley 5/1998⁷⁸, de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de las bases de datos.
- Ley 1/2000⁷⁹. Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁸⁰:

⁷² Vid. Ley 43/94, de 30 de diciembre [RCL 1994\3565].

⁷³ Vid. Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre 1993 [LCEur 1993\3156].

⁷⁴ Vid. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril [RCL 1987\2440].

⁷⁵ Vid. Directiva 93/981 CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993 [LCEur 1993\3777].

⁷⁶ Vid. Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996 [LCEur 1996\640].

⁷⁷ Vid. STC 196/1997, de 13 noviembre (RCL 1997\2949)

⁷⁸ Vid. Ley 5/1998, de 6 marzo (RCL 1998\620).

⁷⁹ Vid. Ley 1/2000, de 7 enero (RCL 2000\34).

⁸⁰ Vid. STS, de 9 febrero 2000 (RCL 2000\832).

- anula art. 150: *“el demandado podrá oponer exclusivamente, acreditándolo debidamente, la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”*.
- Resolución de 19 noviembre 2001⁸¹, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, mediante la cual se da publicidad a la conversión a euros de las tarifas, sanciones, baremos y precios correspondientes al ámbito de las competencias ejercidas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y sus organismos y entes dependientes.
 - Real Decreto 281/2003⁸², por el que se Aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual.
 - Ley 22/2003⁸³, de ordenación económica-concursos.
 - Ley 19/2006⁸⁴, para dar cumplimiento a la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁸⁵, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.
 - Ley 23/2006⁸⁶, para dar cumplimiento a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁸⁷, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información
 - Ley 10/2007⁸⁸, de la lectura, del libro y de las bibliotecas.
 - Un caso especial es el de la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, ya que a pesar de anunciar en el apartado III de su preámbulo, que dicha Ley introduce una serie de modificaciones en la Ley de Propiedad Intelectual, posteriormente en el capítulo II sobre Modificaciones Legislativas, no se hace ninguna referencia a la LPI.

La regulación jurídica española de la propiedad intelectual es una normativa moderna que trata de responder a todos los intereses relacionados con el fenómeno de la creación y que se encuadra en la

⁸¹ Vid. Resolución de 19 noviembre 2001, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (RCL 2001\3013).

⁸² Vid. Real Decreto 281/2003, de 7 marzo (RCL 2003\849).

⁸³ Vid. Ley 22/2003, de 9 julio (RCL 2003\1748).

⁸⁴ Vid. Ley 19/2006, de 5 junio (RCL 2006\1141).

⁸⁵ Vid. Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 [LCEur 2004, 2330, 3332].

⁸⁶ Vid. Ley 23/2006, de 7 julio (RCL 2006\1386).

⁸⁷ Vid. Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001 [LCEur 2001, 2153 y LCEur 2002, 27].

⁸⁸ Vid. Ley 10/2007, de 22 de junio (RCL 2007\1221).

tradición italo-germánica del derecho de autor, básicamente distinto del anglosajón del copyright, tal y como ha quedado expuesto anteriormente. Como característica principal hay que destacar la búsqueda de un equilibrio entre las facultades morales y las facultades de explotación reconocidas al autor sobre la obra creada. Sitúa en un primer plano al autor y a los intereses personales siempre presentes en su obra, considerándolos proyección de su personalidad y fruto de su trabajo intelectual. Quedan de este modo como conceptos sinónimos en nuestro ordenamiento jurídico las expresiones de propiedad intelectual y derecho de autor, en contraposición a lo que sucede en el derecho anglosajón. Entre las características generales del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, hay que señalar las siguientes:

A) En relación al sujeto del derecho de autor. Es la persona natural que crea una obra literaria, artística o científica, que es transferible a otras personas físicas o jurídicas, y la fija sobre un soporte (art. 5.1 LPI). La adquisición originaria de la propiedad intelectual se produce por el acto de creación (art. 1 LPI). Se instaura, así, el principio de nacimiento del derecho de propiedad intelectual desde el momento de la creación y no desde el registro.

Esta opción de no exigir ningún tipo de formalidad para la protección del autor, más allá del hecho de la creación, es considerada por la mayoría de la doctrina, como el sistema más adecuado dadas las características del objeto de protección⁸⁹. Por otra parte, esta característica de la inexigibilidad de registro para la protección por el derecho de propiedad intelectual sitúa a esta institución en un lugar predominante frente al resto de derechos sobre bienes inmateriales. Así, y por poner un ejemplo significativo, la doctrina reconoce de forma unánime que una de las razones por las que se tomó la decisión de proteger los programas de ordenador por medio de los derechos de propiedad intelectual fue la de que esta institución no exigía registro mientras que la propiedad industrial sí⁹⁰.

⁸⁹ Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *El proyecto de ley de propiedad intelectual de 1986*, La Ley, Madrid, 1986, p. 973.

⁹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ MASIA, Enrique, *Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador*, en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Comares, Granada, 1998, pp. 4 y 5.

Además el acto de creación es eminentemente humano. Por ello, a priori, no sería admisible la atribución a una persona jurídica pero, la ley concede la protección del derecho de autor a las personas jurídicas en el caso de obras colectivas (art. 8 LPI) concretándolo en los casos de programas de ordenador (art. 97 LPI) o bases de datos (art. 133 LPI). Este requisito, que parte del objeto de la propiedad intelectual, la obra artística, literaria o científica, y del requisito de que se trate de una creación, niega, pues, que *“una persona jurídica pueda tener una actividad creadora autónoma, no identificable con la persona física que realmente ha producido la creación”*⁹¹. El autor puede optar por la autoría encubierta (art. 14.2.º LPI) por razones de conveniencia, fiduciarias, de inseguridad o pudor y se presumirá que la divulgación de su obra se hizo con su consentimiento y que ejercita los derechos frente a terceros a través de quien la edita y divulga.

B) En relación al objeto del derecho de autor. El artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 define el objeto de los derechos de autor como las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro. Se trata, pues, de una definición abierta que, en la sociedad cambiante actual, resulta la más conveniente pues permite incluir cualquier tipo de obra surgida del vertiginoso desarrollo tecnológico actual y merecedora de protección⁹².

Junto a la definición, la Ley cita un catálogo de obras artísticas, literarias o científicas a modo ejemplificativo. En primer lugar las obras, creaciones e ideas originales (art. 10 LPI), que frente a la consideración de que el derecho de autor no protege la idea sino la forma, afirma que ésta es protegible por la ley si está expresada, posee cierto grado de complejidad, es original y se ha manifestado fuera de la mente. También están las obras derivadas (art. 11 LPI), que son aquellas surgidas de transformar o reproducir una obra anterior por el autor original o persona distinta. Tenemos dos tipos de obras derivadas: obtenidas por adición (actualizaciones, anotaciones, compendios y extractos) y obtenidas por

⁹¹ Cfr. SERRANO ALONSO, Eduardo, “Sugerencias para una reforma del derecho de autor”, AC, N.º 2, Madrid, 1986, p. 61.

⁹² Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique, *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho Penal*, en FERNANDEZ MASIA, Enrique y otros, *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Comares, Granada, 1998, p. 152.

transformación (traducciones, adaptaciones, revisiones, resúmenes, arreglos musicales y cualesquiera otras transformaciones de una obra literaria, artística o científica). Y por último están las colecciones (art. 12 LPI). Dado que son colecciones de obras ajenas, podrían estar incluidas dentro de las obras derivadas (art. 11 LPI); sin embargo, tienen la nota diferencial de ser compilaciones de varios autores. Finalmente conviene aclarar que se encuentran excluidos de la protección de esta ley los textos oficiales (art. 13 LPI) ya que su divulgación o secreto no tiene que ver con la propiedad intelectual sino con el ejercicio de los poderes estatales.

C) En relación al contenido del derecho de autor. El derecho de autor es un derecho subjetivo único que está compuesto por distintas facultades o posibilidades de actuación sobre las que se construye su objeto. Esas facultades se agrupan en tres categorías distintas con características propias:

1º.- Facultades morales (art. 14 LPI): Son de carácter estrictamente personal y tienen una clara proyección espiritual que, en ocasiones, se superponen a las demás facultades: Derecho a divulgar su obra bajo su nombre, con seudónimo o anónimamente y derecho a que se le reconozca como autor de la obra; Derecho a la integridad de la obra; Derecho a la modificación de la obra; Derecho a la difusión, a la no difusión, a cómo difundirla; Derecho a acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; Derecho de arrepentimiento: supone retirar de la circulación la obra por cambio de convicciones morales, científicas, ideológicas o estéticas pero esto es compatible con pagar una indemnización a aquellos que en ese momento ostenten los derechos de explotación de la obra. Además los herederos tienen derecho a exigir el reconocimiento de autoría y el respeto a la integridad de la obra sin límite de tiempo (art. 15.1 LPI) y si la obra no ha sido divulgada en vida del autor decidir, durante los setenta años posteriores a su muerte, sobre su divulgación (art. 15.2 LPI). Estos derechos pasan al Estado si no existen herederos (art. 16 LPI). Todos estos derechos corresponden al creador, son irrenunciables e inalienables, duran toda la vida del autor y los derechos de paternidad y de integridad son perpetuos para determinadas personas relacionadas con el autor⁹³.

⁹³ Cfr. CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar, *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su*

2º.- Facultades de explotación (art. 17-21 LPI): Son de naturaleza patrimonial y otorgan un poder exclusivo y excluyente para la explotación de la obra: la reproducción (art. 18 LPI); la distribución (art. 19 LPI) dentro de un ámbito territorial determinado (art. 43.1 y 43.2 LPI); la comunicación pública (art. 20) excluyendo la comunicación en el ámbito doméstico no conectado a una red de difusión (art. 20.1, párrafo 2.º LPI); la transformación de la obra (art. 21.1 LPI). Pero esta facultad de explotación está limitada: si la obra se crea en cumplimiento de un contrato; es una obra audiovisual, ya que tiene peculiaridades; derechos de autores de obras preexistentes adaptadas a una obra audiovisual. Y además el autor no tiene por qué realizar directamente la explotación de su obra, sino que puede ceder su gestión a otras entidades mediante dos tipos de contrato: cesión exclusiva, sin concurrencia de otros agentes y cesión no exclusiva, con concurrencia de otros agentes

3º.- Facultad de obtención de beneficio económico directa o indirectamente, medie o no un contrato de cesión (salvo que sea en exclusiva). Son derechos especiales de contenido económico que consisten, técnicamente, en derechos de participación del autor en la explotación de otro⁹⁴. Así en el momento en que el autor realiza la difusión de su obra tiene derecho a un beneficio económico.

Este beneficio puede provenir del canon por copia privada (art. 25 LPI) que se exige a los fabricantes en España, así como los adquirentes fuera del territorio español, para su distribución comercial o utilización dentro de éste, de equipos, aparatos y materiales que permitan la reproducción realizada exclusivamente para uso privado, mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones que a estos efectos se asimilen reglamentariamente, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales.

Y también del derecho de participación: a) de los autores de artes plásticas en el caso de reventa de sus obras en subasta pública: supone una participación del 3% del precio de venta exigible al subastador si este

configuración y ejercicio tras la muerte del autor, Comares, Granada, 1998, pp. 105 y ss.

⁹⁴ Cfr. GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela, *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 175.

es igual o superior a 300.000 Ptas. Esta acción prescribe a los tres años de la notificación de la reventa (art. 24 LPI); b) de los autores de obras audiovisuales por su comunicación pública: independientemente de lo pactado en contrato siempre que se proyecten sus obras en lugares públicos mediante el pago de una entrada tendrán derecho a un porcentaje de los ingresos.

Derechos morales y derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual son, pues, derechos de distinta naturaleza, con distinto contenido y régimen jurídico. De forma distinta a lo que ocurre en otros países como Alemania, donde los derechos morales y patrimoniales tienen las mismas características y el mismo plazo de regulación, en nuestro país la Ley se refiere en el art. 2 a derechos (y no facultades) morales y patrimoniales, y otorga distinto régimen jurídico a unos y otros. A pesar de ello son muchas las relaciones entre derechos morales y patrimoniales que demuestran que la propiedad intelectual es una, y que en la regulación de derechos morales y derechos patrimoniales se tienen en cuenta tanto aspectos ideales como materiales.

Sin embargo, los derechos morales y patrimoniales tienen una naturaleza distinta y un régimen jurídico diferente debido a los diferentes intereses a los que responden unos y otros. Conforme a la Ley de Propiedad Intelectual en vigor, se puede definir esta institución como un derecho subjetivo que, globalmente, busca la protección de una serie de intereses individuales y colectivos y que, para ello, concede derechos morales y patrimoniales que, sin embargo, tienen distinto régimen jurídico por responder, en lo esencial, a intereses distintos⁹⁵.

Y es que, mientras el derecho moral de autor, tal y como está regulado en la Ley de Propiedad Intelectual, responde a la consideración de la obra como un hecho personal del autor, el derecho patrimonial responde a los intereses materiales del autor con otros intereses económico-sociales, y por eso se trata de un derecho transmisible, al cual se puede renunciar y que está limitado en el tiempo. Ambos, derecho moral y derecho de explotación exclusiva, no son derechos subjetivos totalmente independientes sino que forman parte de la propiedad

⁹⁵ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., pp. 146 y ss; PLAZA PENADÉS, Javier, *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 172.

intelectual.

C. Acciones civiles para la tutela de la Propiedad Intelectual

Durante la vigencia de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 eran tres las vías posibles de protección de los derechos de propiedad intelectual: la administrativa, la penal y la civil. La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 ya simplificaba las cosas al eliminar la vía administrativa, salvo para supuestos excepcionales en materia de teatros, espectáculos públicos y telecomunicaciones⁹⁶, y esto se ha mantenido en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, basándonos en el cual podemos afirmar que son dos las vías de protección jurídica de los derechos que estudiamos, la civil y la penal.

Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁷, recuerda que la protección de los derechos de autor se ejerce en una triple vertiente, no necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal, subrayando que *“la atracción a la órbita penal, más allá de los remedios de la jurisdicción civil y la intervención de la autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos más graves, por su entidad objetiva y subjetiva... Desde luego, lo que no se puede es criminalizar todas y cada una de las infracciones del derecho de autor, pues tal extensión constituiría un desorbitado proteccionismo penal, a todas luces excesivo”*.

La tutela penal se realiza en los delitos 270 y 271 del Código Penal, pero dado que en los próximos epígrafes será analizada la regulación penal que da protección a los derechos de propiedad intelectual, ahora conviene analizar específicamente las acciones civiles para la tutela de estos derechos. Nuestro régimen jurídico establece un amplio abanico de acciones jurídicas civiles para la protección de los derechos de autor y los derechos conexos. En primer lugar están las acciones expresamente incluidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, pensadas específicamente para la protección de los derechos morales y los derechos de explotación, y aparte de ellas nos encontramos con las otras acciones

⁹⁶ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 133*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 1.772.

⁹⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 4 de junio de 1992 (RJ 1992, 5446).

civiles que, conforme a la posibilidad abierta por la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y según lo que establezca el Código Civil, pueden ser ejercidas también para la tutela de sus derechos.

Hay que señalar aquí una novedad legislativa interesante introducida por la Ley 23/2006, y que consiste en recoger expresamente en los art. 160 y ss. LPI una serie de supuestos de infracción de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos de propiedad intelectual, por los que se podrán ejercitar las acciones previstas en el Título I del Libro III de la Ley de Propiedad Intelectual. En primer lugar contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz. También contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente, así como contra quienes presten algún servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica eficaz: a) sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección. Y por último contra quienes, a sabiendas y sin autorización, lleven a cabo cualquiera de los actos que seguidamente se detallan, y que sepan o tengan motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de alguno de aquellos derechos: a) supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos; b) distribución, importación para distribución, emisión por radiodifusión, comunicación o puesta a disposición del público de obras o prestaciones protegidas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos.

En cuanto a las acciones aplicables, nuestra Ley ha optado por un sistema mixto que permite la protección de las acciones generales que puedan aplicarse, pero que, a su vez, establece acciones específicas dadas las especiales características del derecho a proteger: el hecho de tratarse de un derecho inmaterial, no susceptible de posesión, con la consiguiente posibilidad ilimitada de acceso de terceros y la irreversibilidad de los daños producidos al titular⁹⁸. En cuanto a las primeras, son tres las

⁹⁸ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Acciones civiles para la protección de la propiedad intelectual*, en V.V.A.A., *Los derechos de Propiedad Intelectual en la nueva sociedad de la información: Perspectivas de*

acciones pensadas para la protección de los derechos que implican un poder discrecional por parte de su titular (derechos morales y derechos de explotación): la acción de cesación, la acción de resarcimiento y las medidas cautelares.

La acción de cese de actividad ilícita es una acción especial que comportaba tradicionalmente tres acciones: la acción de cesación de la actividad usurpatoria del derecho moral o patrimonial, la acción de remoción del producto de la infracción, y la acción de remoción de los medios utilizados para realizar la infracción⁹⁹. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 23/2006, de 7 de julio, se amplió el número de acciones (art. 139.1 LPI), siendo posible: a) la suspensión de la explotación o actividad infractora; b) la prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora; c) la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción; d) la retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos; e) la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones; f) el comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos; g) la remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquélla no fuera su único uso; h) la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a la acción indemnizatoria (art. 140 LPI), su inclusión como acción específica no era imprescindible, al existir la acción indemnizatoria general, pero el legislador, en aras de especializar la protección, ha estimado oportuno crear criterios propios de valoración abstracta del daño patrimonial y establecer un plazo de prescripción especial¹⁰⁰.

Derecho civil, procesal, penal e internacional privado, Comares, Granada, 1998, p. 48.

⁹⁹ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 262.

¹⁰⁰ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997, p. 501.

Junto a ellas hay una serie de medidas cautelares de protección urgente (art. 141 LPI). Éstas, caracterizadas por tener carácter potestativo, podrán adoptarse a instancia de parte y poderse ejercer antes, durante o después del proceso que se incoe¹⁰¹. Éstas eran tradicionalmente: la intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración, la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, y el secuestro de los ejemplares. Sin embargo, y tras la entrada en vigor de la Ley 23/2006, quedan de la siguiente forma: 1. La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. 2. La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica. 3. El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública. 4. El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c) y 160.2 LPI y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2 LPI. 5. El embargo de los equipos, aparatos y soportes que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios. 6. La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual. De este modo las medidas cautelares, al contrario que las acciones civiles anteriormente analizadas, sí pueden servir para la protección de los derechos de remuneración y no únicamente ante la infracción de derechos de explotación exclusiva o derechos morales de autor¹⁰².

Junto a las acciones específicas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, la doctrina, basándose en el artículo 138 LPI que permite el ejercicio de cualesquiera otras acciones que le correspondan, ha citado entre las acciones ejercitables para la protección de los derechos

¹⁰¹ Cfr. LORCA NAVARRETE, Antonio María, "Acciones y procedimientos en la Ley de Propiedad Intelectual", *RGD*, Madrid, Marzo de 1989, p. 1033.

¹⁰² Cfr. DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Civitas, Madrid, 1998, p. 93.

de propiedad intelectual las siguientes: la acción reivindicatoria y declarativa del dominio; la acción aquiliana del artículo 1902 del CC; acciones derivadas de contratos relacionados con derechos del autor; interdictos; acción de enriquecimiento injusto; acción civil derivada del delito; acción declarativa; acción de jactancia, e incluso las tercerías de dominio¹⁰³.

De la existencia de este amplio elenco de acciones civiles para la protección de todos los derechos de propiedad intelectual, podemos extraer dos importantes consecuencias: primero la intención del legislador de reforzar la tutela civil y de adecuarla a las necesidades de protección derivadas de la especial naturaleza de los derechos en cuestión, en aras de una mejor protección de los derechos de propiedad intelectual; y segundo que el Derecho Penal no se convierte en el único orden jurídico, ni siquiera en el principal, de protección de los derechos de propiedad intelectual, por lo que puede cumplir los principios de subsidiariedad e intervención mínima, protegiendo la propiedad intelectual en aquellos aspectos más importantes y frente a los ataques más graves o peligrosos, sabiendo que la Ley de Propiedad Intelectual, como así ha sido, incorpora un procedimiento de protección civil útil y eficaz, y que aquello que no merezca sanción penal podrá, por el contrario, tener la respuesta del Derecho Civil.

Quede claro, pues, y esto es especialmente importante a partir de ahora, que la constatación de que un hecho no sea delictivo no lo convierte inmediatamente en lícito y, por tanto, no impide que se pueda actuar civilmente contra quien lo haya realizado. Esto será así en algunos casos, pero en otros simplemente supondrá que el Ordenamiento jurídico utiliza todos sus mecanismos de tutela y los coordina para la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

D. Otras disposiciones legales que regulan el derecho de autor en la sociedad de la información

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual no contenía disposiciones

¹⁰³ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., pp. 259 y ss.

específicas referidas a la “Red” (Internet), al igual que ocurría con las Directivas comunitarias, muchas de las cuales estaban relacionadas con el software u otras innovaciones tecnológicas actuales, pero ninguna de ellas se ocupaba específicamente de los derechos de autor en Internet. Esto cambió con la aprobación por el Parlamento y el Consejo europeos de la Directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, también denominada DDASI. La directiva está destinada a adaptar la legislación en la materia al entorno digital y a cumplir con los compromisos internacionales asumidos en el Tratado OMPI de derechos de autor de 1996, el cual no ha sido ratificado por casi ningún Estado miembro ni por la Comunidad Europea.

Es esta norma, aprobada el 22 de mayo de 2001, la que contiene las disposiciones legales específicas referidas a la propiedad intelectual e Internet. En realidad, dicha norma apenas supone la incorporación de nuevos preceptos que regulen nuevos derechos, excepto, respecto al derecho de puesta a disposición de la obra. Sin embargo, sí implica una adaptación del régimen legal de la propiedad intelectual a las nuevas formas de explotación y a los nuevos intereses relacionados con el fenómeno de la creación, surgidos en Internet.

Es esta Directiva, una normativa general que trata de modernizar y armonizar la regulación jurídica con la realidad actual y que, por tanto, parecía fundamental a la hora de interpretar los preceptos penales que tratan de proteger los derechos de autor también frente a la piratería en Internet¹⁰⁴. En cuanto al contenido de la Directiva, ésta se divide en cuatro Capítulos: el primero, dedicado al objetivo y ámbito de aplicación, señala la no afectación de la Directiva a las disposiciones de las anteriores Directivas comunitarias; el segundo, relativo a los derechos y excepciones; el tercero, que se ocupa de la protección de las medidas tecnológicas e información para la gestión de los derechos; el cuarto, donde se incluyen las disposiciones comunes.

De ellos, el de mayor relevancia es, sin duda, el Capítulo II, en el que se redefinen algunos de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual para las concretas características de las tecnologías

¹⁰⁴ Cfr. PLAZA PENADÉS, Javier, *Propiedad intelectual y sociedad de la información*, en DE PAULA BLASCO, Francisco, *Contratación y nuevas tecnologías*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 124 a 126.

de la sociedad de la información. Se incluyen otros nuevos relacionados con las mismas y se regulan las excepciones y limitaciones a los derechos de propiedad intelectual.

En cuanto a los derechos de explotación ya existentes (reproducción, distribución y comunicación pública), la Directiva los reconoce, armoniza su régimen para todos los Estados miembros y los clarifica a los efectos de las nuevas formas de explotación derivadas del uso de los mismos en la Red. Así, y respecto al derecho de reproducción, la DDASI incluye la reproducción directa, la indirecta, la temporal y la permanente, realizadas por cualquier medio y de cualquier forma para incluir cualquier tipo de copia realizada en el ámbito de Internet (las copias efímeras, las copias producidas a través de fases intermedias, las cargas o descargas desde la Red, etc). Lo mismo ocurre con el derecho de distribución, que se armoniza concediéndose para cualquier forma, sea mediante venta o no. Además, la DDASI aclara el ámbito espacial del principio de agotamiento comunitario del derecho de distribución de las sucesivas ventas, al limitarlo a la Unión Europea.

Sin embargo, la principal novedad de la DDASI es la regulación del derecho de comunicación pública y la inclusión del derecho de puesta a disposición pública de la obra. El artículo 3, en su apartado primero, señala que: *“Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*.

Y es que la transmisión de obras a través de Internet planteaba la duda de su inclusión dentro del clásico derecho de comunicación pública, por lo que la DDASI ha querido admitirlo expresamente, definiendo un nuevo derecho (dentro del de comunicación pública) de puesta a disposición del público que permite incluir la explotación de las obras a la carta realizadas a través de redes de comunicación como Internet o por cualquier otro medio.

De este modo la DDASI, ha tratado de cumplir dos objetivos esenciales: el primero, armonizar las legislaciones sobre propiedad

intelectual de los Estados miembros en aquellas cuestiones más esenciales en la actual sociedad de la información; el segundo, responder a la realidad actual regulando específicamente los aspectos del Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con Internet, para evitar así que las nuevas formas de explotación no sean protegidas jurídicamente.

Así, el sábado 8 de julio de 2006 se publicó, en el Boletín Oficial del Estado (BOE), la Ley 23/2006 que modificaba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Con ella se daba cumplimiento a la Directiva comunitaria 2001/29, si bien con más de tres años de retraso. Ocurre, sin embargo, que la reforma llegó tarde. La incorporación de la Directiva llegó en un momento en la que sus disposiciones habían quedado desfasadas. Las soluciones propuestas sobre la relación entre los mecanismos técnicos de protección y las excepciones al derecho de exclusividad (especialmente el derecho de copia privada) no parecen adecuadas y, en cualquier caso, presentan un carácter transitorio (según la Disp. Ad. 1 el gobierno español podrá mediante Real Decreto modificar la norma en cuestión).

Que la solución llegó tarde también se pone de manifiesto en los últimos movimientos adoptados a nivel comunitario, ya que en el momento de publicación de la Ley 23/2006, la Comisión Europea ya estaba pendiente de presentar un Informe de seguimiento sobre la aplicación de la Directiva 2001/29 lo que podía conllevar la presentación de una nueva propuesta.

En fin, debe recordarse, además, que hace más de dos años, la Comisión realizó un estudio y adoptó una recomendación sobre la necesaria adaptación de las entidades de gestión colectiva al mercado de la música en Internet. En definitiva, la adaptación de la legislación de propiedad intelectual al entorno digital no está ni mucho menos concluida. Como ya anunció la entonces Ministra de Cultura en diciembre de 2004, en España, se va a acometer una nueva reforma que dará lugar a una Ley de Propiedad Intelectual completamente nueva. La misma, en cualquier caso, deberá tener en cuenta las posibles medidas que se adopten a nivel comunitario e internacional. Por último, es conveniente resaltar que la Ley de Propiedad Intelectual, junto con la Leyes de marcas, patentes, diseño industrial y la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido finalmente modificadas por la Ley 19/2006 para incorporar la Directiva 2004/48 sobre medidas de

protección de los derechos de propiedad intelectual, la cual, a su vez, tiene su origen en los artículos de ADPIC (El Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio).

IV. LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ENTORNO DIGITAL

A. Introducción

A falta de una regulación pertinente en el sector y con la mirada dirigida a potenciar este latente mercado digital de forma respetuosa con las respectivas leyes de propiedad intelectual, las empresas están comenzando a utilizar los “Sistemas de Gestión de Derechos Digitales” o “Digital Rights Management” con el objetivo de poder comercializar nuevos modelos de provisión de contenidos, ya que éstos novedosos sistemas de gestión pueden llegar a definir distintos niveles de derechos sobre obras digitales que sean susceptibles de ser descargadas desde Internet, es decir, gracias a ésta nueva tecnología se permite al derechohabiente la posibilidad de “gestionar” de forma individualizada los derechos que desee ceder a cada cliente concreto en el momento de la explotación patrimonial de la obra; al poder diferenciar cada gestión concreta, el derechohabiente puede particularizar distintas posibilidades de explotación de la obra concreta en función del tipo de cliente del que se trate o de la contraprestación que dicho cliente esté dispuesto a ofrecer; así como ejemplo se puede señalar la posibilidad del derechohabiente de autorizar o prohibir sucesivas copias de esa obra cuyo uso haya cedido, e incluso limitar el número de las mismas en caso afirmativo, así como el derecho incluso a modificar la obra si ambas partes así lo acordasen expresamente.

En definitiva, se puede afirmar que comienza una nueva etapa tanto en lo referido al desarrollo del comercio electrónico así como en la gestión de contenidos accesibles desde Internet gracias a estos sistemas, ya que van a beneficiar tanto al titular de los distintos derechos de propiedad intelectual (por poder limitar y controlar el uso de las distintas licencias que pueda llegar a configurar en función del tipo de cliente que las demande), e igualmente van a beneficiar al consumidor ya que no

dispondrá únicamente de un tipo de obra o servicio predeterminado, sino que va a poder elegir entre varios modelos con el fin de poder identificarse con uno que sea capaz de cumplir sus expectativas.

Pero estos modelos de “compras personalizadas”¹⁰⁵ a través de dichos sistemas, pueden funcionar como un arma de doble filo, ya que el derechohabiente no va a disponer únicamente de la posibilidad de controlar si el uso que se hace de la obra es acorde a la ley y a lo convenido por las partes, sino que además va a ser capaz de controlar e identificar al consumidor de dicha obra, conocer las preferencias del consumidor a la hora de elegir los contenidos, e incluso en definitiva, poder crear un perfil sobre su personalidad a través del tratamiento de los datos que sucesivamente vayan recopilando en función de cada gestión realizada; todo ello sin mencionar la polémica capacidad de dicho derechohabiente de poder identificar a los sujetos infractores de la ley de propiedad intelectual. Este tratamiento de datos no consentido podría suponer indudablemente una grave violación de los principios recogidos en la normativa vigente relacionada con la protección de los datos de carácter personal.

Es por ello, que la propia Agencia de Protección de Datos se ha pronunciado en relación a los Sistemas de Gestión de Derechos Digitales, en los que uno de los más utilizados consiste en etiquetar cada obra protegida con un identificador único, mediante marcas de agua digitales. Como subraya el artículo 29 del Equipo de Trabajo sobre Protección de Datos¹⁰⁶, en su “*Documento de trabajo sobre cuestiones de protección de datos relacionados con los derechos de propiedad intelectual*” (WP 104, de fecha 18 de enero de 2005), estas etiquetas no deben vincularse a una persona, salvo si este enlace es necesario para la ejecución del servicio, o si la persona ha sido informada y ha dado su consentimiento al mismo.

Con el fin de mejorar la información de los consumidores respecto de los sistemas DRM, la Agencia de Protección de Datos está de acuerdo con la iniciativa propuesta por la Comisión Europea, en cuanto a proporcionar a los consumidores un sistema de etiquetado preciso y fácil de entender. De todos modos, cuando el uso de un sistema DRM conlleva

¹⁰⁵ Cfr. SUNSTEIN Cass R., *República.com: Internet, democracia y libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 2003, p. 35.

¹⁰⁶ Este Equipo de Trabajo fue creado bajo el artículo 29 de la Directive 95/46/EC.

el tratamiento de datos personales, este sistema de etiquetado no debe limitarse a informar acerca de la interoperabilidad y el uso de restricciones, sino que también debería incluir la información establecida por la legislación sobre protección de datos en el Estado miembro correspondiente. Del mismo modo, el tratamiento de datos de carácter personal, recogidos a través de estos medios, debe cumplir con los principios relativos a la calidad de los datos, tal y como se indica en el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE¹⁰⁷.

B. Problemas a los que se enfrenta la propiedad intelectual en el entorno digital

Lamentablemente en la práctica es notoria la constante vulneración de las leyes de propiedad intelectual que se efectúa a diario en Internet debido especialmente a tres factores fundamentales:

a) Factor subjetivo: la discutida y generalizada interpretación de Internet como un lugar de acceso a la “cultura libre”, en donde gratuitamente (al margen de los costes de acceso y conexión correspondientes a las compañías de telecomunicaciones) era posible acceder a cualquier tipo de contenido. Es por ello que al estar acostumbrado a esa gratuidad, el usuario por lo general se ha mostrado reacio a desembolsar el pago de una determinada cantidad a cambio de recibir un servicio o un contenido que hasta hace relativamente poco no exigía ninguna contraprestación.

b) Elemento funcional: la despreocupación inicial por parte de la mayoría de la industria de explotar los distintos recursos que ofrecía Internet como alternativa y como ampliación a su mercado correspondiente. Únicamente cuando se ha comprobado la existencia una gran demanda de obras culturales con el fin de reproducirlas en soportes digitales (como canciones o películas en DVD o MP3), y que dicha demanda popular básicamente estaba siendo satisfecha a través de la reproducción de copias ilegales de dichas obras, ha sido cuando la

¹⁰⁷ Vid. Informe de la Agencia Española de Protección de Datos: “Contribution on the Communication from the Commission on Creative Content Online in the Single Market”, en <http://ec.europa.eu>.

industria se ha preocupado por servirse de Internet de un modo mucho más complejo que un simple mensaje publicitario.

c) Elemento tecnológico: la escasez de medidas tecnológicas eficientes que asegurasen un control efectivo de dichas obras en el entorno digital y que resultasen prácticamente imposibles de eludir.

Respecto a tales factores, los dos primeros han favorecido a generar un tipo de hábito de consumo predeterminado por parte del usuario, caracterizado por la posibilidad de acceder a obras intelectuales sin necesidad de prestar contraprestación alguna (en gran medida, gracias al auge de las aplicaciones denominadas P2p), con la probable infracción emergente en lo relativo a los derechos de autor: una solución a esta situación podría ser la de incentivar una mayor penetración de las distintas empresas en el sector de las nuevas tecnologías por parte de los distintos Estados, favoreciendo la incursión de nuevos contenidos en la Red caracterizados por una mayor calidad y una mayor fiabilidad respecto a los ofrecidos en tiempos pretéritos. Por último, cabe señalar que los sistemas de gestión de derechos digitales se presentan como una potencial alternativa a la última causa señalada, en parte gracias a la evolución de los sistemas tecnológicos, y sobre todo, a la nueva regulación que en materia de propiedad intelectual se está empezando a consolidar a nivel europeo.

C. La gestión de derechos digitales

i) Delimitación conceptual: Digital Rights Management o DRM

La gestión de derechos digitales es un concepto genérico que engloba a las distintas tecnologías utilizadas en un mismo proceso con el fin de identificar y describir determinados contenidos digitales amparados por los derechos de propiedad intelectual. Aunque dicho término es el más extendido hasta la fecha a la hora de describir dichos sistemas, también se pueden encontrar otros que se refieren al mismo contenido como pudiesen ser el de “administración de derechos digitales”,

o el más extendido a nivel mundial de *Digital Rights Management* o su acrónimo DRM.

ii) Delimitación funcional de la Gestión de Derechos Digitales

Desde una perspectiva funcional los DRM sirven de base a dos tipos de áreas diferenciadas según ha señalado la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual¹⁰⁸: por un lado a la identificación y descripción de la propiedad intelectual correspondiente a la obra gestionada, los derechos de dichas obras y de las partes implicadas en los aspectos meramente administrativos (lo que propiamente podríamos identificar como Gestión de Derechos Digitales en sentido propio); y por otro a la observancia técnica de restricciones en la utilización de dicha obra (lo que podemos calificar como gestión digital de derechos).

En consecuencia, los DRM básicamente hacen referencia a tecnologías y/o procesos aplicables al contenido digital con el fin de poder describir dicho contenido e incluso identificarlo en caso necesario, y todo ello en aras de posibilitar una definición, una aplicación y una observancia de las reglas de utilización de dicho contenido, de una forma segura tanto para el proveedor de contenidos como para el receptor de los mismos. Un sector doctrinal señala que estos Sistemas de Gestión de Derechos cumplen seis funciones principales: asegurar la confidencialidad de la transacción, verificar la identidad de las partes que toman parte en la misma, identificar correctamente las obras, asegurar su integridad, probar que la transacción efectivamente ha tenido lugar y servir de medio de seguimiento o “rastreo” de las mismas, permitiendo de este modo a los derechohabientes conocer y controlar el uso que se está haciendo de cada obra en el mercado¹⁰⁹.

Así por ejemplo, entre las alternativas que presentan estos sistemas con el objetivo de luchar contra la piratería, aparecen las que evitan que

¹⁰⁸ Vid. COMITÉ PERMANENTE DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, *Evolución reciente en el campo de los derechos digitales*, Décima Sesión, Ginebra, 3 a 5 de Noviembre de 2003, publicada el 4 de Mayo de 2004.

¹⁰⁹ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho de autor en Internet, Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003, pp. 509 y ss.

un producto copiado se pueda reproducir en reproductores no autorizados, o que únicamente pudiesen reproducir el contenido del mismo quienes fuesen titulares de un derecho destinado a tal fin. Los titulares del derecho de autor pueden ser creadores individuales (personas naturales), corporaciones (personas jurídicas), o bien, la propiedad puede ser conjunta. Además, puede otorgarse un derecho exclusivamente a una tercera parte que, a los efectos oportunos, se considere como titular de los derechos. Dichos titulares tienen la expectativa legítima de poder autorizar, normalmente a cambio de un pago, la explotación de la propiedad intelectual que les pertenece.

En el dominio analógico se han consolidado una serie de métodos por los cuales reciben una compensación por uso. Dichos métodos incluyen el pago directo por los usuarios, los pagos a través de acuerdos colectivos gestionados por sociedades de gestión colectiva y los pagos a través de intermediarios que revenden a los consumidores. La consolidación de los Sistemas de Gestión de Derechos Digitales puede proporcionar nuevas oportunidades para que los titulares de derechos gestionen éstos. Por ejemplo, un creador individual puede contratar con un proveedor de servicios DRM y ofrecer sus obras directamente al público. Indudablemente, los propietarios o titulares de derechos corporativos, como empresas discográficas y editores también pueden llegar a dicho tipo de acuerdos, acortando la cadena de suministro al eliminar intermediarios mayoristas y minoristas.

Evidentemente, queda patente que estos sistemas no dejan de ser medidas tecnológicas que ofrecen una protección específica de los derechos de autor frente a acciones que pueden perjudicar sus derechos e intereses legítimos: son medidas que tienen por objeto ofrecer la protección necesaria a los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes sobre sus obras y producciones, siendo en algunos casos simplemente medidas complementarias a las contempladas en la ley y que permiten dar respuesta a las necesidades específicas en el entorno electrónico. Algunas de las medidas más utilizadas son las huellas digitales, las marcas de agua (watermarking), los códigos de identificación de objetos digitales (DOI o Digital Object Identifier), el ISWC International Standard Musical Work Code (similar al ISBN pero destinado al mercado digital) o los CSS Content Scrambling System utilizados en la industria del DVD.

No obstante, estos sistemas van a presentar dos inconvenientes. En primer lugar, las medidas anticopia destinadas a tal efecto suelen romperse al poco tiempo de ponerse en uso, ya que incluso usuarios que no precisen de un gran nivel de conocimientos informáticos, son capaces de eludir cualquier tipo de protección con el tiempo. Por otra parte, cabe señalar que algunos de estos sistemas requieren de ciertos cambios estructurales en el hardware o software de los equipos. Los sistemas DRM precisan para poder ofrecer una completa protección jurídica, de una actuación combinada tanto de implantación en los propios discos duros como en los distintos soportes de software (CD, DVD, Windows,...).

Resulta de suma importancia por todo ello, que para el adecuado funcionamiento de estos sistemas se alcance un adecuado consenso entre fabricantes de aparatos y distribuidoras de contenidos. En tal sentido se ha pronunciado la Comisión Europea a través de un grupo de trabajo destinado a tal efecto en Marzo de 2004, impulsado por el *eEurope 2005 Action Plan*, un Plan de la Unión Europea específicamente destinado a fomentar y desarrollar la sociedad de la información en Europa¹¹⁰. En el informe final de dicho Grupo de trabajo se resaltaba la necesidad para el adecuado desarrollo de los DRM, de cumplir el principio de interoperatividad entre las distintas plataformas, y si fuese posible, de la creación de códigos abiertos, con el fin de evitar que cada compañía disponga de un modelo único que muestre problemas de compatibilidad con los restantes sistemas, ya que incluso podrían incumplir cuestiones legales respecto a materia de competencia desleal.

iii) Descripción funcional de la Gestión de Derechos Digitales

Debido a que los sistemas anticopia suelen ser vulnerables en un tiempo relativamente corto, una forma efectiva de controlar la distribución ilegal de contenidos viene dada por las denominadas "técnicas de detección de copia". Se basan en esconder una marca imperceptible en el contenido antes de venderlo o cederlo. Una posterior recuperación de la marca de una copia ilegal revelaría quién fue el autor

¹¹⁰ Vid. http://europa.eu.int/information_society.

de la copia. En la actualidad existen herramientas para sistemas anticopia, pero las técnicas de detección de copia se encuentran básicamente en fase de desarrollo. De igual modo, sería interesante distinguir entre “control de acceso”, “protección de copiado” y “gestión de derechos de propiedad intelectual”, diferenciando a cada uno de ellos por sus respectivos límites.

Un sistema de control de acceso se encarga de gestionar el acceso de un usuario a un contenido, normalmente mediante la utilización de algún tipo de protección básica como pudiera ser una simple contraseña. Sin embargo, una vez que se ha concedido el acceso a un determinado contenido, no es posible determinar qué uso se hace respecto a dicho contenido. Este tipo de protección se utiliza a menudo en sitios web en los que es suficiente aplicar un mecanismo de control de acceso sencillo.

Un sistema de protección de copiado está diseñado con el fin de informar sobre el estado de la copia, es decir, en qué medida está autorizada la copia de la obra concreta. También proporciona información respecto a si es posible la existencia de la copia en serie de dicha obra. Para ello se basa en la “información de uso” asociada a una instancia del contenido, información que debe ser observada y controlada mediante el equipo del usuario que ha sido obligado a cumplir el comportamiento indicado ya que la utilización de la obra se realiza en dicho equipo. Sin embargo, el concepto de protección de copiado puede ampliarse respecto al control del contenido señalado dentro y fuera del dominio del usuario, incluyendo la redistribución del mismo en Internet. Es por ello que los Sistemas de Gestión de Derechos Digitales no pueden encuadrarse en un único modelo de los anteriormente enumerados, sino que combina las funciones específicas de cada una y las desarrolla.

iv) Los DRM como conjunto de herramientas y componentes informáticos

Un sistema completo de gestión de derechos de propiedad intelectual como los que proporcionan los DRM, incluye el procesamiento de toda la información sobre los distintos derechos gestionados respecto a

la administración electrónica de los mismos, pudiendo completarse respecto a información contractual y personal que permita la gestión extremo a extremo de todos los derechos a lo largo de la cadena de valor. Por su propia naturaleza, los DRM pueden requerir el acceso a información comercialmente sensible. La utilización de dicho sistema permite un control exhaustivo del contenido, permitiendo que los titulares de los derechos apliquen indudablemente modelos de uso muy sofisticados.

Este proceso de gestión de derechos de propiedad intelectual implica la concurrencia de distintas tecnologías DRM que pueden estar integradas en numerosos componentes, desde los que residen en un único dispositivo, (como por ejemplo un PDA, un Disco Duro, un reproductor MP3) a los que pueden encontrarse en servidores comerciales en Internet explotados por grandes compañías y organizaciones (como cualquier tienda virtual que ofrezca contenidos multimedia descargables a través de Internet). De hecho, así opera actualmente la plataforma I-Pod desarrollada por la empresa Apple, funcionando dicho servicio de la siguiente manera: el usuario debe adquirir inicialmente un I-Pod o reproductor Mp3 de la citada empresa Apple. Posteriormente, podrá descargarse en ese reproductor cualquier canción que se ofrezca en la página web de dicha empresa (www.apple.com) a cambio de menos de un euro por canción descargada. Y se permite un número limitado de copias privadas de las canciones descargadas.

Según la OMPI para la correcta operatividad de dichos servicios necesitamos tecnologías para la identificación, tecnologías de metadatos, tecnologías para la lingüística de derechos, tecnologías de encriptación, tecnologías de asociación persistente o continuada, tecnologías de pago, y por supuesto, tecnologías relativas a la privacidad. Desde el punto de vista práctico, la misma OMPI¹¹¹ ha proporcionado una serie de directrices a nivel técnico para plasmar estos objetivos en la práctica. Es por ello que hay que remitirse a las mismas, pasando a continuación a desarrollar las inquietudes que presentan dichos sistemas en el ámbito más estrictamente jurídico.

¹¹¹ Vid. COMITÉ PERMANENTE DE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, *Evolución reciente...*, ob. cit.

D. Los derechos digitales y su marco jurídico vigente

i) La Directiva 2001/29/CE y la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual

Con la entrada en vigor de la Ley 23/2006, de 7 de julio, se pretendía actualizar el sistema de la propiedad intelectual en España, materia que se encontraba regulada hasta la fecha por el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, a la realidad tecnológica y a la sociedad de la información, tanto a nivel estatal como a nivel comunitario.

Se trataba de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva de 2001 relativa a la protección de los derechos de autor y otros derechos afines en la Sociedad de la Información (Directiva 2001/29/CE) que tenía como finalidad armonizar la legislación existente respecto a la materia relativa a los derechos de los creadores y sus obras, explotadas en cualquier soporte y forma (prestando especial atención al ámbito digital), en los países miembros de la Unión Europea en la protección en materia. Igualmente dicha Directiva se ocupa de trasladar a la legislación de los distintos Estados Miembros los acuerdos alcanzados a nivel mundial mediante los Tratados de la OMPI de 1996, especialmente en lo relativo a la reproducción de fonogramas, y que se ya habían sido adoptados previamente en los EEUU a través de la Digital Millenium Act.

Dicha Directiva recoge también los sistemas de protección necesarios respecto a los mecanismos técnicos que permiten la explotación de obras de forma supervisada y controlada por los titulares de los derechos (en otras palabras, contemplaba la aplicación de los DMR como medio de salvaguarda de dichos derechos), y la previsión de las medidas necesarias en caso de elusión de los mismos. El ordenamiento jurídico español debía estar adecuado a esta Directiva antes del 22 de diciembre de 2002, por lo que dicha demora ha supuesto para España una consecuente sentencia condenatoria, que fue dictada el 28 de abril de 2005 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sin

embargo, antes de la aprobación de la Directiva de Derechos de Autor, el problema de la elusión de medidas tecnológicas se había tratado previamente en otras tres directivas comunitarias, relativas a la protección jurídica tanto de los programas informáticos, como respecto al acceso condicional y al comercio electrónico:

- Directiva 91/250/CEE del Consejo de 14 de mayo de 1991 sobre la protección jurídica de programas de ordenador (91/250/CEE). El Artículo 7 de dicha Directiva exige específicamente que los Estados Miembros adopten medidas contra las personas que pongan en circulación o posean con fines comerciales *“cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador”*.

- Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios basados en, o que constan de, sistemas de acceso condicional. El acceso condicional se define como *“cualquier medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio protegido en forma inteligible a una autorización individual previa”*. La Directiva de Acceso Condicional en su artículo 2 prohíbe la comercialización de *“dispositivos ilícitos”* que son aquellos diseñados o adaptados *“para hacer posible el acceso a un servicio protegido en forma inteligible sin autorización del proveedor de servicio”*.

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. Esta Directiva contiene disposiciones importantes en cuanto a la utilización de los DRM en cuanto a la entrega y protección de contenidos distribuidos al consumidor de forma electrónica.

Así pues, hay que señalar que con la Ley de Propiedad Intelectual anterior a la reforma de la Ley 23/2006, los sistemas de protección de derechos digitales que impedían la copia de un determinado medio como por ejemplo un CD, quedaban en un estado de *“alegalidad”*, ya que existía el derecho a la realización de copia por parte del comprador para su uso privado. Pero con la nueva legislación se introduce el derecho para los

fabricantes a incluir en sus productos sistemas anti-copia que limiten o incluso impidan la realización de cualquier tipo de copia del medio, incluso si es para uso privado. Desde las diferentes asociaciones de consumidores, empresas afectadas por las nuevas medidas y usuarios en general, ya se han realizado notables muestras de rechazo público.

Además hay que destacar que con la aprobación de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual queda prohibida la acción de desproteger. Esto se ha hecho sin alterar el preexistente derecho a la copia privada, lo cual resulta evidente por el hecho de que el artículo 161 permite demandar a los autores o cesionarios si el DRM (Digital Restrictions Management) impide la realización de copias privadas. Más aún, para que el desproteger sea ilegal, la desprotección ha de ser hecha "a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo" (art. 160 LPI), requisito que difícilmente se cumple en el caso del 99% de la población (casi totalmente ignorante en materia de ordenadores) a la hora de usar programas como el DVDSHrink, que hacen cosas tales como permitir quitar el audio en otros idiomas, quitar los extras, y recomprimir el vídeo si ello es necesario para que quepa en un DVD de 4,7 GB. Y además, el DVDSHrink también desprotege el DVD, si ello es necesario, de forma transparente al usuario. Lo cual no lo sabe el ya mencionado 99% de la población.

Así pues, nuestros legisladores han aprobado una ley que, por un lado, sigue permitiendo la copia privada como antes, y por otro prohíbe desproteger, lo cual puede parecer una contradicción. En principio el DRM está para impedir las copias no autorizadas por el autor. Sin embargo, si el DRM fuera eficaz para impedir hacer copias, entonces no sería necesario que una ley prohibiera eludirlo, dado que no se podría eludir.

Este razonamiento es el que ha llevado a un amplio sector de los internautas a plantearse que si el DRM no sirve para impedir copiar, entonces, ¿para qué sirve? Se ha creado de esta manera una corriente contraria al uso del DRM que considera que la idea básica de su implementación es restringir, dar lo mínimo que sea posible dar, para que el comprador compre, y si después quiere más, que pague otra vez.

ii) La regulación de la Gestión de Derechos Digitales en la Ley de Propiedad Intelectual

En primer lugar hay que cuestionarse la idoneidad de la Propiedad Intelectual como instrumento jurídico a través del cual va a encontrar una regulación pertinente la Gestión de los Derechos Digitales. Dicha cobertura legal se refuerza tras la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, señalando el artículo 115 lo siguiente: *“Corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, según la definición establecida en el artículo 18. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales”*.

Con dicha reforma queda patente la intención del legislador de reforzar la implantación de medidas que posibiliten la gestión de los derechos digitales ya que permite al derechohabiente la posibilidad de autorizar licencias de diversos tipos y que se adapten a cada modelo concreto que se haya pactado con cada usuario, sin tener que llegar a establecer una cláusula modelo porque va a prevalecer la voluntad de las partes. Por extensión, parece razonable aplicar lo dispuesto en relación a los archivos de contenido sonoro respecto a los archivos que se limiten a reproducir grabaciones audiovisuales (*.DIVX, *.AVI, etc.). Así, el art. 120 LPI entiende por grabaciones audiovisuales *“las fijaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonido, sean o no creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales en el sentido del artículo 86 de esta Ley”*, siendo irrelevante por tanto el formato mientras nos encontremos ante una fijación de imágenes tal y como se precisa en la ley de Propiedad Intelectual.

Igualmente se ha pronunciado el legislador apostando por la implantación de modelos que respondan a la figura de los Digital Rights Management a la hora de regular el derecho de reproducción de las obras audiovisuales, mediante la reforma del art. 121, de modo que afirma que: *“Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la reproducción del original y sus copias, según la definición establecida en el artículo 18. Este derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales”*.

iii) La reproducción de las obras a través de la Gestión de Derechos Digitales

Llegados a este punto en donde ha quedado patente la función que desempeñan los DRM como garantes de la Propiedad Intelectual en el entorno digital, se hace necesario clasificar la función de los mismos a la luz de la Propiedad Intelectual. Se puede observar como la Ley 23/2006, de reforma de Ley de Propiedad Intelectual derrocha un gran interés en el desarrollo de dichos sistemas al observar el apartado cuarto de su Exposición de Motivos, que *“las nuevas tecnologías en el sector de las telecomunicaciones brindan nuevas oportunidades de creación y de difusión de las obras y prestaciones y con ellas también aumentan las amenazas de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Sus titulares han comenzado a utilizar herramientas técnicas que impiden la realización de actos no autorizados sujetos a derechos exclusivos o que condicionan de alguna forma el acceso a los contenidos protegidos. Junto a dichas medidas técnicas de protección, aparecen herramientas destinadas a facilitar la identificación de las obras y prestaciones. Todas ellas necesitan ir acompañadas de medidas de carácter legislativo que garanticen su protección rápida y eficaz.”* Claramente se puede observar como el legislador confía en el desarrollo de los DRM como una alternativa considerable en cuanto a la problemática de la explotación de obras amparadas por el derecho de autor en línea.

Hay que considerar, pues, que estos sistemas, cuando permiten que por ejemplo, el usuario se descargue una obra audiovisual, se encuentre recibiendo una *“transmisión interactiva”* en el sentido indicado por un sector de la doctrina¹¹², que rechaza la interpretación del concepto de *“transmisión interactiva”* en el sentido del supuesto de difusión del art. 20.2.e) LPI, o en el supuesto de acto de explotación secundaria de las obras radiodifundidas del art. 20.2.g) LPI. Cuando una empresa ofrece contenidos en la red a través de DRM, la actividad que pretende ofrecer dicha empresa es *“la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”*, tal y como se recoge expresamente tanto en el art. 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 20 de Diciembre de

¹¹² Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 240 y ss.

1996, como en el art. 3 de la Directiva 29/2001 sobre Derechos de Autor en la Sociedad de la información, y que tras la reforma de la ley de Propiedad Intelectual supuso la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, mediante la inclusión de un nuevo párrafo i) en el apartado 2 del art. 20 en donde se incluye como acto de comunicación pública *“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*.

Queda patente cómo la intención del legislador es la de regular la realidad que presenta Internet al permitir la transmisión a la carta de contenidos como un acto de comunicación pública de acuerdo con el concepto del mismo recogido en el art. 20 de la ley, y más expresamente al afirmar la indiferencia del medio utilizado que puede ser alámbrico o inalámbrico. La finalidad de todo ello, es como afirma la ley, la posibilidad de disponer de una obra en el momento y en el lugar en que elija el usuario, posibilidad que ofrecen sin ninguna duda la correcta aplicación de los Sistemas de Gestión de Derechos Digitales, que va a materializar el deseo perseguido durante tantos años por la industria y por los consumidores de poder disponer de cualquier canción o película en el instante en que se desee exigiéndose como requisito que se disponga de un ordenador personal y de una conexión a Internet (conexión que gracias a la tecnología WI-FI va a posibilitar el acceso a esos contenidos en sitios en los que antes era imposible).

En definitiva, se puede comprobar a tenor de todo lo anterior, como la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual consolida, como uno de los derechos afines al derecho de autor con mayor proyección económica, el *“derecho de puesta a disposición interactiva”*, con el que se regula expresamente el uso y explotación de obras en Internet siempre que los autores o de los titulares de los derechos así lo autoricen.

iv) La Gestión de Derechos digitales como medidas tecnológicas que posibilitan la transmisión interactiva de obras

Hasta ahora se ha podido observar cómo las creaciones

intelectuales van a encontrar en Internet una nueva modalidad de explotación, suponiendo una oportunidad sin precedentes para que los titulares de derechos puedan controlar el destino de sus obras gracias a las medidas tecnológicas que presentan los Sistemas de Gestión de Derechos Digitales que hacen que la obra sea puesta a disposición del público en las condiciones deseadas por los titulares de derechos, siempre que dichas medidas se complementen con un adecuado sistema de contratación en línea en donde el usuario pueda navegar a través de una base de datos que contenga obras y prestaciones protegidas en la que va a poder visualizar u oír fragmentos de las distintas obras, y cuando decida cuál de ellas se va a adquirir, ésta le llegara protegida por un sobre digital en donde figurarán las condiciones para la licencia no exclusiva de la obra (el objeto digital). Si dicho usuario acepta las condiciones del oferente, el sobre digital será desactivado tras el pago, pudiendo el usuario disfrutar de la obra de acuerdo con lo pactado.

La Directiva 2001/29/CE en su artículo 6.3 contempla las medidas tecnológicas como forma de protección específica y adecuada al afirmar que las mismas *“engloban toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán «eficaces» cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”*. La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual recoge íntegramente dicha definición en el nuevo art. 160.3, la cual encaja perfectamente con el concepto de Gestión de Derechos Digitales y la función que realizan.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el estudio de las medidas tecnológicas no se vincula a la medida como tal, sino a la inoperatividad de la misma a través de las actividades que conducen a su elusión o supresión: el artículo 160.2 LPI (que transpone el art. 6.2 de la

Directiva) contempla tres supuestos de elusión de medidas tecnológicas (que el dispositivo, componente o producto o la prestación de servicios destinada a eludir los DRM sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, que sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o que esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección), habilitando a los titulares de derechos de propiedad intelectual para poder ejercitar las acciones previstas en el título I del libro III de la Ley de Propiedad Intelectual contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida implantada por cualquier tipo de Gestión de Derechos Digitales (art. 160.1 de la Ley de Propiedad Intelectual).

Queda patente que la elusión de estas medidas tecnológicas suponen una clara infracción del derecho de autor. Sin embargo la reforma de la ley establece ciertos límites a esa protección que otorgan los DRM en los que se permite la elusión de los mismos debido a la especial finalidad que se atribuyen a estas excepciones, siempre que los beneficiarios hayan tenido legalmente acceso a la obra o prestación. Dichas excepciones se recogen en el nuevo art. 161 de la Ley, y operan básicamente, de modo similar al anterior art. 31 LPI, en función de la ilustración de la enseñanza, de fines de investigación, de seguridad pública o de procedimientos oficiales, marcando una especial atención en la integridad de las personas capacitadas y por supuesto, en la polémica excepción de copia privada. Sólo se va a permitir la elusión de las medidas de protección que ofrecen los sistemas de Gestión de Derechos Digitales en la medida en que se orienten a la consecución de las finalidades propuestas en dicho articulado.

E. Conclusiones

Tras el estudio de los Sistemas de Gestión de Derechos Digitales y su idoneidad respecto a la legislación vigente, parece realmente interesante señalar los mismos como una interesante apuesta de futuro, en lo relativo al desarrollo del comercio electrónico mediante la explotación de obras

digitales amparadas por la Propiedad Intelectual, ya que garantizan en la medida de lo posible la consolidación de un adecuado instrumento tanto técnico como jurídico que permita proteger los intereses morales y patrimoniales pertenecientes a los correspondientes derechohabientes de cada obra concreta.

Cabe destacar la actuación de los intermediarios de servicios, que deben ofrecer un servicio integral a la hora de ofrecer contenidos a la par que cumplir las obligaciones en lo relativo a la intimidad de los usuarios así como proteger los derechos de los que gozan como particulares: en este sentido las entidades de gestión pueden configurarse como una opción considerable a la hora de proveer los contenidos que gestionan, y más teniendo en cuenta la Recomendación adoptada por la Comisión Europea a finales de Octubre de 2005 en donde se aboga por el establecimiento de una licencia paneuropea para la comercialización de música en Internet, que sea eficaz en cualquier Estado de la Unión, y donde igualmente se propone la creación de una sociedad de gestión a nivel europeo a efectos de explotar las obras gestionadas a través de Internet, con el fin de unificar criterios y proporcionar igualdad y libertad a los ciudadanos europeos a la hora de aplicar las tarifas por los distintos servicios.

En España, la Sociedad General de Autores ha creado una plataforma basada en estos sistemas de gestión digital de derechos (sDae: DRM), la cual se encuentra disponible en la página web www.copianos.com, pretendiendo ser una alternativa a los contenidos ilegales en la red, y en donde a través de distintos servidores (como Imagenio, Latinergy o lacentraldigital.com) se ofrece una pluralidad de servicios asociados.

Evidentemente, la utilización de estos sistemas no puede comprometer la adecuada protección de derechos relacionados con los usuarios, especialmente en lo relativo al ámbito de la protección de los datos personales, que no tienen por qué resultar un obstáculo a la consolidación de los mismos, sino que han de servir de medio idóneo para poder alcanzar un adecuado equilibrio entre las partes, y poder aspirar a un completo y libre acceso a la cultura desde y cuando se quiera, sin necesidad de tener que comprometer ninguno de los intereses puestos en juego. Y, en cualquier caso, siempre se podría acudir a la anteriormente

referida doctrina de los “actos neutrales”, por considerar la utilización de estos sistemas, como un comportamiento plenamente cubierto por el rol social lícito en el que interactúa.

V. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

A. Evolución histórica

i) Código Penal de 1822

Desde el primer Código Penal español, la propiedad intelectual fue merecedora de la protección de esta rama del derecho¹¹³. La tutela penal de los derechos de propiedad intelectual se incluía en dos preceptos, el artículo 782 y el artículo 783, ambos dentro del Capítulo VII, referido a *“los que falsifican o contrahacen obras ajenas o perjudican la industria”*, dentro del Título III relativo a los *“delitos contra la propiedad de los particulares”*, en la parte segunda del Código Penal¹¹⁴.

El artículo 782 venía a ser el tipo básico, y castigaba a quien *“turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediera la Ley al autor de escritos, composición de música, dibujos, pinturas o cualquiera otra producción impresa o grabada”*, con multa *“de cuatro tantos del perjuicio causado”*. Mientras que el artículo 783 era un tipo agravado, pues castigaba con la pena de *“perturbadores en el uso exclusivo de la propiedad”*, a *“los que a sabiendas”* introdujeran o expendieran *“las obras de que trata el artículo precedente”* cuando hubieran sido contrahechas fuera del reino.

Para un sector de la doctrina¹¹⁵, se trata de una protección

¹¹³ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 30.

¹¹⁴ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (coord.), *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*, AKAL, Madrid, 1988, p. 11; RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho Penal español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 98.

¹¹⁵ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 54.

técnicamente rudimentaria e imprecisa, en consonancia, por otra parte, con la concepción simplista que en aquellos momentos se tenía de la institución. Se trataba, en realidad, de una ley penal en blanco, pues remitía la concreción del valor protegido a la ley, aunque en el momento de la aplicación del Código no existiera ninguna ley especial que regulara los derechos de los autores sobre sus obras, ya que ésta no apareció hasta 1879, como se ha expuesto anteriormente.

ii) Código Penal de 1848

El 1 de julio de 1848 entró en vigor el Código Penal de 1848, en el cual se regulaban las infracciones contra la propiedad literaria en el artículo 446, dentro del Capítulo IV del Título XIV del Libro II, en la sección segunda denominada *“estafas y otros engaños”*. Concretamente, el artículo 446 disponía que: *“Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 444 los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial”*. En el párrafo segundo establecía que: *“Los ejemplares máquinas u objetos contrahechos, introducidos o expedidos fraudulentamente, se aplicarán al perjudicado, y también las láminas o utensilios empleados para la ejecución del fraude cuando sólo pudiesen usarse para cometerle”*. Y finalmente el párrafo tercero disponía que: *“Si no pudiera tener efecto esta disposición, se impondrá al culpable la multa del duplo del valor de la defraudación que se aplicará al perjudicado”*.

Hay que señalar que es la primera vez que aparecen juntas las defraudaciones contra la propiedad intelectual o literaria y las defraudaciones contra la propiedad industrial, unión que sólo se deshace por el legislador de 1944 y que, de forma parcial, vuelve con el Código Penal de 1995. Pero, sin lugar a dudas, el aspecto más relevante de la regulación del Código Penal de 1848, es la fórmula del párrafo primero del artículo 446: *“los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial”*, la cual será copiada por los posteriores legisladores penales hasta 1963¹¹⁶. Se trata de una norma penal en blanco, pues castiga con una sanción de carácter penal injustos típicos que vienen definidos por las leyes especiales de propiedad literaria y de propiedad

¹¹⁶ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 48.

industrial.

Y como señala la doctrina, refiriéndose al mismo problema aplicado a la Ley de propiedad intelectual de 1879, si la utilización de normas penales en blanco es siempre problemática, en este caso podía serlo aún más, pues la ausencia de tipicidades penales hacía plantearse a la doctrina si cualquier infracción civil de los derechos de propiedad literaria, conllevaba inmediatamente la tipicidad penal¹¹⁷.

iii) El Código Penal de 1850

El 7 de junio de 1850 se dictó un Real Decreto por el cual se reformaba el Código Penal de 1848. El 30 de junio del mismo año se dictaba otro Real Decreto en el que se incluía la “segunda edición” del Código Penal¹¹⁸. La única modificación que supone la reforma de 30 de junio de 1850 en cuanto a las defraudaciones contra la propiedad literaria es que pasan a regularse por el artículo 457. Este artículo sigue incluyendo la misma norma penal en blanco que antiguamente se incluía, y aplicando las mismas penas que establecía el Código Penal de 1848.

El Código Penal de 1850 establecía en su artículo 7 que “*no estarán sujetos a las disposiciones de este código los delitos que estuvieren penados por leyes especiales*”. La vaguedad de la fórmula “leyes especiales” llevó a cierta doctrina a dudar sobre si el Código derogaba o no las disposiciones penales de la Ley de Propiedad Literaria de 1847. Concretamente, mientras un sector consideraba que el Código Penal derogaba las disposiciones penales de la ley especial, otro consideraba que seguían en vigor¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Tomo III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 582.

¹¹⁸ Cfr. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española, Tomo 5, La codificación penal, volumen I*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 319.

¹¹⁹ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 59.

iv) El Código Penal de 1870

Tras la aprobación de la Constitución de 6 de junio de 1869, el gobierno ve necesaria la reforma del Código Penal de 1850, para adaptar la legislación criminal a los postulados sobre derechos individuales y políticos que instaura la nueva norma fundamental¹²⁰. Así el Código Penal de 1870 apenas modificó los delitos de defraudación de la propiedad literaria. La ubicación sigue siendo la misma, como estafas y otros engaños dentro del Título XIII relativo a los delitos contra la propiedad, concretamente dentro del Capítulo IV relativo a las defraudaciones, y junto a las defraudaciones contra la propiedad industrial. Concretamente el delito se regulaba en el artículo 552, el cual señalaba: *“Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial”*.

De esta forma, el injusto típico lo sigue definiendo la ley especial en vigor. Ésta será la ley de Propiedad Literaria de 1847 hasta que en 1879 entra en vigor la Ley de Propiedad Intelectual. Por tanto para la definición de la conducta de “defraudación de la propiedad intelectual” en el Código Penal de 1870, se debía acudir a la Ley de 1847 hasta que entró en vigor la Ley de Propiedad Intelectual de 1879¹²¹.

Así, pues, los únicos cambios respecto al Código de 1848 se derivan de la penalidad que venía establecida por el artículo 550. Siguen existiendo dos sanciones de carácter acumulativo, la pena de multa del tanto al triplo, y junto a ella se incorpora la que es, probablemente, la gran novedad del Código Penal de 1870 respecto a los delitos que analizamos, la pena privativa de libertad de arresto mayor¹²².

v) Códigos Penales de 1928, 1932 y 1944

Hay que comenzar diciendo que tanto la definición defraudatoria de

¹²⁰ Cfr. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica...*, ob. cit., p. 418.

¹²¹ Cfr. ALVAREZ CID, José y ALVAREZ CID, Teófilo, *El código Penal de 1870*, Juan Font, Córdoba, 1908, p. 468.

¹²² Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 38.

los delitos en los artículos 725 del Código Penal de 1928, 527 del Código Penal de 1932 y 533 del Código Penal de 1932, su ubicación sistemática, la Ley especial definitoria de las defraudaciones e, incluso, la aplicación jurisprudencial de los preceptos hasta la reforma de 1963, fueron comunes, y únicamente varió la regulación de cada uno de ellos, aunque tampoco sustancialmente, a efectos de penalidad.

En cuanto a la denominación, los Códigos de 1928 y 1932 mantuvieron la denominación de defraudación de la propiedad literaria que ya estaba en el Código Penal de 1870. El “nomen” defraudatorio será sustituido, en cambio, en el Código Penal de 1944, y pasará a denominarse “propiedad intelectual”, más correcta para cierto sector doctrinal¹²³, y desde luego más coherente con la nomenclatura de la Ley especial en vigor en aquel momento, la Ley de Propiedad Intelectual de 1879. El encuadre seguirá siendo el mismo que en el Código Penal de 1870, dentro de los delitos contra la propiedad, en el Título de las defraudaciones, dentro del Capítulo referido a las estafas. En los tres casos el precepto era una norma penal en blanco, por lo que la definición de los elementos del delito requería la remisión a la Ley especial.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de los códigos penales de 1928, 1935 y 1944, hay que decir, que si bien la evolución codificadora muestra, cuanto menos en líneas generales, una unidad en cuanto a las penas aplicables a los delitos de defraudación literaria, ésta se rompe claramente con el Código Penal de 1928. Aparece una agravación en las penas aplicables a la defraudación de la propiedad literaria, y un aumento de agravantes¹²⁴. En primer lugar, se elimina la pena de multa y se sustituye por una pena privativa de libertad que, atendiendo a la cuantía del perjuicio, podía ser desde tres meses hasta veinte años de reclusión, por lo que dicha pena, junto con las agravantes específicas del artículo 726, podía llegar a superar la del homicidio simple¹²⁵.

Los Códigos Penales de 1932 y 1944 mantuvieron las mismas penas establecidas por el Código Penal de 1870. La única diferencia, aunque no

¹²³ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal. Conforme al Código penal, texto refundido de 1944, t. II (parte especial)*, Bosch, Barcelona, 1949, p. 214.

¹²⁴ Cfr. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica...*, ob. cit., p. 736.

¹²⁵ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 62.

por ello poco relevante¹²⁶, es que la pena de arresto mayor en el Código Penal de 1944 no estaba limitada a los grados mínimo y medio como en los Códigos Penales de 1870 y 1932, sino que podía recorrerse por los tribunales en su totalidad.

vi) Reforma del Código Penal de 1963

El Código Penal de 1944 fue revisado por la Ley de Bases de 1963 y por el Decreto de 28 de marzo del mismo año, los cuales dieron lugar al Texto revisado de 1963. La primera de las novedades de la regulación de 1963 fue de carácter sistemático. Los delitos contra la propiedad intelectual pasaron, de formar parte de la sección de las estafas a una sección propia, concretamente la sección tercera, dentro del Capítulo IV (de las defraudaciones) del Título XII (Delitos contra la propiedad) del Libro II del Código Penal, denominada “De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad intelectual”. En dicha sección, el artículo 534 establecía en su apartado primero: *“El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales”*.

Pero quizás el aspecto más novedoso de la reforma de 1963 fuera el cambio terminológico. El objeto jurídico defraudado por la conducta ya no era la “propiedad intelectual”, sino los “derechos de autor”. Era la primera vez que en una ley española se utilizaba dicho término y parece, como opina la doctrina mayoritaria, que ello se debió a la influencia del Convenio de Berna y a la recepción en España de las teorías que desde la doctrina francesa, italiana y alemana, fundamentalmente, se habían desarrollado durante todo el siglo. Y aparte de la denominación misma de los derechos, también se modificó el verbo típico, que pasó de ser el de una “defraudación de la propiedad intelectual” a consistir en la “infracción intencionada de los derechos de autor”.

La reforma de 1963 determinó que los delitos que estudiamos abandonaran la sección de las estafas, formando una sección propia, lo

¹²⁶ Cfr. Idem, p. 65.

cual influyó en que la penalidad dejó de ser la de aquel delito, y dejó además de cuantificarse conforme al perjuicio causado. La pena aplicable a la infracción de derechos de autor era la de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas, *“independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales”*, declaración que se refería a las sanciones de los artículos 46, y 48 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, y que suponía, para algunos, una clara infracción del principio *ne bis in idem*¹²⁷.

Pero la gran novedad de la reforma en cuanto a las consecuencias jurídicas de la infracción penal fue la reaparición de la reincidencia como agravante específica¹²⁸, considerada por algún sector doctrinal como de gran eficacia para impedir la infracción habitual de estos derechos. Se regulaba en el artículo 534.3, y era aplicable a los delitos contra los derechos de autor y contra la propiedad industrial, aumentando su pena hasta la prisión menor.

vii) Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980

Tras la Constitución de 1978, la primera tentativa de reforma del Código Penal se plasmó en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980¹²⁹, cuya principal novedad, según la doctrina mayoritaria, fue la incorporación de un Título totalmente nuevo en la tradición codificadora española, denominado “Delitos contra el orden socioeconómico”.

Dentro de ese Título VIII, concretamente en el Capítulo III titulado “De las infracciones de los derechos de autor”, el artículo 352 establecía: *“El que infringiere intencionadamente los derechos de autor legalmente reconocidos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la infracción”*. Seguía siendo, pues, una norma penal en blanco, y únicamente se modificaban las consecuencias jurídicas del delito, al desaparecer la agravante de reincidencia, y al utilizarse como criterio de

¹²⁷ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 597.

¹²⁸ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 48.

¹²⁹ Vid. al respecto QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MUÑOZ CONDE, Francisco, *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1984, p. 14 y 15.

graduación de la pena el de “la gravedad de la infracción”, cuya indeterminación es similar a la actual agravante del artículo 271 b).

Por tanto, la gran novedad del Proyecto de Código Penal de 1980 en materia de protección de los derechos de autor fue el encuadre sistemático de los mismos: abandonó los tradicionales delitos contra la propiedad, que en el proyecto de Código Penal se retitulaban delitos contra el patrimonio, concretamente en el Título V, y se ubicaba en un capítulo autónomo dentro del Título VIII que regulaba los delitos socioeconómicos.

viii) Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983

El cambio sistemático que proponía el proyecto de 1980 desaparece en la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, que sitúa las “defraudaciones de los derechos de autor” en su antigua ubicación: dentro de los delitos contra el patrimonio, en el Capítulo VI denominado “de las defraudaciones”, concretamente en la sección tercera.

Así, pues, la reforma incorporaba tres grandes novedades. En cuanto a la conducta, la desaparición del adverbio “intencionadamente”. La razón de tal supresión es que la propuesta de Anteproyecto de 1983 utilizaba ya el sistema de incriminación estricta de las infracciones imprudentes, por lo que al no existir figura imprudente de defraudación de los derechos de autor, no hacía falta que la descripción del tipo incluyera nada más para entender que éste era doloso. Sin embargo, como señala la doctrina, la supresión de dicha cláusula sí permitía la incriminación de las conductas realizadas con cualquier clase de dolo¹³⁰. Otra novedad fue la incorporación, como criterio para la determinación de la pena, del perjuicio causado. Esto hubiera supuesto volver al anterior sistema que, por remisión a la penalidad genérica de la estafa, se utilizaba en los códigos penales de 1848, 1870, 1932 y 1944. Y finalmente la norma del 250.2 no es más que un precedente del actual apartado segundo del artículo 272.2, aunque con la diferencia de que la Propuesta de

¹³⁰ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDÓ, Miguel, “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *ADPCP*, Madrid, Septiembre-Diciembre 1990, p. 812.

Anteproyecto de 1983 establecía la publicación de forma vinculante, mientras que actualmente queda como potestad facultativa del juzgador o tribunal¹³¹.

ix) La reforma de 1987

Finalmente, el 11 de noviembre de 1987 entró en vigor la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual. Esta Ley, que sustituye a una norma centenaria (la Ley de Propiedad Intelectual de 1879), ha sido reformada en varias ocasiones, hasta aprobarse el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 venía acompañada de la Ley orgánica 6/1987 de 11 de noviembre que reformaba la sección 3.ª del Capítulo IV, Título XIII del Libro II del Código Penal. Con dicha reforma el artículo 534 penaba únicamente las infracciones contra la propiedad industrial y se incorporaban cuatro preceptos, el 534 bis, que definía el tipo básico de las infracciones del derecho de autor, el 534 bis, que definía el agravado, y el 534 bis c), que incorporaba la publicación de la sentencia condenatoria como consecuencia del delito de carácter facultativo, y el 534 ter que se refería a la responsabilidad civil derivada del delito.

Las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, como se denominaba la sección, se encuadraban en la sección tercera del Capítulo IV relativo a las defraudaciones dentro del Título XIII de los delitos contra la propiedad. Así, pues, la sección seguía utilizando la denominación de derechos de autor, lo cual se contradecía con el hecho de que el articulado se refería en todo momento a los derechos de propiedad intelectual, esto último lógico por ser consecuente con la nomenclatura que utilizaba la regulación civil¹³².

La principal novedad es que abandonaba la técnica de la ley penal en blanco¹³³, así como la cláusula de "infringir intencionadamente los

¹³¹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 53.

¹³² Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 75.

¹³³ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección Penal de los derechos*

derechos de autor” que también utilizaban los proyectos de 1980 y la PANCP de 1983 y que tenía “nulo valor indiciario” de la conducta criminal y por tanto débil eficacia criminalizadora¹³⁴.

x) El proyecto de Código Penal de 1992

La reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a la propiedad intelectual estaba demasiado reciente como para que el proyecto de 1992 realizara modificaciones sustanciales. Así, pues, salvo de carácter sistemático no hubo cambios en la regulación que proponía el proyecto de Código Penal de 1992, a excepción de la lógica variación numérica.

En cuanto a la ubicación sistemática, las infracciones de los derechos de propiedad intelectual formaban la sección tercera de las defraudaciones (Capítulo cuarto) dentro de un nuevo Título que se denominaba “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”. Dentro de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual se incluían dos artículos. El artículo 259 establecía que: *“Será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses quien intencionadamente reprodujere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”*.

Por tanto el tipo básico propuesto era idéntico a aquél que seguiría en vigor, y lo mismo ocurría con el artículo 260 que regulaba el capítulo de agravantes, con idéntico contenido y sistemática que el artículo 534 bis b). También se mantenían en sus términos los preceptos relativos a la publicación de la sentencia condenatoria y la responsabilidad civil, en los artículos 261 y 262. Por último el proyecto de Código Penal de 1992

de autor y conexas, Civitas, Madrid, 1988, p. 28.

¹³⁴ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la Propiedad Intelectual*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 2369 y 2370.

incorporaba el sistema de días multa y, consecuentemente, desaparecía la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 ptas. para pasar a ser de seis a veinticuatro meses. La misma modificación afectaba a los tipos agravados¹³⁵.

B. Evolución actual

La nueva regulación de esta materia por el Código Penal de 1995 respeta en líneas generales la contenida en los artículos 534 bis a), 534 bis b), 534 bis c) y 534 ter, introducidos en el anterior Código Penal por Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, si bien con algunas modificaciones, entre las que cabe destacar la de que se le confiere una Sección propia e independiente de las infracciones contra la propiedad industrial (Secc. 1.ª “De los delitos relativos a la propiedad intelectual”, del Capítulo XI “De los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, del Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, del Libro II), cambiando el nomen de la rúbrica de la Sección que ahora se refiere a “la propiedad intelectual”, ya utilizada en el artículo 533 del Código Penal de 1944, en lugar de la de “derecho de autor” del Código Penal antiguo¹³⁶.

Además nos encontramos con otras novedades como la incorporación al tipo básico contenido en el artículo 270.1.º de los requisitos de obrar “con ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” y la supresión en el mismo del adverbio “intencionadamente”; la desaparición de las conductas agravadas contenidas en el artículo 534 bis b).1 y reformulación de la primera de las previstas en el artículo 534 bis b).2; y la tipificación de una nueva conducta en el último párrafo del artículo 270 en relación a los programas de ordenador.

Por otro lado, hay que señalar el importante incremento de la penalidad en el Código Penal nuevo respecto del antiguo: de las penas de multa de 100.000 a 2 millones de pesetas para el tipo básico (art. 534 bis a), de arresto mayor y multa de 175.000 a 5 millones de pesetas para los

¹³⁵ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 55.

¹³⁶ Vid. ARMENDÁRIZ LEÓN, Carmen, “Delitos ...”, ob. cit., p. 268 y 269.

supuestos agravados del artículo 534 bis b) 1, y de prisión menor, multa de 175.000 a 10 millones de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por un período de dos a cinco años para los tipos hiperagravados del 534 bis b), 2, todo ello en el antiguo Código Penal, pasamos en el nuevo a las penas de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses para el tipo básico del artículo 270, y las de prisión de un año a cuatro años (con la salvedad de la supresión en el Código Penal nuevo de la redención de penas por el trabajo), multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por un período de dos a cinco años para las modalidades agravadas del artículo 271¹³⁷.

Posteriormente, la Ley Orgánica 15/2003 introdujo importantes modificaciones¹³⁸ en el contenido de esta Sección 1.ª. En primer lugar, debe destacarse el sustancial endurecimiento de la pena que se produce en el tipo básico del artículo 270.1, que si bien mantiene la pena de prisión de seis meses a dos años, añade ahora la de multa de doce a veinticuatro (antes de seis a veinticuatro), que ya no figura, como antes, como alternativa a la prisión, sino como añadido a la misma¹³⁹. El apartado 2 del mismo precepto sufre importantes modificaciones en lo que se refiere a la exportación e importación de obras, producciones o ejecuciones de obras protegidas, resolviendo legalmente ya cuestiones como el carácter lícito o ilícito de las copias y el agotamiento del derecho de distribución. El apartado tercero se ha visto, asimismo, modificado, para extender la protección prestada hasta ahora a los programas de ordenador a otras obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas.

En el artículo 271, por su parte, se eleva igualmente la duración de la multa, que pasa a ser ahora de doce a veinticuatro meses, se especifican legalmente los criterios conforme a los que determinar la “especial gravedad” y se añaden dos nuevas circunstancias de agravación, para el caso de que el culpable perteneciera a una organización o asociación dedicada a la comisión de estos delitos o se sirviera de menores de dieciocho años para cometerlos.

¹³⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., pp. 764 y 765.

¹³⁸ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José; COBO DEL ROSAL, Manuel (coordinador), *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 552 y 553.

¹³⁹ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, en CASTELLANO RAUSELL, Pedro, *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial 2005-3, CGPJ, Madrid, 2005, p.220 y ss.

Con la finalidad, dice su Exposición de Motivos, de mejorar la tipificación técnica de las conductas y el agravamiento en su caso de las penas, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre¹⁴⁰, ha acometido entre otras, la modificación de algunos de los delitos incluidos en el Capítulo XI, Título XIII, Libro II del Código Penal, relativos a la propiedad intelectual (arts. 270 y 271, pues el 272 habla de la responsabilidad civil y no se reformó) y propiedad industrial (arts. 273 a 277, de los que se reformaron el 273, 274 y 276).

Sin embargo, y sin hacer referencia a ello la misma Exposición de Motivos, esa "actualización" sustantiva ha venido acompañada también por la introducción, y en algún caso desaparición, tanto en el propio Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de algunas importantes especialidades referidas a su tratamiento jurisdiccional (especialidades exclusivas), amén de otras de alcance más general que, eso sí, por los hechos que configuran estos delitos, igualmente les comprenderán con frecuencia (especialidades concurrentes)¹⁴¹.

Podría decirse que la actividad del legislador en este ámbito procesal ha venido marcada por dos objetivos. Por un lado la publicidad de la acción penal, logrando así ampliar (y precisar también) el abanico de legitimados activos y con ello las posibilidades de incoación de procesos, con la consiguiente reducción de los márgenes de impunidad. Y por otro una mayor eficacia de la justicia penal, tanto en la labor de investigación como de enjuiciamiento; eficacia medida en el use de instrumentos adecuados a esta clase de criminalidad, y en la obtención, siempre que sea posible, de sentencias de fondo en los plazos más breves posibles.

Ello sin olvidar que el derecho penal no pretende en ningún caso cubrir todo género de ilicitudes en esta materia, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo¹⁴² al absolver del delito del 274 CP en relación a una marca notoria, no registrada bajo el siguiente argumento: *"En el régimen jurídico de los signos distintivos, categoría jurídica que*

¹⁴⁰ Publicada en el BOE num. 283 del 26 de noviembre.

¹⁴¹ Cfr. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, "Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual", *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, N.º 6, Madrid, Junio de 2004.

¹⁴² Vid. STS del 2 de junio de 1998 [RJ 1998\8283].

configura uno de los grandes campos de la propiedad industrial, la tutela penal se limita a complementar la protección civil, no abarcando en consecuencia el tipo penal la totalidad de los comportamientos ilícitos que pueden producirse en este ámbito”.

Para hacer posible estos fines, la L.O. 15/2003 trae un régimen de eficacia temporal de sus disposiciones donde, con renuncia a la uniformidad (por cuanto prevé distintas fechas de entrada en vigor) no distingue según la naturaleza de las normas implicadas (procesales o materiales) como quizá habría sido lo más apropiado, sino tan sólo en función de la ley en la que éstas se hallan insertas.

Así, conforme señala la Disposición Final Quinta de la Ley Orgánica, la entrada en vigor de la reforma de los artículos del Código Penal (salvo los de insolvencia punible, que lo hacen el 1 de septiembre de 2004 al hacerlo coincidir con la de la Ley Concursal 22/2003) se fija para el 1 de octubre de 2004, normas del Código Penal, entre las que se incluye una de claro contenido procesal, como es el art. 287.1. Por el contrario, la entrada en vigor de la reforma parcial de la LECrim., según aquella Disposición Final, quedó “adelantada” para el día siguiente a su publicación en el BOE, por tanto rigen desde el 27 de noviembre de 2003. Mas, al no haberse cuidado en esa misma Disposición Final Quinta la debida relación causa-efecto entre preceptos (y su reflejo en la correcta dinámica procesal), se desencadenaron provisionalmente algunas disfunciones que a efectos prácticos equivalió al retraso de la puesta en marcha de lo más destacado de la reforma procesal en esta materia.

En efecto, el mantenimiento de la vigencia del 287.1 CP en su versión de 1995 determinó, hasta el 1 de octubre de 2004, nada menos que la prohibición de la iniciación de oficio de cualquier causa judicial (salvo las excepciones de ese apartado 1.º y del 2.º del 287), incluyendo la vía del enjuiciamiento rápido de delitos [autorizada para algunos de estos delitos por el nuevo art. 795.1.2.a.h) LECrim., salido de esta reforma], mediante la exigencia de la previa denuncia (o querrela) del ofendido. Esto último descarta su apertura por atestado policial, lo que constituye a su vez requisito inexcusable para la procedencia de este proceso (art. 795.1 párrafo primero LECrim.).

C. Conclusiones

Una vez visto el completo recorrido histórico de la regulación penal de los derechos de Propiedad Intelectual, conviene hacer hincapié sobre una serie de caracteres particulares, sobre las cuales se pueden extraer algunas conclusiones.

Como ya se vio anteriormente, desde el Código Penal de 1822, en España nos hemos encontrado con el problema de las “leyes penales en blanco”. Es decir, era la remisión que hacía la ley penal a una ley especial, para la determinación y concreción del valor protegido. Pues bien, a pesar de que BINDING, el gran maestro alemán de principios del siglo XX, ha caracterizado a las leyes penales en blanco como “expresión ideal y perfecta de la teoría de las normas”, en el caso español esto se convirtió en un problema, no ya tanto por la concepción teórica de las leyes penales en blanco, si no porque durante muchos años, esa ley especial que debía determinar el valor protegido, sencillamente no existió.

Esto continuó durante los Códigos Penales de 1848 y 1850, los cuales, en ausencia de una ley especial de Propiedad Intelectual, debían acudir a la Ley de Propiedad Literaria de 1847, hasta que en 1879 entrara en vigor la Ley de Propiedad Intelectual. Esto ha supuesto una clara deficiencia normativa, ya que la Ley de Propiedad Literaria de 1847, no deja de ser una ley particular que no abarcaba todos los aspectos que debían quedar definidos para así poder determinar el valor protegido. Es por tanto reseñable que, un país como España, estuvo desde 1822 hasta 1879, es decir, más de cincuenta años, con unas leyes penales en blanco en vigor que hacían referencia a una ley especial que no existía. Algo que es calificable como de suma gravedad.

Sin embargo, desde 1987, el legislador ha prescindido de la técnica de la ley penal en blanco (dominante desde 1822) en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual¹⁴³. No obstante, tanto los tipos en su día incorporados por la Ley Orgánica 6/1987 como los actuales artículos 270 a 272 del Código Penal de 1995 abundan en referencias explícitas e implícitas a la legislación civil especial. En consecuencia, el

¹⁴³ Cfr. DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica...*, ob. cit., p. 113.

sentido de estos elementos normativos ha de precisarse en el contexto de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁴⁴, por lo que de alguna manera se puede entender que, a pesar de no ser una ley penal en blanco, sigue conservándose esa necesidad de remisión a la normativa especial.

Esta problemática también tuvo su repercusión en cuanto a la denominación de este tipo de delitos, ya que hasta el Código Penal de 1944 se denominaban “delitos contra la propiedad literaria”, y a partir de entonces pasan a denominarse “delitos contra la propiedad intelectual”. Denominación ésta, que varió nuevamente con el Código Penal de 1963, en el que el objeto jurídico defraudado ya no es la “propiedad intelectual”, sino los “derechos de autor”, por una clara influencia del Convenio de Berna. Sin embargo, con el Código Penal del 95 se volvería a recuperar la denominación del Código Penal de 1994, de “propiedad intelectual”. Estas variaciones denominativas, son por tanto comprensibles dentro del contexto normativo de cada uno de los Códigos. Así, por ejemplo, que hasta el Código Penal de 1944 se denominaran “delitos contra la propiedad literaria”, se comprende en base a que los Códigos Penales de 1848 y 1850 debían acudir a la Ley de Propiedad Literaria de 1847, en ausencia de una ley especial de Propiedad Intelectual. Al igual que la influencia del Convenio de Berna llevó al Código Penal de 1963 a que el objeto jurídico defraudado fueran los “derechos de autor”.

También es de destacar el aumento progresivo de la penalidad que se ha producido en los distintos códigos penales, hasta llegar a la última reforma realizada por la L.O. 15/2003. Esto se puede justificar en base a criterios de política criminal, ya que tal como ha quedado expuesto en la evolución histórica de la Propiedad Intelectual, con el paso de los años, la problemática derivada de los denominados derechos de autor, ha ido en un considerable aumento, lo que ha creado una alarma social que ha justificado, entre otras medidas, el aumento de la penalidad por la realización de determinadas conductas, así como la aparición de agravantes específicas. Resulta así más que evidente que éste no puede ser el único medio de control de los delitos contra la propiedad intelectual, ya que la práctica demuestra que el simple aumento de la penalidad no siempre es eficaz contra el aumento de la criminalidad.

¹⁴⁴ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la Propiedad Intelectual*, en BERCOVITZ..., ob. cit., pp. 2369 y 2370.

VI. DERECHO COMPARADO

Como punto de partida fundamental del derecho comparado en la propiedad intelectual, suele citarse la dicotomía entre el sistema del “droit d’auteur” de la Europa continental y el sistema del “copyright” del mundo anglosajón.

Así el sistema del “droit d’auteur” de la Europa continental protege principalmente al autor, quien goza de dos clases básicas de derechos: los morales y los patrimoniales. La concepción jurídica latina del derecho de autor es esencialmente individualista. Originada en los decretos de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa y formada en los países de Europa continental, considera al derecho de autor como un elemento personal e inalienable del autor, y que luego se extendió a los países de Iberoamérica, numerosos países de África y Europa del Este. En el sistema Continental, o del “derecho de autor” la institución de la propiedad artística y literaria se justifica en términos inherentes al autor que a diferencia con el sistema del “copyright”, recaen en su objeto sobre bienes que son obras de creación y de índole original.

Por su parte el sistema del “copyright”, es el sistema de rige principalmente en países de sistema jurídico anglosajón, se centra en la prevención de la copia sin autorización (*free riding*). La filosofía general del copyright en el sistema del common law, consiste en proteger las inversiones de tiempo, esfuerzo y capital en la producción de obras de autoría, ya se trate de inversiones de autores individuales o de entidades corporativas. Da una protección especial al editor, brindándole el derecho de “copyright”. El editor goza de los derechos patrimoniales y de los relativos a la publicación de la obra. En comparación con el sistema latino, el copyright posee alcances más limitativos en cuanto a los derechos subjetivos que reconoce, pero por otra parte mucho más amplio en relación con el objeto de protección (que puede incluir la emisión de radiodifusión y de cable). Por ende se plasma sobre actividades técnico-

organizativas que pueden no tener naturaleza autoral¹⁴⁵.

Por lo tanto a primera vista se puede pensar que existe un abismo entre el derecho de autor de la Europa continental, basado en una concepción naturalista, y la proyección utilitarista del copyright anglosajón¹⁴⁶. Estas diferentes concepciones se reflejan en reglas diferentes, por lo que se refiere a los requisitos para la protección de las obras, al tratamiento del “droit moral”, y en especial, a la cuestión de a quién se concede la titularidad de los derechos sobre la obra. Sin embargo, al profundizar en el estudio de estos dos sistemas, se puede constatar que las diferencias no son tan profundas. Así, los requisitos para la protección de las obras intelectuales en el copyright inglés son relativamente bajos, pues sólo se exige un “esfuerzo considerable”. Este bajo nivel de los requisitos de protección lleva consigo una protección reducida de lo que se puede denominar “obras menores” en el derecho inglés.

Ya dentro del ámbito penal, y circunscribiéndonos al entorno comunitario, podemos encontrar dos modelos distintos de tipificar los delitos contra la propiedad intelectual en relación con la remisión a las normas definitorias del contenido y objeto de los derechos. Por un lado está el modelo francés, que sería el de norma penal en blanco en sentido estricto; y por otro, el modelo alemán, o de remisión normativa mediante la utilización de términos normativos, que define el contenido esencial del injusto aunque obliga a acudir a las normas “extrapenales” para la interpretación de algunos de los elementos del mismo. El sistema español se asemejaría más al denominado sistema alemán, dado que el artículo 270 del Código Penal no se limita a considerar delito la infracción de cualquiera o algunos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual, sino que define expresamente las conductas punibles y los objetos de protección. Es más, en nuestro país la separación entre la vía civil y la vía penal de protección de la propiedad intelectual es aún más pronunciada que en la mayoría de los países que utilizan el sistema alemán de tipificación de los preceptos penales, y ello por la exigencia derivada del

¹⁴⁵ Cfr. SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor y copyright: su protección penal en el derecho argentino y su visión desde el derecho comparado*, COLADIC, Argentina, 2001, p. 7.

¹⁴⁶ Vid. Art. 5, Sec. 8, Cl. 8 United States Constitution: “To promote de Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

artículo 270 del Código Penal de que el comportamiento se realice con ánimo de lucro y con perjuicio de tercero.

A. Modelo francés

El sistema francés ha dejado una profunda impronta en muchas legislaciones, tanto en lo que atañe a los principios fundamentales como a las construcciones doctrinales, que quedaron expuestos en la ley n.º 85.660 del 3 de julio de 1985¹⁴⁷, respecto a los *“derechos de autor y de los derechos de los artistas e intérpretes o ejecutores, los productores de fonogramas y videogramas y las empresas de comunicación audiovisual”* que modificaba la ley n.º 57.298 del 11 de marzo de 1957.

El sistema francés tiene la hipotética ventaja de que no plantea problemas interpretativos de lo que es delictivo y de lo que simplemente es ilícito civil, puesto que cualquier ilícito civil podrá ser considerado, inmediatamente, un delito. Además, la utilización de esta fórmula tan abierta de tipificación penal permite que, ante las innovaciones tecnológicas y los cambios en lo protegido o en la forma de infringir los derechos, no será necesario hacer cambios en vía penal para la completa tutela de los intereses. Bastará con modificar las disposiciones civiles respectivas para que cualquier nuevo ilícito sea considerado delictivo y cualquier nuevo interés sea protegido por vía penal.

i) Francia

En Francia el Código de la Propiedad Intelectual de 1994¹⁴⁸, en su artículo L335-2, señala que: *“Toda edición de escritos, composición musical, dibujo, pintura u otra producción que se imprima o se grabe parcial o totalmente, infringiendo las Leyes y Reglamentos relativos al derecho de propiedad de los autores, constituirá una violación del derecho de autor; y toda violación del derecho de autor constituye un delito de fraude*

¹⁴⁷ Publicada en el Journal Officiel, de 4 de julio de 1985, pág. 7495.

¹⁴⁸ Cfr. CASTELL, Brigitte, “Código de la Propiedad Intelectual de 1994”, en www.legifrance.gouv.fr, marzo de 2006.

(contrefaçon)". Por su parte, señala el artículo L335-3 que: *"Constituirá asimismo un delito de fraude toda reproducción, representación o difusión, cualquiera que sea el medio utilizado para su realización, de una obra del intelecto humano que contravenga los derechos del autor, tales como están determinados y regulados por la Ley. Constituirá igualmente un delito de fraude la violación de uno de los derechos del autor de un programa de ordenador tales como están determinados en el artículo L122-6"*.

Existe aquí una casi completa remisión de la interpretación del injusto a las disposiciones civiles que definen los derechos de propiedad intelectual. De este modo, la definición de lo que resulta delito no se realiza en el ámbito penal sino en el ámbito civil, puesto que toda aquella reproducción, representación o difusión que, conforme a la misma, suponga la violación de la propiedad intelectual constituirá un delito, dejando sin delimitar el ámbito de intervención civil y el ámbito de intervención penal. En efecto, y dado que los artículos L335-2 y L335-3 no establecen ninguna condición objetiva o subjetiva para que el hecho, además de infringir las disposiciones civiles, sea delictivo, se produce un solapamiento de las dos vías de tutela de la propiedad intelectual¹⁴⁹.

El Código de la Propiedad Intelectual francés incorpora otro tipo, el del artículo L335-4, según el cual: *"Será castigada con pena de dos años de prisión y multa de 1.000.000 francos toda fijación, reproducción, comunicación o puesta a disposición del público, a título oneroso o gratuito, o toda emisión por radiodifusión de una actuación artística, un fonograma, un videograma o un programa, que se realice sin la autorización del artista intérprete, del productor de fonogramas o de videogramas o de la empresa de comunicación audiovisual, cuando dicha autorización sea de carácter obligatorio"*. Añade, además, que: *"Será castigada con las mismas penas toda importación o exportación de fonogramas o de videogramas que se realice sin la autorización del productor o del artista intérprete, cuando la misma sea de carácter obligatorio"*.

Existe, pues, en este precepto, una mejor definición del ámbito del injusto penal dado que se delimitan los comportamientos típicos y los

¹⁴⁹ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet...*, ob. cit., pp. 108 y 109.

objetos sobre los que deben realizarse los mismos. Pero, de nuevo, la referencia a que las conductas se hagan “a título oneroso o gratuito” implica que cualquier comportamiento de los tipificados de infracción de la propiedad intelectual pueda resultar ilícito civil y, a su vez, ilícito penal.

Además, es de destacar que el 30 de junio de 2006, se aprobó en Francia la reforma del Código de la Propiedad Intelectual, que mientras por un lado recoge la condena por compartir contenidos con copyright y la bendición de los sistemas anticopia (DRM), por otro introduce para quienes vendan canciones en Internet, la obligación de compartir la información necesaria y que sus formatos sean reproducibles en cualquier reproductor que así lo desee. Y esto se aplica excepto si el artista en cuestión decide estar presente en exclusiva en una sola tienda online de música, caso éste poco común¹⁵⁰. Esto supone un gran revés para determinados negocios de venta on line de canciones, como es el caso de la conocidísima iTunes, de la empresa APPLE, ya que sin su DRM, sus canciones se podrían escuchar en cualquier reproductor y se perdería el efecto que estimula al usuario a comprar un iPod para poderlas escuchar. Además, es dudoso que las discográficas le permitieran vender canciones sin sistema anticopia.

ii) Bélgica

Otros países del sistema continental han utilizado una técnica de tipificación similar a la francesa para con los delitos de propiedad intelectual. Así, en Bélgica, el art. 80 de la *Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins* (ley sobre derecho de autor y derechos conexos del 30 de junio de 1994, modificada por la ley del 3 de abril de 1995 y la del 31 de agosto de 1998), señala que: “*Todo atentado malicioso o fraudulento causado a los derechos de autor y a los derechos vecinos constituye delito de fraude*”¹⁵¹.

De este modo, el tipo básico de los delitos contra la propiedad

¹⁵⁰ Cfr. ORTIZ, Antonio, “Apple e iTunes con problemas en Europa”, en *www.error500.net*, 1 de julio de 2006.

¹⁵¹ Vid. “Informe sobre la legislación de propiedad intelectual en Bélgica”, Oficina Económica y Comercial de España en Bruselas, Bélgica, 2006.

intelectual en Bélgica no hace referencia ni a la conducta ni al objeto, simplemente establece una remisión total a las normas de la Ley de Propiedad Intelectual que definen éstos, señalando que cualquier atentado a los mismos constituye delito. Sería discutible, sin embargo, la afirmación de que existe aquí un solapamiento total entre la vía civil y la vía penal, sobre todo desde el momento en que el citado precepto establece la obligación de que el atentado sea *“malicioso o fraudulento”*. La interpretación de estos términos podría hacerse tomando en consideración el apartado tercero del citado artículo que señala que: *“Aquéllos que, a sabiendas, vendan, alquilen, ofrezcan a la venta o al alquiler, tengan en depósito para alquilar o para vender, o introduzcan en el territorio belga con un fin comercial los objetos de la infracción, son culpables del mismo delito”*. Pero, conforme al mismo, puede interpretarse fácilmente que cualquier infracción de la propiedad intelectual, incluso la tenencia con fines comerciales, puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

iii) Holanda

También se puede englobar la legislación holandesa en este sistema o modelo que define las infracciones contra la propiedad intelectual remitiéndose a la simple infracción de los derechos de propiedad intelectual. En efecto, en Holanda, la Ley de Derechos de Propiedad Literaria de 1912¹⁵², tal y como ha quedado actualizada a 3 de diciembre de 2003 tras sucesivas reformas legales, establece en el artículo 31 que: *“Una persona que intencionalmente infringe los derechos de propiedad intelectual será responsable de una pena de prisión de un máximo de 6 meses o de una multa de cuarta categoría”*.

Se trata, pues, de una absoluta ley penal en blanco, puesto que no se precisa en ningún momento el contenido mínimo del injusto penal, sino que, simplemente, se remite a la infracción de la Ley de Propiedad Intelectual para señalar la responsabilidad delictiva. Algo muy similar a lo establecido para la protección de los derechos de autor se da en la de los

¹⁵² Vid. Copyright Act 1912, en www.ivir.nl/legislation/nl/copyrightact.html.

derechos conexos. Así, la Neighbouring Rights Act holandesa de 1993¹⁵³, en su artículo 21 señala que: *“Una persona que intencionalmente infringe los derechos referidos en los artículos 2, 6, 7a y 8 de este Acto será responsable de una pena de prisión de un máximo de seis meses o de una multa de cuarta categoría”*.

No se puede decir, sin embargo, que exista un total solapamiento entre la infracción civil y la infracción penal dado que los posteriores preceptos, tanto de la Copyright Act como de la Neighbouring Rights Act, tipifican comportamientos específicos de violación de los citados derechos a los que aplica penas distintas según su gravedad. Así, el artículo 31 a) de la Ley, sanciona con la pena de prisión de un máximo de seis meses o con la multa de cuarta categoría a quien intencionalmente realiza una oferta para la distribución, posee con finalidad de reproducir o distribuir, importa, exporta o guarda para ganancia una obra objeto de derechos de propiedad intelectual. Esta pena se ve agravada hasta el máximo de cuatro años de prisión y una multa de quinta categoría en el artículo 31 b), cuando pueda considerarse que la profesión o negocio del citado sujeto consista esencialmente en la realización de infracciones de la propiedad intelectual. Por su parte, el artículo 32 reduce la pena del artículo 31 a) a la pena de multa de tercera categoría cuando los mismos comportamientos se realizan, no con conocimiento de la infracción de los derechos, pero sí con dudas razonables como para creer que se está violando la propiedad intelectual. Lo mismo ocurre con el artículo 24 de la Neighbouring Rights Act que se relaciona así con el artículo 21.

Estamos, pues, ante un modelo mixto, puesto que la mezcla en las disposiciones penales de la Ley holandesa entre un precepto que considera delito la infracción de la propiedad intelectual y todo un conjunto de preceptos que tipifican de forma expresa violaciones delictivas de los derechos de autor, puede permitir la interpretación de que únicamente los comportamientos citados en los artículos 31 a) y siguientes, y no cualquier infracción de las normas civiles que reconocen la propiedad intelectual, daría lugar a un delito contra estos derechos.

¹⁵³ Vid. Neighbouring Rights Act 1993, en www.ivir.nl/legislation/nl/nra.html.

B. Modelo alemán

Con el sistema alemán se es más respetuoso con el principio de intervención mínima, siempre que se utilice una depurada técnica legislativa. Así, y en cuanto a qué es ilícito civil y qué ilícito penal, legislaciones como la alemana, la italiana o la española delimitan de forma precisa aquellos comportamientos que, además de infringir la legislación civil, resultan delictivos. Ello no impide, además, que se protejan los derechos de forma amplia y frente a cualquier comportamiento actual o nuevo, dado que se utilizan términos normativos que deben ser interpretados según el sentido de la Ley de Propiedad Intelectual.

i) Alemania

Alemania, en su Ley de Derechos de Autor¹⁵⁴ (Urheberrechtsgesetz) de 9 de septiembre de 1965 (modificada por ley el 13 de septiembre de 2003), en los preceptos de los artículos 106, 107 y 108 que establecen los tipos penales de protección de la propiedad intelectual, se señalan los comportamientos típicos y los objetos protegidos de modo que no cualquier infracción de la Ley alemana de derechos de autor constituye delito sino únicamente la realizada tal y como señalan esos preceptos.

Así, el artículo 106 sanciona la reproducción, distribución y representación o comunicación pública de una obra o de su adaptación o transformación, ilícitas, esto es, en contra de lo permitido por las leyes y sin el consentimiento del titular del derecho. No incorpora, pues, a la protección por vía penal ninguno de los derechos de la personalidad de autor (equivalentes a los aquí denominados derechos morales de autor), sino simplemente los derechos de uso o de utilización (equivalentes a los aquí denominados derechos de explotación).

Esto implica que no cualquier violación de la propiedad intelectual supone la realización del delito del 106, sino sólo aquella que consista en

¹⁵⁴ Vid. Ley alemana de derechos de autor y derechos conexos de 9 de Septiembre de 1965, versión consolidada según la última modificación de 13 de Septiembre de 2003, en <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/final/UrHG-2003-kons.pdf>.

la realización de las conductas tipificadas y que suponga la lesión del único bien jurídico protegido que son los derechos de explotación exclusiva del titular del derecho de autor tipificados. La infracción de los derechos morales de autor no supondrá, por tanto, la realización de este delito.

Algo similar ocurre en el 107 UrhG, en el que se sanciona lo que se ha denominado colocación ilícita de la denominación o marca de autor. Este precepto contiene dos tipos: el del punto primero, que sanciona la colocación de la firma o marca del autor de una obra plástica sin el consentimiento de éste, y el del punto segundo, que incrimina la firma engañosa de una pieza reproducida, de una adaptación o transformación¹⁵⁵. De este modo, el artículo 107 UrhG también delimita su ámbito de protección, ciñéndolo a determinados derechos de explotación y a dos aspectos parciales del derecho moral de autor, como son el derecho a decidir si la obra tiene que llevar una marca de autor, derivado del artículo 13 UrhG, y el derecho moral de integridad conforme al artículo 14 UrhG. Todas las demás violaciones del derecho de autor podrán ser ilícitos civiles pero no ilícitos penales.

El artículo 108, precepto que da cobertura a la protección penal de los derechos vecinos o conexos, es un tipo penal en blanco, pero en el mismo se enumeran una serie de derechos afines sancionando simplemente a quien explote estos derechos en contra de lo legalmente establecido. De este modo, no se protegen todos los derechos conexos, sino únicamente los derechos de explotación de los editores de una obra científica, de una obra póstuma, de una fotografía o su transformación o adaptación, los derechos del artista ejecutante, del productor fonográfico, de las empresas emisoras o de radiodifusión, del productor de bases de datos y del productor audiovisual¹⁵⁶. No se incluyen en el ámbito de protección del artículo 108 algunos derechos conexos como los derechos morales de los artistas ejecutantes¹⁵⁷, por lo que la infracción de éstos constituirá un ilícito civil y no un delito contra la propiedad intelectual.

¹⁵⁵ Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal ...*, ob. cit., pp. 164 y 165.

¹⁵⁶ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., pp. 188 y 189.

¹⁵⁷ Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal ...*, ob. cit., p. 75.

ii) Italia

En Italia la Ley de 22 de abril de 1941 de Protección del Derecho de Autor¹⁵⁸ y de otros derechos conexos, regula en la sección II del capítulo III del título III los preceptos y sanciones penales. El modelo utilizado para ello es similar al de la legislación alemana: se definen en varios preceptos los comportamientos típicos y, de esa forma, se separa lo que constituye infracción civil de la propiedad intelectual de lo que, además, constituye un delito contra los citados derechos.

Así, el artículo 171 de la Ley de Derechos de Autor, precepto básico protector de los derechos de autor sobre obras artísticas, literarias o científicas, sanciona una serie de conductas, todas ellas lesivas de derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, con la pena de multa de 100.000 a 4.000.000 de las antiguas liras. Esta pena se ve aumentada a la reclusión hasta un año o multa no inferior a un millón de liras si los delitos se realizan sobre una obra no destinada a ser publicada o con usurpación de la paternidad, con deformación, mutilación u otra modificación de la obra misma, en el caso de que resultasen ofendidos el honor o la reputación del autor.

Conforme a esta regulación, cualquier comportamiento que consista en reproducir o poner en circulación ejemplares de obras protegidas contrariamente a lo establecido por la Ley, y sin consentimiento del titular de los derechos, podrá constituir un delito contra la propiedad intelectual. Pero otros comportamientos de infracción de los derechos de propiedad intelectual, como los que supongan la infracción de los derechos morales de autor sin que se afecten los de explotación, no podrán ser protegidos por vía penal¹⁵⁹.

Y es que en Italia, de forma similar a lo que ocurría en Alemania, lo esencialmente protegido por vía penal son los derechos de explotación exclusiva. Los derechos morales de autor no tienen una defensa penal autónoma, y su protección por vía penal es secundaria y subsidiaria de la

¹⁵⁸ Vid. Ley N.º 633 de Protección del Derecho de Autor y de otros derechos relacionados con su ejercicio (Estatuto del Derecho de Autor), de 22 de abril de 1941, con sus modificaciones hasta el 16 de noviembre de 1994, en http://www.wipo.int/clea/docs_new/en/it/it001en.html.

¹⁵⁹ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., pp. 180 y 181.

protección de los derechos de explotación, bien jurídico principalmente protegido.

Así el alcance del derecho moral en el derecho italiano, protege la personalidad del autor que es la manifestación que forma parte de su objeto de protección. La relación entre el autor y la obra tampoco es una relación legal meramente patrimonial pero deviene en los intereses de la personalidad, que tiene un origen antiguo. El problema ya se había debatido en el derecho romano, que protegía los derechos de propiedad literaria como el derecho de la personalidad, con el ejercicio de la *actio iniuriarum*¹⁶⁰.

En cuanto a los restantes preceptos, todos ellos centran su protección en los derechos de explotación exclusiva, sin hacer referencia a la infracción de los derechos morales de autor. Así, el artículo 171 bis castiga a quien comercializa programas de ordenador, o a quien comercializa programas contenidos en soportes no firmados por la SIAE (Sociedad Italiana de Autores y Editores), así como a quien comercializa medios destinados a la supresión de dispositivos para la protección de programas de ordenador, con la pena de seis meses a tres años y la multa de cinco a treinta millones de liras.

Los demás preceptos tipifican supuestos específicos, por razón del objeto o de los medios o modalidad de conducta, de lesión o puesta en peligro de los derechos de explotación de propiedad intelectual. Lo mismo ocurre con los artículos 171 y siguientes de la Ley italiana de Derechos de Autor y Derechos Conexos, que protegen otros aspectos de los derechos de autor y los derechos conexos.

iii) Portugal

En Portugal, el Código de Derechos de Autor y de Derechos Conexos¹⁶¹, incluye en su Título IV los delitos de usurpado (artículo 195);

¹⁶⁰ PIOLA CASELLI, *Trattato di diritto di autore e del contratto di edizione*, Digesto Italiano, T. III, Turin, 1927, p. 676, citado en SOMMER SILENZI, Christián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 53.

¹⁶¹ Vid. Código de Derechos de Autor y de Derechos Conexos, aprobado por decreto-ley N.º 63/85 de 14 de marzo y reformado por las leyes 45/85 de 17 de diciembre y 114/91 de 3 de septiembre, y por los

contrafaccdo (artículo 196); violacdo do direito moral (artículo 198) y aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada (artículo 199).

Se trata, pues, de una completa definición penal del ámbito de lo injusto. Sin embargo, la precisa descripción de lo prohibido supone que se protegen por vía penal tanto los derechos de explotación exclusiva del autor, y restantes titulares de derechos conexos, como los derechos morales del autor y del artista intérprete, al ser delictivas tanto aquellas conductas que afecten conjuntamente a los derechos morales y patrimoniales como la divulgación no autorizada de una obra o el plagio integral, que darán lugar a la aplicación de los delitos de “usurpado” o “contrafaccdo”, como incluso aquellos comportamientos que únicamente afecten a los derechos morales de paternidad e integridad y que constituirán una “violado do direito moral” del artículo 198 del Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, cuando se afecte a la honra o reputación del autor.

iv) Grecia

En Grecia, la ley N.º 2.121/1993¹⁶², revisada por la N.º 3.057/2002 reguladora de los derechos de autor, señala en su artículo 66 que: *“Cualquier persona que, en contra de lo previsto por esta ley o por las leyes que ratifiquen convenciones internacionales multilaterales de protección del derecho de autor, ilegalmente realice una fijación de una obra o de sus copias, la reproduzca directa o indirectamente, temporal o permanentemente en cualquier forma, en todo o en parte, la traduzca, adapte, altere o transforme, o la distribuya para el público por medio de venta o por otros medios, o la posea con la voluntad de distribuirla, la alquile, la comunique públicamente, la emita en radio o televisión o en otros medios de comunicación, comunique al público la obra o la copia por cualquier otro medio, importe copias de una obra producida ilegalmente sin el consentimiento del autor y, en general, explote la obra, reproducción*

decretos-ley 332/97 y 334/97 de 27 de noviembre, y más recientemente por la Ley n.º 50/2004, Transposición de la Directiva N.º 2001/29/CE, en

http://www.uaipit.com/files/documentos/pdf/0000005685_codigo_direito_de_autor_2004.pdf

¹⁶² Vid. Ley N.º 2121/93, derecho de autor, derechos conexos y asuntos culturales, en http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/gr/gr001en.pdf

o copia que sean objeto del derecho de autor o atente contra el derecho moral del autor de decidir libremente sobre la publicación y la presentación al público de la obra íntegra del autor, podrá ser condenado a pena de prisión de no menos de un año y de multa de 2.900 a 15.000 euros”.

A este precepto hay que añadir el parágrafo segundo del artículo 66, dedicado a la protección por vía penal de los derechos conexos, que también utiliza la técnica de describir ampliamente los comportamientos típicos tratando de abarcar cualquier ilícito contra la propiedad intelectual.

Conforme a lo visto, pues, en Grecia, y de modo similar a lo que ocurría en Portugal, no existe una remisión, para la definición de lo injusto penal, al ámbito de lo meramente ilícito civil, puesto que se definen en los preceptos penales los comportamientos típicos y los objetos protegidos. Se trata, sin embargo, de una definición de lo prohibido tan amplia que supone, prácticamente, que cualquier infracción de los derechos de autor y de los derechos conexos constituya, además, delito contra la propiedad intelectual.

v) Inglaterra

Desde hace ya mucho tiempo las distancias conceptuales existentes entre el “copyright” y el derecho de autor fueron en el devenir del tiempo, salvadas mediante la elaboración de soluciones normativas afines. Sin embargo, a partir de 1988, el Copyright Act, diseños y patentes del Reino Unido (que es su armazón legal) ha dotado a aquella noción de contornos que la distinguen de modo pronunciado respecto de su equivalente en el derecho continental.

Dicha Ley comprende en el término “autor” a todo aquel que se halle involucrado en la creación o explotación de los trabajos que la misma protege. Esto justifica que en el Reino Unido se insinúe que “autor”, no es meramente el beneficiario del derecho de autor sino se trata de un giro cuyo significado técnico se ha diluido a partir de 1988, siendo ahora

utilizado por una mera utilidad lingüística¹⁶³.

Pues bien, aunque el sistema de regulación de las creaciones del ingenio en Inglaterra, el copyright, es esencialmente distinto del sistema de la propiedad intelectual imperante en Europa continental, sin embargo, las diferencias entre uno y otro sistema apenas afectan al ámbito penal, puesto que en un caso y otro el Ordenamiento criminal es subsidiario del civil, dado que éste define y reconoce y el otro protege lo reconocido castigando parte de lo ilícito.

Visto esto, y dado que en el presente epígrafe se comparan dos modelos de tipificación legislativo, hay que ver cómo en Inglaterra, la remisión del ámbito penal al ámbito de definición civil se asemeja más al modelo alemán que al francés. En efecto, en el capítulo VI de la Copyright Act¹⁶⁴ los artículos 107 y 108 definen profusamente todos los comportamientos que suponen la responsabilidad penal de quien los realiza. El artículo 107 define como comportamientos que constituyen ilícito penal sancionable con penas de multa o prisión, los siguientes realizados sobre las obras protegidas y sin licencia del propietario del copyright: la realización de una venta o contrato; las importaciones en el Reino Unido para uso distinto del privado o doméstico; la posesión para la realización de negocios o para infringir los derechos de propiedad literaria; vender, permitir el contrato, ofertar o exponer para la venta o el contrato o exhibir la obra al público; y distribuir, en objeto distinto del de un negocio, una obra sabiendo que es o teniendo razones para saber que la misma es objeto de derechos de propiedad intelectual, de forma que perjudique al propietario del derecho.

También realiza un ilícito penal, conforme al mismo precepto en su apartado segundo, quien produce un artículo específicamente diseñado para copiar ilícitamente obras del ingenio, o quien lo posee sabiendo o teniendo suficientes razones para saber que será usado para la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Por último, el apartado 3 del citado artículo define como ilícito

¹⁶³ Cfr. PHILLIPS, Jeremy, "The Concept of author in Copyright – some reflections on the basis of copyright law in the United Kingdom", *Copyright Magazine*, Ginebra, Suiza, año 26 n.º 1, enero 1990, citado en SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 61.

¹⁶⁴ Vid. <http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=2250249>.

penal la infracción del copyright consistente en la comunicación pública de un trabajo literario, dramático o musical o la interpretación o comunicación pública de una grabación sonora o audiovisual, siempre que la persona que permite la comunicación pública supiese o pudiera saber que el derecho de copyright podía verse vulnerado. Así, pues, el legislador inglés ha tipificado expresamente los comportamientos de infracción de la propiedad intelectual que considera delictivos y a los que asigna (artículo 107 apartado 4 y ss.) distintas penas según la gravedad de los mismos.

De todos modos, la referencia casi constante de la Copyright Act a que los hechos resultan delictivos tanto si se realizan con conocimiento de que el objeto sobre el que se realiza la conducta está protegido, como sin dicho conocimiento pero *“pudiendo saber que el derecho de copyright podía verse vulnerado”*, conlleva una importante ampliación del ámbito delictivo, dado que no sólo se sancionará el comportamiento realizado con conocimiento de la ilicitud, sino también el realizado con falta de diligencia en la adquisición de dicho conocimiento.

Una vez vistos tanto el modelo francés como el alemán, hay que concluir que, a pesar de que ambos tienen sus ventajas e inconvenientes, no puedo más que decantarme por el modelo alemán. Y eso a pesar de la ventaja que supone el hecho de que en el modelo francés, las modificaciones legislativas para actualizar la norma a los tiempos tecnológicos, sólo deba realizarse en la normativa civil, no siendo así necesario en la norma penal.

Sin embargo, a mi parecer, siempre habrá un cierto riesgo de solapamiento entre la norma civil y penal en las legislaciones del modelo francés, lo cual puede crear confusión y hace que la línea que separa el ilícito civil del penal sea demasiado fina y en ocasiones difusa. Algo contraproducente para la legislación de cualquier país.

Por el contrario, en el modelo alemán la delimitación del ámbito civil y del penal queda más claramente delimitado. Y al contrario de lo que pudiera pensarse, no necesariamente debe modificarse la normativa penal siempre que lo haga la civil, para adaptarse a los cambios tecnológicos. Así se utilizan en este tipo de legislaciones, términos normativos que se interpretan conforme a la normativa civil, por lo que en ocasiones es

suficiente con que la modificación se realice en dicha normativa civil.

C. Otros estados no comunitarios

Una vez analizados los dos modelos legislativos principalmente seguidos en Europa, parece conveniente realizar unas breves referencias a las legislaciones de otros países no comunitarios, a fin de obtener una visión más amplia del espectro normativo en materia de protección de datos.

i) Estados Unidos

En Estados Unidos así como en muchos otros países, los derechos de autor se establecen en el momento en que ese trabajo ha sido creado y fijado en algún soporte tangible, en papel, en un grabador, en vídeo, o en un disco de computadora. No es necesario que el autor proclame o registre los derechos de autor pues éstos están provistos automáticamente por la ley. Para cualquier trabajo creado después del 1 de enero de 1978, los derechos de autor duran toda la vida del autor, más cincuenta años; o si en la creación del trabajo hay más de una persona involucrada, dura toda la vida de todos los autores más cincuenta años después de la muerte del último autor; o si el autor es desconocido, usó un seudónimo o trabajó empleado por alguien (trabajo "en alquiler"), 75 años después del año de su primera publicación o cien años después de la creación, lo que suceda primero de ambos acontecimientos. Los trabajos creados antes de 1978 se rigen por distintas reglamentaciones. Sin embargo, éstas no se aplican a la discusión de inversiones en software para PC.

Los derechos de autor otorgados no necesitan ser registrados ante el gobierno, sin embargo muchos trabajos son hoy registrados por sus autores. El registro le permite al autor entablar acción judicial a quien infrinja el derecho de autor (hacer una copia ilegal) y percibir indemnizaciones así como los aranceles de los abogados por parte del

infractor.

Las leyes de los Estados Unidos que cubren la administración de la propiedad intelectual se plasman en el Acta de Copyright de los Estados Unidos (United States Copyright Act), Títulos 17 y 18 del Código de los Estados Unidos (United States Code). La Sección 106 mantiene el derecho de reproducir el trabajo cubierto por la ley de copyright, y el propietario del copyright tiene derechos exclusivos para distribuir copias. Estas leyes cubren al software desde el momento de su creación, y prohíben la copia de software sin el permiso del propietario de la propiedad intelectual. La ley habilita a los propietarios del software a cobrar los daños de cualquiera que violase los derechos exclusivos del propietario del copyright.

La violación de "infracción", que está cubierta en la sección 501 del Título 17, incluye la responsabilidad por los daños sufridos, más las ganancias que haya obtenido quien infringió la norma, que sean atribuibles al copiado o daños legales hasta 10.000\$ por cada trabajo infringido. Si el copiado se ha hecho voluntariamente y para el propósito de ventaja comercial o ganancia financiera privada, esta violación, se convierte en crimen federal que puede acarrear penalidades criminales de hasta 25.000\$ y hasta cinco años de cárcel.

En 1964 la Oficina de Copyright de los Estados Unidos comenzó a registrar al software como una forma de expresión literaria. El Acta de Copyright fue reformada en 1980 para explícitamente incluir programas de software para computadoras. Hoy, de acuerdo al Título 17 del Código de los Estados Unidos, es ilegal hacer o distribuir copias de material con registro de propiedad intelectual sin autorización. En 1990, el Congreso aprobó el Acta de Reformas de alquiler de software, que prohíbe la renta comercial, leasing o préstamo de software sin el consentimiento expreso escrito del propietario de la propiedad intelectual. A fines de 1992, el Congreso aprobó una reforma al Título 18, Código de los Estados Unidos, instituyendo penalidades criminales por la violación de la propiedad intelectual del software.

La ley de los Estados Unidos prohíbe la duplicación de software para su venta, haciendo copias múltiples o instalaciones para su uso por

diferentes usuarios en una organización, y entrega de copias sin autorización a otro individuo. Si fuera sorprendido con software pirateado, el individuo o compañía será juzgado bajo las leyes civiles y criminales¹⁶⁵.

En cuanto a las Ofensas delictivas (17 U.S.C § 506), sé penaliza cualquier persona que infringe un derecho de propiedad literaria intencionalmente:

- 1) para los propósitos de ventaja comercial o ganancia financiera privada,
- 2) por la reproducción o distribución, incluyendo por medios electrónicos, durante cualquier periodo de 180 días, de una o más copias de obras registradas. Se castigará dichos hechos bajo la Sección 2319 de título 18, del Código de Estados Unidos. Para los propósitos de esta subdivisión, la evidencia de reproducción o distribución de un trabajo propiedad registrado, por sí mismo, no será suficiente establecer infracción voluntariosa.
- 3) cualquier persona que, con intento fraudulento, imprima en cualquier artículo un aviso de derechos de propiedad literaria o palabras del mismo significado que dicha persona sabe que es falso, o con intento fraudulento, públicamente distribuye o importa para la distribución pública cualquier artículo que lleva tal aviso, se multará con una pena de no más de 2,500\$.

Cuando se trata de una infracción delictiva de un Derecho de propiedad literaria (18 U.S.C. 2319), el Código de los Estados Unidos, prevé para los tipos de violación al derecho de autor, en especial en lo relativo a la distribución y reproducción de propiedad intelectual, penas que van entre los 3 a 10 años, y multas de hasta 25.000\$. En caso de reincidencia las multas pueden sumar un máximo de 50.000\$. En lo que respecta a el fraude por autorización de obras ajenas, prevé penas pecuniarias de entre 10.000\$ y 25.000\$ aproximadamente, según el valor de las obra defraudada y el número de copias y fonogramas (phonorecords) realizadas. Podrán ser sujetos pasivos: productores y vendedores de trabajos legítimos afectados por conducta involucrada en la ofensa; los poseedores de derechos de propiedad intelectuales; y los

¹⁶⁵ Cfr. PALLAS LOREN, Lydia, *Digitization, Commodification, Criminalization, The Evolution of Rights of literary property, The infraction and the Importance of the Requirement of Forethought*, 77 *Laundry*, U.L.Q. 835, 879 (1999), citado en SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 57.

representantes legales de tales productores, vendedores, y poseedores.

Aunque existen remedios civiles que pueden proporcionar compensación a la propiedad intelectual vulnerada, las sanciones por actividades delictivas se garantizan a menudo para asegurar el castigo suficiente y la disuasión de actividad injusta. De hecho, porque las violaciones de derechos de propiedad intelectual involucran a menudo pérdidas de recursos tangibles y, para algunos de estos crímenes, no requiere ningún contacto directo ni siquiera con el poseedor de los derechos, el poseedor de los derechos no sabe a menudo que es una víctima hasta las actividades de un demandado se identifica específicamente y se investiga¹⁶⁶.

El Congreso de los EE.UU. ha extendido continuamente y fortalecido leyes delictivas específicamente para las violaciones de derechos de propiedad intelectual asegurándose que esas violaciones no sean meramente una forma de hacer negocio para los demandados.

Los delitos contra los derechos de marcas de fabricación falsas están fijados en el título 18 U.S.C. § 2320; y a su vez la infracción delictiva de la propiedad intelectual registrada está fija en el título 17 U.S.C. § 506(a) y 18 U.S.C. § 2319¹⁶⁷. Mientras la protección de los derechos de propiedad literaria exista desde el tiempo de la creación de un trabajo¹⁶⁸, pueden darse acciones contra la infracción, sólo con respecto a los trabajos que han sido registrado en el Registro Derechos de propiedad literaria 17 U.S.C. §§ 411, 412; o desde que este requisito se reconoce como una formalidad¹⁶⁹.

En relación a los elementos de infracción del Derechos de propiedad literaria Hay que señalar que son cuatro. Para que configure el delito previsto en 17 U.S.C. § 506(a) y 18 U.S.C. § 2319, el gobierno debe demostrar que existe: un derecho de propiedad literaria, Sección III.B.1.; que fue infringido por el demandado por reproducción o distribución del

¹⁶⁶ Cfr. COBLENTZ, Michael, *Crímenes de Propiedad Intelectuales*, Ciencia & Tecnología, 1999, p. 235.

¹⁶⁷ Cfr. RASKIN, Jeffery, "Intellectual property crimes", en www.allbusiness.com, 1 de julio de 2001.

¹⁶⁸ Vid. Pittway S.A. v. Fiable Alarma Mfg. S.A., 164 U.S.P.Q. 379, 380, E.D.N.Y. 1969. "...el retraso obtenido del certificado de derechos de propiedad literaria no afecta la validez de un derecho de propiedad literaria, cuando el trabajo se ha publicado con un apropiado aviso del derechos de propiedad literaria".

¹⁶⁹ Vid. Tejidos de Primcot v. Kleinfab S.A., 368 F. Supp. 482, 484. S.D.N.Y., 1974.

trabajo registrado, Sección III.B.2.; que el demandado actuó intencionalmente, Sección III.B.3.; y que el demandado infringió 10 copias de uno de los trabajos de propiedad registrados por lo menos con un valor total de más de 2,500\$. Sección III.B.4.

La infracción por reproducción puede ser claramente establecida por evidencia directa de copiar. Sin embargo, desde la infracción real del trabajo propiedad registrado no es a menudo comprobable en casos de reproducción. La evidencia circunstancial puede usarse para demostrar que el demandado tenía acceso al trabajo propiedad registrado y el trabajo de ese demandado es substancialmente similar al material propiedad registrado.

Así mismo en cuanto al dolo u error de hecho o derecho, el Senador Hatch, Presidente del Comité Judicial del Senado ha expresado que¹⁷⁰:

“El Gobierno no debe demostrar que el demandado conocía o no, el derechos de propiedad literaria. Particularmente en casos de infracción clara, la norma de premeditación debe satisfacerse si hay prueba adecuada que el demandado actuó con descuido de los derechos de propiedad literaria. En tal circunstancias, una ignorancia proclamada de la ley no debe permitir el infractor para escapar convicción”.

Por último, en cuanto a la Propiedad Intelectual Digital, hay que señalar que Estados Unidos es el país más avanzado en cuanto a legislación digital. Después de la Digital Millenium Copyright Act¹⁷¹, que tardó cuatro años en ser aprobada por el Congreso norteamericano, la controversia se vuelca ahora sobre la UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act)¹⁷², un proyecto de ley que regula los contratos relacionados con la información digital. Es una ley que debe ser aprobada de forma individual por las cámaras legislativas de los cincuenta estados, pero cuyas implicaciones van mucho más allá del ámbito geográfico estatal. De alguna forma, pretende proporcionar un código normativo unificado que proteja las transacciones que involucren intercambios de programas e información.

¹⁷⁰ Vid. 143 Cong. Rec. S12689. 1997. (citando Mejilla v. Estados Unidos, 498, 192- 1991).

¹⁷¹ Vid. www.hrrc.org/JB-Memo.html.

¹⁷² Vid. www.badsoftware.com/uccindex.html.

Es además conveniente mencionar la adopción en los Estados Unidos en 1994 del Acta Federal de Abuso Computacional (18 U.S.C. Sec.1030) que modificó la Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act (ley sobre el ardid de acceso ilegítimo, fraude y abuso mediante computadoras) de 1984, que sanciona con multas y prisión al usuario de computadoras que mediante un acceso ilegítimo, obtenga información de carácter restringido¹⁷³.

ii) Colombia

La ley 44 de 1993, modificó parcialmente el vigente estatuto del derecho de autor en Colombia (ley 23 de 1982). El capítulo IV de la ley, regula las sanciones a la violación del derecho de autor colombiano. Así mismo se da protección al derecho de autor en el art. 61 de la Carta Política y en el art. 671 del Código Civil. En cuanto a la protección del software, dicho capítulo prescribe la protección del mismo. Así el art. 51 establece que *“Incurrirán en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales”*: quien publique una obra literaria (soporte lógico) o parte de ella, por cualquier medio, sin la autorización previa y expresa del titular del derecho; quien inscriba en el registro de autor un soporte lógico a nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, mutilado o mencionando falsamente el nombre del productor; y quien reproduzca soporte lógico sin autorización previa y expresa del titular, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución o suministre a cualquier título dicha reproducción.

El art. 52 de la ley tipifica por su parte otras conductas con una pena menor que oscila entre 1 a 4 años. Además, algo interesante a destacar es que la legislación colombiana, a diferencia de otras analizadas, establece expresamente los criterios para evaluar los perjuicios ocasionados por la comisión de los delitos tipificados. El art. 57, regula la tasación por la cual

¹⁷³ Cfr. VITTONI, Carlos, *Software, Microchip y computadoras en la ley norteamericana*, Derechos Intelectuales, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, citado en SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 60.

se medirán dichos perjuicios: a) el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización; b) el valor que hubiese percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación; c) el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita. Sin duda esta aplicación tendrá efectos importantes en las sentencias condenatorias y evitará darle aplicación al artículo 107 del Código Penal, el cual se aplica cuando no existe cuantificación procesal en lo relativo a los perjuicios materiales¹⁷⁴.

iii) Brasil

Aunque los principios básicos de la protección al Derecho de Autor hayan sido consagrados en Brasil a partir de la inauguración de los cursos jurídicos en el país en 1827, la primera ley sobre derecho de autor, que data también del siglo pasado, fue promulgada el 18 de enero de 1898, bajo el número 496, y se refería a la protección de las obras nacionales, de autoría del Diputado Medeiros e Albuquerque. Dicha ley fue modificada el 17 de enero de 1912, extendiendo la protección también a las obras extranjeras, sufriendo posteriormente nuevas modificaciones con fecha 12 de julio de 1928, por iniciativa del entonces Diputado Getúlio Vargas.

Los códigos penales de 1890 y 1930, como asimismo el Código civil de 1916, contenían disposiciones específicas sobre la materia; todo ello derivado al igual que el resto de los países latinoamericanos, de una concepción europea de codificación civil en materia legislativa. La mayoría de los países de América Latina extrajeron y plasmaron en sus códigos las experiencias europeas del siglo XIX.

El derecho de autor fue protegido por ley 5988 de 1973 y 87.646 de 1987, donde había una definición y clasificación del derecho de autor. Además había cierta dificultad en encuadrar el programa de ordenador entre las obras literarias, artísticas o científicas, cuyos derechos si eran tutelados. Mas que documentos utilizados en ordenadores, constituidos por palabras o símbolos para expresar datos o ideas, puedan ser

¹⁷⁴ Cfr. RENGIFO GARCIA, Ernesto, "El software y su protección jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XV, n.º 50, Universidad Externado de Colombia, mayo-agosto de 1993.

considerados "*obras intelectuales*"¹⁷⁵.

La denominación de propiedad intelectual que regula los derechos de autor brasileños está plasmada en la actual ley n.º 9.610/98 y estipula en su art. 7 un número considerable de los casos protegidos como propiedad intelectual, compuesta por XIII incisos. En lo que se refiere al software, le confiere la calidad de creación intelectual y como tal es tutelado por el derecho de autor. Así expresa en su último apartado: "*Son obras intelectuales protegidas las creaciones del espíritu, expresadas por cualquier medio o fijadas en cualquier soporte, tangible o intangible, conocido o que sea inventado en el futuro, tales como: 1º Los programas de ordenador son objeto de legislación específica, obedecidas las disposiciones de esta Ley en lo que les sea aplicable.*"

Si bien la protección de los programas de ordenador está descrito en el apartado 1.º del art. 7, la regulación legal de la protección del derecho de autor que tiene como objeto la informática, está estipulada en la ley 9.609 de 1998. Su protección penal está descrita en el Capítulo V de dicha ley.

El art. 12 de la ley 9.609, según su redacción, trata de una norma penal en blanco o de un carácter general, por lo que el núcleo del tipo penal puede ser encontrado más en la definición que hace la ley 9.610/98. La conducta sólo será punible penalmente de forma dolosa, pues no existe previsión de forma culposa para estos delitos.

En los capítulos II y III del Título III se reconoce la doble naturaleza de los derechos: morales y patrimoniales, ratificándose de esta manera que Brasil está alineado con la doctrina franco-germana del *droit d'auteur*. Entre los derechos morales, que son considerados inalienables e irrenunciables, se encuentran los derechos de paternidad, de integridad, de modificación, de divulgación, de arrepentimiento y de acceso al ejemplar único de la obra para preservación de su memoria. En el caso de las obras audiovisuales, el ejercicio de los derechos morales es atribuido exclusivamente al director. Con relación a los derechos patrimoniales, la Ley reconoce al autor el derecho exclusivo de utilización, usufructo y

¹⁷⁵ Cfr. FERREIRA, Ivette Senise, *La criminalidade informática. Direito e Internet. Aspectos Jurídicos relevantes*, Edipro Sao Paulo, Brasil, 2000, citado en SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 68.

disposición de las obras creadas, dependiendo de su autorización previa.

Las sanciones establecidas por Ley 9.610 son solamente de carácter civil, toda vez que las penales en virtud de la violación de los derechos de autor están consagradas en un capítulo específico del Código Penal.

iv) Chile

La legislación chilena protege el derecho de autor, mediante la ley 17.336¹⁷⁶. El art. 1 protege *“Los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*.

Dentro de la normativa chilena, este artículo es de importancia, ya que establece el régimen de adquisición de los derechos de autor, como asimismo se encarga de delimitar la aplicación de la ley. La ley protege los derechos por el solo hecho de crear la obra. A su vez, la legislación, protege los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra¹⁷⁷.

El Capítulo II, mediante el enunciado de *“controversias y sanciones”* estipula entre el art. 78 al 81, las penas por la violación de los derechos de autor. Así el artículo 78 dispone que las infracciones a esta ley serán sancionadas con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales.

En el artículo 79 se recoge que cometen delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales: *“a) Los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18; b) Los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos*

¹⁷⁶ Vid. http://pedch.ulagos.cl/archivos_flash/Ley_17336.pdf

¹⁷⁷ Cfr. SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 71.

conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II de esta ley; c) Los que falsifiquen obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas o las editen, reproduzcan o vendan ostentando falsamente el nombre del editor autorizado suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto; d) Los que, obligados al pago de retribución por derecho de autor o conexos derivados de la ejecución de obras musicales, omitieren la confección de las planillas de ejecución correspondiente; e) Los que falsificaren o adulteraren una planilla de ejecución.”

Por su parte en el artículo 80 se dispone que cometen, asimismo, delitos contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso: *“a) Los que falsearen el número de ejemplares vendidos efectivamente, en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50, serán sancionados con las penas establecidas en el artículo 467 del Código Penal; b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales.”*

Y por último, en el artículo 81 se recoge que los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia: *a) “El que a sabiendas publicare o exhibiere una obra perteneciente al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea del verdadero autor, será penado con una multa de dos a cuatro sueldos vitales anuales...”*

Los ilícitos en la red pública “Internet” son un punto que aún carece de normas legales específicas en Chile, por tanto, las responsabilidades que recaen en los proveedores de acceso, proveedores de sitios o almacenamiento y los proveedores de contenido, basándose en las normas expuestas dentro del código civil y el código penal, ya que este sistema no queda comprendido en la ley 18.168 de 1982 sobre las Telecomunicaciones. Pero lo que sí ha hecho Chile por el momento, es dictar normas que tienden a castigar, tanto al sabotaje como el espionaje

informático que fueron tipificados en la ley 19.223, promulgada con fecha 28 de mayo de 1993.

v) Argentina

En ocasiones es frecuente que los códigos penales establezcan que las disposiciones generales de los delitos contra los derechos de autor se aplican a todos los delitos previstos por las leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario, y tal es el caso conforme a lo establecido en el art. 4 del Código Penal Argentino. Estas leyes especiales pueden ser leyes permanentes o transitorias e incluso ampliatorias del Código Penal. Sin embargo, la regla del art. 4 del Código Penal Argentino, no comprende a las leyes especiales incorporadas en el Código, sino sólo a las no incorporadas. No rige para las leyes complementarias, puesto que dichas leyes ya son materia del Código¹⁷⁸. Así pues los requisitos exigidos en Argentina para que exista una tutela penal son: que se trate de una obra protegida, que la utilización no esté prohibida por los tipos prescriptos en el derecho de autor y derechos conexos, que el plazo de protección no haya caducado, que exista dolo por parte del sujeto activo y que haya ánimo de lucro.

La protección penal de los derechos de autor en la ley argentina se plasma en la ley 11.723, con sus sucesivas reformas, entre los art. 71 al 74. Así en primer lugar estaría la "Defraudación de los derechos intelectuales" en el art. 71: "*Será reprimido con la pena establecida por el Art. 172 del código penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley.*"

El artículo en cuestión es considerado por la doctrina como un tipo penal abierto, puesto que utiliza el vocablo "defraudación" a toda violación de los derechos de autor protegidos por la ley 11.723 y sus modificaciones. Ahora bien, en sus comienzos, se interpretó que la definición "defraudación" a que hace alusión la ley, incluía un tipo penal de derecho común y que el término era usado en el sentido jurídico del vocablo. Más tarde esta posición varió y en tal sentido esto se refleja con

¹⁷⁸ Cfr. SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit.

mayor nitidez hacia 1980 con una sentencia sobre reproducción y venta sin autorización.

Por su parte el art. 72 establece: *“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) el que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes; b) el que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto; c) el que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto; d) el que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados.”*

Respecto a los delitos intelectuales de tipo fonográficos, la ley 23.741, que modifica la ley 11.723, no define al fonograma ni a su productor, ni establece regulación respecto de ellos. Se limita a reemplazar el art. 1.º (la expresión disco fonográfico) por la palabra *“ fonograma”*, de la ley 11.723 y su decreto reglamentario y a establecer en el art. 2.º el régimen de tutela penal. La definición del mismo se puede extraer de los convenios e instrumentos internacionales existentes al respecto. El Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de fonogramas, prescribe en su art. 1.º: *“... se entenderá por fonograma, toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución u otros sonidos”*¹⁷⁹.

Además, el único derecho específico que la ley incorpora para los productores de fonogramas, es la reproducción no autorizada, resultando significativo, que no se haya modificado el art. 73 inc. B que reprime la ejecución pública no autorizada de obras musicales, que incluye la música grabada.

En cuanto al art. 72 Bis, establece que: *“Será reprimido con prisión de un mes a seis años: a) el que con fin de lucro reproduzca un fonograma sin autorización por escrito de su productor o del licenciado del productor*

¹⁷⁹ Vid. Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no Autorizada de Fonogramas, Ginebra, 1971, en www.ompi.org.

(aquí lo que se protege es el derecho del productor o su licenciatario, de que se le solicite su autorización escrita para la reproducción del fonograma); b) *el que con el mismo fin facilite la reproducción ilícita mediante el alquiler de discos fonográficos u otros soportes materiales; c) el que reproduzca copias no autorizadas por encargo de terceros mediante un precio; d) el que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que vincule comercialmente con un productor legítimo; e) el que importe la copias ilegales con miras a su distribución al público.*"

En cuanto a los delitos intelectuales respecto obras teatrales y musicales, los artículos 73 y 74 se presentan como casos de usurpación de la calidad del autor, ya sea en los casos del art. 73 inc. a (representación pública ilícita) y b (ejecución pública ilícita) o del art. 74 (atribución indebida de autor).

El art. 73 establece que *"Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año o multa de \$100 a 1000 m/n. destinada al fondo de fomento creado por esta ley: a) el que representare o hiciere representar públicamente obras teatrales o literarias sin autorización de sus autores o derechohabientes; b) el que ejecutare o hiciere ejecutar públicamente obras musicales sin autorización de sus autores o derechohabientes."*

Para que se configure el delito debe tratarse de obras adaptadas al espectáculo público, cualquiera que sean sus manifestaciones y en donde no se dé el consentimiento del autor de la obra o sus derechohabientes. Los sujetos activos de estos delitos pueden ser todas personas que no han cumplido con la debida autorización requerida para la ejecución o representación de la obra ya sea teatral, literaria o musical¹⁸⁰.

En el art. 74 se dispone que *"Será reprimido con prisión de 1 mes a 1 año o multa de \$100 a 1000 m/n. destinada al fondo de fomento creado por esta ley, el que atribuyéndose indebidamente la calidad de autor, derechohabiente o la representación de quien tuviere derechos, hiciere suspender una representación o ejecución pública lícita."*

Respecto a los delitos intelectuales sobre el software y dada su

¹⁸⁰ Cfr. SOMMER SILENZI, Cristián G., *El derecho de autor...*, ob. cit., p. 30.

importancia, es comentado de forma separada de la normativa analizada sobre las penas, por constituir un objeto de estudio, que a la hora de su tipificación, puede ser aplicado en varios de los artículos sobre las penas establecidas por la ley 11.723.

Además, es de reseñar que el derecho de uso personal o *fair use* es permitido, con ciertas condiciones establecidas por la ley, e importa una clara limitación a la protección del derecho de autor, en especial al goce de la explotación económica de la obra violada. Así la ley n.º 11.723 sobre derecho de autor argentino, en su art. 10, sostiene que:

“Cualquiera puede publicar con fines didácticos o científicos, comentarios, críticas o notas referentes a las obras intelectuales incluyendo hasta mil palabras de obras literarias o científicas u ocho compases en las musicales y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto. Quedan comprendidas en esta disposición las obras docentes, de enseñanza, colecciones, antologías y otras semejantes. Cuando las inclusiones de obras ajenas sean la parte principal de la nueva obra, podrán los tribunales fijar equitativamente en juicio sumario la cantidad proporcional que le corresponde a los titulares de los derechos de las obras incluidas”.

Y por último, en relación a la legislación internacional que se encuentra vigente en Argentina, se puede mencionar entre las más importantes: Ley 13.585 de 1949, que incorpora el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística de 1910; Decreto ley 12.088 de 1957, que incorpora la Convención Universal sobre derecho de autor, firmada en Ginebra en 1952; Ley 17.251 de 1967, que incorpora la Convención de Berna para la Protección de las obras Literarias y Artísticas; firmada en Berna en 1886 y reformada en Bruselas en 1948; Ley 19.963 de 1972, que incorpora la Convención para la Protección de los Productos Fonográficos contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, firmada en Ginebra en 1971; Ley 22.195 de 1980, que incorpora el Convenio de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), firmado en Estocolmo en 1967¹⁸¹.

¹⁸¹ Cfr. Idem, p. 41.

vi) Méjico

Durante la época colonial de Méjico, fue poco importante la historia del derecho de autor. La Nueva España recibía los efectos de las disposiciones tomadas por las autoridades reales en la metrópoli. El control de la publicación de libros era estricto y mucho más la introducción de obras. La Constitución de Apatzingan (1814), primera de Méjico independiente, sólo proclamaba la libertad de publicar obras sin ningún tipo de licencia o censura previas. Al proclamar la Libertad de expresión y de imprenta, entrega a los creadores intelectuales y artísticos el elemento ambiente indispensable para su productividad: la libertad¹⁸².

En la actualidad los principales ordenamientos que regulan la Propiedad Intelectual en Méjico son: Ley Federal del Derecho de Autor [LFDA] (D.O. 24-XII-96 entrando en vigor el 24-III-97, reformado D.O. 18-V-97 y D.O. 23-VII-03); Título Vigésimo Sexto del Código Penal (D.O. 24III96, reformado D.O. 19V97); Código Civil Federal; Ley de la Propiedad Industrial; Tratados de Libre Comercio; Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas; Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Hay que señalar que la ley de derecho de autor de Méjico (LFDA), que fuera redactada en 1996 y entrara en vigor al año siguiente, se ajusta en todas sus partes a los tratados internacionales, en especial las disposiciones del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. La ley establece principios generales y situaciones específicas para las obras fotográficas, plásticas y de grabación, así como para las obras cinematográficas y audiovisuales. En estas obras el director es considerado titular de los derechos morales y sin perjuicio del derecho de autor, el productor puede llevar a cabo todas las acciones necesarias para la explotación de obras audiovisuales¹⁸³.

En cuanto a los tipos delictivos que tutelan los intereses patrimoniales de los titulares del derecho de autor, están previstos en los

¹⁸² Vid. www.miexamen.com/apuntes.htm.

¹⁸³ Cfr. LARREA RICHERAND, Gabriel, "La nueva ley de derecho de autor en México", *Boletín de Derecho de Autor*, Vol. 32, n.º 4, Editorial UNESCO, Francia, octubre - diciembre, 1998.

artículos 424, 425, 426, 428 y 429 del título vigésimo sexto del Código Penal, llamado "*De los delitos en materia de derechos de autor*". Dichos preceptos legales establecen cuáles son las violaciones a los derechos de autor y los castigos que les corresponden.

De los delitos en materia de derechos de autor previstos y sancionados en el nuevo título vigésimo sexto añadido al libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, sólo uno de ellos se refiere al aspecto moral del derecho de los autores. Es el artículo 427, conforme al cual se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días de multa a quien, a sabiendas, publique una obra sustituyendo el nombre del autor por otro nombre.

De la relación expuesta se advierte que no están reconocidos una serie de derechos morales que sí lo están por vía civil¹⁸⁴. Así hay que comenzar por el derecho de acceso a la obra, consistente en que el autor puede exigir del poseedor del original o de un ejemplar reproducido de su obra, que le dé acceso al original o a dicho ejemplar reproducido de la misma, en tanto que sea necesario para la producción de ejemplares multicopiados o reelaborados de la obra y no se contraponga a justificados intereses del poseedor

Tampoco está reconocido el derecho al respeto de la calidad, que consiste en el derecho que tiene el autor a que aparte de que se mencione su nombre y su apellido, figuren sus títulos, grados y distinciones, sobre cualquier reproducción de su obra; y derecho al pseudónimo transparente, el cual se da cuando a pesar del nombre falso, el público conoce la identidad del autor, en cuyo caso el derecho de autor se atribuye como si el autor hubiera dado a conocer su obra bajo su verdadero nombre. Pueden citarse como casos de esta especie ocurridos en Méjico el del pintor Gerardo Murillo, quien usaba con frecuencia simultáneamente el pseudónimo "Doctor Atl"; el del político y escritor Luis Cabrera que firmaba también como "Blas Urrea"; el del periodista René Capistrán Garza quien además se ostentaba como "Mingo Revulgo" y el del escritor contemporáneo "Catón", Armando Fuentes Aguirre.

¹⁸⁴ Cfr. RANGEL ORTIZ, Alfredo, "Derecho de Autor", en <http://www.amppi.org>, Méjico, 2004.

Igualmente el derecho de destino no está previsto expresamente, salvo el caso previsto por el artículo 39 de la LFDA, que se refiere a las obras para ser radiodifundidas y el que menciona el artículo conforme al cual el autor podrá determinar si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. Así como el derecho de arrepentimiento, retracto o de rectificación, que tampoco aparece comprendido de modo expreso a menos que se considere como tal la fracción V del artículo 21 de la LFDA, que faculta a los titulares de derechos morales a retirar su obra del comercio.

vii) Ucrania

Por último, parece conveniente hacer mención a un país como Ucrania, que se encuentra fuera del entorno jurídico de los países anteriormente analizados, y que puede ayudar a recoger una concepción más global de las formas de regular esta materia.

Según el art. 41 de la Constitución de Ucrania cada persona tiene derecho a la tenencia, uso y disfrute de sus creaciones intelectuales y artísticas. La protección de los aspectos morales y patrimoniales de los derechos de autor y conexos, según la Ley de Ucrania sobre los derechos de autor y conexos (LDADC), se realiza por vía administrativa, civil y penal. Para el Prof. Wolodymyr Hulkevych¹⁸⁵, uno de los métodos más eficaces para la protección de los derechos de propiedad intelectual es la responsabilidad penal, consagrada en el art. 176 del Código Penal de Ucrania (CPU).

Según el informe de la Federación Internacional de Productores Discográficos (IFPI) Ucrania se coloca en el ranking de los diez países del mundo que generan más mercado fraudulento audiovisual. Los datos facilitados por IFPI dicen que en Ucrania, en el año 2004, el valor del mercado pirata alcanzó los 42 millones de dólares. Esto constituye el 68% del mercado audiovisual ucraniano. La razón principal de tanta difusión de copias ilegales es la escasa utilización por parte del Estado de las medidas de responsabilidad penal contra aquellos que cometen delitos en la esfera

¹⁸⁵ Cfr. HULKEVYCH, Wolodymyr, "La protección penal de los derechos de autor y conexos en Ucrania", *Revista Penal La Ley*, n.º 17, Madrid, Enero 2006, p. 162.

de los derechos de autor y conexos.

Las investigaciones realizadas por la asociación internacional Business Software Alliance demuestran que Ucrania tiene el índice más alto de piratería entre los países de Europa, que en el año 2003 constituyó el 91% del valor total de programas de ordenador utilizados por usuarios ucranianos. Como consecuencia de ello los autores de programas de ordenador perdieron 92 millones de dólares.

En la República Soviética Socialista de Ucrania, el art. 136 del Código Penal de 1960 sólo preveía la responsabilidad penal por infracción de los aspectos morales de los derechos de autor como la paternidad, la edición y la integridad de la obra. Sólo en 2001 este artículo fue reformado: por primera vez fue introducida la responsabilidad penal por infracción de los derechos patrimoniales de los titulares de los derechos de autor y conexos.

Hoy en día la responsabilidad penal por infracción de derechos de autor y conexos está prevista en el art. 176 del Código Penal de Ucrania de 2001. El artículo se encuentra en el capítulo V de la Parte Especial *“Delitos contra los derechos electorales, laborales y otros derechos y libertades personales de individuos y ciudadanos”*.

En la Ley de Reforma de las Leyes de Ucrania en orden a la protección jurídica de la propiedad intelectual de 22 de mayo de 2003 la norma anteriormente mencionada está formulada de la manera siguiente: *“Artículo 176. Infracción de los derechos de autor y derechos conexos. La reproducción o distribución ilícita de obras científicas, literarias, obras de arte, programas de ordenador y bases de datos, y además la reproducción o distribución de interpretaciones, fonogramas, videogramas y programas de radiodifusión, su tiraje y distribución ilegal en cintas de audio y vídeo, disquetes o en otros tipos de portadores de información; o cualquier otra infracción premeditada de los derechos de autor y conexos, si éstas han ocasionado un daño material de importancia, son penados con multa de doscientas a mil veces del valor del mínimo no imponible, o con trabajos correccionales por un periodo de hasta dos años o con privación de la libertad por el mismo periodo, con confiscación de todos los ejemplares de la obra, los portadores físicos de programas de ordenador, las bases de datos, las interpretaciones, los fonogramas, videogramas, los programas*

de radiodifusión y los equipos y materiales utilizados especialmente para su fabricación”.

D. Conclusiones

Hay que destacar que en el ámbito de la normativa europea sobre propiedad intelectual, se ha alcanzado un desarrollo sin igual. Sin embargo, cabe preguntarse cuáles son los concretos problemas de armonización que quedan por resolver y las visiones de futuro que aún quepan en el campo de la propiedad intelectual europea.

En cuanto a los problemas de armonización, podría pensarse en adaptar las normas sobre las sociedades de gestión, así como el virulento tema de los sistemas de digital rights management (DRM). También cabría pensar en una directiva de consolidación de todas las normas dispersas sobre propiedad intelectual en una sola regulación, al igual que se ha pensado también para el derecho de los consumidores.

Igualmente parece destacable una idea un tanto visionaria de una determinada corriente doctrinal¹⁸⁶ que propugna por un reglamento europeo de propiedad intelectual, dado que en este campo se han alcanzado resultados notables; un reglamento que regule un derecho de autor europeo de carácter unitario que exista junto con los derechos de autor regulados por las normas nacionales. Así, las partes de un contrato de gestión de derechos podrían adoptar voluntariamente dichas reglas sobre el derecho de autor unitario, al menos para el territorio comunitario.

Ahora bien, para lanzar una iniciativa de este tipo, la doctrina científica jurídica europea en el campo de la propiedad intelectual tendría que implicarse más en el futuro, en el proceso legislativo de Bruselas y habría que crear a este efecto redes de investigación europeas. Actualmente, existe una iniciativa similar de la Comisión en el ámbito del derecho de obligaciones europeo, en la que se han formado grupos internacionales de científicos juristas, financiados por las instituciones

¹⁸⁶ Cfr. LEISTNER, Mathias, “Derecho Comparado en la Propiedad Intelectual: importancia técnica y relevancia práctica”, *Revista de Derecho Privado*, Reus, Julio-Agosto 2007, p. 77.

europas, quienes están estudiando un posible marco de referencia para un futuro derecho de obligaciones europeo sobre la base del método de derecho comparado. No hay razón por la que no pueda pensarse igualmente en consolidar el derecho europeo de propiedad intelectual, siguiendo el ejemplo de los trabajos que se realizan en el campo del derecho de obligaciones. Así, no parece que el objetivo de crear un derecho comunitario unificado de propiedad intelectual sea una quimera.

Además hay que destacar que las últimas reflexiones han demostrado que la ciencia jurídica europea en el ámbito de la propiedad intelectual, no carece de conocimientos y análisis de derecho comparado a un alto nivel, sino que le falta, si acaso, poder de influencia en Bruselas y Luxemburgo. Por ello, se viene propugnando para que se conceda la mayor importancia y tiempo posibles a la formación e investigación en el campo de la propiedad intelectual e industrial, pues la importancia económica de este ámbito justificaría cualquier esfuerzo. También habría que fomentar el intercambio y el contacto internacional, tanto en las universidades como en los institutos de investigación, a fin de poder aprender unos de otros y de poder ejercer más influencia.

Por último, y después de haber comentado un número considerable de normativas internacionales, cabe concluir que habría que tender hacia una más clara y posible armonización de las legislaciones nacionales en cuanto a la propiedad intelectual y en particular a la regulación y sanción de las infracciones al derecho de autor y copyright. Hoy día, más allá de las diferencias que se puedan traslucir entre las Estados partes, la mayoría de los convenios y Organizaciones Internacionales, tales como el NAFTA, la OMC, la Comunidad Europea, el MERCOSUR, etc, regulan en sus respectivas normativas comunes a sus miembros, la armonización del derecho de propiedad intelectual.

VII. ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LA NECESIDAD DE REGULACIÓN PENAL

Bajo la institución jurídica de la propiedad intelectual se encuentran una serie de intereses individuales y colectivos de gran trascendencia que la explican y legitiman. Para la tutela de dichos intereses es necesario el reconocimiento del Derecho de Propiedad Intelectual pero, también, la articulación de instrumentos jurídicos que hagan posible y eficaz el mismo. La Ley de Propiedad Intelectual de 1996 establece un amplio elenco de acciones jurídico-civiles para la tutela de los derechos de autor y los derechos conexos.

Pero hay que plantearse si es suficiente esta tutela civil de la propiedad intelectual o si es necesaria y legítima, además, la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual. Esto es, si el ordenamiento civil sería suficiente para la tutela eficaz de los derechos de propiedad intelectual, o si, por el contrario, es legítimo acudir al Derecho Penal y hasta dónde debe utilizarse éste dado que existe un instrumento jurídico, en este caso civil, coexistente con el penal.

La tutela por vía civil establecida en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, que está basada en la idea de reparación de un derecho privado, resulta plural, extensa y completa¹⁸⁷. Es plural porque permite la utilización de acciones específicas pero también de acciones genéricas establecidas en el Código civil. Es extensa por la cantidad de acciones aplicables para la reparación del hecho. Y se trata de una tutela completa, en el sentido de que abarca tanto a los titulares de derechos de autor como a los titulares de derechos conexos, y tanto a los derechos morales como a los de explotación exclusiva y remuneración.

De este modo, se puede afirmar que el legislador ha reconocido la

¹⁸⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 133...*, ob. cit., p. 1772.

importancia de la tutela civil de estos derechos y ha reforzado esta vía de protección en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina, el reconocimiento de que existe una tutela completa por vía civil, en todos y cada uno de sus aspectos de los derechos de propiedad intelectual, no supone inmediatamente negar la necesidad de una tutela por vía penal.

Estos dos Ordenamientos son autónomos en el establecimiento de sus presupuestos y sus consecuencias, por lo que, en principio, podrían perfectamente constituirse en vías complementarias e incluso conjuntas de protección de los intereses que, en cada caso, podrían también resultar distintos. Para los defensores de esta corriente, parece claro que el que exista una completa tutela civil de los derechos de propiedad intelectual favorece, sin lugar a dudas, el cumplimiento por parte del Derecho Penal de los principios de subsidiariedad e intervención mínima¹⁸⁸.

El principio de intervención mínima supone que, además de requerirse para la intervención penal la existencia de un bien jurídico lesionado digno de protección, debe exigirse también que no sea posible la intervención de cualquier otra rama del Derecho para la protección de ese mismo bien jurídico con eficacia¹⁸⁹. Este principio se complementaría con el carácter fragmentario del Derecho Penal, derivado del principio de intervención mínima, y que exige que se acuda al Derecho Penal para la protección de los bienes jurídicos más importantes sancionando los ataques más graves a los mismos¹⁹⁰.

Pues bien, bajo estas premisas parecería que es necesaria y legítima la intervención penal de los derechos de propiedad intelectual junto con la tutela civil de los mismos. Desde el punto de vista político-criminal de esta teoría, resulta imprescindible, si es que se pretende una tutela real de los intereses individuales y colectivos relacionados con el hecho de la creación de obras del ingenio, la presencia de delitos relativos a la propiedad intelectual junto con las medidas civiles. Y ello por la realidad de lo que

¹⁸⁸ Vid. al respecto la acertada reflexión sobre "garantismo vs intervención máxima en Derecho Penal" en MORALES PRATS, Fermín, "La investigación del ciberdelito (II)", *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, n.º 102, Madrid, feb-2006, p. 36.

¹⁸⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 79.

¹⁹⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005, pp. 590 y ss.

supone la tutela penal, tanto en general como en especial, para los delitos relativos a la propiedad intelectual.

En general, el Derecho Penal produce un efecto simbólico e intimidatorio, a efectos de prevención general, de mayor calibre que el Derecho Civil. De hecho, la consideración como delictivas de determinadas conductas de infracción de los derechos de propiedad intelectual convierte a las mismas, a efectos de la consideración social, en las más graves (si no en las únicas) conductas atentatorias de estos derechos. De este modo, la no tutela penal de los derechos de propiedad intelectual podría producir un efecto perverso de hacer creer a la sociedad que determinadas conductas de infracción de derechos de propiedad intelectual serían lícitas o, como poco, de suponer que la sanción de estos comportamientos sería de escasa importancia.

Por otra parte, y ya específicamente respecto a los delitos contra la propiedad intelectual, la realidad criminológica actual de estos comportamientos nos indicaría que es insuficiente la tutela civil y se requiere, por tanto, la actuación del Ordenamiento criminal para la persecución de estos comportamientos. La proliferación de los comportamientos ilícitos contra los derechos de autor y el hecho de que éstos son realizados muchas veces por mafias organizadas, desaconsejarían claramente la no protección penal de la propiedad intelectual.

Además, la función simbólica que ejerce la pena en el sentido de mostrar a los ciudadanos la voluntad de considerar dignos de protección determinados bienes jurídicos y de tutelarlos sancionando con graves penas a quienes los infrinjan¹⁹¹, aconsejaría según esta corriente, acudir al Derecho Penal para la protección de la propiedad intelectual.

El Derecho Penal es el Ordenamiento punitivo por excelencia, el que sanciona con penas que afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos, y por ello sólo puede intervenir para proteger bienes jurídicos¹⁹², constitucionalmente dignos de protección o no incompatibles

¹⁹¹ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas", en GARCÍA VALDÉS, Carlos (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. I., Edisofer, Madrid, 2008, p. 552 a 558.

¹⁹² Cfr. ROXIN, Claus, *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*, traducido por

con la misma, y sólo frente a los ataques más graves a dichos bienes y cuando haya necesidad de intervención penal en el sentido de que otros modos de tutela jurídica no resulten efectivos¹⁹³.

Según esto, y partiendo de que la Constitución reconozca como dignos todos los intereses a los que responde la propiedad intelectual, unido a la necesidad social actual de tutela de los mismos, lleva a esta corriente a considerar como dignos de protección por vía penal tanto los intereses individuales personales y patrimoniales del autor, editor o productor como los intereses culturales y económicos de la sociedad. El Derecho Penal, podría, intervenir legítimamente frente a los ataques contra la propiedad intelectual.

Por otro lado, puede sostenerse que la limitada atención que el Código Penal le ha brindado históricamente a estos comportamientos ilícitos, sea atribuible a la menor eficacia que, durante muchas décadas, la punibilidad ha ofrecido para la protección de los derechos de propiedad intelectual, tal como se deduciría del escaso número de fallos jurisprudenciales y de su mínima versatilidad alentado, a su vez, por la circunstancia de la baja relevancia social que la creatividad había tenido, dada su menor trascendencia económica.

En este sentido se había pronunciado un sector de la doctrina, opinando que en esta materia, el Derecho Penal tiene un papel menor. Así esta corriente entiende que la perspectiva administrativa y patrimonial son, sin duda, más importantes y desde ellas, seguramente, una mejor y más eficaz protección a los derechos en juego. Nunca debiera olvidarse que el Derecho Penal llega casi siempre tarde, llega para castigar al transgresor de la norma y muy raramente sirve para reparar los entuertos causados al sujeto pasivo y a los perjudicados¹⁹⁴.

Sin embargo, ese pensamiento teórico, que pudo ser compartido durante muchas décadas del siglo XX, ha comenzado a ser cuestionado desde la llegada del Estado del bienestar y de la globalización político-

QUERALT, Juan José, en MIR PUIG, Santiago (ed.), *Jornadas Hispano-Germanas sobre la reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, p. 85.

¹⁹³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 289.

¹⁹⁴ Cfr. ORTS BERENGUER Enrique, *Propiedad intelectual...*, ob. cit., p. 152.

económica, que han traído consigo la expansión de las industrias del ocio y del entretenimiento y, con ellas, nuevas reglas del mercado de consumo, en particular, el de los bienes simbólicos, con su indudable capacidad de hacerse oír en función de sus intereses mercantilistas, que son de mayores dimensiones de las de los propios creadores o intérpretes, pero que las hacen coincidir para compartir el marco ético del legítimo reclamo de éstos últimos.

Sin embargo, hay que entender que desde la perspectiva general del Derecho Penal puede señalarse, de acuerdo al principio de subsidiariedad, como poco adecuado el empleo de los medio penales si resultan suficientes para restablecer el Derecho, los medios menos gravosos para las personas, del Derecho Civil.

VIII. TIPO OBJETIVO DEL ART. 270

Dentro de la parte externa del tipo, la cuestión de la determinación de los sujetos entraña, precisamente, la delimitación del círculo de personas que pueden concurrir a un delito. Esta participación, en el sentido más amplio del término, puede acontecer bien sea realizando el comportamiento previsto en el respectivo tipo (sujeto activo), o bien, receptando la actuación de éste (sujeto pasivo).

A. Sujeto activo

i) Cuestiones generales

En principio, sujeto activo del delito de los párrafos primero y segundo del artículo 270 puede ser cualquiera que no tenga la condición de titular o de cesionario de los derechos de propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica y que realice las conductas tipificadas sin la autorización de los mismos¹⁹⁵. El art. 270 CP define los sujetos activos de sus conductas con la expresión genérica “quien”, sin exigir posteriormente ningún otro requisito personal. En consecuencia, se constituye como un delito común, sin que se requiera ninguna circunstancia específica para la condición de sujeto activo, aplicándose las reglas generales de autoría previstas en el Código penal (art. 28).

¹⁹⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, Difusa, Madrid, 1999, p. 938.

ii) Problemática de la determinación del autor y cesionario como sujetos activos: "autoplagio"

En principio, cualquier persona física puede ser sujeto activo de los delitos relativos a la propiedad intelectual, incluidos el autor de la obra y los cesionarios de los derechos de propiedad intelectual. En otras palabras, los tipos delictivos contra la propiedad intelectual son delitos comunes¹⁹⁶. Si bien estos supuestos en los que quienes realicen el delito sean, bien el autor, bien el cesionario, no resultan usuales, en la vigencia del anterior régimen legislativo penal dieron lugar a una polémica doctrinal.

La discrepancia comenzó incluso antes de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. Entonces, mientras un sector doctrinal¹⁹⁷ defendía la posible condición de sujeto activo del delito para el creador de la obra, partiendo de que el sujeto pasivo era el titular de los derechos de propiedad intelectual y, por tanto, podía serlo el editor que adquiriría los derechos de explotación del autor, otro sector¹⁹⁸ decía que el editor podía ser sujeto pasivo frente a terceros, pero no frente al propio autor de la obra que, en ningún caso, podía ser sujeto activo de un delito relativo a la propiedad intelectual. Además, consideraba que las defraudaciones perpetradas por el creador de una obra que había enajenado sus derechos patrimoniales a un editor podrían integrar responsabilidades civiles e incluso penales a título de estafa, pero no las del tipo que ahora nos ocupa.

Así lo reflejó la jurisprudencia¹⁹⁹ al negar la posibilidad de considerar al coautor de una obra como autor de un plagio de la misma, bajo el siguiente argumento: *"En estos supuestos, la cuestión que ha de ser planteada es si cabe que el coautor de la obra pueda ser considerado como autor de un plagio. «A priori», y así lo entiende ahora esta Sala, en tales circunstancias, resulta de muy difícil acreditación la realización de un delito contra la propiedad intelectual, siendo que la figura jurídica que*

¹⁹⁶ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, "Delitos contra los derechos de autor", ADPCP, Madrid, Enero-abril 1991, pp. 72 y ss.

¹⁹⁷ Cfr. MASCAREÑAS, Carlos, "Notas para un estudio sobre la defraudación de la propiedad intelectual", RJC, Madrid, 1953, p. 325.

¹⁹⁸ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 1230.

¹⁹⁹ Vid. Sentencia de 28 febrero 2000, Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona [ARP 2000\490].

entonces concurre la del tipo penal de la estafa (siempre y cuando se logre probar la existencia previa del engaño al otro coautor de la obra). Sea como fuere, en el presente supuesto de autos, no se ha probado que los acusados tuvieran una intención defraudatoria respecto del arquitecto querellante, pero es que además ni tan siquiera se ha probado que hubiere un plagio, por cuanto que no se realizó un segundo proyecto que fuere copia o plagio del primero, sino que tan sólo ha existido un único proyecto arquitectónico en el que han intervenido dos personas, el querellante y previamente el querellado Antonio Pedro C. G. Partiendo de dichas premisas que han sido debidamente probadas, no podrá hablarse de realización o ejecución de un ilícito penal contra la propiedad intelectual. Porque si ello no fuera así, es decir, si se entendiera que el querellado ha plagiado al querellante, ello nos llevaría por idéntica lógica de planteamiento a cuestionarnos si no habría existido igualmente un delito contra la propiedad intelectual cometido por el propio querellante al obtener éste el visado del Colegio de Arquitectos sobre una obra cuya base inicial había sido desarrollada intelectualmente precisamente por el ahora querellado”.

Esta postura conserva en lo esencial y pese al cambio normativo de 1987 y 1995, un fundamento común: los eventuales perjuicios ocasionados (por incumplimiento de obligaciones contractuales) por el autor de la obra frente al cesionario de las facultades de explotación, deben ser relegadas a la responsabilidad civil. O bien, en su caso, podrán ser constitutivos de un delito de estafa. Con posterioridad, esta línea interpretativa ha sido reforzada mediante dos vías: a) incorporación de elementos provenientes de la escisión legislativa de las facultades morales y patrimoniales; b) a través de la reflexión del sentido o fin general que persigue la protección penal de la propiedad intelectual. Así, se afirma que aun en el supuesto de transmisión de las facultades de explotación, el autor conserva no sólo las de índole moral (irrenunciables e inalienables) sino el bien jurídico mismo²⁰⁰. Sin embargo la polémica está servida.

Para cierta corriente de autores²⁰¹, parece evidente que hoy ya no se puede sostener que el autor no pueda ser sujeto activo de los delitos relativos a la propiedad intelectual. La negación de esa posibilidad partiría,

²⁰⁰ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 274.

²⁰¹ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 306 y ss.

en primera instancia, de la consideración, de que el autor es, siempre y en todo caso, sujeto pasivo del delito y, por tanto, no puede atentar contra un bien jurídico que es de su titularidad. Ello sería así en muchas ocasiones, pero este autor opina que teniendo en cuenta que en nuestra Ley de Propiedad Intelectual es posible la cesión, bien total o parcial, de derechos de explotación, y que el cesionario de dichos derechos está reconocido expresamente como sujeto pasivo del delito por el artículo 270 del Código Penal cuando dice *“sin consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual”*, no debe haber duda de que en los casos en que el sujeto pasivo sea el cesionario y no el autor, puede éste último, y si realiza las conductas típicas, ser sujeto activo del tipo que analizamos²⁰².

Además, y siendo posible la cesión total de los derechos de explotación, nuestra Ley permite la cesión parcial de estos derechos, en cuyo caso seguiría siendo titular de los concretos derechos de explotación no transmitidos conjuntamente con los derechos morales y los especiales o de remuneración. Pero cuando el autor cede los derechos de explotación dejaría de ser el titular de los mismos en perjuicio del cesionario, el cual pasa a ser el único interesado en la explotación patrimonial de los mismos.

A este respecto se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona²⁰³ señalando lo siguiente: *“Sentado lo anterior, debemos plantearnos la cuestión teórica de si el autor intelectual de una creación original puede, pese a ostentar la condición de titular originario de los derechos de autor sobre tal creación (según establecen los artículos 1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual), ser sujeto activo del delito descrito en el artículo 270 del Código Penal. En opinión de este Tribunal la respuesta a esta cuestión ha de ser inequívocamente afirmativa, y ello porque del propio tenor del artículo 270 se desprende que el legislador penal no ha querido proteger únicamente a los autores en cuanto titulares originarios de la propiedad intelectual de la obra por ellos creada, sino que ha querido proteger también a los titulares de todos los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual y a sus cesionarios (de ahí que en el inciso final del párrafo primero del art. 270 CP haya empleado una expresión tan amplia como «la autorización de los*

²⁰² Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., p. 80.

²⁰³ Vid. Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 143/2005, de fecha 14 de febrero de 2005 [JUR 2005\118608].

titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios»). Bastará subrayar que la propia Ley de Propiedad Intelectual (RCL 1996, 1382) reconoce en su artículo 3 que «los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley». Por tanto, como quiera que el derecho exclusivo que ostenta todo autor a la explotación de la obra por él creada puede ser objeto de cesión a otras personas físicas o jurídicas (cesionarios a los que también alcanza la protección penal frente a la defraudación), y como quiera que, junto a este derecho originario del autor, existen otros derechos de propiedad intelectual susceptibles de protección penal, de todo ello se sigue que nada impide que el autor intelectual de una obra pueda cometer el delito del artículo 270 del Código Penal por la reproducción, plagio o copia no autorizada de la obra por él creada, cuando tal conducta se haga sin la autorización de los cesionarios de los derechos de explotación exclusiva o de los titulares de algún otro derecho de la propiedad intelectual derivado de dicha obra.”

Es por ello que cuando el creador realice cualquier conducta típica infringiendo los derechos de explotación que ha cedido y que, por tanto, ha adquirido legítimamente el que, en esos momentos, sería el sujeto pasivo, en cuanto titular del bien jurídico protegido, debería ser considerado, como cualquier otro que realice la conducta (por ejemplo el supuesto contrario, esto es, el cesionario de un derecho de distribución que realiza, sin consentimiento del autor, un acto de comunicación pública) sujeto activo del delito. Y ello porque, el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la propiedad intelectual no es el derecho de autor, entendido como la unión de los intereses morales y patrimoniales derivados de la condición de creador de una obra, sino, única y exclusivamente, los intereses patrimoniales derivados de la exclusiva de explotación patrimonial de los derechos de propiedad intelectual (tal y como ha quedado expuesto en el apartado I de este trabajo).

Y aunque este bien jurídico pertenece de forma originaria al autor, en el caso de los derechos de autor, o bien al productor fonográfico o al artista intérprete o ejecutante etc., en el caso de los derechos conexos, por ser un derecho de naturaleza patrimonial y, por tanto, transmisible inter vivos y mortis causa, cuando en el ejercicio de las facultades que le

permite la Ley, cede (el autor, productor, etc.) la explotación a otro (cesionario), se convierte éste en el titular exclusivo del derecho de explotación cedido (bien sea el derecho de explotación del artículo 17 si se trata de una cesión total o bien de la forma de explotación concretamente transmitida si es una cesión parcial). Otra cosa, de diferente cariz, resulta si la cesión no es exclusiva (artículo 50 LPI) en cuyo caso el autor no podría ser considerado sujeto activo del delito pues sigue ostentando titularidad (si bien compartida) de un bien jurídico patrimonial que, por estar caracterizado por la nota de la exclusividad, no pertenece únicamente al cesionario.

Resumiendo esta corriente doctrinal, se podría decir que si el autor o el primer cesionario reproduce, distribuye, plagia o comunica públicamente una obra artística, literaria o científica o su transformación, interpretación o ejecución, después de haber cedido su derecho de explotación, y lo hace con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, será sujeto activo del delito²⁰⁴. Esto implica que en el supuesto del creador de una obra que, tras cederla en exclusiva, por ejemplo, a un editor o productor, cambia el título de la obra y cede la misma a otro editor para su explotación, el creador sería sujeto activo de un delito del artículo 270 del Código Penal en cuanto distribuye una obra artística, literaria o científica con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero y sin consentimiento del titular de los derechos de explotación (el primer cesionario), y respondería como autor mediato si el editor desconoce que se trata de una obra sobre la cual el autor no tiene derechos de explotación y que, por tanto, no puede ceder (error de tipo), o como coautor si se ha pactado la realización de la acción con el falso cesionario²⁰⁵.

En estos supuestos, denominados por la doctrina de “autoplagio” lo definitivo, y en la mayoría de los casos extremadamente complicado, será demostrar que la obra es, en lo esencial, la misma y que, por tanto, se ha realizado una conducta de reproducción, distribución o comunicación pública, según el caso. Además, debe tenerse en consideración que algunas de las conductas típicas, como, por ejemplo, “reproducir”, implicará necesariamente la utilización de medios o soportes de difusión mecánicos²⁰⁶. En estos casos, deberán tenerse en cuenta los criterios

²⁰⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., p. 155.

²⁰⁵ Cfr. Idem, p. 156.

²⁰⁶ Cfr. CÓRDOBA RODÁ, Juan, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Ariel, Barcelona, 1976, p. 949.

especiales de determinación de responsabilidad penal previstos para estos casos en el art. 30 CP.

Por último, parecería claro que el creador de una obra podría ser sujeto activo de un delito relativo a la propiedad intelectual por la explotación de la interpretación de su obra realizada por otro artista intérprete o ejecutante, o de la ejecución de su obra plasmada en un concreto soporte o transmitida en un determinado medio, y viceversa. Hay que tener en cuenta que el delito que nos ocupa protege los derechos de explotación exclusiva derivados de los derechos de propiedad intelectual, entre los cuales incluimos los derechos de autor propiamente dichos y los derechos conexos y que, por tanto, sujetos pasivos del delito son los titulares de dichos derechos de explotación exclusiva.

Además, y teniendo en cuenta la estructura de protección de dicha institución, es posible distinguir entre la explotación de la obra (que pertenece al autor o al editor si ha sido cedida), la explotación de la interpretación o ejecución de esa misma obra (que pertenece al artista intérprete o ejecutante) y la ejecución o plasmación en un fonograma o grabación audiovisual o comunicación a través de una emisión radiofónica de dicha interpretación o de dicha obra (de la cual es titular el productor fonográfico, productor audiovisual o la entidad de radiodifusión).

Cada uno de estos sujetos es titular, única y exclusivamente, a menos que exista pacto en contrario que implique la cesión de derechos, de los derechos de explotación que le correspondan, por lo que la explotación típica de los otros sería delictiva²⁰⁷. Por supuesto, en aquellos supuestos en los que el autor no haya realizado una cesión de sus derechos, éste no podrá ser considerado sujeto activo de un delito, en cuanto continúa siendo titular del bien jurídico protegido.

Otra corriente doctrinal²⁰⁸, entiende que es un tanto absurdo que un sujeto sea, al mismo tiempo, titular de un bien jurídico de naturaleza tan peculiar e íntimamente relacionado con él, como son los derechos de autor, y sujeto activo de un delito que afecta a ese bien jurídico. Por otra

²⁰⁷ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la Propiedad Intelectual*, en BERCOVITZ..., ob. cit., p. 2.378.

²⁰⁸ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 121.

parte²⁰⁹, la tutela penal de la propiedad intelectual tiene como objeto motivar a la comunidad en general, para que no se violen los derechos de sus titulares y sus cesionarios. Sin embargo, no se encuentra entre sus fines inmediatos la protección de las relaciones internas entre éstos. Para ello existen, y han sido ampliamente reguladas las normas generales sobre la interpretación y resolución contractual²¹⁰ y la Ley de Propiedad Intelectual.

Pero es, también, teniendo como telón de fondo las mismas innovaciones de la LPI y de la propia reforma penal de 1987, lo que llevó a un sector doctrinal, a propugnar una reconsideración penal de la relación autor-cesionario. Para lo anterior, se toma como punto de partida la equiparación legislativa (art. 270, párrafo primero in fine CP) entre el titular del derecho y el cesionario, que permitiría deducir para éste un derecho de propiedad intelectual derivado de un contrato²¹¹.

Para un sector de la doctrina²¹², de la pretendida equiparación entre el autor y su cesionario, no puede derivarse que el primero pueda vulnerar, en perjuicio del segundo y configurando un delito contra la propiedad intelectual, las facultades patrimoniales que le fueron transferidas. Así, suponiendo que un autor cede éstas a un tercero, que ya con anterioridad había transferido, en exclusiva, a un primer cesionario, no resultaría fácilmente subsumible en alguna de las conductas típicas del artículo 270 del CP²¹³. Bajo esta perspectiva cabría la posibilidad de considerar, como ya se ha señalado, al autor como sujeto activo pero, de un delito de estafa. O bien, trasladar la consecuente responsabilidad al ámbito civil.

Pues bien, en conclusión, parece que la más plausible es la postura de aquellos autores que entienden que en los casos en los que el sujeto pasivo sea el cesionario y no el autor, éste podrá ostentar la posición de sujeto activo. Y esto es así, dado que nuestro ordenamiento jurídico permite la cesión total o parcial de los derechos de explotación, constituyendo éste el bien jurídico protegido de los delitos contra la propiedad intelectual, tal y como ha quedado expuesto anteriormente. De

²⁰⁹ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, "Delitos...", ob. cit., p. 73.

²¹⁰ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Comentario al artículo 48*, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 730.

²¹¹ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., pp. 77 y ss.

²¹² Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 124.

²¹³ Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección penal del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 274.

este modo, en los casos en los que el autor realice una cesión total de los derechos de explotación, el único que podrá ostentar la posición de sujeto pasivo será el cesionario, no habiendo ningún impedimento que permita al autor ostentar la posición de sujeto activo, siempre y cuando realice alguna de las conductas típicas recogidas en el art. 270 CP y que serán analizadas posteriormente.

iii) Responsabilidad en cascada

La centenaria Ley de Propiedad Intelectual de 1879, no se conformaba con dotar de contenido el antiguo artículo 534 del derogado Código Penal, sino que, además, establecía su propio régimen para la determinación de la responsabilidad penal. En efecto, su artículo 45 adoptaba un excepcional sistema de responsabilidad escalonada²¹⁴, a título de autoría principal que, como tal, suponía una derogación de las normas comunes o generales de la codelincuencia del Código Penal (art. 28 y ss).

Derogada en su totalidad la antigua Ley de 1879 y, al no contener el nuevo orden tutelar de la propiedad intelectual (especialmente en donde le corresponde, en el Código Penal) un sistema de responsabilidad escalonada o subsidiaria como el previsto en aquélla, es de suponerse que, nuevamente, resultan aplicables las reglas generales de la autoría y participación. De este modo, derogada la *lex specialis* (art. 45 LPI de 1879), resurge la *lex generalis* (arts. 28 y ss. CP)²¹⁵. En efecto, el Código Penal vigente, conserva el llamado sistema de responsabilidad en cascada, cuyo antecedente inmediato lo constituyen los artículos 13 y 15 del derogado Código Penal de 1973. Así las cosas, no parece haber lugar para la controversia. No obstante, el panorama se complica si se tiene en cuenta que dentro del sistema general de la responsabilidad del Código Penal, se dispone todavía para los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, de un sistema de reducciones²¹⁶ de los

²¹⁴ Cfr. MASCAREÑAS, Carlos, "Notas...", ob. cit., p. 325; MISERACHS RIGALT, Antonio, *Delitos contra la propiedad intelectual*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Francisco Seix, Barcelona, 1954, p. 680.

²¹⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988, p. 159; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., p. 115.

²¹⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal, Parte General*, Tirant

posibles responsables (art. 30 CP).

Es fácil de advertir que, en principio, ciertos delitos contra la propiedad intelectual son susceptibles de amoldarse a los presupuestos del artículo 30.1 CP, y por consiguiente, pasar, según se entiende ahora, por el “embudo reductor” de la responsabilidad previsto en los apartados 2 y 3 de este precepto. El concreto problema que aquí se presenta es determinar hasta qué grado este sistema resulta aplicable a los delitos que nos ocupan.

Para abordar esta cuestión parece conveniente que este análisis se inicie, dada su similitud, con el cotejo entre el artículo 45 de la antigua LPI y los que prevenían, en el derogado Código Penal, la responsabilidad en cascada. Comenzando por las coincidencias entre los sistemas de excepciones contemplados en la LPI de 1879 y el derogado Código Penal, veamos los puntos de contacto: a) convergencia formal del medio publicitario comisivo y por las concomitancias que pudieran ofrecer con el derecho individual de la libertad de expresión²¹⁷; b) el sustrato fundamental atribuido al modelo del antiguo Código Penal: limitación y efectividad de la responsabilidad, es extensible al que prevenía el artículo 45 de la antigua LPI.

En el plano divergente, la más significativa es la admisión de prueba en contrario de la culpabilidad en la Ley de 1879, ausente en el Código Penal de 1973. Sobre la base de esta circunstancia, usada en la interpretación tradicional que estimaba una responsabilidad objetiva en el artículo 15 del derogado Código Penal, el sistema de la ley especial gozó de una mejor acogida que la que éste llegó a alcanzar. La posterior evolución doctrinal–legislativa, llevó a una reconsideración interpretativa del artículo 15 del antiguo Código Penal (en relación con el 13 y 14). Así, se le concibió, armonizándolo en su conjunto con el principio de culpabilidad, como un medio reductor de la responsabilidad.

Las restantes diferencias, la no mención de los directores en la LPI de 1879 y la referencia, en ésta, tan sólo a publicación de obras, en vez del extenso abanico del derogado Código Penal (impresión, el grabado u otra

lo Blanch, Valencia, 1999, p. 567.

²¹⁷ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 627.

forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad), han sido matizadas. Así, respecto a la primera, se argumenta la escasa injerencia que aquéllos tenían en la producción de obras intelectuales²¹⁸. Y, en relación a la segunda, se invoca la amplitud que el concepto publicación alcanzaba en la LPI y en su Reglamento.

Entrando ya en la comparación entre el derogado Código Penal y el texto vigente, nos encontramos con que el Código Penal de 1995 ha heredado de su predecesor, el sistema de la responsabilidad en cascada. Así, en primer término, este modelo se concentra en un sólo artículo, dividido en tres apartados. En el primero de éstos (art. 30.1), se ratifica en que el ámbito de aplicación del sistema (como lo hiciera, con otros términos, el artículo 13 del derogado Código Penal) continúan siendo los delitos que se cometan utilizando "*medios o soportes de comunicación mecánicos*". A continuación se especifica, negativa y excluyentemente, qué sujetos no responderán en esta clase de delitos: los cómplices, ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente (encubridores).

Hecho lo anterior, en el apartado siguiente (art. 30.2) se delimita el posible círculo de sujetos responsables y el orden en que están llamados a responder. De tal forma que sólo pueden revestir tal carácter, mediante remisión efectuada al artículo 28, quiénes realmente son autores y quiénes se consideran como tales (respectivamente, autores directos y mediatos e inductores y cooperadores necesarios). Posteriormente, se establece la secuencia en que dicha responsabilidad se actualizará, es decir, escalonada, excluyente y subsidiaria.

Como primer sujeto llamado a responder, en términos muy semejantes a como lo estableciera el antiguo artículo 15, se coloca a los "*que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo*". Los siguientes peldaños de la responsabilidad la vienen a ocupar, en primer término, los directores de la publicación o programa en que se difunda (el texto o el signo); en segundo lugar, los directores de la empresa editora, emisora o difusora y, en tercero y último, los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora. En el tercero de los apartados del artículo 30, se contiene el requisito de procedibilidad del sistema descendente: la imposibilidad de

²¹⁸ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 195.

perseguir al autor-delincuente del texto o del signo que se trate “*por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o residencia fuera de España*”.

Atendiendo al contenido de ambos mecanismos y, en particular, en relación a lo que aquí interesa destacar, resulta obvia la similitud existente entre ellos y, sus diferencias antes que de fondo, son de forma. En concreto y, como se verá, la proyección del vigente sistema de responsabilidad en cascada sobre los delitos contra la propiedad intelectual sigue siendo, como ya lo fue a la luz del derogado Código Penal, muy reducido. En efecto, derogada la antigua LPI de 1879, no habría mayores obstáculos que impidieran aplicar a los delitos contra la propiedad intelectual, la responsabilidad en cascada prevista en el antiguo Código penal. Eso sí, siempre y cuando se dieran los supuestos del artículo 30. Es decir, que se cometieran utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (por medio de la imprenta, el grabado u otra forma de difusión, radiodifusión o procedimiento que facilite la publicidad ex art. 13 del derogado Código Penal).

La elasticidad de este precepto haría que, prácticamente, la regla general fuese la subsunción de los delitos contra la propiedad intelectual en dicha responsabilidad escalonada. Ello es así, ya que cualesquiera de las formas típicas que atentan contra aquélla, además de “producirse” generalmente por medios mecánicos, se incorporan a soportes que, por naturaleza, facilitan su difusión o publicidad. No obstante, una interpretación sistemática, cuidadosa del artículo 30 del CP, y teniendo en cuenta su inmediato antecedente, conlleva a una lectura inversa: en los delitos contra la propiedad intelectual, el sistema de la responsabilidad en cascada sólo resulta aplicable a un limitado número de supuestos. En efecto, como un sector de la doctrina²¹⁹ ha puesto de relieve, para que este mecanismo reductor entre en juego, es necesario que exista, como lo expone el artículo 30, un “autor real”.

Dicho de otra forma: el artículo 30 tiene como condición sine qua

²¹⁹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los art. 13 y 15 del Código Penal*, en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 41 y 42.

non la existencia de un autor que realmente ha escrito un texto o producido el signo delictivo. Por tanto, el proceso descendente, escalonado, excluyente y subsidiario en él previsto, no puede iniciarse (por más que el delito se haya cometido por un medio o soporte de difusión mecánico) si no existe un autor–delincuente (no perseguible penalmente) que, previamente, ha escrito el texto o producido el signo, ulteriormente publicados o difundidos. En este orden de ideas, sólo en el plagio es posible encontrar a un “autor real” que, al mismo tiempo, lo sea del escrito o signo (plagiado o imitado) que se publica y/o difunde. En los demás supuestos, particularmente en la reproducción ilícita de una obra protegida, el “autor real” (creador) de lo escrito, grabado, dibujado o fijado es, precisamente, el sujeto pasivo o víctima del delito contra la propiedad intelectual.

De este modo, este mismo sector doctrinal lleva a cabo una posterior reducción de las imitaciones fraudulentas que son susceptibles de ser abarcadas por el sistema de la responsabilidad en cascada: únicamente el plagio insertado en un medio de difusión, como puede ser una revista o periódico de lícita circulación, puede caer en la órbita de la responsabilidad escalonada²²⁰. En los restantes supuestos, cuando el delito contra la propiedad intelectual tiene como objeto copias íntegramente plagiarias o ilícitamente reproducidas, el fundamento excluyente de la responsabilidad en cascada, viene dado por el mismo artículo 270 del CP. En él, además de contenerse las conductas incriminadas, se incorporan reglas específicas para la determinación de la responsabilidad: las correspondientes penas no sólo alcanzan a los autores materiales (que reproducen sin autorización una obra protegida) sino también a quien —dolosamente— distribuye (art. 270, apartado 1.º CP) los ejemplares ilícitos o los importa, exporta o almacena (art. 270, apartado 2.º). Por tanto, tácitamente derogado el artículo 30, la responsabilidad viene determinada por dichas reglas específicas y por los artículos 28 y 29 del Código Penal.

En este sentido se han pronunciado la Audiencia Provincial de Málaga²²¹, señalando que: *“En relación a los sujetos activos de este delito se ha de señalar que cualquier persona puede reunir dicha condición, no*

²²⁰ Cfr. Idem, pp 41 y 42.

²²¹ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 6 de noviembre de 2004 [ARP 2004\64].

siendo aplicable al caso la estricta concepción que de la responsabilidad criminal ofrece para los denominados delitos de imprenta u opinión el art. 30 del CP (sólo respondería el autor real y luego la responsabilidad en cascada, quedando expresamente excluidos los cómplices y los que hubiesen favorecido personal o realmente el delito), y si resultando de aplicación las normas generales sobre la materia (autoría y participación) contenidos en los arts. 27, 28 y 29 del citado Código, pues, en términos generales, no se dan los presupuestos para la aplicación del art. 30 y además ha de tenerse en cuenta que la pluralidad de acciones prevista en el art. 270 implica la posibilidad de una pluralidad de personas intervinientes en el hecho.”

Sobre este respecto, otros autores²²² entienden que aunque esta postura resulta fácil de suscribir, la circunscripción de las reglas de la autoría prevista en el artículo 30 del Código Penal al plagio, que se incorpora a una obra lícita, requiere ser acotada. El sistema de excepción ahora recogido en el artículo 30 del nuevo Ordenamiento penal artículos 13 y 15 del Código Penal derogado, de claro origen político, surgió por la defensa de lo que hoy se conoce como libertad de expresión²²³. Pero, la concreta forma en que se materializó, unido a los pocos momentos históricos que para el pleno ejercicio de aquélla siguieron y al tardío reconocimiento legislativo del principio de culpabilidad, condujeron a un sistema objetivo expansivo de la responsabilidad.

Superados, en 1978 y 1983 respectivamente, dichos inconvenientes, la responsabilidad en cascada se concibe ahora como un sistema reductor de aquélla. En el contexto actual el aseguramiento de la libre circulación de la información, y con ella la de las ideas, se constituye en uno de los pilares básicos de toda la convivencia social. En una sociedad, resulta aún más chocante la mera posibilidad de que, por la aplicación de las reglas generales de la participación, se viera entorpecida no sólo la labor de los medios de difusión, sino incluso de todos los que intervienen en la confección y distribución de los variados soportes que, en última instancia, sirven como vehículos para la libertad de expresión.

Al hablar del fundamento contemporáneo de la responsabilidad en

²²² Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 135.

²²³ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 269; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 798.

cascada, no puede pasarse por alto que su principal ámbito de aplicación, ha sido y previsiblemente lo seguirá siendo, los delitos contra el honor²²⁴. Por tanto, los delitos contra la propiedad intelectual, en general y pese a su discurrir paralelo con la libertad de expresión, no son, por mucho, el principal campo de aplicación del sistema de la responsabilidad escalonada. En primer lugar, se opone el mismo tenor literal del Ordenamiento punitivo (ex arts. 15 CP derogado y 30. 2. 1.º CP de 1995) que la previene, que reclaman la existencia de un “autor real”. Esta situación sólo es concebible, en principio, en el plagio. En segundo término, (como ya lo hiciera el antiguo artículo 45 de la LPI) el artículo 534 bis a) CP de 1973, así como el artículo 270 del CP vigente, incorpora reglas específicas para la participación en los delitos contra la propiedad intelectual. De este modo, se hace extensiva la misma pena a quienes distribuyen o almacenan los ejemplares ilícitos. Y por último, al quedar fuera de estas específicas reglas, el nada remoto supuesto que un texto plagiado se incorpore, para su publicidad, a un medio lícito de difusión, resultará aplicable el sistema de la responsabilidad en cascada. En los casos en que el plagio se difunda “autónomamente”, las reglas de participación aplicables son las propias del artículo 270 del CP y de los artículos 28 y 31 CP²²⁵.

iv) Problemática de la determinación de los sujetos activos en las redes P2p

Aunque el éxito de una demanda contra los usuarios de una red P2p (Peer to peer) que ponen obras a disposición del público pudiera estar más o menos garantizado, el obstáculo que deben salvar los titulares de derechos será descubrir quiénes son esos usuarios. La identificación del usuario pasa por despejar dos incógnitas: desde qué ordenador se comunican (y/o reproducen) las obras y quién está utilizando ese ordenador.

La respuesta al primer interrogante es fácil de obtener, por lo

²²⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 508.

²²⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Madrid, 1995, pp. 218 y 236.

menos, técnicamente. Cualquier transmisión de datos en Internet (“packet”) incluye, además del contenido que sea, la dirección IP del ordenador al que se dirige y la dirección IP del ordenador desde el que sale, de la misma forma que una carta tiene destinatario y remitente. Conviene aclarar en este punto que la dirección IP (“Internet Protocol”) es un número único asignado por el proveedor de acceso (p. ej. Telefónica, Orange, Jazztel...), de forma fija o dinámica²²⁶, a todo ordenador que se conecta a Internet, a fin de identificarlo y permitir de este modo la comunicación, es decir, es como el carné de identidad de cada ordenador. El proveedor de acceso a Internet normalmente conserva un fichero con la dirección IP, fija o dinámica, asignada al usuario, el número de identificación del mismo, la fecha, la hora y la duración de la asignación de dirección.

Pues bien, los titulares de derechos pueden recurrir a varios métodos para “recolectar” direcciones IP, entre los que se encuentran: a) la utilización de sniffers, que son programas que analizan el tráfico en una red, pudiendo capturar datos; b) la propia participación con ordenadores muy potentes en redes P2p descentralizadas, de tal manera que dichos ordenadores se conviertan en Supernodos y accedan así a la dirección IP de los ordenadores conectados y a los archivos compartidos por cada uno. Hay que aclarar que un Supernodo contiene una lista de algunos de los archivos disponibles a través de otros usuarios de la red P2p e incluyen la ubicación de los mismos. Cuando realiza una búsqueda, el software P2p primero busca el Supernodo más cercano y luego envía los resultados inmediatos. Entonces, este primer Supernodo le envía su búsqueda a otros Supernodos y así sucesivamente; c) la simple introducción en el campo de búsqueda de una aplicación P2p del título de cualquier obra o autor, de tal forma que aparezcan los usuarios que tienen a disposición del público los archivos que se corresponden con esta búsqueda y mediante la descarga de los mismos (basta iniciarla) se obtienen sus direcciones IP.

²²⁶ Es habitual que un usuario que se conecta desde su hogar a Internet utilice una dirección IP. Esta dirección puede cambiar al reconectar; y a esta forma de asignación de dirección IP se denomina una *dirección IP dinámica* (normalmente se abrevia como *IP dinámica*). Los sitios de Internet que por su naturaleza necesitan estar permanentemente conectados, generalmente tienen una *dirección IP fija* (se aplica la misma reducción por *IP fija* o *IP estática*), es decir, no cambia con el tiempo.

Pues bien, en relación a este último método es de reseñar la estrategia seguida por el despacho de abogados londinense Davenport Lyons que está remitiendo una serie de cartas a quienes presuntamente estarían compartiendo en las redes P2p copias del juego Dream Pinball 3D²²⁷. En realidad esta carta es la respuesta del bufete a gente a la que previamente se le había informado de que existían pruebas en su contra y han preguntado al bufete de qué pruebas se trata. Lo mejor del documento es que proporciona bastante información sobre el sistema que las acusaciones utilizan para rastrear a sus objetivos.

En resumen, utilizan una versión modificada de una aplicación P2p configurada para que solicite los ficheros objeto de rastreo. Esta aplicación de monitorización se conecta a una red de intercambio, descarga un fragmento de los ficheros objeto de rastreo y registra los datos (nombre y tamaño del fichero, dirección IP, aplicación P2p utilizada, hora y nombre de usuario) de las fuentes desde las que realiza la descarga. La propia aplicación monitorizadora realiza una búsqueda *whois* (es un protocolo TCP basado en preguntas/repuestas que es usado para consultar de una base de datos para determinar el propietario de un nombre de dominio o una dirección IP) inversa a partir de la dirección IP y obtiene el proveedor de Internet del que depende, al que envía una carta informándole de la presunta infracción. Posteriormente los datos recopilados se remiten al juez para que éste ordene al proveedor la plena identificación del usuario.

No obstante la RIAA (Asociación de la Industria Discográfica de Estados Unidos) y la MPAA (una de las asociaciones cinematográficas más poderosas de Estados Unidos) se han encontrado con casos en los que el juez no admite una simple dirección IP como prueba. Pero hay más, porque también cabe plantearse la validez de una prueba obtenida mediante el mismo método que se denuncia (el programa rastreador también comparte), por no hablar de lo que pueda representar el rastreo de direcciones IP (así como de las que se hacen públicas en la propia misiva) en un país como España, donde la Agencia de Protección de Datos las considera dato personal.

Aún más, incluso la carta del bufete considera la posibilidad de que la descarga no haya sido realizada por el titular de la dirección IP,

²²⁷ Vid. <http://torrentfreak.com/youre-caught-downloading-dream-pinball-settle-now-or-go-broke/>

admitiendo que quizás dispone de una red (wireless o no) donde no se ha implementado la protección adecuada. El bufete se erige aquí en juez y parte y decide que el usuario debería haber implementado esa protección o exponerse a las consecuencias legales de no haberlo hecho.

Por tanto, algunas de estas conductas técnicamente posibles son al mismo tiempo legalmente reprobables, hasta el punto de que los datos así obtenidos podrían estar viciados para su aportación en una hipotética demanda. En concreto, el segundo inciso del art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial dispone que: *“no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*, y el secreto de las comunicaciones lo es (art. 18.3 de la Constitución española).

Los dos caminos para evitar este defecto invalidante son por un lado la autorización judicial, que no será concedida si el Juez considera que se trata de un mero ilícito civil, y por otro la propia participación en la comunicación, ya que es reiterada la jurisprudencia que declara que *“no es preciso autorización judicial para proceder a la grabación de una conversación por uno de los que intervienen en ella”*²²⁸. Por ello, debe desecharse rotundamente la utilización de sniffers, que incluso puede ser perseguida penalmente (art. 197 del Código penal). Debe desecharse igualmente la información obtenida por los titulares de derechos como supernodos, pues interceptan los datos aprovechándose de su papel de intermediarios (tampoco un cartero puede guardar un registro de los paquetes que pasan por sus manos). Y, en cambio, es perfectamente lícita la utilización de los datos conseguidos a través de la mera realización de búsquedas en redes P2p.

Una vez que el titular de derechos tiene la dirección IP del ordenador que realiza el acto ilícito debe ponerle nombre y apellidos, es decir, debe averiguar quién lo está utilizando. Para ello debe localizar al proveedor de acceso que ha asignado esa dirección IP, lo que es realmente simple, y a continuación debe solicitar a dicho proveedor que revele la identidad del usuario que tenía asignada la dirección IP en el momento en que se realizó el ilícito, lo que presenta más dificultades. En concreto, las dos cuestiones que se plantean son si tienen los proveedores

²²⁸ Vid. STS, de 5 de julio de 2004 [RJ 2004\4138] y otras allí citadas.

de acceso la obligación de conservar los datos de conexión y si tienen el deber de facilitárselos a los titulares de derechos.

En este contexto hay que hacer referencia a la demanda presentada en el año 2005 por Promusicae, entidad que aglutina a gran parte de las discográficas españolas, contra Telefónica para que ésta facilite la identidad de clientes que utilizaban el programa de intercambio de archivos P2p (peer to peer) Kazaa, la cual llegó el 5 de junio de 2007 ante el Tribunal de Justicia de la UE. Promusicae solicitó a finales de 2005 que se obligase a Telefónica a revelar la identidad y la dirección de determinados clientes que compartían música cuyos derechos de explotación corresponden a discográficas españolas y de los que se conoce la dirección IP de sus ordenadores.

El Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid remitió una consulta al Tribunal de la Unión Europea (UE) para que éste analice el caso bajo la legislación europea. Telefónica considera que sólo está autorizada a facilitar los datos que reclaman las discográficas en el marco de una “investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional”, y no para un proceso civil o como “medida preparatoria”. En la misma línea se ha pronunciado la Comisión Europea, que considera que una legislación que prohíbe la utilización de este tipo de datos en procesos civiles sobre derechos de propiedad intelectual “no es contraria al Derecho comunitario”, según recoge el informe para la vista del caso²²⁹.

Algunos países de la UE que han expresado su opinión sobre este caso, como Italia, consideran que los datos que almacenan los proveedores de acceso a Internet deben utilizarse únicamente en el caso de procesos criminales, tal y como argumenta Telefónica. Sin embargo, otros como Eslovenia, Finlandia y el Reino Unido creen que la ley europea obliga a que se faciliten las identidades con el fin de que los titulares de los derechos de un producto, en este caso las discográficas que representa Promusicae, puedan defender sus intereses.

A este respecto se ha pronunciado la propia Agencia Española de

²²⁹ Vid. Sentencia (DO) DO C 64 de 08 de marzo de 2008, p.9 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:064:0009:0010:ES:PDF>

Protección de Datos en el marco de las contribuciones realizadas por los Estados miembros de la UE, para la Comisión Europea, señalando que los Prestadores de Servicios de la Información (ISPs) no deberían ceder datos de carácter personal a terceros sin el consentimiento previo del titular de los datos, excepto en aquellos casos específicamente previstos en la Ley. Por el momento, entiende la Agencia que los ISPs no tienen la obligación de cooperar con aquellos titulares de derechos de propiedad intelectual, ni de retener aquellos datos sobre el tráfico de comunicaciones electrónicas relacionados con procedimientos sobre “piratería”²³⁰.

Pues bien, en primer lugar hay que aclarar que la única norma en nuestro ordenamiento que establecía tradicionalmente la obligación del proveedor de acceso de conservar los datos de conexión necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión era el art. 12 de la LSSI (ahora derogado por la Ley 25/2007). No obstante, este mismo precepto preveía que el contenido exacto del deber de retención de datos se determinaría a través de su normativa de desarrollo, no pudiendo en ningún caso conservarse los mismos durante un periodo superior a doce meses. En otras palabras, hasta que no se aprobara el Decreto correspondiente, los proveedores de acceso no tenían el deber de conservar información alguna, pero sí de eliminarla en el período máximo de doce meses. Sin embargo, este plazo pareció ser involuntariamente derogado por el art. 38.3 a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, del que se derivaba la posibilidad de conservar los datos por un período de hasta quince años. Pero hay que tener en cuenta que la LGT establecía una mera facultad a favor de los prestadores de servicios, y no un deber, como sucedía en la LSSI.

En segundo lugar, y siempre que el proveedor de acceso contara con los datos necesarios para la identificación del usuario, surgía la cuestión de si tenía el deber de comunicar esos datos al titular de derechos que los solicita y en qué condiciones debe hacerlo.

Pues bien, el 18 de octubre de 2007 se promulgó la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las

²³⁰ Vid. Informe de la Agencia Española de Protección de Datos: “Contribution on the Communication from the Commission on Creative Content Online in the Single Market”, en <http://ec.europa.eu>.

redes públicas de comunicaciones (en adelante, "LCD"), que traspone la Directiva 2006/24/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006. En aras de velar por la seguridad de los ciudadanos, la norma obliga a los operadores de comunicaciones electrónicas a guardar detalles sobre las llamadas, conexiones a Internet y transmisión de datos realizadas por los ciudadanos a fin de facilitar a los cuerpos policiales información sobre las comunicaciones relacionadas con la investigación de delitos graves.

Con este objeto, la disposición legal exige a todos los operadores (telefonía fija, móvil e Internet), por una parte a que conserven los datos necesarios para rastrear e identificar el origen, destino, fecha, hora y tipo de una comunicación, así como el equipo utilizado por los usuarios (art. 4 LCD). Por otra parte se exige que, en determinados supuestos, cedan dichos datos a los denominados "agentes facultados" (art. 6 LCD).

Asimismo, la Ley establece diversas garantías para solventar la preocupación de que los derechos individuales a la privacidad, intimidad y al secreto de las comunicaciones pudieran verse afectados por la imposición de las citadas obligaciones a las operadoras de telefonía y proveedores de acceso a Internet²³¹. Dichas garantías son las siguientes: los operadores conservarán los datos exclusivamente vinculados a la comunicación y en ninguna circunstancia los relativos al contenido de la misma; la cesión de los datos exigirá autorización judicial previa y ésta sólo podrá producirse en el marco de la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves tipificados en el Código Penal o en leyes penales especiales.

Con el objeto de concretar la protección de los mencionados derechos fundamentales de los ciudadanos, la Ley dispone que los datos serán cedidos exclusivamente a los agentes facultados. Esta figura es controvertida, dado que dicha terminología no se corresponde con ninguna definición de nuestro ordenamiento jurídico. Por este motivo, el Consejo General del Poder Judicial, en el proceso de tramitación de la LCD, solicitó la sustitución de dicha expresión por una que se ajustase a los

²³¹ Vid. al respecto MORALES PRATS, Fermín, *Internet, derecho penal y derechos fundamentales*, en BELLO PAREDES, Santiago y MURILLO VILLAR, Alfonso (coordinadores), *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de Información y Nuevas Tecnologías con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, 2005, p. 41 a 50.

términos utilizados en nuestro derecho. Aunque dicha recomendación no fue finalmente tomada en consideración, del texto legal se desprende que el concepto de agente facultado engloba los Cuerpos Policiales y el personal del Centro Nacional de Inteligencia, así como los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera en el ejercicio de las funciones de policía judicial que les correspondan. El incumplimiento del deber de entrega de los datos a los agentes facultados podría constituir una infracción penal al quebrantar un mandato judicial.

El plazo de conservación de los datos se fija, con carácter general, en doce meses desde que la comunicación se hubiera establecido (art. 5 LCD). No obstante, se contempla la posibilidad de que dicha obligación pueda ser reducida o ampliada reglamentariamente, para determinadas categorías de datos, a un periodo de seis meses o dos años, en atención al coste del almacenamiento e interés de los datos para la investigación, detección y enjuiciamiento de un delito grave.

En cuanto al régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de los requisitos y exigencias reguladas en la LCD, la norma (art. 10 LCD) se remite a lo dispuesto en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. A tales efectos, se modifica la citada disposición para incluir como infracciones muy graves y graves, respectivamente: la violación deliberada, por parte de los operadores, de las obligaciones de conservación de datos establecida en la LCD, y la vulneración grave o reiterada del deber de establecer medidas de protección y seguridad de los datos almacenados, conforme a lo previsto en la LCD.

Finalmente, la Ley establece que transcurrido el periodo de seis meses establecido en la LCD para la adaptación de los operadores a los requerimientos previstos en dicha disposición legal, los datos relativos a la duración, naturaleza, origen y destino de todas las llamadas y conexiones a Internet de los ciudadanos serán almacenadas por un periodo de un año y, en su caso, cedidas a las autoridades competentes para el esclarecimiento de posibles delitos²³².

²³² Cfr. VIVÓ, Carolina y GARCÍA, Amaya, "Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones", *Boletín Legal de KPMG Abogados*, Madrid, octubre de 2007.

En cuanto a la legislación estadounidense, ésta prevé un procedimiento de identificación del infractor en la § 512(h) [“Subpoena to Identify Infringer”] de la Copyright Act, por el cual el titular de derechos podrá reclamar de un prestador de servicios la identificación del supuesto infractor mediante la presentación de una instancia (“subpoena”) que reúna los siguientes requisitos: 1.º una copia de una notificación anterior al prestador de servicios en la que se describa el material que se considera ilícito; 2.º el contenido de la petición, es decir, la identificación del usuario; 3.º una declaración jurada de que dicha información solamente será utilizada para proteger los derechos reconocidos en la Ley de propiedad intelectual.

Los Tribunales estadounidenses ya han tenido ocasión de pronunciarse sobre la posibilidad de utilizar este procedimiento frente a los proveedores de acceso, ya que al amparo del artículo 512 de la *Digital Millenium Copyright Act* y por solicitud de la asociación que agrupa a los productores estadounidenses de fonogramas (la *Recording Industry Association of America* -RIAA-), un Juez federal había exigido al proveedor de servicios de Internet *Verizon Communications* que revelara la identidad de un usuario de la red P2p *Kazaa* que, supuestamente, compartía sin autorización a través de la misma cientos de archivos de obras protegidas digitalizadas. La interpretación del precepto defendida por el Juez suponía la atribución a cualquier titular de un derecho de propiedad intelectual de la potestad de requerir a los proveedores de servicios, información acerca de un usuario, debiendo aquéllos cumplir con el requerimiento sin necesidad de control judicial previo. *Verizon Communications* aducía que esta previsión legal no resultaba aplicable a los proveedores de servicios que son meros conductos para los usuarios de redes P2p y que no alojan ningún tipo de material ilegal en sus servidores. El Juez no hallaba razones para efectuar distingos. Finalmente, la sentencia de la Corte de apelación, que ya es firme, niega que el deber de identificar a los usuarios afecte a los proveedores de acceso, restringiéndolo a los prestadores de servicios de alojamiento; copia temporal (“caching”); y proveedores de enlaces o instrumentos de búsqueda²³³.

²³³ La fundamentación de la sentencia descansa en que uno de los elementos que debe reunir la notificación previa a los prestadores de servicios es “la identificación del material pretendidamente ilícito y que debe ser retirado o cuyo acceso debe ser bloqueado...” [§ 512(c)(3)(A)(iii) de la Copyright Act] y como los proveedores de acceso no pueden retirar el material ni bloquear el acceso al mismo (si no es denegando por completo el acceso a Internet a su cliente, lo que según la sentencia es una medida distinta y no querida por el legislador), tampoco puede realizarse frente a ellos una instancia que

Este fallo parece querer frenar las revelaciones en masa y con muy pocas garantías (no es necesario demostrar una infracción, sino simplemente alegarla) de la identidad de los usuarios a través del procedimiento de la § 512(h), pues ello va en detrimento del derecho a la intimidad de los mismos. Ahora bien, nadie pone en duda que en el marco de una acción judicial y tras la debida valoración de las pruebas, el Juez puede ordenar al proveedor de acceso, el único con los datos para hacerlo, que colabore en la identificación del infractor.

Por otra parte, en el Reino Unido los titulares de derechos cuentan con el apoyo de la doctrina jurisprudencial dictada en el caso denominado “Ashworth Security Hospital v MGN Limited”, de la “Norwich Pharmacal” Order²³⁴, que afirma lo siguiente: *“If through no fault of his own a person gets mixed up in the tortious acts of others so as to facilitate their wrongdoing he may incur no personal liability but he comes under a duty to assist the person who has been wronged by giving him full information and disclosing the identity of the wrongdoers”* (Si una persona se ve involucrada en la actuación delictiva de terceros colaborando involuntariamente, no incurrirá en una responsabilidad personal, pero vendrá obligado a asistir a la víctima, suministrando información y colaborando en la identificación de los agresores).

Esta antigua regla cobra una dimensión inesperada en el escenario de las telecomunicaciones, como muestran recientes decisiones judiciales. Si bien es cierto, que la House of the Lords ha advertido que la doctrina enunciada *“is an exceptional one and one that is only exercised by the courts when they are satisfied that it is necessary that it should be exercised”* (es excepcional y sólo será ejercida por los tribunales cuando esté probada la necesidad de ejercerla).

En nuestro ordenamiento, el proveedor de acceso tiene vedada la entrega voluntaria de los datos de carácter personal de un usuario, como la IP, sin el consentimiento del interesado (art. 11.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en adelante LOPDCP), salvo que el destinatario sea un Juez o Tribunal en

cumpla las exigencias del procedimiento sumario de la § 512(h) a fin de que identifiquen al infractor.

²³⁴ Vid. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020627/ash-1.htm>

el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (art. 11.2 de la LOPDCP). No obstante, hay que plantearse en qué condiciones puede la autoridad judicial obtener esos datos. El deber de identificar al usuario por parte del proveedor de acceso se fundamenta en el art. 12 de la LSSI, y que en su apartado tercero prevé lo siguiente: *“Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran”*.

El tenor de este apartado apunta claramente a que la intención del legislador es restringir la utilización de los datos a los supuestos en que concurra un ilícito penal. Para algunos autores²³⁵, el legislador ha sido en exceso garantista con los derechos de los usuarios y ha creado un régimen que supone una amnistía de facto para los infractores. Las dos alternativas preferibles para superar el reducido alcance del art. 12.3 son las siguientes: en primer lugar, cabe realizar una interpretación del mismo, según la cual, si bien la finalidad de la conservación de los datos son las investigaciones criminales, nada impedirá que un Juez los requiera con otros fines dignos de protección (p. ej., persecución de ilícitos civiles graves, como la puesta a disposición sin autorización de 100 ó más obras); en segundo lugar, en el cuarto párrafo del art. 12.2 de la LSSI se permite la utilización de los datos para los fines *“indicados en el apartado siguiente (infracciones penales) u otros que estén permitidos por la Ley”*. Aunque parece que el legislador está más bien pensando en los usos internos del propio prestador de servicios (p. ej., cobro de facturas), también es posible que esta previsión permita la aprobación de una Ley que faculte a los Jueces para solicitar la identificación de un supuesto infractor más allá de los procedimientos penales.

Pues bien, aun salvando estos problemas, hay jurisprudencia que entiende que la dirección IP no es más que la dirección de una máquina y no el nombre y apellido de una persona, por lo que sólo se podría probar que la conducta delictiva se ha llevado a cabo desde un determinado equipo informático, pero no la autoría personal de los hechos. Así nos

²³⁵ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer”, *Revista de Propiedad intelectual*, n.º 18, Bercal, Madrid, Septiembre-Diciembre 2004, p. 64.

encontramos con jurisprudencia²³⁶, que en relación a un asunto sobre el uso fraudulento de líneas 900 para conectarse a Internet, manifiesta lo siguiente: *“El acusado reconoce que era titular de la línea XXX pero niega que se conectara a Internet a través de las líneas 900 citadas. En primer término afirma que no era el único usuario del ordenador en cuestión, lo que en modo alguno resulta desvirtuado por prueba en contrario. De la titularidad de una línea telefónica no cabe deducir directamente la autoría de las llamadas. En segundo término no existe prueba de cargo para concluir que efectivamente se verificaran por el acusado las llamadas fraudulentas que constan en la relación de los folios 8 a 11 de los autos”*. En definitiva, si la investigación llega sólo hasta una determinada línea telefónica, y esta línea es utilizada por varias personas, hay que determinar quién es la persona que estaba conectada en el momento de la comisión del presunto delito.

Además de la identificación del usuario, los titulares de derechos reclamarán la retirada del archivo que consideran ilícito. La única forma en la que el proveedor de acceso puede satisfacer esa pretensión es dando de baja al usuario de su conexión a Internet. Esta obligación no figura en el art. 14 de la LSSI (responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso), sino que con carácter general la recogía la antigua redacción del art. 8 (restricciones a la prestación de servicios). No obstante, esta medida tiene un carácter extraordinario y estaba prevista para supuestos en los que esté en riesgo el orden público, la salud pública, el principio de igualdad o la juventud y la infancia (antigua redacción del art. 8.1 de la LSSI). Si a esto añadimos, que debe ser adoptada siguiendo criterios de proporcionalidad (antigua redacción del art.8.3 de la LSSI), no parecía que fuera aplicable al caso que nos ocupa.

Ahora con la nueva LISI, la redacción del antiguo art. 8 LSSI se ha modificado. Por un lado se ha simplificado la redacción del artículo 8, relativo a las medidas de restricción sobre servicios de la sociedad de la información realizables por “órganos competentes”, pues dicho precepto no aportaba en su redacción un contenido propio al ordenamiento jurídico, al remitir en la práctica a las competencias y procedimientos regulados en otras normas, suscitando, sin embargo, una impresión de intervencionismo en realidad inexistente. Además, se considera que los

²³⁶ Vid. Sentencia 160/2004, de 30 de marzo, del Juzgado de lo Penal n.º 1 de Manresa.

órganos competentes para imponer restricciones en el mundo físico, ya sean judiciales o administrativos, deberán estar habilitados por sus propias normas a imponer dichas restricciones a los prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando incumplan una orden emanada por los mismos en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas. Sin perjuicio de lo anterior, la nueva redacción del apartado 3 del artículo 8 remite al artículo 11 para habilitar al órgano competente a requerir la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación en caso de estimarlo necesario para garantizar la eficacia de las medidas que hubiera adoptado.

Es de destacar la controversia que ha suscitado la redacción de este art. 11, ya que para muchos el texto "*cuando un órgano competente hubiera ordenado (...) la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España (...), dicho órgano podrá ordenar a los prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación usado para la provisión del servicio o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados*" significaba dejar en manos de la autoridad administrativa la apreciación de si un determinado contenido afecta o no a la libertad de expresión.

Así se han producido críticas²³⁷, que consideran especialmente sarcástico el contenido del artículo 11, donde se afirma que "*la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución sólo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes*", ya que entienden que toda Internet es como una publicación, en la que cualquier secuestro afecta siempre a la libertad de expresión.

B. Sujeto pasivo

Sujetos pasivos serán los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, en la medida en que lo afectado con el delito sea la facultad que legalmente les viene reconocida

²³⁷Vid. <http://www.bufetalmeida.com/217/aprobada-en-el-congreso-la-ley-de-medidas-de-impulso-de-la-sociedad-de-la-informacion.html>

en cada caso por la LPI. La determinación del sujeto pasivo del delito es relevante no sólo para la determinación de un importante elemento positivo del tipo, sin cuya determinación no existe, por tanto, imputación penal posible, sino también para la del sujeto que puede, consintiendo en la realización de la conducta, convertir dicha conducta en atípica.

Pues bien, una de las cuestiones de mayor complejidad es la de la determinación de los sujetos pasivos, y ello por la propia dinámica y estructura de la normativa reguladora de la institución de la propiedad intelectual, en cuanto responde, en muchas ocasiones, a distintos intereses patrimoniales relacionados: el interés patrimonial del autor sobre su obra, el del intérprete sobre su interpretación de la obra del primero, y el del productor sobre la ejecución de la interpretación de la obra del autor) para cuya protección concede derechos que, además, pueden cederse y transmitirse en distintas modalidades.

Sobre este asunto, un sector de la doctrina²³⁸ ha distinguido entre sujetos pasivos principales, que serían los autores; y sujetos pasivos secundarios, que serían los cesionarios. Y siguiendo esta clasificación, aunque ampliando el ámbito de los principales, otro sector doctrinal²³⁹ hace la siguiente distinción: sujetos pasivos principales, como todas las personas a quienes se les reconoce a título originario derechos de propiedad intelectual (autor, titulares de derechos conexos); y sujetos pasivos secundarios como aquellos cesionarios a quienes se les transmite por cualquiera de los mecanismos establecidos por la Ley, facultades de explotación.

Dentro de los sujetos pasivos principales, es decir, los titulares, encontrarían acomodo todas las personas (físicas o jurídicas) a quienes, a título o modo originario, se les reconocen *lato sensu* derechos de propiedad intelectual. En cambio, el grupo de los cesionarios o sujetos pasivos secundarios, lo conformarían aquéllas a quienes, por cualquiera de los medios establecidos para ello, se les transmiten o adquieren (respecto de una o varias obras) facultades de explotación.

En cada uno de estos grupos, se llevan a cabo ulteriores

²³⁸ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., p. 79.

²³⁹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 139; MATA Y MARTÍN, Ricardo M., *Delincuencia informática...*, ob. cit., p. 82.

subdivisiones. Así, el segmento de los sujetos pasivos principales estaría conformado por dos subgrupos. En el primero, tendrían cabida las personas físicas o jurídicas a quienes se les reconocen derechos de autor. Es decir, abarca a los sujetos que, siendo portadores de éstos, a título o modo originario, se encuentra comprendidos en los Libros I y II de la LPI (sujetos pasivos principales de 1.º grado). El segundo se circunscribiría a las personas físicas, jurídicas o entidades que, también a título originario, se relacionan en el Libro III de la LPI como portadores de otros derechos de propiedad intelectual (sujetos pasivos principales de 2.º grado).

Por su parte, los sujetos pasivos secundarios (cesionarios), podrían agruparse en tres niveles. El primero, lo integrarían quienes a través de un vínculo contractual, reciben del titular originario y para su explotación comercial determinadas facultades patrimoniales. El segundo, lo conformarían los sujetos que, por disposición de la ley y sin tener que pasar por el mecanismo de una cesión otorgada por el titular originario, adquieren presumiblemente facultades de explotación. Y el tercero y último, cuando éstas se transmiten o adquieren mortis causa.

Por otro lado, otra corriente de autores²⁴⁰ señala que sujeto pasivo serán los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, en la medida en que lo afectado con el delito sea la facultad que legalmente les viene reconocida en cada caso por la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. Como esas facultades dependen, en primer lugar, de la labor realizada por el sujeto (labor creativa del autor, labor interpretativa del artista, ejecutiva del productor, etc.) así como de la naturaleza de la obra sobre la cual recaen, parece conveniente distinguir²⁴¹, entre el titular de los derechos sobre una obra literaria, artística o científica o su transformación (bien sea el autor, bien el cesionario de los derechos de autor) y los titulares de derechos conexos (artistas intérpretes o ejecutantes, productor de fonogramas, productor audiovisual, entidades de radiodifusión, editor de obras literarias inéditas y cesionarios de los derechos de todos éstos).

Pero ello no significa, en ningún caso, que haya una relación de preeminencia entre unos sujetos titulares de derechos y otros, puesto que,

²⁴⁰ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, en *Curso de Derecho Español, Parte Especial, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 776.

²⁴¹ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., pp. 313 y ss.

aquello que convierte a alguien en sujeto pasivo del delito es la titularidad del bien jurídico concretado en un interés patrimonial derivado de un derecho de explotación exclusiva, por lo que, quien sea titular de ese derecho lo es, sin más e independientemente de las relaciones contractuales anteriores o posteriores con otros sujetos, del bien jurídico que protege el Derecho penal.

Carecería de sentido, en este concreto caso, buscar la definición del sujeto pasivo en cualquier otro ámbito que no fuera el propio de la Ley de Propiedad Intelectual, puesto que sólo conforme a ella nacen los derechos del autor sobre su obra, de tal forma que se puede afirmar una identidad conceptual entre los sujetos titulares de los derechos de propiedad intelectual y los sujetos pasivos del delito²⁴².

Ahora bien, ello no significa que cualquier sujeto titular de derechos de propiedad intelectual pueda resultar sujeto pasivo, puesto que el Código Penal de 1995 ciñe su protección a los derechos de exclusiva explotación patrimonial ejercitados sobre las obras artísticas, literarias o científicas o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio.

i) El autor

El autor, en su calidad de titular originario y pleno de todas las facultades que constituyen la propiedad intelectual, es el sujeto pasivo por excelencia en los delitos contra la propiedad intelectual. La titularidad del bien jurídico protegido es lo que caracteriza al sujeto pasivo del delito. Designado aquél como el conjunto de derechos morales y de explotación pertenecientes al autor (art. 2 LPI), es lógico que el “autor” sea el principal sujeto pasivo de este delito. El autor es, pues, el sujeto tipo²⁴³ y titular originario de la propiedad intelectual²⁴⁴. De este modo en la regulación penal de la propiedad intelectual el autor resulta, siempre que no haya

²⁴² Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 138.

²⁴³ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *Autores...*, ob. cit., p. 53.

²⁴⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 5*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 105.

cedido sus derechos de explotación, el sujeto pasivo de la infracción²⁴⁵ y, aún en este caso, será, en muchas ocasiones, perjudicado o agraviado por el delito.

Sin entrar en discusiones sobre el carácter principal o secundario del autor como sujeto pasivo, aquello que es indudable es que la institución de la propiedad intelectual es un instrumento jurídico de protección al autor o creador de obras literarias, artísticas o científicas, y que la infracción del artículo 270 y siguientes del Código Penal, como delitos con un bien jurídico patrimonial individual, supondrá la lesión de los intereses del autor cuando resulte el titular de la explotación exclusiva de su obra. Para la determinación de esa titularidad habrá que estar a las previsiones que al respecto se contienen en la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 5 a 9).

El artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica, si bien contempla también que se puedan beneficiar de la protección que la Ley otorga al autor las personas jurídicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la obra que se crea por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, que la edita y publica bajo su nombre. En estos supuestos, y salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponden a la persona (física o jurídica) que la edita y divulga. Por tanto, el editor de una obra colectiva, en cuanto titular de modo originario de los derechos de autor sobre la misma, es igualmente sujeto pasivo principal de primer grado.

Se enmarca nuestra Ley, de esta forma, en la tradición legislativa del sistema italo-germánico del derecho de autor, una de cuyas premisas es la del principio de autoría²⁴⁶. Conforme a éste, sólo las personas físicas, y nunca las jurídicas, pueden ser consideradas autor, si bien la titularidad de los derechos de propiedad intelectual sí puede recaer en las jurídicas. El principio se basa en el propio sentido de la propiedad intelectual como protección de la creación, en cuanto que si la autoría se determina a

²⁴⁵ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, "Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual", en "Nuevas formas de delincuencia", *PJ*, N.º especial IX, Madrid, 1989, pp. 340 y 341.

²⁴⁶ Cfr. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 248.

través de un acto de creación, la persona jurídica nunca podrá ser considerada como tal²⁴⁷.

El artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual proveniente de la incorporación del artículo 2.1 de la Ley 16/1993 de adaptación de la Directiva 91/250 CEE parece obviar este principio fundamental de nuestro sistema jurídico de derechos de autor al considerar autor del programa de ordenador a *“la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley”*, añadiendo en el apartado segundo que *“cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre”*. Pero la negación de la condición de autor a la persona jurídica, salvo en el supuesto de los programas de ordenador como obra colectiva, no significa que ésta no pueda ser cesionaria de los derechos de explotación exclusiva ni que, en determinados casos establecidos por la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, una persona jurídica no pueda resultar titular originario de derechos de propiedad intelectual²⁴⁸.

Es el caso de los editores de obras inéditas que, conforme al artículo 129 de la Ley gozan de los mismos derechos que el autor sobre su obra; también de las empresas a las que el autor asalariado haya cedido, conforme a lo establecido en el artículo 51, los derechos de explotación; y las empresas productoras de obras audiovisuales que, conforme a lo establecido en el artículo 88 de la Ley, sean cesionarias de los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública así como de doblaje o subtítulo de la obra²⁴⁹.

Así mismo, se presume autor, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique, y cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento de su autor, mientras éste no revele su identidad (art. 6

²⁴⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 5...*, ob. cit., p. 105.

²⁴⁸ Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, A., *Comentario al artículo 97*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 1.434.

²⁴⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 5...*, ob. cit., p. 105.

LPI).

En el proceso creativo es bastante frecuente la concurrencia de dos o más personas que, aunando sus esfuerzos, dan luz a una obra unitaria. Esta clase de obras, llamadas en colaboración (art. 7.º LPI), se caracterizan precisamente por la existencia de una pluralidad de autores. Todos ellos son cotitulares originarios de los derechos de propiedad intelectual que, respecto a la obra en cuestión, les corresponden. Por tanto, los coautores son, también, sujetos pasivos subsumibles en la categoría que nos ocupa.

La complejidad de ciertas obras en colaboración, como las cinematográficas y otras audiovisuales, ha precisado de una especial regulación en la normativa civil. De acuerdo con ésta (art. 87 LPI) son autores de este tipo de obras: el director–realizador; los autores del argumento, la adaptación y los del guión o los diálogos; y los autores de las composiciones musicales, con o sin letra, creadas especialmente para esa obra. En consecuencia, los coautores de una obra audiovisual son, igualmente, posibles sujetos pasivos (principales de 1.º grado) en los delitos contra la propiedad intelectual. Los supuestos de cotitularidad aparecen regulados en los artículos 7 a 9, que se ocupan respectivamente de la obra en colaboración, de la obra colectiva y de la obra compuesta e independiente.

Hay que tener también presentes las disposiciones contenidas en el Título V de la Ley de Propiedad Intelectual, que contiene el régimen jurídico de la transmisión de estos derechos, con referencia específica a los contratos de edición, de representación teatral y ejecución musical, así como las especialidades que en materia de titularidad se contemplan en el Título VI respecto a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, y en el Título VII en relación a los programas de ordenador.

Finalmente habrá que tener en cuenta la regulación de los derechos afines a los de autor, que recoge el Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual bajo la rúbrica "*De los otros derechos de propiedad intelectual*" y que comprenden los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas, de los productores de las grabaciones audiovisuales, de las entidades de radiodifusión, los que derivan de la realización de meras fotografías y de determinadas producciones

editoriales; derechos todos ellos que se entenderán sin perjuicio de los que correspondan a los autores (art. 131 LPI).

En el ámbito de la doctrina penal se ha planteado la discusión sobre si se protege en el Código Penal, en su totalidad, a los titulares de derechos conexos, o únicamente entran en el ámbito de protección los artistas intérpretes o ejecutantes. Así nos encontramos con dos posiciones doctrinales. La primera se basa en que el Código Penal se refiere expresamente, y aparte de la obra artística literaria o científica o su transformación a la interpretación y ejecución artística, por lo que serán sujetos pasivos los intérpretes o ejecutantes, pero no el resto de titulares de derechos conexos. Entiende que la consideración de estos titulares como sujetos pasivos del delito, supondría la analogía, prohibida al aumentarse la esfera de lo prohibido²⁵⁰. Es por ello que la protección jurídica de sujetos como el productor de fonogramas, los traductores, los adaptadores, autores de revisiones, de compendios, de arreglos musicales, de colecciones, debería ser, según estos autores, por vía civil, pero no a través del Derecho penal²⁵¹.

La segunda, por el contrario, afirma la condición de sujeto pasivo de los delitos relativos a la propiedad intelectual de todos los titulares de derechos conexos, siempre que sus derechos recaigan sobre el objeto material expresamente citado en el Código Penal, una obra artística, literaria o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicación a través de cualquier medio. Los derechos sobre la obra artística, literaria o científica o sobre la transformación puede ejercerlos el autor o el cesionario, y los derechos sobre la interpretación o ejecución artística el intérprete o el artista ejecutante, pero también el productor fonográfico o el productor audiovisual cuando dicha interpretación o ejecución se plasma en un fonograma o en una grabación audiovisual. De igual forma, si la interpretación o ejecución artística se emite o transmite, será la entidad de radiodifusión la que goce de los derechos de reproducción, distribución y comunicación de las mismas. No se trata de una interpretación arbitraria sino conforme al régimen legal que establece, en cada supuesto concreto, quienes son los titulares de los derechos de explotación.

²⁵⁰ Cfr. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, "Delitos...", ob. cit., pp. 74 y ss.

²⁵¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 576.

Estos derechos, en sí mismos independientes y distintos de los derechos de autor, corresponden, a título originario, a los sujetos y entidades que se relacionan en los seis primeros títulos del mencionado Libro II. A los efectos que aquí interesan, y siguiendo el orden prefijado en la LPI, podemos condensarlos en tres grupos: derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes; derechos de los productores de fonogramas, de los productores de grabaciones audiovisuales y de las entidades de radiodifusión; protección (del realizador) de meras fotografías y la protección (del editor) de determinadas producciones editoriales.

a) *Derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes.* El artículo 105 de la Ley define al artista intérprete o ejecutante como *“la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra. El director de escena y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este título”*.

La Ley les concede a todos ellos los derechos de autorizar la fijación de sus actuaciones (artículo 106), de reproducción directa o indirecta de las fijaciones (artículo 107), de comunicación pública de sus actuaciones (artículo 108), de distribución de las fijaciones (artículo 109) y, finalmente, gozan del denominado derecho moral del artista, incluido en el artículo 113 LPI, que le permite al artista el reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones, el oponerse a toda deformación o atentado a la integridad de su actuación que lesione su prestigio o reputación y, también, doblar su actuación a su propia lengua y prohibir que otros lo hagan.

Al ser subsidiariamente aplicables, por virtud del artículo 132, las disposiciones del libro primero sobre los derechos patrimoniales, los derechos de reproducción, comunicación pública y distribución pueden completarse con las disposiciones de la sección segunda del capítulo tercero, título segundo, del libro primero de la Ley. El problema, fundamentalmente a efectos penales, estriba en el derecho de autorizar la fijación. La doctrina considera que, en el caso de los autores, la fijación de la obra se incluye dentro del derecho de reproducción, pero al regularse aquí de forma separada, debe entenderse que el derecho exclusivo de autorizar la fijación de las actuaciones es uno, y otro diferente es el

derecho de autorizar la reproducción de las fijaciones²⁵².

Por consiguiente los artistas intérpretes o ejecutantes, titulares originarios de las facultades que sobre su ejecución se les reconoce, pueden recabar protección penal al amparo del tipo básico. Son pues, de acuerdo con los parámetros propuestos, sujetos pasivos principales de segundo grado. Y esto deriva del hecho de que cualquiera de las conductas previstas en el tipo básico, pueden tener como objeto (en todo o en parte) “una interpretación o ejecución artística”. A mayor abundamiento, en el CP de 1973, la protección del aspecto moral del artista intérprete tenía una cobertura adicional, especial y particularizada²⁵³, por medio de la circunstancia agravante de la “*usurpación del nombre de un artista en una interpretación o ejecución*” [art. 534 bis b). 1. c)].

No obstante haber aglutinado, inicialmente, en un sólo grupo a las personas (físicas o jurídicas) que, aportando su iniciativa empresarial contribuyen a modo de puente entre el autor y el público a la difusión masiva de las obras del espíritu, el diverso contenido de la actividad que cada una desarrolla y de las facultades que les corresponden, aconseja su análisis por separado.

b) *Derechos de los productores de fonogramas, de los productores de grabaciones audiovisuales y de las entidades de radiodifusión.* A los productores de fonogramas, es decir, las personas (físicas o jurídicas) bajo cuya iniciativa se realiza la fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos (fonograma), le corresponden originariamente, y respecto a éste, los derechos exclusivos de autorizar su reproducción, la distribución de copias y la comunicación pública de unos y otros (fonogramas y copias).

El artículo 114 considera productor de un fonograma a “*la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por primera vez la mencionada fijación*”, estableciendo además que “*si dicha operación se efectúa en el seno de una empresa, el titular de ésta será considerado productor del fonograma*”. Sus derechos, similares al derecho

²⁵² Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., pp. 405 y ss.

²⁵³ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, “Sujetos penalmente...”, ob. cit., p. 347.

de explotación del autor en cuanto conformados por la reproducción, comunicación pública y distribución, lo son sobre el fonograma o fijación sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos, si bien las fijaciones de sonidos no se protegen por vía penal.

Del mismo modo los derechos de explotación de una grabación audiovisual los tiene, conforme al artículo 120, el productor de una grabación audiovisual o la *“persona natural o jurídica que tenga la iniciativa y asuma la responsabilidad de dicha grabación audiovisual”*. El Código Penal protege sus derechos siempre que la grabación audiovisual sea susceptible de ser calificada como obra audiovisual en el sentido de la Ley, puesto que aquellas fijaciones de planos o secuencias que no sean una obra artística, literaria o científica o la transformación, interpretación o ejecución de éstas darán lugar, en el momento de su fijación en una grabación audiovisual, a un derecho exclusivo de explotación del productor pero no protegible por vía penal, en cuanto no recae sobre uno de los objetos materiales expresamente citados por el Código Penal.

En términos parecidos, pero con objeto muy diverso, los productores de grabaciones audiovisuales, gozan del derecho de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública. Tal protección comprende tanto a las producciones susceptibles de ser catalogadas como obras audiovisuales (art. 86.1 LPI), como a la mera grabación audiovisual. También corresponde a los productores de una grabación audiovisual, entendiéndose como tal la fijación de un plano o secuencia de imágenes con o sin sonido, los derechos de explotación de las fotografías realizadas durante el proceso de producción de aquélla. Por consiguiente y tomando en cuenta los criterios que hemos venido utilizando, también los productores de grabaciones audiovisuales, resultan posibles sujetos pasivos principales (de segundo grado).

Otro tanto puede decirse respecto de las entidades de radiodifusión. Estos organismos, igualmente, resultan titulares de derechos de propiedad intelectual. Concretamente, les corresponden, respecto de sus emisiones o transmisiones, los derechos exclusivos a autorizar su retransmisión, su grabación en cualquier tipo de soporte y su comunicación pública. De este modo, las entidades de radiodifusión pueden ser sujetos pasivos principales y enmarcables (por ser titulares

originarios de otros derechos de propiedad) en el segundo grado.

Las entidades de radiodifusión gozan del derecho de fijación, retransmisión y comunicación pública de sus emisiones o transmisiones en cualquier soporte sonoro o visual y de explotar (reproducir, y distribuir) las fijaciones de sus emisiones o transmisiones. Esto supone que cuando se reproduzca o distribuya la fijación de la interpretación de una obra artística, literaria o científica emitida por una entidad de radiodifusión, será ésta última el sujeto pasivo del delito correspondiente. De igual forma, si se comunican públicamente sus emisiones o transmisiones, la entidad verá afectados sus derechos de explotación y será, por tanto, sujeto pasivo de un delito del artículo 270 del Código Penal.

c) *Protección (del realizador) de meras fotografías y la protección (del editor) de determinadas producciones editoriales.* También para el realizador de las llamadas “meras” fotografías, es decir, aquéllas que ni son artísticas ni originales y por tanto no susceptibles de ser consideradas obras fotográficas [art. 10.1.h) LPI], goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública. En principio, la titularidad originaria de estas facultades por el realizador de una fotografía, lo sitúa en la posición de posible sujeto pasivo principal de segundo grado. Lo mismo ocurre en relación con la persona o editor que reproduce y distribuye una obra inédita que se encuentre en el dominio público. A aquél, se le reconocen sobre ésta, los mismos derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) que hubieren correspondido a sus autores.

Mención especial merece también el caso de los editores de obras inéditas. El Código Penal de 1995 no dice en ningún momento que los derechos protegidos deban recaer sobre obras publicadas, por lo que, teniendo en cuenta que el artículo 129 LPI en su apartado primero concede el derecho de explotación al editor que divulgue lícitamente una obra inédita que esté en dominio público, parece claro que éste será el sujeto pasivo cuando la reproducción, distribución, comunicación pública o plagio lo sean de una obra artística, literaria o científica inédita y en dominio público.

Cuestión diferente es la de la protección por vía penal de los

derechos de los editores de obras no protegidas por las disposiciones del libro primero de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. La Ley les concede el derecho exclusivo de autorizar la reproducción, distribución y comunicación pública de dichas ediciones siempre que puedan ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales.

Sin embargo, al no ser el objeto sobre el que recae el derecho una obra artística, literaria o científica ni una transformación, interpretación o ejecución de éstas, parece claro que no es subsumible en el tipo penal del artículo 270 la conducta de quien reproduce, distribuye, comunica o plagia ilícitamente estas ediciones, quedando la protección de dichos editores para la vía civil. Ocurre lo mismo que con los derechos sobre las meras fotografías, que por no ser obras artísticas, literarias o científicas no constituían objeto material del delito y, por tanto, los sujetos titulares de derechos sobre ellas no gozaban de protección penal.

Además, y al margen de esta clasificación, hay que señalar que existen una serie de supuestos complejos en los que, a priori, resulta difícil determinar la condición de autor. Estos son los casos del autor asalariado y los de autoría plural. Pues bien, comenzando por el *autor asalariado* hay que señalar que la Ley establece en el artículo 51 una excepción al régimen general de transmisión de los derechos de explotación consistente, en lo fundamental, en la presunción de la cesión exclusiva de los derechos de explotación *“con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral”*.

La norma, cuyo sentido deriva de la especial relación existente entre la empresa y su trabajador, de tal forma que la relación laboral implica, en el resto del ordenamiento, la transmisión de los resultados del trabajo al empleador²⁵⁴, supondrá la consideración de la empresa como titular de los derechos de explotación de la obra realizada por el autor con motivo de un contrato laboral. Sin embargo, el régimen legal de la cesión de los derechos de explotación del autor asalariado no supone una atribución original de los derechos de autor a la empresa, sino, en todo caso, una

²⁵⁴ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentario al artículo 51*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 840.

atribución de la titularidad de los derechos de explotación sobre la obra.

Pero, en todo caso, parece claro que, aún si no se considerase a la empresa del trabajador asalariado como autora de la obra de éste, será ella, salvo pacto en contrario, la titular de dichos derechos de explotación y, por tanto, el sujeto pasivo del delito que atente contra ellos. Ello supone que el autor que reproduce, distribuye o comunica públicamente una obra suya realizada en virtud de una relación laboral y relacionada con la actividad habitual de la empresa, siempre que no exista pacto escrito por el cual sea considerado titular de los derechos de explotación sobre lo creado, será sujeto activo de un delito relativo a la propiedad intelectual del artículo 270 del Código Penal cuyo sujeto pasivo será la empresa que ve lesionado el derecho de explotar la obra del que es cesionaria.

Sobre este problema se ha manifestado la jurisprudencia, tal y como se puede ver en una Sentencia²⁵⁵ de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la que el argumento de la defensa era que el programa GQ era una creación del acusado, y correspondía a éste, por lo menos, el derecho moral de autor, por lo que, siendo titular de una parte del derecho de propiedad intelectual sobre aquél, no cabía entender su conducta como plagaria. Pues bien, finalmente en la Sentencia se estimó lo siguiente: *“El referido programa de ordenador fue creado en virtud de una relación laboral con «Dipisa», a la cual se ha de entender transmitido, como empresaria, el derecho de explotación de la obra, según resulta de lo dispuesto por el artículo 51.1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual, y es precisamente el titular de este derecho de exclusiva el que lo es de la propiedad intelectual a los efectos de autorizar la reproducción de la obra, como específicamente establece para los programas de ordenador el artículo 99.2 de la LPI; se ha realizado, pues, en el caso la conducta típica, sin que tenga relevancia el derecho moral de autor, referido exclusivamente a la divulgación y al arrepentimiento, por cierto que de discutida posibilidad conceptual en materia de programas de ordenador, pues el titular de dicho derecho se halla obligado a respetar el de explotación, que infringe si plagia el contenido del programa sobre el que ostenta la exclusiva otra persona, aquí el empresario cesionario de los derechos sobre la obra creada en el ámbito de la relación laboral.”*

²⁵⁵ Vid. SAP Barcelona (Sección 6ª) de 3 junio de 1998, [ARP 1998\2116].

La especialidad del artículo 51 radica en el plano objetivo (las obras creadas en virtud de una relación laboral) y no en el plano subjetivo (las obras de autores asalariados)²⁵⁶, por lo que sólo son transmitidos a la empresa los derechos sobre aquellas obras creadas en el marco de una relación laboral siguiendo las instrucciones o en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, de modo que cualquier otra que cree el autor aún utilizando medios de la empresa, podrá ser explotada por él sin que la empresa adquiera sobre ella ningún derecho. Por supuesto no es preciso que el empleador otorgase instrucciones específicas sobre el contenido de la obra creada sino que bastará con que haya dado instrucciones o encargos genéricos o específicos sobre la actividad del trabajador y la tarea de la creación²⁵⁷.

En cuanto a la *autoría plural*, la Ley de Propiedad Intelectual establece en los artículos 7 a 9 una normativa específica para la atribución de sus derechos. Los casos con los que nos podemos encontrar son los de obra en colaboración, obra colectiva y obra compuesta. Respecto a la primera, es definida por la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 como aquella que es resultado unitario de la colaboración de varios autores, y los derechos sobre ella corresponden a todos ellos. Así, pues, el presupuesto que define a este tipo de obras frente al resto de obras en que la autoría es múltiple, es la colaboración de los autores, esto es, que en el proceso generador de la obra debe existir la coordinación de los esfuerzos de ellos, situados en régimen de igualdad, sin jerarquía o subordinación alguna²⁵⁸, y dando lugar a una obra resultante que sea la fusión de todas las aportaciones individuales²⁵⁹.

Dentro de este tipo de obras se puede hacer una clasificación en función a la posible diferenciación de cada una de las colaboraciones de la obra, pero también atendiendo a la separabilidad o inseparabilidad en la explotación de las diversas aportaciones²⁶⁰: por un lado si las aportaciones de los coautores no son diferenciables no habrá más que un objeto de

²⁵⁶ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentario al artículo 51...*, ob. cit., p. 840.

²⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., p. 229.

²⁵⁸ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *Comentario al artículo 7*, en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. V. Vol. 4, Edersa, Madrid, 1994, p. 153.

²⁵⁹ Cfr. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto...*, ob. cit., pp. 179 y ss.

²⁶⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentario al artículo 7*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 127.

propiedad intelectual, la obra común, por lo que sólo existirán los derechos de explotación de la misma de los cuales serán titulares todos ellos en la proporción que ellos determinen, aplicándose de forma subsidiaria el régimen civil de la Comunidad de Bienes; en el caso de que haya aportaciones diferenciables habrá, además del resultado unitario de la colaboración, la cual se explotará, tantas obras como aportaciones diferenciables y siempre que sea posible la explotación por separado de cada una de ellas y que ésta no perjudique a la explotación de la obra en colaboración, pues si la obra es diferenciable pero no es separable sólo cabrá hablar de una obra y, por tanto, de una explotación sobre la misma.

Todos los autores de la obra en colaboración serán sujetos pasivos del delito, en cuanto la explotación exclusiva de la obra les pertenece a todos ellos. Si la conducta explotatoria lo fuera de una de las aportaciones separadas de la obra, entonces el sujeto pasivo sería, únicamente, el autor de dicha aportación como titular de la explotación de la misma. Por supuesto, la explotación de la obra en su totalidad por parte de uno de los autores sin el permiso de los demás dará lugar a responsabilidad, si bien por la vía civil y no por la penal, en cuanto en este supuesto resultaría extraña la consideración de sujeto activo a uno de los titulares del bien jurídico protegido. En cambio, en el caso de que uno de los coautores de la obra colectiva explotase una aportación separable realizada por otro autor, sí cometería el delito al carecer de la titularidad de cualquier facultad de explotación de aquella obra separada de la obra en colaboración²⁶¹.

En cuanto a las obras colectivas, el artículo 8 LPI la define como aquella *“creada bajo la coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre y está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual haya sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada”*. Pues bien, los derechos sobre la obra colectiva corresponden, según el apartado segundo del citado artículo 8.º de la Ley, *“a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre”*.

La obra colectiva se diferencia de la obra en colaboración en que

²⁶¹ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, “Sujetos penalmente...”, ob. cit., p. 344.

frente a la posición de igualdad de los realizadores de ésta última, en aquélla existe un encargo y coordinación por un sujeto a varios autores. La otra nota particular es que, mientras en la obra en colaboración existía una obra común, pero también tantas obras como aportaciones diferentes y separables, aquí las aportaciones se conciben para la obra fundiéndose en una creación única y autónoma que se atribuye al editor organizador, sin que sea posible la atribución separada a cada autor de sus aportaciones y la explotación de las mismas²⁶².

El coordinador de la obra colectiva es aquél que, en jerarquía respecto a los demás autores, ejerce la iniciativa de coordinar la labor de todos ellos y es dicha composición de la estructura compleja de las distintas aportaciones lo que constituye una labor creativa original y lo que, por tanto, determinará el nivel de protección e impedirá el plagio de la obra como tal²⁶³.

El titular de los derechos de explotación sobre la obra colectiva es la persona que la edita y la divulga, sea el coordinador de los trabajos o no (puede haber contratado con él), y resultará, por tanto, el sujeto pasivo de los delitos relativos a la propiedad intelectual cuando la conducta de reproducción, distribución, comunicación pública o plagio afecte a su exclusiva de explotación²⁶⁴. No cabe duda, además, de que cualquiera de aquéllos que han participado en la obra colectiva será sujeto activo del delito cuando explote la obra colectiva, incluso si explota aquella parte que él mismo aportó, puesto que carece de cualquier derecho sobre ella.

Y por último está la obra compuesta, que es un subtipo de la obra derivada en la cual es imprescindible la participación de dos o más obras de dos o más autores distintos. La Ley de Propiedad Intelectual la define como: *“La obra nueva que incorpore una obra pre-existente sin la colaboración del autor de ésta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización”*.

Así, pues, y frente a la obra colectiva y la obra en colaboración, en la obra compuesta no existe concurrencia de personas sino de objetos en el

²⁶² Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., p. 45.

²⁶³ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentario al artículo 8*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 149.

²⁶⁴ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *“Sujetos penalmente...”*, ob. cit., pp. 340 y 341.

acto creativo, ya que aquélla es el producto intelectual de un solo autor²⁶⁵. No se debe confundir la obra compuesta con las obras originales en las que se ejerce el derecho de cita conforme al artículo 32 LPI, si bien el límite entre una y otra es ínfimo y de mera cuantía. Ejemplos de obra compuesta se pueden encontrar en el mundo de la música, concretamente en la música electrónica, donde la utilización del denominado *sampler* hace cada día más común aquella pieza formada por “pedazos” de otras canciones de tal forma que da lugar a una obra absolutamente nueva y original.

El sujeto pasivo en los supuestos delictivos que se realicen sobre la obra compuesta, es el creador de la obra compuesta, el autor de la misma y, mientras no ceda los derechos, el único titular de los derechos de explotación y sujeto pasivo del delito del artículo 270 del Código Penal²⁶⁶. Esto hasta el punto de que el titular de la obra incorporada podrá cometer la infracción penal si explota la obra compuesta sobre la cual carece de ningún tipo de derecho. Por supuesto, aquel autor que para la realización de una obra compuesta reprodujese la obra de otro sin su permiso, podrá estar realizando el tipo del artículo 270 del Código Penal y será sujeto activo del mismo.

Pues bien, como conclusión a todo lo expuesto, hay que señalar que la titularidad del bien jurídico protegido es lo que caracteriza al sujeto pasivo, por lo que hay que considerar al autor como el sujeto pasivo tipo y originario de este tipo de delitos. Sin embargo esto no quiere decir que sea el único que puede ostentar la condición de sujeto pasivo, ya que el autor de una obra puede ceder en exclusiva los derechos de explotación a un tercero (cesionario), siendo este último el que ostentaría entonces la condición de sujeto pasivo de este tipo de delitos. Y todo esto, además de la posibilidad de considerar sujetos pasivos a los titulares de derechos conexos, siempre que sus derechos recaigan sobre el objeto material expresamente citado en el Código Penal. Así mismo, resulta de gran relevancia práctica la consideración de que en aquellos casos en los que el autor realice la obra bajo una relación laboral, será la empresa la titular de los derechos de explotación, y por ende, posible sujeto pasivo de un eventual delito contra dicha obra.

²⁶⁵ Cfr. SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto...*, ob. cit., p. 306.

²⁶⁶ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, “Sujetos penalmente...”, ob. cit., p. 344.

ii) El transformador

El autor de la obra derivada o transformador de una obra originaria es el titular, originario, de los derechos de explotación sobre dicha transformación. De esta forma, los derechos que adquiere el autor de una transformación no derivan de una cesión de derechos, ni de la titularidad de un derecho conexo, sino que se trata de un auténtico derecho de autor concedido a aquél que, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, traduce, adapta, revisa o, de cualquier otra forma, transforma aquélla dando lugar a una nueva obra, derivada, pero original y nueva y sobre la cual surgen derechos de explotación.

Por supuesto, si el autor de la obra derivada es distinto al de la obra original y ésta no ha caído en dominio público, deberá contar con la autorización de sus titulares, no tanto para su creación como para su explotación²⁶⁷. Pero una vez obtenida la autorización y, por tanto, ejercido el derecho de transformación por parte del titular de los derechos de explotación de la obra originaria, surge un interés de explotación patrimonial de una obra nueva que pertenece, en exclusiva, al autor de la obra derivada.

Esto significa que el sujeto pasivo de las conductas de reproducción, distribución, plagio o comunicación pública de una transformación de una obra literaria, artística o científica, es el transformador o autor de la obra derivada, sin que el autor pueda ser más que, en todo caso, perjudicado si, de alguna forma, la conducta ilícita afecta al derecho de explotación sobre la obra originaria. Y, de igual forma, el autor sigue siendo el único titular del derecho de explotación sobre la obra originaria y, por tanto, único sujeto pasivo de los atentados contra dicho derecho, puesto que el objeto del derecho del autor de una obra derivada es únicamente la obra nueva, careciendo de cualquier tipo de facultad sobre la obra originaria²⁶⁸.

²⁶⁷ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., p. 59.

²⁶⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentario al artículo 11*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 201.

iii) El cesionario

En términos generales, puede afirmarse que los cesionarios son las personas físicas o jurídicas, a quienes por parte del titular originario o de iure, se les transmiten determinados derechos de propiedad intelectual para su explotación comercial. La consideración del cesionario como posible sujeto pasivo del delito no deriva tanto de la referencia del Código penal a los sujetos sin cuyo consentimiento la conducta es típica, como del hecho de que, en muchos supuestos, serán ellos los titulares del bien jurídico protegido, el derecho de explotación exclusiva y, por tanto, los sujetos directamente afectados por las conductas lesivas de este interés patrimonial.

El cesionario de los derechos de autor, en cuanto goza de un derecho de explotación patrimonial, con el carácter de la exclusividad, resulta el sujeto pasivo de los atentados que afecten a dicho interés patrimonial. La doctrina, prácticamente unánime, considera que el cesionario de los derechos de explotación exclusiva de autor puede ser sujeto pasivo de los delitos relativos a la propiedad intelectual²⁶⁹. Pero hay que concretar esta afirmación y, para ello, es necesario acudir a la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 que definirá y determinará el significado y términos de la cesión del autor de los derechos de explotación sobre su obra.

No se trata de analizar todas y cada una de las formas contractuales posibles de transmisión de los derechos de explotación, pues son tantas y tan diversas que requerirían un análisis específico. Simplemente se trata de concretar los requisitos que debe cumplir un determinado sujeto para, sin ser autor de una obra artística, literaria o científica o su transformación, ejercer derechos de explotación de autor y, por tanto, ser sujeto pasivo de los delitos relativos a la propiedad intelectual. En primer lugar hay que partir de una distinción básica derivada de los dos modos de cesión de derechos: cesión inter-vivos y cesión mortis causa.

²⁶⁹ Cfr. BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles, *De los delitos relativos a la propiedad intelectual*, en VIVES ANTÓN. *Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 1.328.

1. Cesión inter-vivos

La condición de sujeto pasivo del cesionario por actos inter-vivos de los derechos de propiedad intelectual no es discutida en ningún caso. Desde el momento en que consideramos como bien jurídico protegido el derecho de explotación exclusiva de propiedad intelectual, transmisible en vida por el propio autor según señala expresamente el artículo 43 LPI, no cabe duda de que el cesionario, en cuanto ejerciente del mismo y, por tanto, titular del interés patrimonial exclusivo, será sujeto pasivo del artículo 270 del Código Penal cuando se afecte a aquél.

La Ley de Propiedad Intelectual distingue, sin embargo, entre la cesión exclusiva y la no exclusiva de derechos de propiedad intelectual. Partiendo de que no es posible la venta del derecho de explotación, aunque sí la transmisión entendida como utilización de las facultades de explotación, parece claro que la transmisión de derechos de explotación más intensa permitida por la Ley es la cesión en exclusiva de derechos de explotación²⁷⁰. En ella, el cesionario sucede en el derecho de explotación exclusiva al autor, por lo que se convierte, si no en propietario, sí en el ejerciente de los derechos cedidos por el cesionario con exclusión de toda persona, inclusive el propio autor. No hay duda, pues, de que el bien jurídico patrimonial individual caracterizado por la explotación exclusiva de un derecho pertenece, en el caso de la cesión exclusiva del artículo 49 LPI, al cesionario.

La cesión no exclusiva de derechos se encuentra regulada en el artículo 50 LPI que faculta al cesionario no exclusivo a *“utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente”*. Por tanto, y en cuanto coejerciente de derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, el cesionario no en exclusiva puede resultar lesionado en sus intereses derivados de sus derechos de propiedad intelectual, tanto si la conducta la realiza un tercero como si deviene del propio autor o el cesionario no exclusivo de sus mismos derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, hay que comparar el citado derecho patrimonial con

²⁷⁰ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., p. 220.

aqué que resulta penalmente protegido en el artículo 270 para concretar si como tal, pertenece al cesionario no exclusivo. La respuesta es que no podemos considerar titular de un derecho de explotación exclusiva al cesionario no exclusivo, al no gozar de un *ius prohibendi* absoluto que le permite utilizar en exclusiva las facultades de explotación, sino, a lo máximo, titular de un interés patrimonial positivo (ejercer facultades) que, como tal, podría ser protegido por vía civil o, en su caso, en vía penal por el delito de estafa.

Hay que señalar que algunos autores²⁷¹ hacen, además, otra subdivisión dentro de la cesión inter-vivos, comprendiendo en un primero grupo a quienes reciben, a través de un contrato celebrado con el titular de los derechos de autor, o de otros derechos de propiedad intelectual, las facultades de explotación.

Las características generales y formas específicas que puede adoptar la transmisión o cesión de los derechos de explotación, vienen descritas y reguladas en el Título V del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual. En ciertos supuestos, y atendiendo a la naturaleza específica y origen del objeto tutelable, la Ley de Propiedad Intelectual considera a determinados sujetos, presumiblemente, como cesionarios de las facultades de explotación (cesión presunta). Tal es el caso de los productores de obras cinematográficas y audiovisuales, así como de los empresarios, respecto de las obras creadas en virtud de una relación contractual. Estos cesionarios, *iuris tantum* y *ex lege*, conformarían un segundo grupo.

2. Cesión mortis-causa

El artículo 42 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 dice que *“los derechos de explotación de la obra se transmiten mortis causa por cualquiera de los medios admitidos en Derecho”*, por lo que se remite al Código Civil y a los Derechos civiles territoriales o forales para la concreción de los medios de transmisión mortis causa así como de las personas llamadas a suceder al autor en los derechos de explotación de la obra intelectual²⁷². Será la Ley nacional del causante, foral o común,

²⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 143.

²⁷² Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentario al artículo 42*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 730.

aplicable al autor fallecido la que precisará el medio procedente para la sucesión mortis causa²⁷³.

En cuanto al título, la sucesión en los derechos de explotación de la obra intelectual y, por tanto, en la condición de posible sujeto pasivo de un delito relativo a la propiedad intelectual, puede ser a título de heredero, sucesor a título universal y que, por tanto, adquiere todos los derechos de propiedad intelectual que pertenecían al propio autor (excepto los legados); o bien a título de legatario, sucesor a título singular que adquiere aquellos derechos patrimoniales que, en concreto, le lega el autor²⁷⁴. La diferencia fundamental estriba, pues, en que mientras el legatario puede serlo de un derecho de explotación (reproducción, distribución, etc.) el heredero, a menos que el autor legase algún concreto derecho, será el titular de los derechos de explotación en su integridad.

Respecto a ciertas facultades o derechos morales que, por su naturaleza personalísima quedan excluidos de la herencia del autor y, a la vez, son imprescriptibles, la Ley de Propiedad Intelectual, en sus artículos 14 y 15, establece un sistema para el ejercicio (defensa) de los mismos, una vez que éste ha fallecido²⁷⁵. Así, las facultades de exigir el reconocimiento de la condición de autor y el respeto a la integridad de la obra (arts. 14. 3.º y 4.º) corresponden, por tiempo indefinido, a la persona física o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad; o en su defecto, a sus herederos.

Estos mismos sujetos, en el orden ya señalado, están facultados, y salvo lo dispuesto en el artículo 40 LPI, para ejercitar, respecto de la obra no divulgada del autor y durante un plazo de 70 años desde la muerte del mismo, el derecho de divulgación (art. 14.1.º). En caso de inexistencia de unos y otros, el ejercicio de tales derechos corresponderá al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Instituciones públicas de carácter cultural (art. 16).

No obstante, aunque estos sujetos no son ni titulares originarios de

²⁷³ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., p. 205.

²⁷⁴ Cfr. DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentario...*, ob. cit., p. 731.

²⁷⁵ Cfr. ALBALADEJO/BERCOVITZ, *Comentario a los artículos 15-16*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 304 y ss.

derechos de propiedad intelectual, ni cesionarios de facultades explotación, al amparo del derogado CP de 1973, cabía considerarlos como posibles perjudicados en los supuestos que concurriesen las agravantes contenidas en los artículos 534 bis b) 1. b), c) y d) del CP de 1973.

Resumiendo, tal y como ha quedado expresado en sucesivos epígrafes, el cesionario, aun sin ser el autor de la obra, puede ser sujeto pasivo de este tipo de delitos, ya que al ser el titular de los derechos de explotación en exclusiva, lo es del bien jurídico protegido. Otro caso distinto será cuando dicho cesionario sea titular de los derechos de explotación de manera no exclusiva. En este supuesto no sería más que titular de un interés patrimonial positivo que será protegido por vía civil o en su caso por vía penal dentro del delito de estafa.

C. Objeto material

i) Cuestiones generales

Los derechos intelectuales provienen de la creación humana y se acaban plasmando en algún objeto aprehensible por los sentidos. Esto ha hecho que se viniera distinguiendo conceptualmente entre bien inmaterial (la creación) y la concreción física de la idea creadora (el objeto en el que se materializa la misma). Existe acuerdo en que la protección penal alcanza sólo a la primera, pues lo que interesa tutelar es la idea y no el soporte físico de la misma, cuya protección, en su caso, se adecuará a los delitos de apoderamiento²⁷⁶.

Sin embargo, la idea necesita siempre de un soporte fáctico. En ese sentido el legislador construye un objeto material muy amplio, pues alude a *“una obra literaria, artística o científica”*, pero también a *“su transformación, interpretación o ejecución artística”*. Además, añade que no importa que esté *“fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a*

²⁷⁶ Cfr. CÓRDOBA RODÁ, Juan, J. y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte especial, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 950.

través de cualquier medio". Por tanto, comprende tanto las llamadas creaciones originales como las derivadas a que se refiere la Ley de Propiedad Intelectual.

El artículo 10 considera que: *"Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones «originales» literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza; b) Las composiciones musicales, con o sin letra; c) Las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia; h) Las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; i) Los programas de ordenador (que tienen una regulación específica en los arts. 95 a 104 del propio Texto Refundido, que ha derogado expresamente la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador)"*.

Las obras derivadas son las que se recogen en el artículo 11: *"Sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual: 1.º Las traducciones y adaptaciones; 2.º las revisiones, actualizaciones y anotaciones; 3.º los compendios, resúmenes y extractos; 4.º los arreglos musicales; 5.º cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica"*.

Por su parte, en el párrafo 2.º del artículo 270, el objeto material se concreta a los ejemplares de las obras o producciones o ejecuciones descritas en el párrafo anterior, no existiendo, legalmente, una clara delimitación de los conceptos relativos al objeto material de la acción típica, aunque sí se proporcionan los criterios fundamentales para su

concreción. En efecto, las obras literarias, artísticas o científicas, para ser constitutivas del objeto material de la acción típica, deben reunir los requisitos de la originalidad (que pertenezcan al autor como obra suya, manifestación de su personalidad) y de su exteriorización ya sea en un soporte tangible o intangible, como elemento que la constituye y la da a conocer. Además, la concreta exigencia de originalidad puede, básicamente, entenderse en dos formas: en cuanto novedad objetiva de la obra y como ligamen que se establece entre ésta y el autor, con motivo o como consecuencia del acto creativo.

Prescindiendo del debate teórico generado al respecto, la originalidad que se exige en materia de propiedad intelectual no puede equivaler a una mera novedad objetiva. Una obra del ingenio puede, efectivamente, sin ser nueva ser original. A través de la originalidad se establece un nexo de doble vía entre el autor y su obra. En un primer sentido, el origen de ésta debe corresponder, precisamente, a su creador. En el sentido inverso, el autor plasma o deja impronta de su personalidad en la obra, invistiéndola de este modo de su singularidad.

Por su parte, también incluida en el primer segmento del tipo básico en que se plasma el objeto de la tutela, aparece la transformación de la obra literaria, artística o científica. Es decir, junto a la obra independiente u originaria, también alcanza cobertura penal la obra derivada, o sea, aquella *“que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste correspondan y de su necesaria autorización”* (art. 9.1 en relación con el 11, 12 y 21 LPI). Las obras derivadas deben, como tales, reunir los mismos requisitos exigidos para las obras en general por el art. 10.1 LPI.

Al igual de lo que sucede en este precepto, la legislación especial proporciona, en su artículo 11, una lista de obras derivadas. De tal forma que, expresamente, cabe incluir como objeto de la tutela penal a las traducciones y adaptaciones; las revisiones actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales y *“cualesquiera otras transformaciones de una obra literaria, artística o científica”* (respectivamente, apartados 1.º al 5.º del citado art. 11).

También, como una categoría dentro de las obras derivadas, cabe

incluir las obras de colección. Es decir, a las que se conforman a partir de la selección y ordenación de obras preexistentes y, cuya originalidad, procede de la propia composición y ordenación de éstas *“sin perjuicio, en su caso de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos”* (art 12 LPI). Tal es el caso de las antologías o de las colecciones de otros elementos o datos.

Por su parte, es en el segundo segmento o sección del tipo básico, donde se plasma, en cuanto objeto de tutela, las diversas facultades que corresponden a los titulares (o cesionarios) de los otros derechos de propiedad intelectual (Libro II LPI). Así, en primer término expresamente se consigna como tal la *“interpretación o ejecución artística”*. La interpretación o ejecución artística se corresponde con la actividad desarrollada por los artistas intérpretes o ejecutantes al representar (interpretar) o desempeñar con arte y facilidad (ejecutar) una obra (art. 105 LPI). Las concretas formas de manifestación de estas actividades pueden consistir en la actuación—representación, canto, ejecución musical, baile, declamación, lectura o ejecución, *“en cualquier otra forma”* de una obra; incluyendo, también, la dirección de escena y de orquesta.

Los argumentos para incluir como objeto de protección no sólo las obras que previamente han sido *“fijadas en cualquier tipo de soporte”*, sino también las que son expresadas o *“comunicadas a través de cualquier medio”* intangible, son perfectamente trasladables a la interpretación y ejecución artística. Dicho de otra forma, es tan objeto de tutela penal la interpretación o ejecución previamente registrada en un soporte, como la que se comunica por cualquier medio intangible (como puede ser la representación misma o por la radiodifusión de ésta).

El segundo de los requisitos, la exteriorización, deriva de la propia exigencia del artículo 10.1 LPI. Para ser objeto de protección, las creaciones originales deben ser *“expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible”*. Pese a que, las ideas conforman la *“materia prima”* de toda obra del espíritu, constituye un postulado esencial del derecho de autor que éstas, por sí mismas, no formen parte de su objeto. Para que su protección cobre vida o se actualice, es indispensable que las ideas se exterioricen en una forma, medio o soporte, que permita su percepción²⁷⁷.

²⁷⁷ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos,

Dicho, sintéticamente *“es la expresión y no la idea la que puede ser protegida [mediante las normas de propiedad intelectual]”*²⁷⁸.

Según se desprende del propio texto de la Ley de Propiedad Intelectual, el vehículo que sirve de transporte para la comunicación de la obra no precisa ser, aunque será lo habitual, un objeto material tangible (un libro, una escultura, un lienzo). Tal medio, puede, también, ser intangible (p. ej. una conferencia [art. 10.1. a) LPI] o una improvisación–interpretación musical). Además, no es indispensable que la exteriorización o comunicación de la obra quede fijada en un soporte²⁷⁹. Por tanto, la creación es protegible independientemente del *“modo o forma de expresión”* (art. 2.1 Convención de Berna) que se elija para su exteriorización. En cambio, sí resulta necesario que a través de ese *“medio”* se posibilite la percepción y/o divulgación de aquélla.

Esta doble característica, corpórea o incorpórea, del medio o soporte que sirve de conducto para la exteriorización del objeto de protección, tiene especial trascendencia en el ámbito penal. Dicha discriminación, parece que también se plasma en el Ordenamiento penal. En efecto, en el párrafo primero del tipo básico, no sólo se consigna o ratifica la exigencia de que los diversos objetos de la tutela penal de la propiedad intelectual hayan sido plasmados *“en cualquier tipo de soporte [tangible]”*. Además, enseguida, se prescribe y, a la vez, posibilita que las obras e interpretaciones en cuestión pueden haber sido exteriorizadas por medios incorpóreos: *“o comunicada a través de cualquier medio [intangible]”*.

Por consiguiente, son susceptibles de recabar protección penal, las obras o interpretaciones que, habiendo sido tan sólo exteriorizadas incorpóreamente a través de cualquier medio son, al mismo tiempo en que esto sucede, objeto de alguna o algunas de las conductas que se recogen en el tipo básico. En particular esto sucede con el registro y posterior reproducción o simultánea comunicación pública, de las *“actuaciones en vivo”* de artistas intérpretes o ejecutantes.

Madrid, 1997, p. 214.

²⁷⁸ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, *Comentario al artículo 10*, en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. V. Vol. 4, Edersa, Madrid, 1994, p. 209.

²⁷⁹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, III, Bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 26.

Además la protección penal no está condicionada al registro de los derechos de propiedad intelectual, pues ni tan siquiera lo está la civil. Así, declara el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual que aquellos derechos corresponden al autor por el solo hecho de su creación. Y el artículo 145 establece un régimen potestativo de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, cuyo único efecto es que se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. La doctrina y la jurisprudencia²⁸⁰ así lo venían entendiendo también de forma unánime. Sin embargo, sin la exteriorización de la obra no hay conocimiento de la creación y no podría haber protección.

Es preciso distinguir entre el derecho de la propiedad intelectual (derecho de autor y derechos conexos), protegida penalmente por los artículos 270 y 271 del Código Penal, y el derecho sobre el elemento material sobre el que se proyecta la obra (el *corpus mechanicum*), que corresponde a quien lo adquiere y que podrá ser objeto de otras conductas típicas, en su paso, como el hurto o la estafa. El artículo 3.1.º de la LPI declara que *“los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual”*.

En cualquier caso, y por respeto a la seguridad jurídica, el objeto material deberá reunir una serie de características. En primer lugar, creación implica ideas originales. Lo definitivo será que la idea no pertenezca a otro anteriormente. En segundo lugar, deberán exteriorizarse ya sea en un medio tangible o intangible, pero que sea perceptible por los sentidos. Sin esta objetivización será imposible la protección penal. En este sentido se ha dicho que la utilización de ideas preexistentes no puede ser constitutivo de estos delitos porque las ideas, no son susceptibles de apropiación. Sólo la apropiación de la expresión formal de las mismas puede tener la consideración de obra intelectual protegida por la Ley. Eso sí, la posibilidad de objetivización es muy amplia, puesto que el precepto establece que la creación puede estar *“fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio”*. En tercer lugar y para diferenciarlo de la propiedad industrial, debe exigirse

²⁸⁰ Vid. SAP Madrid núm. 506/2006, de 6 noviembre de 2006.

que la creación intelectual sea un fin en sí misma. A diferencia de la industrial, no pretender proporcionar un servicio o utilidad técnica. Y finalmente, en cuarto lugar, debe tener carácter literario, artístico o científico.

Siguiendo a un sector de la doctrina²⁸¹, y a partir de la definición propuesta el 2 de julio de 1971, puede entenderse por “obra literaria” aquella que, al margen de su utilidad, función o interés, tenga como soporte un escrito y tenga capacidad estética, aunque sólo sea apreciable por unos pocos.

En cuanto al concepto de “obra artística”, no existe ningún texto legal que pueda definirnos su contenido. En este caso, el catálogo de las seis restantes artes es el que debe orientar la interpretación del adjetivo artístico: música, escultura, pintura, arquitectura, teatro y cine.

En relación a la “obra científica”, parece razonable exigir que tengan soporte escrito. Es decir, que se trate de creaciones literarias de carácter científico, puesto que los inventos por su propia naturaleza están orientados al desarrollo y la utilidad técnica y, de este modo, entran en el ámbito de la propiedad industrial.

ii) Objetos materiales especiales en el ámbito de la informática

Como consecuencia del auge tecnológico que hemos experimentado en las últimas décadas, han surgido nuevas formas de exteriorización de las obras del ingenio, que han llevado a plantearse si las mismas pueden considerarse como objeto de derechos de propiedad intelectual y ser por tanto protegidas por la vía penal. Así nos encontramos con algunos supuestos problemáticos como son por ejemplo: los programas de ordenador y su asimilación a obras literarias; las páginas webs como obras en sí mismas o como medio de reproducción de otras obras protegidas; aquellas obras digitalizadas carentes de soporte físico; y los propios e-mails en cuanto medios que pueden contener obras del

²⁸¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 773.

ingenio.

1. Programas de ordenador

Los programas de ordenador vienen definidos en el art. 96.1 LPI como *“toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación”*.

En la definición legal que se acaba de reproducir se tocan distintos aspectos del mencionado objeto material. En primer lugar el modo característico de funcionamiento del mismo, que consiste en una secuencia de instrucciones. Tales secuencias de instrucciones tienen como destino un ordenador o sistema informático. Y, finalmente, la misión de tales secuencias de órdenes incluidas en un sistema informático es la de realizar una función u obtener resultado determinado. Además algunos autores han puntualizado que en un sistema informático se deben distinguir dos partes²⁸²: lo referente al soporte del programa, que es tangible (el disco en el que se encuentra registrado) y, por otra parte, el medio de expresión consistente en unos impulsos (instrucciones) eléctricos intangibles.

Sin embargo, en otros sistemas jurídicos, como el italiano se prefiere no efectuar una definición legal de este objeto para evitar los problemas que pudieran surgir con la evolución técnica, exigiéndose en todo caso que la obra sea de carácter creativo y original.

La protección de los derechos de autor sobre programas de ordenador se efectuaba tradicionalmente a través de su asimilación a estos efectos a las obras literarias, conforme al art. 1.1 Ley 16/1993, de 23 de diciembre, que incorporaba la Directiva 91/250/CEE de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril): *“Los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la*

²⁸² Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, “La protección penal del software en el Derecho español”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1988, p. 317y ss.

protección de obras literarias y artísticas”.

Así fue corroborado por la jurisprudencia²⁸³, señalando que: *“Sostener la impunidad de tal conducta o la exclusiva trascendencia a los efectos administrativos o privados de la Ley, pero sin relevancia penal, supone ignorar la rotundidad con que se expresa el artículo 270 del correctamente aplicado en la Sentencia contra quien dando cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos del tipo en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro reproduce, sin la autorización del titular, una obra artística, científica o literaria, que es naturaleza esta última asignada a los programas informáticos (artículo 1 de la derogada Ley de 23 de diciembre de 1993)”.*

Además, la protección de los derechos de autor sobre programas informáticos comprende tanto el software como la documentación técnica, los manuales de uso y la documentación preparatoria (art. 96.1 LPI). Como en España, en otros países la noción extrapenal de programa de ordenador incluye estos materiales preparatorios y complementarios, sin embargo es dudoso que puedan ser incluidos en el objeto material del hecho punible, dadas las garantías propias del principio de taxatividad, pues el legislador penal podía haberlos mencionado de haber sido esa su intención conociendo las exigencias del principio de legalidad en la construcción de las infracciones punibles.

2. Páginas web

Si hay un elemento fundamental en Internet y especialmente relacionado con las obras del ingenio, éste es el de los sitios o páginas web. Se puede considerar que las páginas web son *“el canal de comunicación a través del cual se explotan las obras en Internet”*²⁸⁴. Pero el valor de las páginas web no sólo reside en ser un medio de puesta a disposición del público de obras del ingenio, sino que, también la página web, en sí misma, es una obra intelectual que debe ser protegida.

²⁸³ Vid. SAP de Barcelona de 3 de junio de 1998 [ARP 1998\2116] y la SAP de Jaén núm. 61/2000 (Sección 2ª), de 27 marzo [ARP 2000\2288].

²⁸⁴ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *La propiedad intelectual en la sociedad de la información*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 284.

Una página web es, básicamente, una secuencia de instrucciones escritas en un determinado lenguaje informático (HTML, XML, VRML o JAVA). Así, y en consonancia con la mayoría de la doctrina, debe considerarse la página web como un programa de ordenador²⁸⁵, en cuanto tiene un código-fuente en el que está escrita y un código-objeto²⁸⁶. Además, las páginas web tienen un concreto diseño que puede ser original, y están integradas por múltiples elementos, conectados entre sí, algunos de los cuales son creaciones intelectuales originales²⁸⁷.

Por tanto, y a la hora de analizar qué es lo protegido dentro de una página web, debemos distinguir tres elementos. Por una parte, todas y cada una de las obras artísticas, literarias o científicas que integran una página web. Las obras musicales, audiovisuales, literarias, etc., contenidas en un determinado sitio web son protegidas siempre que cumplan los requisitos del art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual²⁸⁸.

Por otro lado la página web en sí misma, esto es, la acción conjunta del programa fuente y la lectura del programa objeto por parte del ordenador²⁸⁹, expresión concreta (que no idea) de un sistema informático, con unas concretas funciones (de comunicación, de servicio, de transporte a otros canales, etc.). Ésta es protegida por el derecho de autor, concretamente como programa de ordenador²⁹⁰, siempre que cumpla con los requisitos generales exigidos (creaciones artísticas, literarias o científicas originales y expresadas de forma tangible o intangible)²⁹¹.

Y finalmente el diseño del sitio web, o presentación visual en pantalla, puede constituir una obra del ingenio si se trata de una creación original, bien en el contenido, bien en la forma de lo presentado. Dicha presentación artística será, pues, tutelada como objeto de derechos de autor²⁹², aunque dependerá de la naturaleza de la obra el que se proteja como obra audiovisual, obra plástica u obra de colección²⁹³.

²⁸⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2001, p. 229.

²⁸⁶ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho...*, ob. cit., pp. 40 y 41.

²⁸⁷ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado...*, ob. cit., p. 227.

²⁸⁸ Vid. AAP Madrid núm. 396/2004.

²⁸⁹ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho...*, ob. cit., p. 41.

²⁹⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado...*, ob. cit., p. 229.

²⁹¹ Cfr. FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003, pp. 39 y ss.

²⁹² Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado...*, ob. cit., p. 229.

²⁹³ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho...*, ob. cit., p. 41.

Dado que todos éstos son objeto de los derechos de autor, serán también objeto material de los delitos relativos a la propiedad intelectual. De este modo, si alguien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduce, distribuye, plagia o comunica públicamente una página web, su diseño o presentación visual, o alguna de las obras incluidas en la misma, cometerá un delito contemplado en el artículo 270 del Código Penal.

Hay que separar, sin embargo, la titularidad de los derechos sobre cada uno de los objetos, en el sentido de que: el autor o la empresa de software que cree la página web será el titular de los derechos sobre la misma; el diseñador gráfico o el informático que haga la presentación de la página será el titular de los derechos sobre su presentación, pero no sobre la página; los autores de cada una de las obras (musicales, gráficas, literarias o audiovisuales) tendrán los derechos morales y de explotación sólo sobre estas obras.

Cada uno de los titulares podrá, por tanto, explotar y también autorizar la explotación sobre su derecho, pero únicamente sobre él. Esto significa, por ejemplo, que si el titular del derecho sobre la página web que tiene permiso de explotación de la presentación y de algunas obras del ingenio, crea otra página web o cede a la misma las obras que no le pertenecen con ánimo de lucro, podrá ser reo de un delito contra la propiedad intelectual.

3. Obras digitalizadas ofrecidas en páginas web

Como se acaba de exponer, el contenido de las páginas web es protegido siempre que el mismo pueda ser conceptuado como una obra artística, literaria o científica personal, original y expresada por cualquier medio. Éstos son los requisitos exigidos para que las creaciones gocen de la protección de los derechos de propiedad intelectual. Y aunque la mayoría de las creaciones incorporadas como contenido a las páginas web son claramente obras protegidas, hay un elemento, el de la exteriorización de la obra, que puede, aunque no debe, plantear dudas en su

conurrencia y en cuanto a si, por tanto, dichos contenidos son protegidos por el derecho de propiedad intelectual.

En la actualidad la tecnología digital ha dado lugar a lo que se ha venido en denominar pérdida de la fisicidad o desmaterialización de las obras del ingenio, naciendo así un nuevo objeto de la propiedad intelectual: la obra digital o desmaterializada, también protegible al igual que aquella que se plasma en un determinado soporte²⁹⁴. Y aunque las especiales características de este tipo de obras desmaterializadas pueden hacer dudar acerca de si cumplen el requisito de estar “*expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible*” tal y como exige el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual²⁹⁵, la respuesta, evidente, es que sí.

El requisito de la exteriorización se basa en que la creación no lo es mientras no salga de la mente del creador, mientras no se separe de la propia personalidad del autor, y supone, por tanto, que sólo serán protegidas aquellas obras manifestadas formalmente y que puedan ser reconocidas por los demás²⁹⁶. Pero la exigencia es de exteriorización y no de materialización física. Es decir, resulta necesario que la obra sea percibida por los demás, pero no que la obra esté materializada en un soporte físico.

Las obras del ingenio se exteriorizan o materializan desde el mismo momento en que el creador las comunica a terceros y éstos las perciben, y la obra digitalizada es una obra exteriorizada y protegida, desde ese momento, al igual que cualquiera de las demás obras originales. Incluso la exigencia de que la obra esté exteriorizada no implica, que sea necesaria su divulgación, ya que el Derecho se ocupa de las ideas de las personas en tanto las mismas modifican en forma tangible la realidad exterior a ella, y una obra creada es un ente independiente de su creador y, como tal, puede ser objeto de amparo²⁹⁷.

²⁹⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *La propiedad intelectual en las autopistas de la información*, en CREMADES, J., *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, p. 892.

²⁹⁵ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 157.

²⁹⁶ Cfr. PLAZA PENADÉS, Javier, *El derecho...*, ob. cit., p. 293.

²⁹⁷ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 97.

4. Correos electrónicos

Los correos electrónicos son uno de los más importantes modos de comunicación en Internet y, por tanto, uno de los sistemas principalmente utilizados para el envío de obras del ingenio. Por medio del correo electrónico pueden transmitirse todas aquellas creaciones que pueden ser digitalizadas. Por eso constituye un instrumento que puede ser utilizado para la infracción de los derechos de propiedad intelectual y para la realización de los delitos del art. 270 y 271 del Código Penal. Sin embargo, en este caso no interesa tanto el correo electrónico como vía delictiva sino como objeto delictivo.

En efecto, en ocasiones la reproducción, distribución, comunicación pública o el plagio de correos electrónicos puede resultar delictiva. Cuando el correo electrónico contenga una obra literaria, artística o científica, la realización de las conductas del artículo 270 del Código Penal resultará delictiva. El hecho de que se envíe dicha obra a un destinatario conlleva, además, que la misma esté ya expresada y que, por tanto, se trate de una obra susceptible de protección. Es decir, siempre que el correo electrónico contenga una obra original, será protegido por los delitos contra la propiedad intelectual. Ahora bien, qué duda cabe de que es el requisito de la originalidad el que pocas veces hace protegibles los correos electrónicos por el derecho de propiedad intelectual. No olvidemos que, normalmente, el correo electrónico es un instrumento para la comunicación personal, por lo que pocas veces lo allí escrito podrá considerarse obra protegida.

Además, y como se decía, para que una obra sea protegida debe ser original, en el sentido de que debe exigirse, en primer lugar, que se trate de una creación propia del autor, requisito que explica que una creación tenga su origen en una persona y sea expresión de su personalidad, talento e inventiva; y debe tener cierta originalidad objetiva, esto es, debe aportar algo distinto y diferenciarse, mucho o poco según el tipo y la naturaleza de la obra, del resto de creaciones ya existentes²⁹⁸.

²⁹⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Rodrigo, Comentario al artículo 10.1*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-

Este requisito es especialmente difícil que concurra en los correos electrónicos, los cuales suelen incluir textos poco originales de comunicación personal o comercial²⁹⁹. Pero cuando el correo electrónico contenga un texto, una imagen o un vídeo, y siempre que cualquiera de ellos (incluso el texto) sea original, podrá éste ser protegido por la propiedad intelectual y, por tanto, su reproducción, distribución, comunicación pública o plagio, ser delictivas conforme al artículo 270 del Código Penal.

D. Perjuicio a tercero

En la reforma de 1987, ni el ánimo de lucro ni el perjuicio formaban parte del tipo básico. Ambos aparecían relegados (e interconectados) como elementos agravantes. En estas condiciones, el ánimo de lucro venía contemplado, como modalidad independiente, en el primer nivel de las circunstancias agravantes y encabezando el catálogo respectivo: *“Será castigado [. . .] quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: a) Obrar con ánimo de lucro”* [ex art. 534 bis b).1. a)].

Nuevamente, aparecía, ahora como previo requisito para su apertura, en el pórtico del segundo nivel de modalidades agravadas: *“Se impondrá la pena de [...] cuando, además de obrar con ánimo de lucro concurra alguna de las siguientes circunstancias:”* [ex art. 534 bis.b).2]³⁰⁰. Era, precisamente, en este segundo nivel donde el perjuicio encontraba su acomodo también como primera modalidad, mediante la exigencia de que *“la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica”* [ex art. 534 bis, b), 2 a)].

Por su parte, desligado del ánimo de lucro, el perjuicio gozó de mejor predicamento que aquél. En efecto, apoyándose en el criterio que, jurisprudencialmente³⁰¹ y a partir de la reforma de 1963, se fue

CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 163.

²⁹⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado...*, ob. cit., pp. 222 y 223.

³⁰⁰ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., pp. 125 y ss.

³⁰¹ Vid. STS de 27 de abril de 1979 [RJ 1979\1697].

configurando para excluir al perjuicio como requisito del tipo en los delitos que nos ocupan, la doctrina le brindó a éste una mejor y pacífica acogida³⁰².

Como mayor novedad el legislador de 1995 ha introducido el requisito de que el autor del hecho delictivo obre en perjuicio de tercero. Elemento sobre el que hay una cierta indeterminación, pues puede ser completado en sentido subjetivo o bien desde una perspectiva objetiva, naturalmente con distintas consecuencias. Así para un sector doctrinal³⁰³, el sentido del tipo y su mención junto con el ánimo de lucro pone de manifiesto que son conceptos que deben interpretarse en términos patrimoniales y económicos. También que el tipo considera que ambas condiciones son compatibles y distintas. Lo que es cierto, dado que el propósito de obtener un provecho económico con la conducta, puede convivir con la intención de que el titular del derecho resulte beneficiado y no perjudicado. Por ejemplo: cuando una novela que no ha obtenido beneficio alguno en su versión original es atribuida por el editor a otro sujeto, sin consentimiento del autor, convirtiéndose en un éxito de ventas, compartiendo con éste las ganancias; supuesto en el que hay ánimo de lucro, pero no ánimo de perjudicar económicamente. Y por último, que la acumulación de ambos elementos (ánimo de lucro y perjuicio a tercero) limita el ámbito de aplicación del tipo, que resulta más restringido que cuando se requiere sólo uno u otro.

Además, la expresión “en perjuicio” puede entenderse de alguna de estas tres formas: como exigencia efectiva de que como consecuencia de la conducta se cause un perjuicio en el patrimonio ajeno, lo que lo convertiría en el resultado del delito; como elemento subjetivo del injusto, que expresaría una finalidad específica en la conducta de necesaria concurrencia para que el hecho resulte típico; como una característica objetiva del comportamiento, en el sentido de que éste ha de resultar objetivamente idóneo (por el número de copias, por su precio, por la forma de distribución, etc.) para causar un perjuicio ajeno, elemento que sólo haría típicos los que tuvieran esa capacidad potencial y que debería ser comprendido por el dolo del autor.

³⁰² Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., p. 243.

³⁰³ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios...*, ob. cit., p. 941.

En sentido subjetivo se entiende este elemento como tendencia interna del autor que dirige su comportamiento a provocar determinados resultados lesivos al titular de los derechos de autor, aunque la jurisprudencia³⁰⁴ ha abierto aun más este abanico de perjudicados y ha llegado a incluir a los propios consumidores como eventuales sufridores de un perjuicio: *“Entre los elementos constitutivos del delito tipificado en el art. 270.1 Código Penal figura el “perjuicio de tercero”, es decir, para que la venta de una obra musical en soporte CD y de una película en soporte de DVD resulte encuadrable en el antedicho tipo delictivo, es necesario, según se desprende del tenor literal del citado precepto, que con esa venta se perjudique a terceros; existen dos posibles grupos de “perjudicados”, a saber: a) Por un lado, los consumidores, los adquirentes finales de los CDs y DVDs. [...]. En definitiva, de la lectura del informe pericial emitido se desprende, que las copias de CDs y DVDs intervenidas, tanto en lo que respecta a la carátula como al disco, son burdas imitaciones, con las que no se pretende, ni se puede engañar a nadie, no existiendo, por consiguiente, perjuicio para los consumidores; b) En segundo lugar, y conforme manifestamos en el acto del juicio oral, cabe plantearse un segundo grupo de “perjudicados”: Las compañías discográficas o distribuidoras; y consideramos que tampoco existe tal “grupo de perjudicados” si atendemos al mínimo o nulo impacto que puede ocasionar la venta de los DVDs y CDs cuya falsedad no ha sido ocultada en ningún momento que son ofrecidos a personas que se encuentran en establecimiento públicos, muchas de las cuales ni siquiera son usuarios de dichos productos”*.

Se trataría de una tendencia interna del autor que debe verificarse mediante su conexión con otros datos externos revelados en los hechos. De otra manera, en sentido objetivo, se representa como la idoneidad material de la conducta para causar perjuicios a los titulares de los derechos³⁰⁵. Así la presencia del mismo resulta verificable directamente en cuanto debe tratarse de una conducta capaz de conseguir la lesión de estos derechos.

La consideración como elemento subjetivo del injusto, supone el riesgo de excluir la aplicación del delito en más casos de los deseables,

³⁰⁴ Vid. SAP de Burgos 135/2006 [JUR 2006\286265].

³⁰⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Curso de Derecho Penal Español, Parte especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 779.

porque lo común en supuestos de esta naturaleza no es tanto que se quiera perjudicar a otro, cuanto que se persiga obtener un lucro para sí, por lo que exigir en el sujeto que la conducta tenga como una de sus finalidades causar un perjuicio ajeno, añadido al ánimo de lucro, podría determinar la impunidad de muchos casos.

Por eso, a juicio de un sector doctrinal³⁰⁶, con el que coincido plenamente, el “en perjuicio” debe interpretarse como una condición objetiva de la conducta, que, por las circunstancias en las que se produce, tiene la idoneidad suficiente para perjudicar a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, lo que constituiría un elemento del tipo que debe ser comprendido por el dolo del autor. Lo que comporta, por ejemplo, que no serán típicas, por falta de esa capacidad potencial, las infracciones que se produzcan para mero uso privado por la misma persona que la lleva a cabo.

La capacidad objetiva para poner en riesgo el bien jurídico protegido, creando la posibilidad real de causar un perjuicio patrimonial efectivo a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, se constituiría, pues, en un elemento necesario para que la conducta adquiriera relevancia típica. Ello no significa que para que la reproducción o la distribución sean típicas han de tener desde el comienzo un alcance y una envergadura que sólo concurre en las grandes operaciones de piratería.

Por el contrario, lo importante es que la conducta se dirija al público en general, al mercado, bien porque en sí tiene dimensiones suficientes para incidir en el mismo, bien porque, aún referida a pocas copias, hay un ofrecimiento indiscriminado, orientado a cualquiera, de manera que la conducta referida a cada una de las copias no se agota en sí misma, sino que aparece inscrita dentro de un plan o se desarrolla en un contexto que va más allá del estricto ámbito privado y de la reproducción o del acto de distribución que se lleva a cabo en la ocasión concreta.

El perjuicio, que vino a incorporarse al tipo básico, al unísono con el ánimo de lucro, tiende a ser considerado, también, como un elemento de

³⁰⁶ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios...*, ob. cit., p. 943; GÓMEZ MARTIN, Victor, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el C.p. de 1995”, *Revista del Consejo General del Poder Judicial* n.º 66, Madrid, 2002, pp. 187 y ss.

naturaleza patrimonial. Esto es así, principalmente, por el estrecho ligamen que ya desde la reforma de 1987 vincula a estos dos componentes. En efecto, la específica ubicación que la expresión “*en perjuicio de tercero*” tiene en el tipo básico, esto es, inmediatamente después de la de “*con ánimo de lucro*” e interconectadas por conjunción copulativa, lleva a deducir para el segundo un carácter económico. Asimismo, como ya se anticipó, en el ámbito penal y desde 1987, se aprecia una tendencia a reservar dicha connotación para la voz perjuicio³⁰⁷.

Pues bien, en relación al problema del posible perjuicio derivado de este tipo de comportamientos, la jurisprudencia³⁰⁸ en aplicación de la regulación anterior, consideraba tradicionalmente que se trataba de un delito de mera actividad, que no precisa para su consumación un resultado, por lo que sería irrelevante que exista perjuicio o no. Esto se justificaba coherente con la regulación legal del hecho punible pues aun cuando se entienda el requisito de que el autor actuara en perjuicio del tercero en sentido objetivo, el mismo no reclama un perjuicio efectivo y real, sino la tendencia objetiva (idoneidad, posibilidad) de conseguirlo.

Sin embargo, la jurisprudencia³⁰⁹ más reciente apunta a todo lo contrario, y exige que el perjuicio a terceros ha de ser efectivo y real: *“Como expresa la SAP Las Palmas 07.02.01, en un caso similar al que nos ocupa, con la salvedad de que se refiere a unas cintas de video, hemos de poner de manifiesto que al aplicar el art. 270 CP., “nos encontramos ante una norma sancionadora que, como tal, ha de ser interpretada estrictamente, por lo que el perjuicio a terceros en cuanto elemento del delito del art. 270 CP. ha de ser efectivo, real; y por supuesto, ha de consistir en un “perjuicio”, un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no les ocasiona (refiriéndose a las grandes Distribuidoras), por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, a cualquiera de las referidas sociedades mercantiles. Pero tampoco a los compradores -aparte de que éste no es el bien jurídico protegido con la tipificación del delito objeto de atención-, pues al ser tan burda la grabación y tan patente que no proceden de las casas distribuidoras de las originales -las carátulas son fotocopias fácilmente identificables como tales- que quien las adquiere es consciente de que se*

³⁰⁷ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., p. 243.

³⁰⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de junio de 1998 [ARP 1998\2116].

³⁰⁹ Vid. SAP de Burgos 135/2006 [JUR 2006\286265].

trata de una copia "casera", sin garantías de precisión y, por supuesto, sin demérito para las casas distribuidoras o productoras...".

Parece, por tanto, preponderante por nuestros Tribunales la exigencia de un efectivo perjuicio al que, además, se reclama una entidad económica de cierta importancia. Así, una sentencia del Tribunal Supremo³¹⁰ señala que el tipo penal exige la producción de un perjuicio económico penalmente relevante³¹¹. Y es precisamente este entendimiento objetivo de la expresión, en combinación con una interpretación teleológica que auspicia la restricción del ámbito típico en virtud de los principios de lesividad y de mínima intervención, lo que está propiciando que los Tribunales, en resoluciones como las mencionadas, exijan para la tipicidad no sólo la constatación de un perjuicio patrimonial efectivo, sino de un perjuicio patrimonial de entidad relevante³¹², en ausencia del cual, la conducta deviene irrelevante para el Derecho penal.

Así las cosas, el entendimiento comercial-negocial del ánimo de lucro y la exigencia de una entidad económica relevante en el perjuicio pueden determinar que los supuestos corrientes de *up-loading* no autorizado de obras protegidas a través de aplicaciones P2p, sean considerados por Jueces y Tribunales supuestos de ilicitud meramente civil, que no justifican la intervención punitiva, conclusión que puede verse favorecida tanto por las características criminológicas de buena parte de los usuarios de estas aplicaciones (que en muchos casos son cibernautas en los que no será frecuente observar pretensiones comerciales) como por el moderado perjuicio ocasionado individualmente por cada usuario.

No obstante, no cabe en absoluto descartar el triunfo de acciones penales dirigidas contra usuarios que destaquen por el número de obras

³¹⁰ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2001 [RJ 2001/2926].

³¹¹ Tesis reiterada por la sentencia de 2 de octubre de 2002 [RJ 2002/9155] y apuntada o recogida en resoluciones como las sentencias de 20 de junio de 1995 y 26 de octubre de 1999 dictadas, respectivamente, por las Secciones 10.ª y 3.a de la Audiencia Provincial de Barcelona [ARP 1995/707 y 1999\4621], el Auto de 28 de mayo de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya [JUR 2002\215817], la sentencia de 10 de mayo de 2002 de la Sección 1.a de la Audiencia Provincial de Madrid [ARP 2002\593], la sentencia de 23 de octubre de 2002 de la Sección 1.a de la Audiencia Provincial de Valencia [JUR 2002\7699], la sentencia de 7 de febrero de 2001 de la Sección 2.a de la Audiencia Provincial de Las Palmas [ARP 2001\24] y la sentencia de 27 de julio de 2000 de la Sección 3.a de la Audiencia Provincial de Cantabria [ARP 2000\2437], entre otras.

³¹² Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 1, Madrid, 1999, pp. 9 y ss.

puestas a disposición de los demás (lo que posibilita apreciar en su conducta la idoneidad para producir, o la efectiva producción de perjuicios económicos penalmente relevantes), o bien contra usuarios que empleen un *down-loading* masivo para nutrirse de obras posteriormente destinadas al comercio ilícito (caso en el que no es, obviamente, de aplicación el límite del artículo 31.2.º LPI).

E. Análisis de las diversas modalidades contenidas en los verbos típicos del art. 270

i) Problemática de las “leyes penales en blanco”

Cuando hablamos de ley penal en blanco nos referimos a casos en los cuales la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal (en este caso, en disposiciones distintas al Código Penal). La justificación de la existencia de la ley penal en blanco, es la de evitar que la norma penal se estanque en ámbitos cambiantes.

Sin embargo, por contraposición, el principio de legalidad en la actualidad se exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución, que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca” (*lex certa*).

Llegados a este punto, conviene hacer una breve referencia a las necesidades que deben tener las leyes penales en blanco para que cumplan con el requisito de la *lex certa*. Y para ello hay que acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³¹³, donde se establece que: “*Es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y*

³¹³ Vid. STC 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990\127].

aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite; que resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Como ya se vio anteriormente, desde el Código Penal de 1822, en España nos hemos encontrado con el problema de las “leyes penales en blanco”. Esto continuó durante los Códigos Penales de 1848 y 1850, los cuales, en ausencia de una ley especial de Propiedad Intelectual, debían acudir a la Ley de Propiedad Literaria de 1847, hasta que en 1879 entrara en vigor la Ley de Propiedad Intelectual. Es por tanto reseñable que, un país como España, estuvo desde 1822 hasta 1879, es decir, más de cincuenta años, con unas leyes penales en blanco en vigor que hacían referencia a una ley especial que no existía.

Sin embargo, desde 1987, el legislador ha prescindido de la técnica de la ley penal en blanco (dominante desde 1822) en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual³¹⁴. No obstante, tanto los tipos en su día incorporados por la Ley Orgánica 6/1987 como los actuales artículos 270 a 272 del Código Penal de 1995 abundan en referencias explícitas e implícitas a la legislación civil especial. En consecuencia, el sentido de estos elementos normativos ha de precisarse en el contexto de la Ley de Propiedad Intelectual³¹⁵, por lo que de alguna manera se puede entender que, a pesar de no ser una ley penal en blanco, sigue conservándose esa necesidad de remisión a la normativa especial.

³¹⁴ Cfr. DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica...*, ob. cit., p. 113.

³¹⁵ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la Propiedad Intelectual*, en BERCOVITZ..., ob. cit., pp. 2369 y 2370.

Aunque esto será desarrollado en posteriores epígrafes, hay que señalar que en el entorno comunitario podemos encontrar dos modelos distintos de tipificar los delitos contra la propiedad intelectual en relación con la remisión a las normas definitorias del contenido y objeto de los derechos. Por un lado está el modelo francés, que sería el de norma penal en blanco en sentido estricto; y por otro, el modelo alemán, o de remisión normativa mediante la utilización de términos normativos, que define el contenido esencial del injusto aunque obliga a acudir a las normas “extrapenales” para la interpretación de algunos de los elementos del mismo.

El sistema español se asemejaría, por tanto, más al denominado sistema alemán, dado que el artículo 270 del Código Penal no se limita a considerar delito la infracción de cualquiera o algunos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual, sino que define expresamente las conductas punibles y los objetos de protección. Es más, en nuestro país la separación entre la vía civil y la vía penal de protección de la propiedad intelectual es aún más pronunciada que en la mayoría de los países que utilizan el sistema alemán de tipificación de los preceptos penales, y ello por la exigencia derivada del artículo 270 del Código Penal de que el comportamiento se realice con ánimo de lucro y con perjuicio de tercero.

ii) Párrafo primero del art. 270

El artículo 270 del Código Penal en su párrafo primero incorpora cuatro conductas típicas, que son la reproducción, la distribución, la comunicación pública y el plagio. Las tres primeras se corresponden, a excepción de la transformación, con los derechos de explotación regulados en el artículo 17 LPI.

De las cuatro conductas típicas del artículo 270 del Código Penal todas, excepto el plagio, coinciden con la denominación que la Ley de Propiedad Intelectual hace del contenido concreto del derecho de explotación en su artículo 17. Los términos de reproducción, distribución y comunicación pública son, pues, normativos y, conforme al parecer de la mayoría de la doctrina, su interpretación debe realizarse acudiendo a las

definiciones que de los derechos de explotación específicos realice el artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual³¹⁶.

Sin embargo, el legislador penal no está obligado, a seguir la interpretación que ofrece el derecho privado, puesto que, cuando los fines del Derecho Penal y sus específicas funciones conciban y permitan una interpretación distinta, que no se contradiga con la definición del derecho realizada por la normativa privada, ésta podrá aceptarse.

Hay, además, que afirmar que el artículo 270 incorpora un catálogo cerrado de conductas típicas³¹⁷, y sólo la realización de las mismas junto con el resto de elementos típicos y la lesión del bien jurídico, supondrá la tipicidad del hecho. Pero parece extraña la ausencia de la conducta de transformación del tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual, teniendo en cuenta que se pretende la tutela de los intereses patrimoniales individuales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual. El Código Penal de 1995, por tanto, no sólo centra sino que incluso agota la protección en el derecho de explotación, dejando la protección del derecho moral para la vía civil.

Además, y con la voluntad de otorgar la mejor defensa posible de ese bien jurídico individual, anticipa la punición a conductas que suponen un peligro para la expectativa de ganancia patrimonial derivada de la exclusiva de explotación, tales como la reproducción o el almacenaje de ejemplares ilícitos. Y, en cambio, por olvido o voluntariamente, destipifica aquellas conductas que atentan directamente contra uno de los derechos de explotación explícitamente reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual, el derecho de transformación, puesto que la referencia a la transformación del artículo 270 del Código Penal de 1995 lo es a modo de objeto material del delito y no de modalidad de conducta.

Por tanto, la no inclusión de la transformación junto a la reproducción, distribución, comunicación pública y plagio, implica que el legislador está, por lo menos en una interpretación inicial que atiende a la comparación entre los derechos de explotación concedidos explícitamente por el artículo 17 LPI y las conductas incriminadas por el artículo 270 del

³¹⁶ Cfr. SOTO NIETO, Francisco, "Delitos Contra los derechos de los titulares de la Propiedad Intelectual", *Revista jurídica La ley*, Madrid, Septiembre de 1989, p. 390.

³¹⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *De los delitos...*, ob. cit., p. 576.

Código Penal, despenalizando aquellos atentados al derecho de explotación que se concreten en la transformación de una obra sin permiso del autor de la misma.

Además parece conveniente señalar en este momento que, tras la reforma de 1987 se planteó un debate acerca de si el artículo 534 bis a) del Código Penal debía considerarse un tipo mixto alternativo o un tipo mixto acumulativo. La razón del mismo se puede encontrar en una circular de la Fiscalía General³¹⁸, la cual, tras definir los tipos mixtos alternativos como aquéllos *“que están completos por la realización de cualesquiera de las conductas descritas, por lo que, si concurriere más de una, sólo existirá un delito”*; y los tipos mixtos acumulativos como aquéllos otros en los que *“cada una de las conductas integra un delito, con lo que, si concurren varias, estaremos ante un concurso de infracciones”*, toma posición por considerar el artículo 534 bis a) como tipo mixto acumulativo³¹⁹.

Esto implicaba considerar que la reproducción de obras y la posterior distribución de las mismas por el mismo sujeto, daba lugar a dos infracciones del artículo 534 bis a), y, si no se cambia el criterio, daría lugar hoy a dos infracciones del artículo 270 del Código Penal. Por el contrario otro sector doctrinal prefería configurar el tipo del artículo 534 bis a), como un tipo mixto alternativo³²⁰. Sin embargo, hay autores que decían que la regulación del 534 bis a) daba lugar a varias posibilidades alternativas *“que pueden darse incluso conjunta o cumulativamente (p. ej., la reproducción, la distribución y la comunicación), no sólo entre sí, sino con las conductas del tipo alternativo (la exportación, p. ej., es un tipo de distribución)”*³²¹.

a. Reproducción

La primera de las conductas típicas del artículo 270 del Código Penal

³¹⁸ Vid. Circular de la Fiscalía General, n.º 2/1989, de 20 de abril.

³¹⁹ Cfr. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, *De los delitos relativos a la propiedad intelectual, en Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada, 1999, p. 1.334.

³²⁰ Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección...*, ob. cit., p. 134; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático...*, ob. cit., p. 166.

³²¹ Cfr. QUERALT JIMENEZ, Juan José, *Derecho penal español. Parte especial*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 326.

es la de reproducción, que venía tradicionalmente definida en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 en su artículo 18 como: *“La fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”*. Sin embargo, con la reforma realizada por la Ley 23/2006, la redacción del art. 18 ha quedado de la siguiente forma: *“Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”*.

El nuevo concepto de reproducción ha sido definido introduciendo matices contenidos en la Directiva 29/2001/CE, artículo 2, añadiendo la posibilidad de las reproducciones directas o indirectas, provisionales o permanentes, y completando algunas cuestiones de la misma que podrían dejar fuera de su contenido algunos actos consistentes en la fijación de partes de la obra en un soporte, supuesto típico de la reproducción.

Visto que la reproducción se amplía a algo tan difuso como la fijación indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de una obra, hay que señalar que la directa está clara, pero la indirecta es, cuando menos, sospechosa. Quizá se pretenda con esto recoger aquellos casos en que se faciliten índices o enlaces (ed2k, BitTorrent) desde los que obtener las obras, lo que no sólo sería una extralimitación sino que se alteraría el régimen de responsabilidad de los intermediarios según la LSSI. Sin embargo la definición de la LPI, artículo 18, se ha mantenido prácticamente invariable en lo que a su contenido puede entenderse, ya que el cambio de redacción no afecta en lo sustancial al concepto de reproducción, que sigue basándose en una fijación que permita la comunicación de la obra o hacer copias de la misma.

En consecuencia, reproducción es tanto la efectiva (obtención de ejemplares de la obra) cuanto la potencial (incorporación de la obra a un medio material diverso del original que posibilita su comunicación o la ulterior obtención de copias)³²². La amplitud semántica de la definición legal permite integrar sin problemas en la reproducción la carga o almacenamiento en la memoria de un ordenador de obras previamente digitalizadas, operación en la que se procede efectivamente a una fijación

³²² Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., pp. 169 y ss.

de la obra en un soporte físico (la memoria del ordenador) que habilita la obtención posterior de ejemplares³²³. Que el uso legal de “reproducción” recoge este comportamiento ha sido ya además reconocido en sede jurisdiccional³²⁴.

La digitalización y almacenamiento de obras en soportes estables de memoria conectados a la red era hasta hace poco relativamente habitual en Internet, donde titulares de sitios web (proveedores de información) ofrecían al público (usuarios receptores) obras previamente alojadas en el servidor dependiente del sitio mediante el procedimiento que se ha descrito, conocido usualmente como uploading. Esta conducta es mucho menos frecuente en la actualidad tras el surgimiento de las redes P2p, en las que, al buscarse el alejamiento del modelo servidor-cliente en pos de una comunicación entre pares, la conducta de uploading pasa a ser desarrollada por todos los usuarios que comparten obras a través de la aplicación. Un caso problemático puede ser la puesta en línea de un programa en un sitio de Internet para la posible copia de quienes tengan acceso al mismo. Este hecho ha sido castigado en Francia como supuesto de reproducción. Resulta, sin embargo, muy complejo admitir como reproducción este supuesto, desde luego no como hecho consumado, en el sentido de programa cargado en el ordenador propio o en el servidor. Únicamente podría determinarse que hay un acto preparatorio que, a falta de incriminación expresa resulta impune.

Tampoco resulta penalmente relevante desde esta perspectiva el mero uso del programa, sin transferencia estable del mismo. Otra cosa será lo que se pueda decir desde el punto de vista de la conducta de distribución. Incluso en este terreno resultaría problemático la determinación del sujeto activo, pues quien realizaría la copia sería el usuario de Internet y no quien ofrece el programa, quien a lo sumo podría ser calificado como cooperador necesario.

Por otro lado, la realización de una reproducción sin permiso del titular del derecho de explotación, aún no supone la lesión de su interés patrimonial, pero sí lo pone en peligro cuando va unida a una voluntad de

³²³ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 24 y ss.

³²⁴ Vid. Sentencias de 25 de abril y 7 de junio de 2002 dictadas respectivamente por las Secciones 5.ª y 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona [ARP 2002/484] y [AC 2002/1551].

comercializar lo reproducido ilícitamente. Por ello, la exigencia de actuar “*en perjuicio de tercero*” implica que sólo se castigará la reproducción realizada con la intención de una posterior comunicación pública o distribución. Así la jurisprudencia³²⁵ estimó delito no consumado cuando lo único que le era imputable al acusado es la posesión de las copias, pero no existía prueba de ningún acto de tráfico o comercialización de las mismas, que si bien puede vulnerar lo dispuesto en el art. 99 LPI no entraña el tipo penal reservado para los supuestos más graves.

En el ámbito del concreto comportamiento punible se distinguen dos clases: la reproducción efectiva, que se concibe como la obtención de copias o ejemplares de la obra, naturalmente sin contar con el consentimiento del titular de los derechos; y la reproducción potencial, que se entiende en el sentido de fijación o incorporación de la obra en un soporte distinto del que sirvió para crearla o expresarla por primera vez.

Habitualmente se distingue entre un elemento cualitativo y otro de naturaleza cuantitativa necesarios para la presencia de esta modalidad delictiva. El elemento cualitativo consiste en la identidad relativa entre las obras, copias, por una parte, y original, por otra. De esta identidad entre las obras debe excluirse los casos en los que las obras se refieran a ideas o aportaciones que forman parte del dominio público. No es imprescindible que entre el original y la copia haya una identidad absoluta. Basta con que se reproduzca una parte cualitativamente importante y esencial de la obra³²⁶, aun cuando un sector doctrinas³²⁷ opine lo contrario.

Tampoco es necesario un gran número de copias para encontrarnos ante una reproducción delictiva, puesto que con la realización de una copia para la posterior comunicación pública se estará realizando una reproducción “*en perjuicio de tercero*”. Así existe jurisprudencia³²⁸ relativa a la comercialización de un programa informático de cálculo rápido para efectuar reformas en los vehículos, que señala que no existe infracción pues la obra del denunciante forma parte del acervo de conocimientos común a los técnicos en esta materia y su utilización viene a ser

³²⁵ Vid. Sentencia de la AP de Barcelona de 20 de junio de 1995 [ARP 1995\707].

³²⁶ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENGUER, Enrique, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 547.

³²⁷ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal...*, ob. cit., pp. 231 y 232.

³²⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 31 de diciembre de 1998.

consustancial al trabajo técnico de aquellos.

Se trataba por tanto de un programa de contenidos de uso constante en aplicaciones prácticas como las llevadas a cabo por el inculcado. No consta acreditada la exclusividad del trabajo del autor, por tratarse de ideas o aportaciones técnicas que han entrado en el dominio público, por lo que el comportamiento no puede poseer entidad penal, sin perjuicio de las acciones que pudieran existir en la vía ordinaria.

Continuando con el análisis de la conducta de reproducción hay que hacer referencia a la diferenciación entre la copia para uso privado y la copia para la posterior comercialización y entre los distintos efectos de atipicidad o tipicidad de uno y otro caso. Así hay que comenzar señalando que con anterioridad a la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual por la Ley 23/2006, las obras ya divulgadas podían reproducirse, sin autorización del autor, en determinados casos (especialmente arts. 31 y 100 LPI), destacando el supuesto de la reproducción para uso privado del copista y siempre que la copia no fuera objeto de utilización colectiva ni lucrativa (art. 31.2.º LPI, así como los arts. 25 y 99.a) del mismo)³²⁹. Así no se comprendía la introducción del programa en la memoria interna para utilización del usuario, ni la copia de seguridad. Por tanto carecían igualmente de relevancia penal estos comportamientos que ni siquiera la tenían en vía civil.

Esta excepción al derecho de explotación estaba basada en la facilidad de la copia privada fruto del avance tecnológico y en el difícil control de ésta por el autor, y se complementaba con la concesión al autor de un derecho de remuneración compensatoria³³⁰. Esto ha sido recogido por la jurisprudencia³³¹ señalando lo siguiente: *“En la Ley de Propiedad Intelectual se admite la realización de copias para uso privado del copista siempre que estas copias no sean objeto de utilización colectiva o lucrativa pero siempre teniendo en cuenta el criterio interpretativo que establece el art. 40 bis de la Ley citada, que prevé que nunca se interpretarán los artículos del Capítulo relativo a esas excepciones de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación*

³²⁹ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 771.

³³⁰ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley ...*, ob. cit., p. 600.

³³¹ Vid. Sentencia de la AP de Salamanca de 23 de marzo de 2000 [ARP 2000\2289].

normal de las obras a que se refieran. Por lo tanto, el hecho de realizar copias de CD musicales en un establecimiento abierto al público, con la correspondiente publicidad, valiéndose de un aparato reproductor, de forma sistemática, valiéndose de personal del establecimiento y no como se pretende el simple alquiler de la máquina o aparato, recogiendo el CD y entregándolo horas o días después y cobrando una cantidad por esa operación, que del conjunto de la prueba practicada es evidente que no se trata de una renta o canon por el alquiler del aparato y que reporta un lucro o beneficio para el empresario, constituye la conducta expresamente sancionada en el art. 270 del CP”.

Así mismo, hay otra sentencia³³², donde se recogían los requisitos que deben concurrir en la copia para que tenga la consideración de delito: *“La actividad desarrollada por el acusado —realización de copias de CD's— no integra, per se, el ilícito penal descrito en el art. 270 del Código Penal. Partiendo del contenido del referido artículo, así como del art. 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, ha de concluirse que el delito cuya comisión se le atribuye al acusado requiere, además de la realización de la copia, otros tres requisitos: primero, que tal copia no se efectúe para uso exclusivo del copista, requisito del que, a su vez, parece inferirse que la actividad delictiva precisa que quien realice la copia o copias sea propietario del soporte original y del que se obtienen las copias; segundo, que la copia o copias obtenidas sean objeto de utilización colectiva o lucrativa, y, tercero, que la realización de las repetidas copias se haga con ánimo lucrativo, ánimo que, como parece evidente, habrá de entenderse referido, no al lucro que pudiera buscar quien realiza materialmente la copia por la utilización del compacto empleado para efectuarla, sino el pretendido o buscado al copiar la misma, bien para su posterior venta, bien para otros usos no exclusivos del propietario del soporte del que se obtienen las copias”.*

Puesto que el bien jurídico protegido está formado por los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación de propiedad intelectual, y dado que en los casos en que la copia se realice por parte del propio copista³³³, en el círculo privado o familiar³³⁴, y sin que la copia sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, no habrá derecho de

³³² Vid. Sentencia de la AP de Valladolid de 19 de abril de 2000 [ARP 2000\2302].

³³³ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley ...*, ob. cit., pp. 603 y ss.

³³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios...*, ob. cit., p. 167.

explotación exclusiva, se podría afirmar que la copia para uso privado es también impune conforme al Derecho Penal dado que no afectaría al bien jurídico protegido.

Pues bien, tras la reforma realizada por la Ley 30/2006, la redacción del art. 31.2 LPI queda de la siguiente forma: *“No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador”*.

De este modo, con la nueva redacción del artículo 31.2 la copia privada sólo podrá ser realizada por personas físicas, siempre que haya un acceso legal a la obra y no haya una utilización colectiva ni lucrativa. Pues bien, este “acceso legal a la obra” es un concepto amplio que deja abiertas muchas incertidumbres. La SGAE por su parte ha afirmado en ocasiones que para que la copia sea legal, debe ser hecha directamente del original. Sin embargo en la LPI no se hace mención alguna a esta circunstancia. De forma similar, en algunos casos, medios de comunicación, organizaciones y empresas parecen no tener clara la legislación e insisten en afirmar que es necesario ser propietario del original para poder hacer una copia privada, requisito que según la legislación vigente sólo es necesario para el caso de las copias de seguridad de software. Porque para las copias privadas lo que se exige es que se realicen *“a partir de obras a las que haya accedido legalmente”*, y eso no significa necesariamente ser propietario del original. Habrá que atender en cada caso en concreto a determinar la legalidad, o no, del modo de acceso a la obra que va a ser objeto de la copia privada.

Además hay que señalar que la reforma de la LPI deja intacta la no posibilidad de realizar copias privadas de programas de ordenador e introduce la novedad de que se obliga a tener en cuenta las medidas tecnológicas de protección de obras (DRM's) a la hora del reparto del

canon compensatorio por copia privada. Este artículo ha levantado mucha polémica entre la doctrina que entiende que la imposición de medidas tecnológicas es incompatible con el cobro de un canon por la reproducción de obras, algo que el legislador ha permitido por la escasa efectividad que tienen hoy en día dichas medidas de protección.

Pues bien, nos encontramos así con que la propia regulación civil excluye de este régimen general el caso de las copias privadas de los programas de ordenador, quizá en atención a esa protección cualificada que desde distintas instancias se quiere dispensar a estas nuevas herramientas que para el desarrollo social de todo tipo representan los programas de ordenador. Así el art. 99 a) LPI incluye la reproducción total o parcial, incluso para uso personal, como contenido de los derechos de explotación del autor del programa de ordenador³³⁵.

Coherentemente la misma regulación civil (art. 25.3 LPI) señala que no será de aplicación el derecho de remuneración por copias privadas a los programas de ordenador. Con ello queda clara la ilicitud civil de las copias privadas de programas de ordenador, pero, sin embargo, no está dicha la última palabra sobre la trascendencia penal de las mismas. Parece que también serán impunes si la reproducción no se realiza para la posterior comercialización de la obra (distribución o comunicación pública). Sólo será, por tanto, delictiva la copia realizada en perjuicio de tercero, esto es, para la posterior comercialización, y, en el caso de la copia para uso privado (lícita o ilícita) este elemento típico falta³³⁶.

Así en el texto de una sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón³³⁷ aparece un caso de reproducción de programas de ordenador con relevancia penal. Un establecimiento comercial dedicado a la informática vendió a un cliente un ordenador al que previamente se le había introducido un sistema operativo sin contar con el paquete de autenticidad de dichos paquetes informáticos de la empresa Microsoft. No sólo se castiga al empleado que realizó materialmente la instalación sino a los dos directivos del establecimiento, pues no podía obrar con independencia de las indicaciones de aquellos.

³³⁵ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENQUER, Enrique, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 547.

³³⁶ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet...*, ob. cit., p. 151.

³³⁷ Vid. Sentencia de la AP de Castellón de 18 de mayo de 1998 [ARP 1998\1850].

Queda patente, por tanto, que la relevancia penal de las copias privadas resulta insignificante siendo que el interés penal debería centrarse en los negocios ilícitos masivos de reproducción y distribución de software. Semejantes problemas respecto a la copia para uso privado se presentan en otras legislaciones. También en esos casos pese a una regulación poco clara se apunta el criterio del fin de lucro como el que puede aportar la solución.

b. Plagio

El plagio ha sido definido de innumerables formas: para algunos autores era aquella conducta mediante la cual se suprime y aniquila al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar³³⁸; para otros autores, consiste en *“adoptar aquella forma, para dar lugar sin esfuerzo intelectual a una obra sin originalidad y al mismo tiempo a un producto de la actividad contraventora a los derechos morales y económico-patrimoniales del autor plagiado”*³³⁹; y por último también ha sido entendido como la *“simulación de la originalidad de la creación intelectual de una obra derivada, en toda o en parte, a través del conocimiento o mediante la reproducción o la elaboración de la obra o del elemento creador de la obra tutelable perteneciente a otro”*³⁴⁰.

También la jurisprudencia ha definido el plagio de distintos modos: en algún caso³⁴¹ se ha definido como aquella conducta por la cual *“se suprime y prescinde al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar”*; también como la conducta consistente en *“copiar la obra original o auténtica (ya de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación) y ya sea de modo total o parcial”*³⁴²; y por último como *“todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose como una actividad material mecanizada muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda*

³³⁸ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 614.

³³⁹ MISERACHS RIGALT, Antonio, *Delitos...*, ob. cit., p. 682.

³⁴⁰ ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 210, en VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 208.

³⁴¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1979 [RJ 1979\1697].

³⁴² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984 [RJ 1984\1129].

originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio”³⁴³.

Pese a que se trate de definiciones totalmente distintas, de todas ellas podemos extraer las dos características esenciales del plagio: la negación de la paternidad al auténtico creador y la explotación de la obra basándose en la titularidad sobre unos derechos que no le pertenecen. Ello implica que la creación original de otro, materializada en algo físico, es aprovechado, posteriormente por otro, copiándola en lo sustancial y aparentando ser el auténtico creador. Por eso, se afirma que más allá de derechos patrimoniales, en el plagio se viene a sancionar el cuestionamiento de la paternidad de la creación³⁴⁴. Así, *“el delito que pudiéramos denominar capital en materia de derecho de autor, equivalente al del homicidio en los de contra las personas, es el del plagio, ya que mediante él se suprime y aniquila al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar”³⁴⁵.*

No es fácil, sin embargo, diferenciar el plagio de la simple influencia o de la falta de originalidad. La delimitación entre estos extremos es difícil y depende del tipo de obra de que se trate. Desde luego no es lo mismo el plagio de una obra literaria o musical, que el plagio de una obra pictórica, en la que si se finge la autoría, lo más habitual es que quien presente una querrela por estafa sea el que adquiere la obra creyendo que es auténtica, pero no el autor plagiado. Además la “reproducción” está a caballo entre el plagio, cuando además no se menciona al autor o se pone a otro en su lugar, y la lesión del derecho de explotación, afectando, generalmente, más a este último (por ej. fotocopias, CD’s o videos o ediciones “piratas”)³⁴⁶.

Conviene tener presente que el artículo 270.1.º del Código Penal requiere que el agente lleve a cabo su conducta “con ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”. Además, clarifica la incriminación de la conducta de plagiar, al haber suprimido la polémica agravación que contenía la letra c) del artículo 534 bis b), 1 del Código Penal anterior (“usurpar la

³⁴³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1999 [RJ 1999\2005].

³⁴⁴ Cfr. CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte especial, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 953 y 954.

³⁴⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, ob. cit., pp. 614 y ss.

³⁴⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 494.

condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución”)³⁴⁷.

El plagio posee, por tanto, dos vertientes: ante todo, el plagio consiste en atribuirse falsamente la autoría de una obra que es creación original de otro, en virtud de lo cual el plagio posee una dimensión moral o personal, en la medida en que supone la usurpación de la paternidad de la obra. Sin embargo, la simple afectación a esta vertiente personal no es condición suficiente para que surja el ilícito penal, puesto que es necesario que concurra además una explotación ilícita de la obra de otro. De ahí que, en realidad, la conducta penal del plagio requiere una acción de reproducción o una de distribución o comunicación pública. Por lo demás, la presencia de un plagio penalmente relevante presupone no sólo una apropiación sustancial del contenido de la obra original, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo, sino además una idoneidad para vulnerar los derechos de explotación de la obra (bien jurídico protegido)³⁴⁸.

Por tanto, el plagio supone, por una parte, la infracción del derecho moral de paternidad, pero, por otra, la de los derechos de explotación del titular original de la obra. En el Código Penal de 1995 es la dimensión lesiva relacionada con los derechos de explotación la única tomada en cuenta, de modo que un plagio que afecte únicamente al derecho moral de paternidad será ilícito, pero no delictivo, puesto que no afecta al bien jurídico penal protegido concretado en los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva. No bastará, pues, para la existencia de plagio, con la negación de la paternidad por parte de un sujeto, sino que, además, es necesario que ese mismo sujeto se la atribuya y que reproduzca, distribuya, transforme o comunique públicamente una obra sobre la que todavía existan derechos de explotación.

El principal problema interpretativo que plantea la acción es la relativa a que el precepto, al aludir a que el plagio pueda serlo “en todo o en parte”, está sancionando también el plagio parcial y con ello se dificulta su delimitación con la simple influencia o la falta de originalidad que son

³⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., pp 769 a 770.

³⁴⁸ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, ORTS BERENQUER, Enrique, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 547.

conductas impunes³⁴⁹. Así existe jurisprudencia³⁵⁰ en la que se expone lo siguiente en relación al plagio: “... para que éste exista no es preciso que se trate de una copia íntegra o servil, sino que puede existir también un plagio parcial, que de hecho es el más frecuente. El plagio puede consistir pues, tanto en la totalidad de la obra intelectual como en un aspecto determinado de ésta (párrafos de una obra literaria, compases de una obra musical, aspectos plásticos, ideas de un diseño, idea argumental de un film, soluciones arquitectónicas...). Existirá plagio en cualquiera de estos casos si el plagiario incorpora a su obra un elemento creador de la obra de otro”.

De este modo, al igual que ocurría con la reproducción, para la existencia de plagio no es necesaria una identidad sustancial entre la obra original y la plagiaria³⁵¹. De este modo también será delictivo el plagio parcial, siempre que aquello que se copie sea sustancial, tanto cualitativa como cuantitativamente, para afectar al bien jurídico protegido. Esta interpretación es, por otra parte, perfectamente coherente con la realidad de que la mayoría de los plagios son parciales y no totales, precisamente por el hecho de que pretende ocultarse la auténtica autoría³⁵². La clave para dotar de relevancia penal a este plagio parcial debe situarse en el elemento “sustancial”. Como ha señalado repetidamente la jurisprudencia habrá de estarse a las circunstancias concretas del caso, quedando reservada la atracción de la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva.

A modo de ejemplo, se ha advertido que la transcripción al vuelo de una frase ajena, privada de su exigible nota a pie de página, trasluce sólo ausencia de rigor, no incardinable sin más en la figura del plagio. Sin duda la doctrina ya ha planteado casos realmente difíciles. Por un lado, será prácticamente imposible de apreciar un plagio de interpretaciones o ejecuciones de alguna obra, porque si no respeta lo sustancial ya no puede considerarse interpretación de la misma. Así, existirá plagio, y como tal lo consideró el Tribunal Supremo³⁵³, en la conducta de quien copió, en sus extremos esenciales (sistemática, forma y conclusiones), un libro

³⁴⁹ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, ob. cit., pp. 953 y 954.

³⁵⁰ Vid. SAP de Sevilla 192/2001 [ARP 2001\434].

³⁵¹ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., p. 318.

³⁵² Cfr. QUERALT JIMENEZ, Juan José, *Derecho penal...*, ob. cit., p. 326.

³⁵³ Vid. Sentencia de 26 de septiembre de 1992 [RJ 1992\7356].

publicado con anterioridad, sin autorización del autor de la obra original y no le citó a pie de página en ninguna de sus partes, limitándose el encausado a hacer sólo una referencia de él, de modo genérico, en el apartado de la bibliografía general. En todo caso, no serán susceptibles de ser consideradas como plagio las citas de fragmentos de obras ajenas, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico (art. 32 LPI).

Además no cualquier similitud o parecido entre las obras integra este requisito del tipo penal. Por eso no es la mera falta de originalidad de la obra sino la usurpación de la obra mediante la presentación de otra con identidad sustancial. En este sentido un sector de la doctrina³⁵⁴ señala que al Derecho Penal sólo le pueden corresponder los supuestos de identidad sustancial entre las obras. Así nuestro Tribunal Supremo estimó que no es suficiente para integrar la modalidad de plagio la similitud del título de un cuplé porque la música y su contenido eran distintos³⁵⁵, y la apreció en la conducta de quienes cambiaron la armonía, el contrapunto y el carácter poético de la canción, y reprodujeron una romanza de zarzuela “La Tabernera del Puerto”³⁵⁶.

Por otra parte, conviene señalar (en contra del Tribunal Supremo) que no son susceptibles de ser constitutivos de plagio los supuestos de versión encubierta (“cover versión”)³⁵⁷, en los que, por ejemplo, un cantante entona, canta e imita a otro cantante famoso, pues en tales casos no hay una apropiación de lo ajeno para presentarlo como propio, sino una imitación de un modo de interpretar que lo ejecuta un tercero, pudiendo apreciarse, en su caso, un delito de estafa³⁵⁸. Sin embargo el Tribunal Supremo³⁵⁹ ha calificado como plagio la grabación en cintas magnetofónicas de canciones creadas o popularizadas por conocidos cantantes, en versiones ejecutadas por un tercero que imita el modo de cantar del intérprete sin sustituir al autor.

³⁵⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., pp. 775 y 776.

³⁵⁵ Vid. STS de 7 de abril de 1965.

³⁵⁶ Vid. STS de 23 de mayo de 1975.

³⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., pp 769 a 770.

³⁵⁸ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., p. 66; LATORRE, Virgilio, *Protección...*, ob. cit., pp. 186 y 187.

³⁵⁹ Vid. SSTS de 14 de febrero de 1984 [RJ 1984\1129], de 30 de mayo de 1984 [RJ 1984\3492] y de 9 de junio de 1990 [RJ 1990\5251].

Los importantes problemas probatorios que pueden surgir, no tanto en los plagios de la totalidad de la obra³⁶⁰ como en los de carácter parcial, han de resolverse a través del examen de la obra que se presume plagaria, tal como se presenta al público, con el fin de determinar si en la misma se da o no una creatividad diversa o diferenciada de la obra original, pasando después a comprobar si la relación entre la obra presuntamente plagaria y su autor permite o no hablar de una relación de génesis creativa. Si la respuesta a tales preguntas es negativa, se podrá apreciar la existencia de plagio, debiendo contar los Tribunales para todo ese proceso con el oportuno apoyo y asesoramiento de los peritos.

En el conjunto de la regulación sobre esta materia existen problemas o circunstancias particulares que van a incidir en la relevancia de algunos hechos. Así hay que tener en cuenta que según la legislación mercantil no constituye plagio la realización de versiones sucesivas de un programa por el cesionario de los derechos de explotación, salvo que mediara pacto en contrario. Asimismo tampoco podrán considerarse como plagio los supuestos de falsificación de obras, pues en ellos se conserva la obra y al autor. La conducta podrá ser constitutiva de estafa, pero respecto al autor de la misma sólo podrá ejercer las correspondientes acciones civiles³⁶¹.

Por otro lado, es también especialmente difícil la apreciación de plagio de programas de ordenador que ofrecen las características esenciales de otro (por ejemplo un procesador de textos). Serán pruebas periciales las que deberán determinar lo sustancial de la reproducción. Para evitar ese problema, resulta aconsejable efectuar un depósito notarial del código fuente. Esto es lo que se conoce como "Escrow". No obstante, la aceptación del depósito es voluntaria para los notarios, por lo que es mejor introducir el programa en una maleta de aluminio o de plástico que el notario precintará. El interesado se convierte entonces en depositario del código fuente.

Además, y como mayor previsión, es frecuente y recomendable el incluir las denominadas "muestras notariales" en el código fuente y que el notario los certifique. Esto son fallos o datos innecesarios en un programa

³⁶⁰ Vid. STS de 28 de mayo de 1992 [RJ 1992\4394].

³⁶¹ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, ob. cit., pp. 953 y 954.

o página web, que son imperceptibles por terceras personas, pero que son localizables por el acceso al código fuente de la página. Este sistema ha demostrado su eficacia como prueba documental en más de ochenta procedimientos judiciales, sin que en ningún momento haya sido puesto en duda por las partes procesales ni por el tribunal correspondiente.

Otro problema singular hace mención a la posible coincidencia entre autor de la obra y autor de un delito relativo a la propiedad intelectual. Circunstancia que se ha planteado en la jurisprudencia³⁶², en un supuesto en el que un informático al servicio de una empresa interviene junto con otro programador en la creación y desarrollo del programa GQ de control de calidad. Antes de dejar de prestar servicios en la empresa efectuó una copia del código fuente y de la aplicación del mencionado programa. Posteriormente creó una nueva empresa que aprovecha el mencionado programa y efectúa pequeñas modificaciones sobre el mismo. El acusado señalaba que siendo titular de una parte del derecho de propiedad intelectual, no cabe entender su conducta como plagaria. El Tribunal responde que el programa fue creado en virtud de una relación laboral con una empresa, a la cual se ha de entender transmitido el derecho de explotación de la obra, sin que tenga relevancia el derecho moral del autor.

c. Distribución

Esta conducta se corresponde con uno de los derechos expresamente citados en el artículo 17 LPI, el derecho de distribución. Éste venía tradicionalmente definido en el artículo 19 como *“la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*. Y se reconocía también a los titulares de derechos de autor (artículo 17) a los artistas intérpretes sobre las fijaciones de sus interpretaciones (artículo 109), a los productores fonográficos (artículo 117), productores de grabaciones audiovisuales (artículo 123) y a las entidades de radiodifusión (artículo 126 e).

Sin embargo la vigente LPI ha introducido un matiz en la reforma,

³⁶² Vid. Sentencia de la AP de Barcelona de 3 de junio de 1998 [ARP 1998\3586].

que parece completamente innecesario desde el punto de vista de las exigencias de la Directiva 29/2001/CE, que delimita las obras sobre las que es ejercible este derecho. Así la redacción actual es la siguiente: *“Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”*.

En la Directiva 29/2001/CE, respecto del concepto de distribución no se hace ninguna alusión acerca de la necesidad o no de delimitar el alcance de la definición respecto de un determinado tipo de soporte. Si es verdad que en el considerando 28 de la misma se expone lo siguiente: *“La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible”*.

Este considerando, cuyo valor jurídico es limitado, hace referencia al agotamiento del derecho respecto de las transmisiones posteriores a la primera venta y a cómo incide sobre ello el mercado único dentro de la Unión Europea, pero en ningún caso entra a delimitar qué se entiende por distribución, cuya definición anterior era adecuada para todos los actos no considerados comunicación pública y por lo tanto omnicompresiva.

El supuesto que plantea la Directiva se enfoca a garantizar la libre prestación de servicios y libre circulación de bienes, y por ello esa referencia hace alusión a los soportes tangibles, pero limitándola a la “reventa” de los soportes que contienen las obras. Pero con esas cuatro palabras el legislador español deja fuera del concepto de distribución las obras que se ofrezcan al público en un soporte no tangible, como sucede en las redes de comunicaciones. Y ello porque, obviamente, por soporte tangible debe entenderse aquel material en el que se fija la obra, soporte como objeto físico y plasmación material del pensamiento o creación intelectual objeto del derecho de propiedad intelectual.

Con el texto legal vigente en España, tras la Ley 23/2006, lo que queda absolutamente descartado es que respecto de las obras en soportes informáticos que se hagan llegar a terceros mediante redes de comunicaciones exista un derecho en exclusiva del autor a autorizar la distribución. Ya que tal conducta queda expresamente descartada por la

redacción literal. Por lo tanto ninguna acción por violación de la propiedad intelectual podrá iniciarse con fundamento en el derecho exclusivo de distribución por la acción consistente en hacer llegar a otra persona una obra mediante redes de comunicaciones.

Sin embargo, la jurisprudencia venía entendiendo por distribución in consentida de obras protegidas conforme a la antigua redacción del art. 19 LPI: *“cualquier forma de distribución pública de una obra artística y sus interpretaciones y ejecuciones fijadas en cualquier tipo de soporte sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, lo que integrado con la legislación de propiedad intelectual contenida primero en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, y sus modificaciones, especialmente la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, y después en el texto refundido aprobado por RD Legislativo 1/1996, de 12 de abril, supone la punición del alquiler de discos sin dicha autorización, tal como han entendido la mayoría de las Audiencias Provinciales³⁶³, pues la distribución mediante compra no extingue el derecho en cuanto al alquiler”³⁶⁴.*

Al poder recaer la distribución sobre el original o las copias, es obvio que en el segundo caso nos encontraremos con dos conductas típicas (la previa reproducción y la distribución). En el caso de que el autor de las de acciones sea el mismo sujeto, su conducta deberá ser calificada de “distribución”, pues ésta absorberá el mayor desvalor de la conducta³⁶⁵. Si fuesen autores distintos, cada uno responderá por su respectiva conducta³⁶⁶.

Entre los requisitos que permiten afirmar la presencia de una conducta penal de distribución se incluyen generalmente los de puesta a disposición de la obra al público, publicidad e identidad entre las obras.

³⁶³ Vid. Sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya de 14 de abril de 1998 [ARP 1998\1923], Valencia de 4 de noviembre de 1998 [ARP 1998\5596], La Rioja de 22 de enero de 1999 [ARP 1999\106], Burgos de 20 de abril de 1999 [ARP 1999\1310] y esta misma Audiencia Provincial de Cantabria (Auto de 29 de octubre de 1999 [ARP 1999\5495]).

³⁶⁴ Vid. Sentencia de la AP de Cantabria de 22 de febrero de 2000 [ARP 2000\620].

³⁶⁵ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., p. 171.

³⁶⁶ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, ob. cit., p. 955.

1. Puesta a disposición

El Código Penal castiga la puesta a disposición de la obra desde que se envían las copias, sin que sea necesaria la previa recepción de las mismas.

2. Publicidad

De atenernos a una integración literal de la regulación civil podríamos llegar a la conclusión de que el mero ofrecimiento, antes de cualquier inicio de una auténtica distribución, constituye una conducta típica de las que estamos considerando. Sin embargo, desde el tratamiento penal general de las conductas, la mera oferta u ofrecimiento constituye en realidad un acto preparatorio de la conducta típica de distribución. Es decir por su naturaleza, la mera comunicación pública de la posibilidad de conseguir determinados objetos se sitúa como un antecedente material necesario para la posterior y efectiva distribución, pero que todavía no implica un inicio de ejecución de la conducta típica. Incluso la práctica habitual de este tipo de negocios ilícitos se desarrolla de manera que mientras el distribuidor no recibe un pedido efectivo no lleva a cabo la reproducción del software. Por todo ello, puede decirse que para el Derecho Penal la mera oferta no constituye la realización de la conducta típica de distribución, sino que resulta preciso que se produzca de manera efectiva el envío de la mercancía³⁶⁷.

El caso concreto de puesta en línea en Internet de software para que, sin licencia, sea copiado por cualquiera, incidiría en la conducta de distribución en este momento, claro está, si no fuera porque con la nueva redacción del art. 19 LPI, quedaría descartado de la definición de distribución por carecer de un soporte tangible. Como se acaba de exponer, el mero ofrecimiento (como constituye un anuncio en un periódico) no realiza plenamente la conducta de distribución. Sin embargo estos hechos pueden ser calificados como tentativa punible pues cabe apreciar un inicio de ejecución del tipo que desborda los actos meramente preparatorios.

³⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., pp. 174 y ss.

3. Identidad

La identidad reclama, como requisito general a todas las conductas punibles en este ámbito, la coincidencia sustancial de contenidos entre las obras. Así una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona³⁶⁸ subraya la necesidad, no sólo de identidad material entre las obras, si no que la misma se manifieste expresamente en el proceso criminal. Se alude en la misma a unos hechos de distribución de programas de videojuegos semejantes por empresas no titulares de los derechos de explotación. Se afirma en la resolución judicial la ausencia de dolo específico o voluntad defraudatoria. Pero, sobre todo, la absolución se apoya en la no realización de prueba pericial por persona experta en informática que pusiera de relieve las semejanzas para poder hablar de copias. Queda abierta, naturalmente, la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil.

Ahora bien, no es necesario un mínimo cuantitativo para que exista distribución pública conforme al artículo 270 del Código Penal³⁶⁹. Sí es necesario, sin embargo, que el envío lo sea hacia el público, en cuanto que el envío del original o de las copias a un círculo privado o estrecho de familiares o amigos no constituye distribución pública ilícita por encontrarse fuera de la conducta típica recogida en el art. 270³⁷⁰.

Para finalizar, hay que señalar que, a efectos penales, es totalmente irrelevante la modalidad que se utilice para poner a disposición del público la obra: cualquiera de ellas será delictiva si se realiza con ánimo de lucro. Sin embargo, el derecho de distribución no resulta de aplicación en el caso de las transmisiones vía Internet, puesto que este derecho se aplica cuando estamos ante obras incorporadas a ejemplares materiales y no en supuestos de comunicación inmaterial de obras³⁷¹.

Conviene recalcar expresamente que comportamientos como el alquiler de obras del ingenio, consistente en *“la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto”*, son delictivos conforme al artículo 270 del Código Penal. Así lo ha determinado la

³⁶⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de febrero de 1990.

³⁶⁹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 175.

³⁷⁰ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley ...*, ob. cit., p. 344.

³⁷¹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de...*, ob. cit., p. 283.

jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, puesto que si bien la Audiencia Provincial de Álava³⁷² absolvió a los imputados por esta actividad, posteriormente se condenó por hechos similares en las sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, de Vizcaya, Valencia y otras más³⁷³.

Eso sí, y conforme a lo establecido en el artículo 19.2 LPI, aquellas distribuciones consistentes en venta, y no en alquiler, por ejemplo, de una obra (con un soporte) adquirida en la Unión Europea y vendida en la propia Unión Europea, no serán delictivas dado que no afectan al bien jurídico al no existir en estos casos derecho de explotación³⁷⁴.

d. Comunicación pública

El tipo del párrafo primero del artículo 270 del Código Penal también se refiere a la comunicación pública, y es ésta una de las conductas típicas que más importancia adquiere en la actual sociedad de la información frente a los comportamientos delictivos realizados en Internet. La “comunicación pública” es un concepto distinto de la distribución y la diferencia principal recae, en la conservación que tiene el autor del objeto o soporte de la propiedad intelectual.

La comunicación pública se define en el artículo 20.1 LPI como “*todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”. Hay que aclarar que esta definición no se ha visto afectada por la reforma efectuada por la Ley 23/2006. Se trata, pues, de una conducta que lesiona el bien jurídico protegido puesto que permite al público disponer de la obra y, así, niega la

³⁷² Vid. Sentencia de 28 de junio de 1997 [ARP 1997\850].

³⁷³ Vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia de 28 de enero de 1998 [ARP 1998\420], Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de abril de 1998 [ARP 1998\1923], Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 1998 [ARP 1998\5596], Audiencia Provincial de Rioja de 22 de enero de 1999 [ARP 1999\106], Audiencia Provincial de Burgos de 20 de abril de 1999 [ARP 1999\1310], Audiencia Provincial de Burgos de 7 de junio de 1999 [ARP 1999\2132], Audiencia Provincial de Cantabria de 22 de febrero de 2000 [ARP 2000\620] y Audiencia Provincial de Navarra de 28 de abril de 2000 [ARP 2000\2408].

³⁷⁴ Cfr. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario de Derecho Civil* T. XLIV, fasc. I, Madrid, Enero-Marzo, 1991, pp. 586 y ss.

exclusividad del titular del derecho y afecta a sus expectativas de ganancia basadas en el hecho de ser el único sujeto que actúa en el mercado con dicha obra.

Hay que comenzar señalando que atendiendo a dicha definición, es requisito indispensable que, para estar ante una comunicación pública, exista una ausencia total de entrega de las obras al receptor de la obra. Ciertamente el artículo 20 se refiere a *“previa distribución de ejemplares”* lo que hace surgir la duda hacia cómo debe interpretarse esta distribución, siendo posible decantarse por dos opciones. Por un lado podría entenderse que esa distribución previa de ejemplares se refiere a la definida en el artículo 19, a la entrega en soportes físicos del original o copias de la obra, es decir que se dé el acceso a la obra sin previa entrega de soportes tangibles, y así otras acciones que supongan la entrega de la obra en soportes no tangibles se verían incluidas en el concepto de comunicación pública. Y por otro lado que se refiere a actos en los que la obra sea disfrutada por una pluralidad sin que cada uno de quienes accedan a ella reciban una reproducción de la misma.

La segunda de las opciones parece la más cercana a lo deseado por el legislador si atendemos al catálogo de ejemplos que se ofrecen en el mismo artículo, todos ellos relacionados con la exhibición a una pluralidad de personas de manera concurrente. Tradicionalmente la distribución se ha asociado con la entrega de ejemplares, como desplazamiento del objeto o soporte plasmación de la obra. Es por ello que la nueva redacción de la distribución genere un problema a la forma tradicional de entender la comunicación pública, en la que nunca se ha entendido la existencia de esa traslación del soporte que contiene la obra.

Por otra parte, el número segundo de ese mismo precepto, en su letra j), incluye como específico acto de comunicación pública *“el acceso público en cualquier forma a las obras incorporadas a una base de datos, aunque dicha base de datos no esté protegida por las disposiciones del Libro I de la presente Ley”*, lo que puede, en su caso, tener trascendencia a la hora de su posible inclusión entre los hechos abarcables por la regulación penal.

El alcance de este precepto de la Ley de Propiedad Intelectual ha de

limitarse, teniendo en cuenta el sentido de la excepción relativa al ámbito estrictamente doméstico y a la no conexión a una red de difusión, que ha de ser entendida como red pública³⁷⁵. Los polémicos supuestos de los vídeos comunitarios y hoteleros no deben ser considerados como casos punibles de comunicación pública, siempre que constituyan comunicaciones a un número restringido de personas³⁷⁶.

Como ya se ha expuesto anteriormente, la DDASI (Directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información) ha regulado significativamente el derecho de explotación de comunicación pública. Y lo ha hecho para incluir dentro del derecho dos facultades, o derechos, distintos: el derecho de comunicación pública del autor y el derecho de puesta a disposición del público en Internet³⁷⁷. Este último permite acceder a la obra en el momento y desde el lugar que los miembros del público decidan³⁷⁸.

Por supuesto, lo que interesa es saber si la conducta de comunicación pública engloba las dos o únicamente la comunicación pública. El artículo 3.1 resolvía esta cuestión al exponer que *“los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*.

De este modo, la reforma efectuada por la Ley 23/2006 ha venido a incorporar esta cuestión a nuestro ordenamiento mediante la inclusión de un nuevo apartado i) [con el consiguiente desplazamiento de los anteriores párrafos i) y j), que pasan a ser los párrafos j) y k), respectivamente] dentro del art. 20.2 LPI, donde se hace referencia al siguiente comportamiento que será calificado de comunicación pública:

“i) la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos

³⁷⁵ Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección...*, ob. cit., p. 144.

³⁷⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 777.

³⁷⁷ Cfr. REAL MÁRQUEZ, Monserrat, *La nueva directiva de Derechos de autor en la sociedad de la información*, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

³⁷⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de...*, ob. cit., p. 285.

alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija."

Sin embargo, es de destacar que este párrafo no supone ninguna revolución en cuanto al concepto de "comunicación pública", ya que en el propio preámbulo de la Ley 23/2006, el legislador ha aclarado que *"Constituye ésta una modalidad del actual derecho de comunicación pública que, teniendo en cuenta los amplios términos en los que el derecho viene definido en el texto refundido, se ha venido entendiendo que quedaba incluida en él. No obstante, se incluye expresamente, en aras de la claridad y de una mayor seguridad jurídica..."*

Queda claro, pues, que, el derecho de puesta a disposición es una modalidad del más general derecho de comunicación pública³⁷⁹, por lo que no resulta necesaria la inclusión de una conducta típica de puesta a disposición, sino que la realización de conductas de puesta a disposición en Internet con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, sin permiso de los titulares del Derecho de Propiedad Intelectual y con la consiguiente lesión del derecho de explotación, resultará comunicación pública delictiva del artículo 270 del Código Penal.

Por tanto, y cuanto menos a priori, los comportamientos de aquellas páginas web que creen y transmitan gratuitamente licencias de un programa que les pertenece, pero cuya función primordial es favorecer y facilitar la distribución de copias por parte de los usuarios de la Red bien directamente o bien comunicando a los usuarios entre sí (tecnología P2p), son de comunicación pública ilícita. Habrá que analizar, para determinar finalmente la responsabilidad civil o también penal, si se actúa con ánimo de lucro.

Por último parece conveniente recoger lo que la jurisprudencia³⁸⁰ ha entendido por comunicación pública in consentida de obras protegidas: *"Dadas las diversas opciones tecnológicas existentes para conseguir la comunicación pública, debemos acudir al art. 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de abril, que nos perfila con más precisión el concepto de comunicación*

³⁷⁹ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Manual de...*, ob. cit., pp. 285 y 286.

³⁸⁰ Vid. STS de 19 de mayo de 2001 [RJ 2001\9955].

pública, entendiéndose por tal la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo; cable, fibra óptica u otro procedimiento público sea o no mediante abono [apartado e)] y, asimismo la retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida [...]lo verdaderamente integrador del tipo es la modalidad de comunicación pública, que se puede llevar a efecto por cualquiera de los medios descritos con anterioridad e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro”.

iii) Párrafo segundo del art. 270

El artículo 534 bis a) del antiguo Código Penal incluía un segundo tipo protector de los derechos de propiedad intelectual que se mantuvo íntegramente en el Código Penal de 1995. Se trata del párrafo segundo del artículo 270, que en su primera redacción establecía lo siguiente: *“la misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización”.*

La interpretación de este tipo llevó a la polémica sobre si eran delictivas únicamente las importaciones de ejemplares reproducidos ilícitamente o, también, las denominadas importaciones paralelas, consistentes en la importación de ejemplares adquiridos lícitamente en un país no comunitario, pero vendidos en el nuestro sin permiso del titular del derecho de distribución. Esta polémica ha sido ya resuelta con la reforma del Código Penal. De este modo, dicho precepto fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, recogiéndose del siguiente modo: *“Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización”.*

Así, en su apartado segundo, el art. 270 define como típicas tres

conductas que lesionan también derechos económicos de los titulares de la propiedad intelectual. Por un lado, la conducta de “exportación” y “almacenamiento” Y, por otro, la conducta de “importación”. Con ello se pretende sancionar expresamente las conductas de los sujetos que no han participado en la reproducción de las obras o transformaciones, pero sí lo hacen en la importación, exportación o almacenamiento. No es necesario que exista acuerdo o connivencia entre ambos. Si existiera estaríamos seguramente ante un supuesto de coautoría.

Para un sector de la doctrina³⁸¹ estas conductas típicas se describen de forma alternativa (tipo mixto alternativo) y taxativa: importar, exportar o almacenar. Tales conductas expresarían un peligro para el bien jurídico, pero ello no sería óbice para entender que, desde la perspectiva de la estructura del tipo, estaríamos ante delitos de resultado material, por lo que cabría siempre la tentativa.

Así hay autores³⁸² que entienden que el legislador con la referencia a la importación, exportación y almacenaje ha querido incluir en el tipo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto conductas que, en realidad, representan actos preparatorios de las lesiones efectivas de la propiedad intelectual, que se producen con la distribución no autorizada de obras. De este modo la distribución y comunicación pública de programas a través de redes internacionales (de un ordenador a otro rebasando fronteras nacionales) darían lugar a las conductas típicas de importación y exportación³⁸³.

Para todas las modalidades de distribución tal comportamiento se entiende que absorbe la previa reproducción de la obra protegida³⁸⁴, pues su desvalor vendría comprendido en el de la acción posterior, en el caso de que sea atribuible a la misma persona. Por tanto cabe decir, que se trata de conductas que han de ser realizadas por sujetos distintos de los autores de las contenidas en el párrafo primero, pues en otro caso pertenecerían al ámbito de agotamiento del delito, aunque pudieran tenerse en cuenta a los efectos de determinar la gravedad del hecho a los

³⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., pp. 181 a 184; MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 428.

³⁸² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Los delitos...”, ob. cit., p. 226.

³⁸³ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, “La protección...”, ob. cit., p. 317 y ss.

³⁸⁴ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., p. 171.

efectos de la individualización de la pena.

Además, la conducta, para ser típica, ha de realizarse sin la autorización de los titulares de los derechos o de sus cesionarios. Esa autorización, que será necesaria siempre que no se hayan superado los límites temporales de los derechos establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual, ha de existir al tiempo de la ejecución de la conducta, sin que tenga relevancia si se produce a posteriori, a salvo de los problemas de prueba, que configuran una cuestión distinta.

a. Importación

Hasta la reforma planteada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, la conducta de “importación” se equiparaba en su redacción típica a las de “exportación” y “almacenamiento”. Esto condujo a interpretar que las importaciones de ejemplares originales lícitamente adquiridos fuera considerada atípica independientemente de que el titular autorizara o no la importación. Se trata de las denominadas “importaciones paralelas”, aquéllas que tienen por objeto, no copias ilícitas, sino ejemplares adquiridos por compraventa a quien tenía el derecho de reproducción, pero distribuidas (importadas) sin permiso del titular del derecho de distribución.

Como ejemplo clarificador se puede exponer el del autor e intérprete de una composición musical que graba un disco con un productor que se convierte en el titular de la explotación exclusiva de dicho fonograma. El productor distribuye en España las obras, y realiza una cesión (con permiso del autor) para la distribución de los fonogramas en Hispanoamérica, y el cesionario las distribuye en los países en los que tiene la exclusiva a un precio inferior (por razones de mercado) al que lo hace el otro distribuidor en nuestro país.

Por supuesto estos comportamientos son lícitos. Los que hay que analizar son los del cesionario que tras reproducir sus ejemplares en Iberoamérica los importa a nuestro país sin consentimiento del titular exclusivo del derecho de distribución en España, o la de aquél particular o

empresa que adquiere múltiples ejemplares en su país iberoamericano de origen y decide exportarlos a España sin solicitar autorización del productor español titular del derecho de distribución, derecho que, además, no se puede entender agotado más que respecto a los ejemplares vendidos en Estados miembros de la Unión Europea, pero desde luego no respecto a aquéllos que han sido vendidos en otras partes del mundo. Ello era así porque se entendía que la autorización iba referida a la reproducción o la distribución de los productos. La jurisprudencia llegó a apoyar esa interpretación al considerar que comprar en el exterior los objetos originales por un precio más barato que el fijado por el titular en España e importarlos no era delito, a pesar que el titular no hubiera autorizado ese precio en España³⁸⁵.

Las opiniones doctrinales a este respecto se hallaban divididas entre quienes sostenían que el delito sólo se aplicaba a las importaciones de obras ilícitas ya en el país de origen, considerando atípicas las importaciones de obras adquiridas legítimamente en el extranjero³⁸⁶, y quienes mantenían que también estas últimas importaciones tenían que ser calificadas como delictivas³⁸⁷. Existía también al respecto una jurisprudencia contradictoria, que se había ocupado de enjuiciar los casos de fonogramas, que son los objetos sobre los que, en la práctica, recaen las importaciones paralelas, dada la “universalidad” del mercado discográfico, a diferencia de los libros o los videogramas³⁸⁸. Con todo, el Tribunal Supremo se había inclinado por la primera tesis³⁸⁹.

La reforma de 2003, por su parte, tipifica la “importación” en un párrafo independiente con el siguiente redactado: *“igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si estos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia”*. Si de acuerdo con la anterior regulación sólo podrán ser objeto de esta conducta los productos ilícitos ahora, con la nueva redacción, también se incluyen los lícitos, esto es, los autorizados por o

³⁸⁵ Vid. STS 2 de abril de 2001 [RJ 2001\2926].

³⁸⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 777; CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., pp. 265 y ss; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Delitos...”, ob. cit.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 494.

³⁸⁷ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., pp. 171 y 172; GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 199.

³⁸⁸ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Las llamadas...*, ob. cit., p. 729.

³⁸⁹ Vid. STS de 2 de abril de 2001.

sus titulares, con lo que parece que, desde la reforma, la autorización del titular se refiere a la importación y que deberá cambiarse esa jurisprudencia³⁹⁰. De este modo, el legislador viene a zanjar una enconada polémica sobre las llamadas “importaciones paralelas”, que se había venido suscitando en doctrina y jurisprudencia con relación al texto anterior, el cual se limitaba a mencionar la conducta de “importación” sin mayores precisiones³⁹¹.

Critica al respecto un sector doctrinal³⁹² que el legislador de 2003 no haya previsto una disposición semejante para la exportación, puesto que, a su juicio, el nuevo tenor literal del apdo. 2 del caso, reconoce que en la exportación concurren las mismas razones que en la importación para extender el ámbito de lo punible a los ejemplares reproducidos lícitamente.

Por lo demás, el legislador ha introducido la salvedad de que la importación de productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado o con su consentimiento. De esta manera el legislador penal reconoce la figura del agotamiento del derecho de propiedad intelectual (arts. 19.2 y 117.2 LPI), en virtud de la cual en el ámbito de la UE el derecho se extingue con la primera venta, dada la libre circulación de mercancías y servicios que rige en el territorio de la UE.

b. Exportación

En cuanto a la conducta de exportación, el legislador de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 incluye en el artículo 117 dicha facultad entre las integrantes del derecho de distribución reconocidas expresamente al productor fonográfico. Por tanto, cuando la misma suponga la efectiva distribución lesiva de los intereses patrimoniales derivadas del derecho de distribución, se sancionará por el párrafo primero del artículo 270. Y, cuando aún no implique la distribución, será

³⁹⁰ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, ob. cit., pp. 956 y 957.

³⁹¹ Cfr. RODRÍGUEZ MORO, Luis, “La nueva protección penal de la propiedad intelectual (análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003)”, en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 24, Madrid, 2003, pp. 331 a 358.

³⁹² Cfr. *Idem*, pp. 331 a 358.

sancionada igual por el párrafo segundo³⁹³.

En un principio, con la redacción original del párrafo segundo del art. 270, y partiendo de una interpretación literal, parecía que del texto del Código Penal no se puede inferir, que estas conductas se sancionaran únicamente cuando se importen o exporten ejemplares ilícitos. Sin embargo, tras la reforma planteada por la LO 15/2003, parece que el tenor literal del precepto no ofrece dudas de que son conductas que deberán únicamente recaer sobre copias ilícitas. A ello alude el propio art. 270.2 al exigir que la conducta vaya referida a *“ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior”*, puesto que con esa alusión se refiere a obras reproducidas sin autorización³⁹⁴. De este modo, la exportación y almacenamiento de ejemplares originales lícitamente adquiridos será atípica independientemente de que el titular no las autorice.

Como se ha dicho, el artículo 117 incluye la exportación entre las facultades integrantes del derecho de distribución reconocidas expresamente al productor fonográfico. Así, pues, la exportación con voluntad de comercialización de ejemplares reproducidos ilícitamente resulta ilícita, siempre que no se haya agotado el derecho de distribución. Esto significa que la exportación de ejemplares reproducidos ilícitamente será siempre delictiva, en cuanto lesionará el derecho de distribución, cuando efectivamente se pongan a disposición los ejemplares en el país al que se destina, y lo pondrá en peligro desde el momento en que el sujeto envía dichos ejemplares para su exportación.

Ahora bien si la exportación supone la lesión del derecho de distribución desde el momento en que los ejemplares se ponen a disposición del público, está claro que, quedando dicha conducta lesiva para el párrafo primero, aquello que castiga el párrafo segundo del artículo 270 del Código Penal es, únicamente, la exportación de los ejemplares en el momento anterior a la distribución de los mismos en el país al que se importan, es decir, el envío con voluntad de comercialización de ejemplares ilícitos prohibido por el artículo 117.2 LPI y que supone una actividad previa y necesaria de la lesiva del objeto jurídico

³⁹³ Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal ...*, ob. cit., p. 157.

³⁹⁴ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios ...*, ob. cit., p. 956.

y, por tanto, peligrosa para el mismo³⁹⁵.

c. Almacenaje

Respecto al almacenamiento, sólo deberá sancionarse cuando vaya unido a una voluntad de comercialización y lo sea de ejemplares ilícitos. Evidentemente, el almacenamiento de ejemplares reproducidos lícitamente, no podrá sancionarse por vía penal dado que tal conducta no reviste ilicitud alguna. El almacenamiento sólo puede ser típico si los ejemplares son ilícitos, toda vez que el almacenamiento de ejemplares reproducidos lícitamente no está prohibido en el art. 107.2 LPI.

La inclusión del almacenamiento como conducta típica en el párrafo segundo del artículo 270 del Código Penal se encuadra en la voluntad de castigar no sólo las conductas lesivas sino también las peligrosas del objeto jurídico de protección. Pero hay que matizar el significado de esta conducta típica analizando su relación con el bien jurídico protegido.

Almacenar ejemplares reproducidos ilícitamente se castiga por ser una conducta peligrosa para el bien jurídico cuando se realiza con voluntad de comercialización (desvalor de acción), pero también porque en sí misma cumple un desvalor de resultado concretado en la participación en la actividad ilícita posterior a la reproducción no autorizada. Por el contrario, no se puede castigar simplemente el almacenamiento, aún el destinado a la posterior explotación, cuando lo sea de ejemplares adquiridos lícitamente puesto que esta conducta, como tal, no reviste ilicitud alguna, y su sanción se basaría, únicamente, en un desvalor de acción no relacionado, aún, con ningún desvalor de resultado.

iv) Párrafo tercero del art. 270

Una de las grandes novedades del Código Penal de 1995 relativas a las infracciones contra los derechos de propiedad intelectual es la incorporación de un nuevo tipo, el del artículo 270 párrafo tercero. El

³⁹⁵ Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal ...*, ob. cit., p. 157.

citado precepto establecía en su redacción inicial que: *“será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”*.

Esta previsión legal, que contiene sólo elementos descriptivos, viene a plasmar en el Código Penal actual lo previsto en el artículo 8.c) de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, relativo a incorporación al derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador. Dicha inclusión fue fruto de una enmienda promovida por el Grupo Parlamentario Popular, que justificaba la reforma en la toma en consideración de dicha Directiva³⁹⁶.

El precepto mencionado, e integrado en el artículo 102. c) del Texto Refundido de 1996 de la LPI de 1987, se refería específicamente, como una de las categorías de infractores de los derechos de autor, a quienes, sin autorización del titular de los mismos *“pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier medio cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”*.

Sin embargo, dicho precepto fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, al incluir la conducta de importación y ampliar el ámbito del tipo a todas las obras artísticas, literarias o científicas, y no sólo a los programas de ordenador como estaba en el Código Penal de 1995. Estos cambios se deben, sin lugar a dudas, a la entrada en vigor de la DDASI y a su especial énfasis en la necesidad de tutelar jurídicamente las medidas tecnológicas de protección de los derechos de propiedad intelectual. Así, nuestro Derecho se sitúa en la línea del resto de países europeos de incluir delitos que castiguen comportamientos de tenencia, distribución y producción de medios o programas para la violación de las protecciones tecnológicas utilizadas para evitar la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

Aunque el bien jurídico protegido es el mismo, sí es cierto que la naturaleza del injusto de los comportamientos tipificados en este

³⁹⁶ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 199.

precepto difiere en mucho de las del tipo básico. Y es que este tipo adelanta la intervención penal, en exceso al parecer de la mayoría de la doctrina, al sancionar comportamientos que ni lesionan ni ponen en concreto peligro el bien jurídico protegido³⁹⁷. Más bien lo que se sancionan son actos preparatorios para el posterior ataque a los derechos de propiedad intelectual. Como ha señalado un sector doctrinal³⁹⁸, el tipo supone, un “adelanto de la intervención penal a conductas meramente preparatorias del ataque a la propiedad intelectual recogida en programas de ordenador” y, por tanto, una ampliación del ámbito de protección relacionado con los derechos sobre este tipo de obra.

Nos encontramos, pues, con que la interpretación del tipo plantea, fundamentalmente, distintas cuestiones relacionadas con la excesiva amplitud del ámbito del injusto que él determina y con el sentido político-criminal del mismo. En primer lugar, se discute la necesidad político-criminal de su inclusión y el sentido de la limitación que en un principio se hizo a los programas de ordenador. Así, dice un sector doctrinal que la limitación inicial de la protección por parte del tipo del párrafo tercero a los programas de ordenador “viene a resquebrajar las pretensiones de un modelo tutelar unitario de la propiedad intelectual y rompe, al sobreproteger (en detrimento de los restantes objetos de tutela) una concreta manifestación de las creaciones del espíritu, el equilibrio hasta ahora existente en la materia”³⁹⁹.

Una posible explicación a esta discriminación inicial en la protección es que, eran los programas de ordenador, fundamentalmente, los que tenían dispositivos de protección de carácter lógico por ser casi los únicos que estaban digitalizados y necesitaban, por tanto, de una mayor defensa frente a las facilidades que supone la copia de información digital. Sin embargo, la generalización del proceso digitalizador a la mayoría de las obras, y la posibilidad de su copia y difusión a través de Internet, por ejemplo, hizo que no se entendiera, si no es por el mayor precio de mercado que tienen los programas de ordenador frente al resto de obras protegidas, por qué el legislador limitaba esa sobreprotección a los programas y no la incorporaba a otras obras.

³⁹⁷ Cfr. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo, *De los delitos...*, ob. cit., p. 1.341.

³⁹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 495.

³⁹⁹ GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 201.

Nos encontramos, pues, con un ejemplo más de la tendencia político-legislativa de incluir, junto a los delitos que sancionan los ataques básicos y más graves al bien jurídico de protección, otros delitos, por algunos denominados “obstáculo”, que tratan de anticiparse sancionando las conductas previas y necesarias ilícitas, e incluso lícitas, a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido⁴⁰⁰. Para algunos autores que se quejaban de la vaguedad y ambigüedad del objeto material, y de la amplitud del ámbito del injusto, aún mayor les resultaba éste con una interpretación amplia de las conductas típicas⁴⁰¹. El Código incluye entre ellas la fabricación, la importación, la puesta en circulación y la tenencia, pero no exige expresamente, en contra de lo que ocurre con el párrafo primero del artículo, la realización de las conductas con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

Es cierto que, conforme a una interpretación literal, esto supone entender como típica la conducta de tenencia, para su uso privado, de un sistema para la desprotección de programas de ordenador y, del mismo modo, la importación, así como la fabricación casera por un informático de un sistema de desprotección de obras protegidas, incluso cuando dichos comportamientos se realicen sin ánimo de lucro, puesto que en la conducta de puesta en circulación se entienden implícitamente incluidos los citados elementos⁴⁰².

Pero no parece que pueda aceptarse una interpretación tan amplia, ya que la tenencia de un medio de este tipo realizada para uso privado (sin ánimo de lucro y sin perjuicio de tercero) es lícita, conforme al artículo 102. C) LPI que sanciona la tenencia “con fines comerciales”, y desde luego lo es la fabricación que ni siquiera está incorporada al citado precepto de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996⁴⁰³. Además, la propia jurisprudencia⁴⁰⁴ ha matizado y acotado el ámbito de aplicación al entender que la simple tenencia no es punible si no va específicamente destinada a la realización del tipo descrito en el art. 270: “*El párrafo tercero del art. 270 del CP castiga, efectivamente, la tenencia de cualquier*

⁴⁰⁰ Cfr. CUESTA PASTOR, Pablo, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, Granada, 2002, pp. 239 y ss.

⁴⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 202.

⁴⁰² Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Delitos contra el patrimonio...*, ob. cit., p. 781.

⁴⁰³ Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, A., *Comentario al artículo 102*, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 1.517.

⁴⁰⁴ Vid. SAP de Barcelona de 31 de julio de 2001 [JUR 2001\325663].

medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador, pero la exigencia de dolo en el autor requiere que éste tenga, en primer lugar, conocimiento de la "tenencia" de cualquiera de esos medios y luego que la misma esté específicamente destinada a tal fin".

Por todo ello, hay autores⁴⁰⁵ que consideran que, si al hecho de que la tenencia sin ánimo de lucro y la fabricación no son siquiera ilícitos civiles, sumamos que estas conductas realizadas en el ámbito privado no suponen ni lesión ni puesta en peligro del objeto jurídico de protección, se puede decir que lo exigido expresamente para el tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual es exigido implícitamente para este tipo peligroso del objeto jurídico de protección, y considerar dicho comportamiento como típico únicamente cuando vaya unido a los citados elementos subjetivos.

La fabricación, importación, puesta en circulación y tenencia son elementos descriptivos que deben, pues, interpretarse conforme a su sentido literal. El comportamiento de fabricación lo realizarán todos aquéllos que creen (intelectual y materialmente) el sistema lógico que permita la supresión de los sistemas de protección. La puesta en circulación debe entenderse como comercialización pública, no entrando en el ámbito de la conducta la puesta a disposición dentro del ámbito privado. En cuanto a la tenencia, consiste en la posesión de los citados medios, pero únicamente resultará delictiva cuando sea una conducta previa para la posterior puesta en circulación de los medios. De algún modo esta conducta debe entenderse como la conducta peligrosa anterior a la de puesta en circulación, por lo que habrá que atender a criterios objetivos como los de la cantidad o cualidad de los medios para interpretar si la tenencia estaba destinada o no a su comercialización.

La novedosa inclusión de la "importación" puede encontrar su explicación en la pretensión de que las conductas del apartado tercero guarden sintonía con las de los apartados anteriores: así, si en el apdo. 1 se sanciona la distribución de las obras y en el apdo. 2 se tipifican dos

⁴⁰⁵ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Delitos contra el patrimonio...*, ob. cit., p. 781; JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentario...*, ob. cit., p. 775.

facultades de este derecho (como son la importación y la exportación), parece coherente que en el apdo. 3, que ya se prevé la puesta en circulación, se sancione también la importación. No obstante, esta conducta carece de relevancia en la práctica, porque en la actualidad quienes deseen sistemas *anticopy* los pueden conseguir fácilmente en su propia localidad (cuando no desde su propia casa) sin necesidad de recurrir a la importación. Por lo demás, lo que no se comprende bien es por qué no se ha introducido asimismo la conducta de “exportación”⁴⁰⁶.

Además el tipo señala que el artificio de que se trate ha de estar destinado “específicamente” a esos fines, aunque ello ha sido interpretado en ocasiones como que no excluye que puedan tener otras finalidades o utilidades, pues la expresión utilizada no sería equivalente a “exclusivamente”. De lo que se trataría es de que el medio utilizado se emplee precisamente para la finalidad prohibida.

En cualquier caso, la opinión dominante ya venía reclamando una interpretación restrictiva de las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia, entendiendo que (con apoyo en el adverbio “específicamente”) deben ser atípicas las conductas realizadas sobre un instrumento cuyo único uso no sea el que se describe en el precepto penal, sino que incorpore otros distintos⁴⁰⁷, lo que en la práctica equivale a sobreentender que el precepto debe limitarse a supuestos de profesionalidad o habitualidad.

Pues bien, vista la teoría conviene revisar un caso práctico que se plantea con bastante asiduidad en la vida real. Y se trata del supuesto de colocación del chip multisistema en consolas para permitir la lectura de copias ilegales de videojuegos. Hay que aclarar que normalmente las consolas de videojuegos tipo PlayStation, Xbox o Wii, vienen provistas de serie con un sistema de protección que no permite la reproducción de juegos que no vengan en su CD o DVD original. Ello es así por una cuestión de política económica, ya que dichas empresas tienden a abaratar en gran medida el precio final de la consola, a fin de conseguir un gran número de futuros consumidores de juegos, los cuales ya presentan precios bastante elevados. Por todo ello es muy importante para estas empresas el evitar

⁴⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MORO, Luis, “La nueva protección...”, ob. cit., pp. 331 a 358.

⁴⁰⁷ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 430.

que los usuarios de sus consolas puedan realizar copias de sus videojuegos que se puedan reproducir.

Pero frente a estos sistemas anticopia se han creado una serie de chips, que debidamente instalados en la placa de la consola, permiten la lectura de copias ilegales de videojuegos, así como de juegos originales destinados a ser utilizados en consolas preparadas para el sistema NTSC (adoptado por países de Asia y América, principalmente Japón y Estados Unidos) y no por países europeos, que emplean el sistema Pal. Esto ha planteado la duda de si este comportamiento sería encuadrable dentro del tipo descrito en el párrafo tercero del art. 270 CP.

Sobre esto se ha pronunciado la jurisprudencia⁴⁰⁸ en un caso resultado de la intervención policial de efectos en el establecimiento propiedad del acusado, y del reconocimiento expreso por él mismo, admitiendo la instalación del chip multisistema en varias consolas PlayStation sin haber solicitado autorización a Sony computer Entertainment España S.A. y con el objeto exclusivo de posibilitar el uso en ellas de juegos originales destinados a ser utilizados en consolas preparadas para el sistema NTSC (adoptado por países de Asia y América, principalmente Japón y Estados Unidos; no por países europeos, que emplean el sistema Pal, como se demostró a través de la pericial practicada). La cuestión se centra, al no quedar probado que la finalidad de su actividad fuera otra distinta (como permitir el visionado de copias ilegales de juegos originales, pues debe notarse que al acusado no se le ha intervenido material de dicha clase en el establecimiento que regenta), en determinar si su actuación queda englobada en el tipo penal del 270 párrafo tercero o si, por el contrario, su conducta es atípica (y entonces, caso de resultar la contravención de algún derecho de la titular, el ámbito del ordenamiento jurídico en que debe concretarse la responsabilidad del acusado es el propio del derecho privado o, en cualquier caso, un ámbito distinto al orden penal).

Pues bien, en la sentencia se llegó a la siguiente conclusión: *“Lo esencial para determinar si el comportamiento del acusado integra el tipo penal enjuiciado es si su actuación estaba, como dice el precepto, específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la*

⁴⁰⁸ Vid. SJP núm. 21/2001 de Baleares [JUR 2001\142814].

neutralización de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger programas de ordenador. Y la cuestión ha de resolverse negativamente, pues la conducta realizada no es tanto de elusión de dispositivos técnicos dirigidos a proteger programas de ordenador, sino de facilitar en consolas PlayStation la ejecución de juegos originales (no copias ilegales, aunque por el mismo sistema puedan llegar a ejecutarse también tales copias) distribuidos en países de América y Asia porque tienen un código distinto al europeo. Dicho de otro modo: la acción del acusado (instalación del chip multisistema conectado a la placa base) no se dirige tendencialmente a desproteger los programas de ordenador como tales, que es lo que castiga el 270, párrafo tercero, CP, sino a permitir que, en una consola de videojuegos de la misma marca pero inicialmente preparada para el sistema de visionado europeo, además de la ejecución de los programas originales diseñados para el propio sistema europeo (pues la consola no queda modificada o inutilizada en esta función por el hecho de la instalación del nuevo chip), puedan ejecutarse también los programas originales creados por la misma entidad multinacional para ser ejecutados en videoconsolas preparadas para el sistema de visionado de países de América y Asia. No se valora tampoco, naturalmente, si con ello se infringen otros derechos distintos que pudiera ostentar la titular, sino únicamente si el comportamiento del acusado debe o no ser subsumido en el tipo penal del art. 270, párrafo tercero, CP, concluyéndose con el Ministerio Fiscal que no se ha acreditado tal extremo, por lo que procede dictar un pronunciamiento en el que se declare la libre absolució del acusado”.

Vista esta resolución, cabe aclarar que, dado que este tipo de chips permiten tanto la lectura de copias ilegales de videojuegos, así como de juegos originales destinados a ser utilizados en consolas preparadas para el sistema NTSC, sin que ambas funcionalidades se puedan separar una de la otra, será muy difícil acreditar que el chip esté específicamente destinado a la lectura de copias ilegales, por lo que en la mayoría de los casos se considera que se trata de una conducta atípica. Otro caso sería si la consola viniera ya preparada de serie para poder reproducir juegos en formato NTSC y PAL, en cuyo caso la instalación del chip sólo podría tener una finalidad: la reproducción de copias ilegales.

IX. TIPO SUBJETIVO DEL ART. 270

A. Dolo

Hay que comenzar señalando que el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo. Dentro del mismo se comprende la conciencia de la ajeneidad, en el sentido de que le consta que no es propio y que no tiene derechos sobre el mismo, aunque desconozca quién es el titular de los derechos que usurpa⁴⁰⁹. Y así definido el dolo⁴¹⁰, hay que señalar que las conductas de los delitos relativos a la propiedad intelectual deben realizarse de forma dolosa para resultar típicas, y ello se deduce, en primer lugar, de que el Código Penal de 1995 sólo permite castigar la realización imprudente de aquellos tipos en los que expresamente esté prevista la citada modalidad de comisión de la conducta.

Tras la reforma de 1963 los delitos relativos a la propiedad intelectual quedaron perfilados como comportamientos que sólo resultaban típicos cuando su comisión se llevara a cabo intencionadamente⁴¹¹. De hecho, y al utilizarse la fórmula penal en blanco "*infringere intencionadamente los derechos de autor*", la única nota que, formalmente, diferenciaba la ilicitud civil de la realización del tipo penal era la intencionalidad en la acción del sujeto activo⁴¹².

Esto llevó a doctrina y jurisprudencia⁴¹³ a considerar dolosos los delitos relativos a la propiedad intelectual, dejando fuera del tipo, y en

⁴⁰⁹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL, Manuel, *Comentarios...*, ob. cit., p. 973.

⁴¹⁰ Vid. en relación al concepto penal sustantivo del dolo GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos", en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, GURDIEL SIERRA, Manuel y CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (coordinadores), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 460 y ss.

⁴¹¹ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 234.

⁴¹² Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., p. 175.

⁴¹³ Vid. SAP Cantabria núm. 34/2000, de 22 febrero [ARP 2000\620].

manos de otras ramas del ordenamiento jurídico, la respuesta sancionadora contra los comportamientos culposos⁴¹⁴, pero exigiendo, además, ciertas características respecto a este elemento subjetivo.

Así, la jurisprudencia⁴¹⁵ entendía que el dolo no sólo debía abarcar la voluntad y conocimiento de realizar el hecho sino que se trataba de un dolo específico que debía comprender el propósito de un enriquecimiento con lesión del derecho ajeno. Otro ejemplo lo encontramos en una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁴¹⁶, donde se recoge lo siguiente: *“Entiende este Tribunal, conforme a la doctrina mayoritaria y la Jurisprudencia⁴¹⁷ que el delito del artículo 534 no exige un «dolo específico» con el fin de excluir por atípicas las conductas imprudentes, sino un dolo directo, entendiéndose por tal el circunscrito a la existencia del acto defraudatorio y llevarlo a cabo con conciencia de defraudación, es decir con conocimiento y voluntad de los hechos y conciencia de su significación antijurídica, por tanto su existencia genera una presunción «iuris tantum», destruible por prueba en contra, que se deduce sobre todo desde un punto de vista negativo, no hacer nada, tratándose de un profesional, para evitar que una vez instalados los programas en los ordenadores clónicos, no borrar los mismos, por lo que la venta del ordenador incluía copias de programas informáticos MSDos y Windows 3-11.”*

La doctrina también incorporó una interpretación similar, entendiendo que la realización del tipo de los delitos relativos a la propiedad intelectual exigía una especial conciencia defraudatoria⁴¹⁸, aunque, mientras para unos eso significaba la exigencia de un elemento subjetivo especial y distinto al volitivo e intelectual referido a la acción, que suponía la exigencia de que el autor obrara con conocimiento de la incidencia de su acción en el titular del derecho⁴¹⁹, para otros, esta conciencia no constituía más que el contenido del dolo genérico del delito, si bien reduciendo el ámbito al dolo directo⁴²⁰, siempre entendiendo que

⁴¹⁴ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal...*, ob. cit., p. 243.

⁴¹⁵ Vid. STS de 27 de abril de 1979 [RJ 1979\1697].

⁴¹⁶ Vid. SAP de Madrid de 10 de junio [ARP 1999\3354].

⁴¹⁷ Vid. SSTS de 13 de junio de 1987 [RJ 1987\4799] y de 26 de septiembre de 1992 [RJ 1992\7356].

⁴¹⁸ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, ob. cit., p. 631.

⁴¹⁹ Cfr. Idem, p. 631.

⁴²⁰ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., p. 346.

esta exigencia de conocimiento de la defraudación venía derivada del entendimiento del dolo como *dolus malus*, esto es, como incluyente del conocimiento e intención de realizar el hecho y del conocimiento y voluntad de realizar un hecho que se sabe delictivo⁴²¹. Así pues, y si bien la ausencia de conciencia defraudatoria supone la ausencia de delito, esto es así por ausencia de culpabilidad, y no por ausencia de tipo que existe desde que se realizan todos los elementos del tipo con conocimiento y voluntad.

Con la reforma de 1987, el artículo 534 bis a) mantenía el adverbio intencionadamente, y ello fue interpretado por la jurisprudencia, que seguía bajo la concepción del dolo como *dolus malus*⁴²², como que seguía siendo necesario para la realización del tipo un dolo especial o reduplicado consistente en un especial ánimo defraudatorio. En cuanto a la doctrina, entendía el mantenimiento en el artículo 534 bis a), del término “intencionadamente” como la no modificación de los delitos relativos a la propiedad intelectual en el aspecto subjetivo, por lo que continuaba limitando la realización típica a la dolosa directa y rechazando la posibilidad de realización del mismo por imprudencia y por dolo eventual⁴²³.

La doctrina reconocía casi de forma unánime que el dolo debía comprender el conocimiento y voluntad de realización de todos los elementos del tipo, incluida la ausencia de autorización del titular del bien jurídico protegido⁴²⁴, pero seguía sin existir acuerdo acerca de si resultaba necesaria una especial conciencia defraudatoria. Así lo consideraba un sector doctrinal⁴²⁵, aunque enfrente había otro que, partiendo del entendimiento del dolo como dolo natural, entendían que la ausencia de conciencia defraudatoria eliminaba la culpabilidad, pero no el carácter típico del hecho, siempre que éste se realizase con conocimiento y voluntad en cada uno de sus elementos⁴²⁶.

⁴²¹ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 619 y 620.

⁴²² Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., pp. 175 y 176.

⁴²³ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., pp. 347 y 348.

⁴²⁴ Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., p. 236.

⁴²⁵ Cfr. SOTO NIETO, Francisco, “Delitos Contra...”, ob. cit., p. 387; CARMONA SALGADO, Concepción, “El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual”, *Revista de Derecho Público, Comentarios a la Legislación penal, T. XIII*, Edersa, Madrid, 1983, p. 158.

⁴²⁶ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., p. 176.

El Código Penal de 1995 modifica, al menos formalmente, el tipo subjetivo, al eliminar el término intencionadamente e incluir las referencias al ánimo de lucro y en perjuicio de tercero que suponen, como se verá a continuación, la exigencia de la presencia en la conducta de dos elementos subjetivos específicos. Ahora bien, y a los efectos del desvalor subjetivo genérico, la supresión de la referencia terminológica "*intencionadamente*", no puede suponer la posibilidad de realización del tipo por imprudencia puesto que, como se ha dicho, en el Código Penal de 1995 se abandona el sistema de incriminación general de la imprudencia y se requiere la tipificación expresa del delito imprudente para su aplicación. Sin embargo, aquello que sí puede discutirse es si la citada supresión típica supone que los delitos relativos a la propiedad intelectual pueden realizarse con dolo eventual.

Parece conveniente comenzar, partiendo lógicamente de la regulación en vigor, determinando la posible exigencia de un especial ánimo o conciencia defraudatoria en la voluntad del sujeto activo para la tipicidad de la conducta. Si ya resulta discutible, que ello fuera exigido por el tipo de injusto anteriormente a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, actualmente, y con la supresión del término "*intencionadamente*", queda claro que la conciencia defraudatoria forma parte, como especificación del conocimiento de la antijuridicidad, del juicio de culpabilidad, pero no del de antijuridicidad, puesto que la conducta puede reputarse típica y antijurídica (si bien no culpable) aún en el caso de que el sujeto, no por error de tipo sino por error de prohibición, piense que su conducta resulta lícita.

Así es frecuente el supuesto habitual del usuario de Internet que está convencido de que puede reproducir obras sin pagar derechos de autor y ofrecer otras libremente. En este caso habría que plantearse si puede estar bajo un supuesto de error de prohibición, si bien la ausencia de conocimiento de la ilicitud del hecho deberá ser probada (difícil tarea). Sobre este respecto se pronuncia una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias⁴²⁷, en relación a unas grabaciones musicales que el acusado reprodujo y distribuyó, vendiéndolas a terceros, y que las obtuvo a través de Internet de unos servidores, entre ellos el llamado "Napster", de acceso libre y en el que no se hacía ninguna advertencia sobre limitaciones

⁴²⁷ Vid. SAP de Asturias 76/2003 [JUR 2003\171137].

o prohibiciones al uso posterior de la música obtenida o “bajada” de la red. El tribunal entendió en dicho caso que: *“es difícil de creer tal supuesto error, y además “invencible”, en quien, como demostró, tiene bastantes conocimientos de música y de informática y venía dedicándose durante bastante tiempo (al menos durante año y medio) a la copia y venta de grabaciones musicales, segundo [...], tercero y sobre todo, porque, en cuanto a las grabaciones musicales obtenidas o “bajadas” de Internet por el acusado, consta que para ello suscribió un contrato de servicio de acceso a Internet con Telecable”.*

En las cláusulas de dicho contrato constaban expresas y reiteradas advertencias de que *“el cliente no podrá ceder sus derechos a terceros”, que “está totalmente prohibida la reproducción... y difusión por cualquier medio de las emisiones o retransmisiones de TV, o acceso a información vía Internet”, que “la información a que tenga acceso el cliente a través de Internet estará sujeta a la normativa vigente en materia de propiedad intelectual, no pudiendo realizar el cliente ningún uso contrario a lo establecido en el presente caso; en especial, el cliente se obliga a no realizar... actividades contrarias a la ley, siendo de su exclusiva responsabilidad las consecuencias, incluso penales, que se deriven”, “PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL: La firma del presente contrato no implicará en ningún caso la adquisición por el cliente de los derechos de propiedad intelectual o industrial relacionados con los servicios o con sus contenidos...”, “El cliente será el único responsable de las infracciones cometidas por él o por personas a su cargo que afecten a los derechos de otro cliente, de Telecable, o de un tercero, incluyendo los derechos referentes al copyright, marcas, patentes, información confidencial y a cualquier derecho de propiedad intelectual o industrial”.* Por lo que finalmente el tribunal sentenciador concluyó que: *“sólo si el acusado fuera ciego o analfabeto (y nosotros también) podría ser creíble la ignorancia que alega”.*

Queda así patente el rechazo a la estimación del error de prohibición en este tipo de supuestos, aunque en su caso, el error sobre la ausencia de autorización no podría más que considerarse como error de tipo, por ser la falta de autorización uno de los elementos típicos de este tipo de delito, tal y como ha quedado corroborado por la jurisprudencia⁴²⁸.

⁴²⁸ Vid. AAP Barcelona de 2 de septiembre de 2002 [JUR 2003\98357].

Relacionado con lo hasta ahora visto, está la cuestión de si el registro de la obra protegida por el titular del derecho supone una constatación del dolo del autor. Evidentemente no. En todo caso, puede ser una prueba más en contra de una supuesta ausencia de conocimiento de la existencia de derechos sobre la obra, pero en ningún caso podrá dar lugar, directamente, a la consideración de que el registro de la obra presume que el sujeto que la reproduce, distribuye, plagia o comunica públicamente, lo hace con conocimiento y voluntad.

Es evidente, pues, que la inscripción registral tiene valor como medio de prueba en orden a la determinación de la intencionalidad del autor, pero sobre todo, en sentido negativo, de modo que su inexistencia puede tener un peso importante como prueba del desconocimiento del derecho preexistente⁴²⁹. Queda por zanjar, pues, la cuestión de si es realizable el tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual con dolo eventual. La cuestión no es baladí, pues mientras para unos la exigencia de dolo directo sigue presente en el tipo por la presencia de elementos subjetivos del injusto⁴³⁰, para otros la supresión del término “intencionadamente”, supone abrir la comisión dolosa del tipo a la modalidad dolosa-eventual⁴³¹.

Si bien es cierto que la presencia de un elemento subjetivo no impide, inmediatamente, la posibilidad de la realización dolosa-eventual de la conducta, sí resulta complejo imaginarlo cuando el elemento subjetivo típico está directamente unido con el bien jurídico protegido y no con otra modalidad de desvalor. Así, y si el único elemento subjetivo del tipo fuese el ánimo de lucro, sería posible pensar en un supuesto de realización dolosa-eventual del tipo del artículo 270 del Código Penal, pero hay que plantearse si es posible que la conducta se realice a la vez sin voluntad directa de lesión y en perjuicio de tercero.

Si entendemos la cláusula “*en perjuicio de tercero*”, como la exigencia, especialmente referida a la reproducción, de la presencia en el sujeto activo de la voluntad de consumir la lesión del bien jurídico (derecho de explotación del titular), debemos negar la posibilidad de

⁴²⁹ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., p. 176.

⁴³⁰ Cfr. BOIX REIG, Javier y JAREÑO LEAL, Ángeles, *De los delitos...*, ob. cit., p. 1.328.

⁴³¹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *De los delitos...*, ob. cit., p. 581.

realizar el tipo del artículo 270 del Código Penal con dolo eventual. Y ello porque resulta contradictorio decir que un sujeto realiza una conducta típica sin querer directamente la lesión del bien jurídico, aunque aceptando la misma como probable, (dolo eventual) y, a la vez, actúa en perjuicio de tercero, esto es, queriendo realizar la comercialización ilícita de la obra protegida, la cual supone, la lesión del bien jurídico protegido.

Por otra parte, parece que la conclusión a la que se llega supone una laguna de punibilidad problemática, y ello, en primer lugar, porque son pocas las hipótesis de conducta de infracción de los derechos de propiedad intelectual realizadas de forma dolosa-eventual, aparte de que la exigencia de dolo directo para la realización típica no supone más que la exigencia de conocimiento y voluntad de realización de todos y cada uno de los elementos típicos, sin que se requiera, por tanto, un conocimiento de elementos distintos como podrían ser el de la identidad del autor y cuya exigencia sí podría dar lugar a una laguna de punibilidad. Basta, pues, con que el sujeto reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente una obra protegida voluntariamente y sabiendo que es de otro. En segundo lugar, y ahora desde un punto de vista político-criminal, no debe olvidarse que existe una fuerte protección civil, junto a la penal, de los derechos de propiedad intelectual, y que la vigencia del principio de intervención mínima aconseja una interpretación que restrinja la actuación del Derecho penal sólo para el castigo de los ataques más graves contra los derechos de explotación.

La jurisprudencia apenas se ha declarado al respecto de la posibilidad de sancionar por vía penal la realización del artículo 270 del Código Penal con dolo eventual. No se ha pronunciado el Tribunal Supremo y poco lo han hecho las Audiencias Provinciales. Merece citar una sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza⁴³², en la cual se señala expresamente que respecto al tipo subjetivo, "*bastaría con el dolo eventual*".

Por último, la prueba del dolo, como elemento subjetivo de que se trata, requiere acudir a aquella prueba indiciaria formada por la interpretación de todas aquellas circunstancias objetivas que puedan

⁴³² Vid. Sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza n.º 548/2000 de 26 de diciembre [ARP 2000\2443].

mostrar la dirección de la intención del sujeto. Así lo consideran doctrina⁴³³ y jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo⁴³⁴, como la de Audiencias Provinciales⁴³⁵.

Lo mismo ocurre, por tratarse también de un elemento de carácter subjetivo, con el conocimiento de la ilicitud del hecho. Así, una sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres⁴³⁶ no acepta el desconocimiento por los acusados de la ilicitud de la conducta en "*dos personas que tenían una tienda donde se vendían ordenadores*", y del mismo modo otra sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria⁴³⁷ deriva el conocimiento de la ilicitud de su conducta, de toda una serie de circunstancias de carácter objetivo, tales como que la prohibición se indicaba en los propios discos que alquilaba, que él mismo prohibía a sus clientes alquilar los discos que él alquilaba, o que le había sido comunicado por la Asociación Fonográfica y Videográfica Española.

En conclusión hay que decir, que para que las conductas de los delitos relativas a la propiedad intelectual resulten típicas, deben realizarse de forma dolosa, entendiendo como tal el dolo directo. Sin embargo entiendo que no sería admisible la forma de dolo eventual, ya que a pesar de la supresión del término "intencionadamente" en la redacción del tipo, este dolo resultaría contradictorio con la exigencia de un "ánimo de lucro" y de un actuar "en perjuicio de tercero", tal y como ha quedado expuesto.

B. Ánimo de lucro

Si hay un elemento que debe ser analizado especialmente es el del ánimo de lucro. Y ello porque, la gratuidad que caracteriza a las formas de difusión en Internet puede estar en contradicción con el hecho de que el

⁴³³ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Derecho Penal, Parte especial, Vol. III*, Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 49.

⁴³⁴ Vid. Sentencia de 26 de septiembre de 1992 [RJ 1992\7356].

⁴³⁵ Vid. Sentencias de la AP de Murcia 22 de marzo de 1995 [ARP 1995\1130] y AP de Jaén 15 de febrero de 1995 [ARP 1995\71].

⁴³⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres n.º 53/2000 de 30 junio [ARP 2000\2263].

⁴³⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria n.º 34/2000 de 22 de febrero [ARP 2000\620].

legislador exija, para que el comportamiento sea delictivo, que se realice la conducta con voluntad de obtener un beneficio económico⁴³⁸.

El ánimo de lucro ya existía en los delitos relativos a la propiedad intelectual tras la reforma de 1987. Era entonces, sin embargo, una circunstancia que servía para agravar el tipo básico, y suscitaba la crítica de parte de la doctrina que no entendía su ausencia en este tipo básico y veía en ella una grave lesión del principio de intervención mínima⁴³⁹. Parecía, pues, un acierto la decisión del legislador de 1995 de incorporar al tipo básico de estos delitos el ánimo de lucro, ya que así restringía la punibilidad y, sobre todo, delimitaba la ilicitud penal de la civil.

Recientemente, sin embargo, se han alzado algunas voces en contra de esta decisión político-legislativa. Así, señalan algunos autores que la aparición de Internet y de los fenómenos anejos, como el pirata altruista, han cambiado las premisas y son circunstancias que desde luego no pudieron ser previstas por el legislador cuando tomó la decisión de política legislativa de incluir el ánimo de lucro como elemento del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. Tomando, pues, estas circunstancias en consideración, señala el autor que podría optarse por un sistema penal como el italiano, que establece tipos penales en los que se exige ánimo de lucro junto con otros que no lo hacen y que, por tanto, podrían responder mejor a los actuales ataques a la propiedad intelectual.

Es indiscutible que la realidad actual de la piratería en Internet apenas casa con la exigencia penal de ánimo de lucro incorporada en los delitos contra la propiedad intelectual en nuestro país. En este sentido, una opción que resolvería este problema de no tutela penal frente a comportamientos ilícitos usualmente realizados en la Red podría ser la eliminación del ánimo de lucro del tipo básico relativo a la propiedad intelectual. No parece, sin embargo, que ésta sea la mejor solución al respecto. Sin embargo, no hay que olvidar que existe una tutela civil de la propiedad intelectual, y que prácticamente la única diferencia de ésta con la penal es que en esta última se exige una voluntad de obtener un beneficio económico. La desaparición de este elemento supondría el

⁴³⁸ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, "Respuesta penal frente a la piratería en Internet: subsunción típica y criterios de imputación objetiva de los ISPs", *Revista de Derecho Penal*, N.º 8, Madrid, Enero de 2003, p. 45.

⁴³⁹ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., pp. 197 y 198.

completo solapamiento de las dos vías de protección, aparte de plantear problemas de interpretación respecto a la realización de reproducciones para uso privado.

Lo que sí es cierto es que debe aceptarse un concepto amplio del ánimo de lucro, en el sentido de englobar no únicamente la intención de obtener una ganancia económica directamente de la actividad ilícita sino, también, la de obtener un beneficio patrimonial de otra actividad beneficiada, directamente, de la actividad ilícita⁴⁴⁰. Para ver esto más claramente, conviene concretar el contenido del ánimo de lucro para los delitos relativos a la propiedad intelectual, y un buen comienzo es a través de una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia⁴⁴¹, donde se expone que: *“El ánimo de lucro, en general, se entiende como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y en los delitos relativos a la propiedad intelectual el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y como elemento típico de carácter subjetivo no es posible prueba directa del mismo, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo, se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo así a criterios como la forma de la copia ilegal, cantidad y número de copias intervenidas, lugar de venta, carencia de todo tipo de documentación y permiso, es decir, el «modus operandi».*⁴⁴² Y junto a todo ello, y por si hubiera duda de la concurrencia del ánimo de lucro, la sentencia hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴⁴³, en las que se ha definido claramente que el lucro puede ser propio o para terceros⁴⁴⁴.”

Pues bien, al ser éstos delitos patrimoniales, será necesario que el

⁴⁴⁰ Cfr. HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J., “Internet y propiedad intelectual, Los delitos contra la propiedad intelectual en Internet”, en www.fiscalia.org, 10 de octubre de 2003.

⁴⁴¹ Vid. SAP de Valencia 302/2004 [ARP 2004\789].

⁴⁴² Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 7356) , 27 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1358) , recogidas en las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo de 9 de enero de 1995 (ARP 1995, 85) , 10 de junio de 1995 de la Audiencia Provincial de Madrid, que considera «los comportamientos prohibidos en el artículo 534 (RCL 1973, 2255) se realizan casi siempre con finalidad lucrativa siendo lo contrario una excepción..., entendiéndose probado el ánimo de lucro por el simple hecho de regentar un establecimiento abierto al público desde el cual se comercializa el producto de reproducción ilícita».

⁴⁴³ Vid. STS de 19 de abril de 1985 (RJ 1985, 2107) y 17 de junio de 1988 (RJ 1988, 5036).

⁴⁴⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 25 de enero de 1999 [ARP 1999, 311].

sujeto actúe con voluntad de obtener una ganancia o ventaja de carácter patrimonial⁴⁴⁵. Pero ello no significa que se restrinja el ánimo de lucro sólo a aquellas actividades directamente relacionadas con la conducta típica de reproducir, distribuir, comunicar públicamente o plagiar. Habrá también ánimo de lucro en aquellos casos en los que la relación entre el lucro y la conducta típica no sea directa sino indirecta, al obtenerse el beneficio no por la actividad sino por otro factor debido directamente a dicha actividad.

Lo contrario supondría una restricción excesiva del campo de protección, dado que en muchos de los casos de explotación ilícita como los que se dan en Internet, el beneficio económico buscado por el sujeto activo no se obtiene directamente con la venta de la obra sino con otras actividades, como la publicidad, que, sin embargo, son posibles gracias a que el sujeto ofrece gratuitamente obras protegidas sin permiso del titular del derecho de explotación.

De este modo, si interpretamos que hay ánimo de lucro tanto en la actividad de quien quiere obtener la ganancia directamente de la explotación ilícita, como en la de quien pretende lucrarse aumentando la publicidad o recibiendo una cantidad del servidor por el número de visitas que aumentan dado que se ofrecen obras del ingenio, podremos considerar estas últimas conductas no sólo ilícitas sino también delictivas conforme al artículo 270 del Código Penal.

De todas formas, y como es obvio⁴⁴⁶, el ánimo de lucro ha de ser probado, como cualquier otro elemento del delito, por la acusación. No obstante, podrá deducirse de elementos objetivos del hecho, como circunstancias en las que se realiza la conducta, actividad habitual del autor, ingresos recibidos, etc.

Es posible, pues, una interpretación amplia del ánimo de lucro que permita que el mismo siga presente en el tipo penal para no solapar esta vía con la civil y que, a la vez, suponga una tutela penal de la propiedad intelectual completa y coherente con la realidad tecnológica actual que estamos viviendo. Las otras dos posibilidades interpretativas del ánimo de lucro, la que entiende que éste sólo deberá incluir la intención de obtener

⁴⁴⁵ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Delitos...*, ob. cit., p. 49.

⁴⁴⁶ Cfr. VEGA VEGA, José Antonio, *Derecho de autor...*, ob. cit., p. 217.

directamente una ganancia de la explotación ilícita, y la que supondría incluir en el concepto a los particulares que no pretenden comerciar con la obra pero sí gozarla sin pagar los correspondientes derechos, no pueden ser aceptadas.

La primera, porque supone una restricción injustificada del tipo que dejaría fuera de su ámbito algunos de los ataques más graves a la propiedad intelectual; la segunda, porque es una interpretación contraria al principio de intervención mínima que, además, nunca podría hacerse efectiva en la realidad en la forma de condenar penalmente a todos los usuarios que reproducen para uso propio obras del ingenio en Internet.

Precisamente llegados a este punto, es conveniente ampliar y concretar la interpretación que se hace del ánimo de lucro en aquellas conductas que se producen dentro del entorno de Internet. Para ello hay que aclarar que la mayoría de los comportamientos de piratería ilícita en Internet no se realizan realmente para uso privado. Sólo los usuarios no pretenden, habitualmente, obtener un lucro de su actividad ilícita. Por el contrario, las páginas web e incluso algunos ISPs (Prestadores de Servicios de la Información) actúan siempre con voluntad lucrativa, pero es cierto que la misma no se deriva directamente de la comunicación pública ilícita de obras del ingenio, sino de la publicidad y otros recursos que se ven favorecidos por el hecho de que la página web ofrezca gratuitamente (e ilícitamente) obras artísticas, literarias y científicas. Así, aquellos sujetos a los que se denomina “piratas altruistas”, no lo son tanto, puesto que aunque no obtienen directamente ninguna compensación económica porque otros sujetos accedan a las obras que él pone a su disposición, muchas veces logran beneficios económicos al conseguir más visitas a su página web y rentabilizar su publicidad.

Sólo en los casos de usuarios que acceden a programas como Napster o de tecnología P2p como Emule o Bittorrent, podría hablarse de altruismo, en cuanto que no se obtiene ningún beneficio económico de la actividad de intercambio de obras protegidas y dado que considerar que el ahorro de un precio por no pagar el auténtico precio de la obra es ánimo de lucro, supondría ampliar en exceso el ámbito de punición, al permitirse de este modo sancionar en vía penal comportamientos que serían lícitos en vía civil.

En consecuencia, la conducta de los usuarios que comparten obras protegidas a través de una red P2p sin autorización de los titulares sólo será típica si concurre en su actuación un ánimo de lucro específicamente patrimonial. La peculiaridad de la conducta exige, no obstante, tomar en consideración las siguientes precisiones:

a) No parece un argumento muy prometedor el que pretende demostrar la existencia de ánimo de lucro a partir de la consideración del *up-loading* de obras protegidas como condición o pre-requisito para el acceso y utilización de la red P2p. Esta tesis vendría a sostener que el usuario que comparte obtiene siempre una contraprestación económica (acreditativa de su ánimo de lucro) consistente en la posibilidad de participar en el intercambio libre de ficheros y, por tanto, de obtener obras protegidas compartidas por los demás. El razonamiento es endeble porque, como se ha indicado antes, las aplicaciones P2p no exigen al usuario compartir ningún archivo específico para permitirle acceder a la red y descargar la información obrante en los ordenadores de los demás usuarios. En ello consiste, precisamente, la neutralidad del sistema tan perseguida por sus creadores.

Mayores perspectivas de éxito tiene esta tesis si se vincula a las aplicaciones que imponen ineludiblemente la puesta a disposición de los fragmentos ya obtenidos de los archivos que los usuarios se encuentran descargando. En estos supuestos, podría aducirse con cierta convicción que el lucro patrimonial pretendido por el usuario radicaría precisamente en la posibilidad de hacerse gratuitamente con la misma obra que se ve obligado a compartir.

b) Por otra parte, la determinación de la efectiva presencia de ánimo de lucro patrimonial debe efectuarse en el caso concreto y a la luz de las circunstancias que concurren. En este sentido, la expresión “ánimo de lucro” es un elemento típico de naturaleza descriptiva, de forma que su uso significativo no viene prefigurado por las normas civiles de propiedad intelectual. Por ello parece que no es determinante que el artículo 15.4.º del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado el 20 de diciembre de 1996, establezca que: “A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo

o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales”.

Esta presunción *iuris et de jure* se efectúa únicamente “a los fines” del propio artículo, que configura en su apartado 1.º el derecho de los intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración equitativa por la comunicación al público con fines comerciales de los fonogramas publicados. Esta previsión podrá, en su caso, determinar que toda puesta de fonogramas a disposición del público a través de un sitio web o en el seno de una red P2p genere el derecho del intérprete o ejecutante a percibir una remuneración, pero en absoluto puede entrañar la atribución automática de ánimo de lucro al sujeto, sin mediar prueba suficiente de la persecución de un beneficio patrimonial con la conducta. No obstante, como se expone a continuación, esta pretensión de atribuir carácter patrimonial a toda puesta a disposición de obras del espíritu (y no sólo fonogramas) a través de sitios web o de redes P2p es susceptible de adoptar una presentación más plausible en el ámbito jurídico-penal, como la que sigue.

c) En este sentido, algunos autores que refieren el ánimo de lucro a un contexto patrimonial señalan explícitamente que la ventaja patrimonial no tiene por qué perseguirse en beneficio propio; antes bien, basta para que exista ánimo de lucro que el autor busque con su conducta la obtención de una ganancia patrimonial por un tercero⁴⁴⁷. Admitir esta tesis y, en consecuencia, la posibilidad de entender concurrente el elemento típico subjetivo con la presencia de un ánimo de lucro exclusivamente ajeno, implicaría asumir la existencia de ánimo de lucro en todo *up-loading* no autorizado de obras protegidas, ya que este proceso tiende (por su propia naturaleza y salvo supuestos de laboratorio, en los que el autor pretende únicamente fines de notoriedad o de manifestación política) a ofrecer al resto de usuarios la posibilidad de acceder gratuitamente a una obra por cuyo disfrute tendrían de otro modo que efectuar un desembolso patrimonial.

⁴⁴⁷ Cfr. BUENO ARÚS, Francisco, *Los delitos relativos a la informática*, en *El Código Penal de 1995: Parte Especial*, CGPJ-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996, pp. 182 y ss.; GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Protección penal...”, ob. cit., p. 9.

Sin embargo, con apoyo en principios como los de mínima intervención, lesividad e insignificancia, las resoluciones de nuestros Tribunales parecen asumir que el contexto del artículo 270 exige que a la conducta del sujeto activo se halle ligada una pretensión, por mínima que sea, de carácter no ya patrimonial, sino negocial o comercial, en los términos recogidos, por ejemplo, por el artículo 10 del Convenio de Budapest sobre el Cibercrimen, elaborado en el seno del Consejo de Europa y firmado por más de 30 Estados (entre ellos España) el 23 de noviembre de 2001⁴⁴⁸.

Esta propuesta interpretativa, que conduciría a excluir el ánimo de lucro ajeno o incluso el propio, pero ocasional, suele presentarse como corolario del carácter subsidiario y fragmentario que debe asumir la protección penal de la propiedad intelectual y que se aduce como justificación de la exigencia de un ánimo de lucro más intenso, ligado a infraestructuras comerciales y a la persecución de beneficios económicos de cierta entidad⁴⁴⁹.

C. Consentimiento del titular

Cualquier ilicitud en el campo de la tutela de la propiedad intelectual queda supeditada a que el titular de los derechos no preste su acuerdo a la utilización de su obra en cualquiera de las distintas formas posibles. Esta necesaria ausencia del consentimiento del titular de los derechos se debe hacer todavía más patente en el ámbito de las infracciones penales. Por ello en el campo penal se exige la ausencia clara e indudable de permiso suficiente objetiva y subjetivamente⁴⁵⁰.

Desde 1987 y, hasta la fecha, la actualización de las consecuencias

⁴⁴⁸ Cfr. LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., "El proyecto de Convenio sobre el Cibercrimen del Consejo de Europa", en LÓPEZ ORTIGA, J. J., *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 15 y ss.

⁴⁴⁹ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, "Napster: «copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet»", en *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 6, Madrid, Septiembre-Diciembre 2000, p. 75; GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico...*, ob. cit., pp. 239 y ss.

⁴⁵⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 778.

jurídico penales de los delitos que nos ocupan viene, expresamente, condicionada a la circunstancia de que los diversos comportamientos típicos se lleven a cabo en contra de la voluntad del titular o cesionario de los respectivos derechos de propiedad intelectual. Así se desprende, directamente, del tipo básico, al exigir que aquéllos se efectúen “*sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual*”, “*sin la referida autorización*” y “*facilitar la supresión no autorizada*” (arts. 270, párrafos 1.º, 2.º, 3.º del CP). Por consiguiente, la conformidad o autorización de éstos, para la realización de tales conductas, puede determinar la exclusión de la responsabilidad penal.

El efecto indudable de la prestación de consentimiento válido por el titular de los derechos de autor será la irrelevancia penal de la conducta. Ahora bien, siendo esto claro, sin embargo resulta discutida la naturaleza jurídica que deba otorgarse a tal exención de responsabilidad. En este sentido nos encontramos con dos posiciones. Por un lado considerarla como excluyente del tipo o como causa de justificación⁴⁵¹. En el primer sentido, y teniendo como marco referencia la reforma de 1987, se manifiesta mayoritariamente la doctrina. Así, se considera que la falta de autorización o consentimiento fue seleccionada e incorporada a la descripción penal como un elemento típico. De modo que si éste falta (es decir concurre la autorización) la conducta respectiva no puede llegar a ser típica⁴⁵².

Por otro lado, y distanciándose de este planteamiento y, también al amparo de la legislación anterior, un sector doctrinal⁴⁵³ proponía un sistema mixto, en el cual la concreta función del consentimiento variaría, dependiendo de la naturaleza de la facultad en que éste se proyectase. Así, la autorización del autor, de los titulares y, en su caso, de los cesionarios de derechos de explotación produciría la exclusión del tipo. En cambio, el consentimiento del autor, dado sobre los derechos morales, actuaría como causa de justificación, siendo entonces la conducta lícita. El fundamento básico para esta diferenciación lo constituirían los atributos de irrenunciabilidad e inalienabilidad presentes en las facultades morales y que no ostentan, en modo alguno, las de índole patrimonial.

⁴⁵¹ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Reppertot, Barcelona, 1998, pp. 552 y ss.

⁴⁵² Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección...*, ob. cit., p. 85.

⁴⁵³ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático...*, ob. cit., p. 163.

Efectivamente, en el ámbito civil, la transmisión de las facultades patrimoniales y morales, dada su diversa naturaleza, se encuentran sometidas a un distinto régimen. Así, mientras las primeras son plenamente transmisibles, *mortis causa* e *inter vivos*, las segundas son, por definición, irrenunciables e inalienables (respectivamente, arts. 42 y ss. y 14 LPI).

Sin embargo, parece que las características de las facultades morales no pueden interpretarse en forma absoluta. Estas, podrían ser ejercitadas, ya por su propio titular o mediando su consentimiento, por un tercero. Tal es el caso, por ejemplo, cuando un autor, ejerciendo su facultad de divulgación⁴⁵⁴, autoriza a otro para que divulgue y publique su obra [arts. 14.1.º, en relación con los arts. 4.º LPI y 534 bis b).1.b) del CP derogado].

De igual forma, el autor o el titular de los derechos de explotación de una obra, puede consentir que un tercero, por sí mismo, lleve a cabo una modificación o alteración, incluso sustancial, de ésta [arts. 14.4.º, en relación con art. 534 bis b).1.d) del CP derogado]. Tal sería, por ejemplo, el caso de un escritor que autoriza a su editor para que condense en 50 páginas, una obra de 500 o más páginas; o cuando un productor cinematográfico, consintiera la proyección, previa su mutilación, de un largometraje en 30 minutos. El ejercicio, en tal sentido, de facultades de índole moral (en estos supuestos, la divulgación e integridad de la obra) deja a salvo la irrenunciabilidad e inalienabilidad que las caracteriza. Es más, con fundamento en éstas, el autor o productor puede, en cualquier momento, cambiar de opinión y negar, finalmente, la modificación o mutilación autorizada. Eso sí, indemnizando al autorizado los daños y perjuicios que su retractación llegare a originar (art. 14.6.º LPI)⁴⁵⁵.

No obstante, hay autores que rechazan su aplicación en el ámbito de la paternidad de la obra, que se refleja sobre el plagio y la usurpación. En estos casos, afirman, “*no podemos aceptar ya que el autor esté ejercitando su derecho*”⁴⁵⁶. Tanto respecto al derecho derogado y, con

⁴⁵⁴ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático...*, ob. cit., p. 163.

⁴⁵⁵ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “La protección de la propiedad intelectual”, *Revista de Derecho de Autor*, Madrid, Abril de 1994, p. 31.

⁴⁵⁶ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Poder informático...*, ob. cit., p. 164.

mayor razón en el vigente, hay que rechazar, *mutatis mutandis*, un tratamiento diversificado de los efectos del consentimiento en los delitos contra la propiedad intelectual. Lo anterior, no sólo porque la reconfiguración del catálogo de agravantes ha dejado (al suprimir como tales las de índole moral), virtualmente, sin campo de aplicación dicho planteamiento, sino porque la disponibilidad del bien jurídico penal protegido cabe ante cualquier comportamiento del tipo básico.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la irrenunciabilidad e inalienabilidad, son atributos de todas las facultades morales. Por consiguiente, cualquiera de ellas puede ser ejercitada por su titular. Esto, en el sentido, de que únicamente a éste, le compete llevar a cabo, ya sea por sí o autorizando a un tercero, el contenido de las misma. Así, no sólo puede consentir la divulgación de la obra en forma íntegra, sino autorizar su modificación, alteración o, incluso, deformación (arts. 14.1.º, 5.º y 4.º LPI). Aún más, puede determinar cuestiones inherentes a la paternidad, tales como si la divulgación se hará bajo su nombre o seudónimo (art. 14.2.º), e, incluso, consentir sobre la propia atribución de la paternidad⁴⁵⁷.

De aquí, que sea factible, aunque pueda ser poco probable, que un autor, en ejercicio de sus facultades morales y disponiendo del bien jurídico en su integridad⁴⁵⁸, llegue a autorizar o consienta el plagio de su obra o parte de ella, por otra persona. Un comportamiento tal, no puede llegar a ser típico, precisamente, porque uno de sus elementos, la falta de autorización, no se realiza. Entender que en un supuesto así, estamos ante un comportamiento típico que, a posteriori, habrá de ser justificado, parece no sólo forzado, sino contrario al sentido literal del propio tipo básico⁴⁵⁹.

En tales condiciones, habrá que concluir que, siendo plenamente disponible el bien jurídico penal protegido en los delitos que nos ocupan, y habiéndose incorporado la falta de autorización como un elemento más del tipo, susceptible de proyectarse sobre cualesquiera de los comportamientos, la presencia del consentimiento determina la exclusión de éste. Por otra parte, es evidente que, para que la autorización o consentimiento surta su efecto excluyente, es necesario que provenga del

⁴⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, "La protección...", ob. cit., p. 31.

⁴⁵⁸ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis y GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Protección penal...*, ob. cit., p. 174.

⁴⁵⁹ Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal ...*, ob. cit., p. 213.

sujeto o sujetos que es o son titulares, de las facultades sobre la cual aquélla o éste se proyecta. Así, en las diversas creaciones de carácter conjunto, como la obra en colaboración, la colectiva y otras que por su naturaleza, generalmente, son producto de la fusión de varias aportaciones (p. ej. la obra cinematográfica y los programas de ordenador), la disponibilidad del bien jurídico deberá ajustarse a las concretas normas que para tal efecto establece la Ley de Propiedad Intelectual.

Otro tanto sucede respecto a las facultades de los titulares de los derechos conexos. Especialmente, en aquellos supuestos en que se conjugan las de varios titulares en un mismo objeto (p. ej. el fonograma y el videograma). En estos casos y, como se ha visto, los sujetos convergentes sólo pueden disponer, de aquello que les es propio. Así, los autores y compositores respecto a la letra y música, los artistas o ejecutantes de su ejecución y los productores sobre la concreta versión en que unas y otras se plasman.

En cambio, con relación al plagio, sólo el autor o autores de la obra pueden consentir, a través del ejercicio de su derecho a la determinación de la paternidad, sobre la autorización para su imitación o usurpación. Pero, sí se admite, que no tan sólo las creaciones del espíritu, stricto sensu, son susceptibles de ser plagiadas sino también el resto de las actividades y objetos de la tutela de la propiedad intelectual, habría que aceptar que el consentimiento de los titulares de éstas, emitido en tal sentido, tiene también, los mismos efectos excluyentes.

X. PROBLEMÁTICA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET

Internet ha generado una nueva realidad social en medio de la cual se desenvuelven tanto situaciones previas como nuevos escenarios. Por ello, los autores de diferentes países han tenido que cuestionarse si el aparato dogmático y legislativo vigente está preparado para afrontar esta nueva realidad tecnológica. Podemos resumir en tres las posturas actuales⁴⁶⁰:

- Por un lado los denominados “neoclásicos” consideran que el derecho de autor vigente es perfectamente válido para la explotación económica de obras en línea, aunque con algunos ajustes para reforzar la posición de los titulares de los derechos. Parten de que Internet, debido a sus especiales características técnicas, supone un peligro que amenaza con hacer desaparecer la industria si no son protegidos con mayor intensidad los derechos de propiedad intelectual. Por ello, critican la excepción de la copia de uso privado y defienden la existencia de un derecho a autorizar el uso de las obras en formato digital. Esta postura se ha visto reflejada en los tratados de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) de 1996 y está influyendo poderosamente los debates en la UE.

- Los “minimalistas” por su parte consideran que en el entorno de Internet, el derecho de autor carece de sentido, por lo que debería perder protagonismo para favorecer el interés del usuario.

- Y por último los “eclecticos” buscan un equilibrio razonable entre los derechos de autor y las capacidades que ofrece Internet a los usuarios. Por ello, parten de la idea de que el derecho de autor debe adaptarse para responder convenientemente a los interrogantes que plantean las redes

⁴⁶⁰ Cfr. JIMÉNEZ FUENTES, Esther, “Derecho...”, ob. cit.

digitales, pero desde la base de formulación del derecho actual.

En el derecho europeo las reflexiones se inclinan por apoyar las doctrinas que señalan que el derecho de autor es válido conceptualmente, aunque necesita algunas adaptaciones ya que posee gran flexibilidad a los cambios tecnológicos. El autor alemán DREIER⁴⁶¹ considera que la reforma del derecho de autor en Internet debería tener en cuenta los siguientes principios: el derecho de autor no debe variar su naturaleza, sino simplemente reforzarse ante esta nueva realidad; la tecnología nos puede dar muchas de las soluciones a problemas que ella ha creado; el hecho de regular jurídicamente la explotación de obras en línea es compatible con esferas no reguladas dentro de la red; sólo es posible una regulación en foros internacionales como base de una armonización global del derecho de autor en Internet.

Así, el principal problema -aunque no el único- que plantea la propiedad intelectual en el entorno de Internet es el relativo a los sistemas P2p. Uno de los logros principales de la tecnología peer-to-peer (P2p) ha sido la articulación de redes para compartir libremente información (materializada en archivos informáticos) entre sujetos ubicados en un plano de igualdad. Entre la información compartida a través de estas redes neutrales y descentralizadas (que operan en Internet al margen de la World Wide Web) se encuentran obras del espíritu acreedoras de la protección jurídica dispensada por las leyes de propiedad intelectual y cuyos titulares no han autorizado su reproducción y distribución por este medio. Así hay que cuestionarse la relevancia penal que, según la legislación española, cabe atribuir a las conductas (fundamentalmente, de *up-loading* y *down-loading*) desarrolladas por los cibernautas que participan en estas redes.

Pues bien, una vez realizadas estas consideraciones previas, procede analizar aquellos comportamientos más comunes que se realizan dentro del entorno de Internet, y que han sido generalmente calificados de "piratería intelectual":

⁴⁶¹ Cfr. DREIER, Thomas, *Copyright in Cyberspace*, Otto Cramwinckel, Amsterdam, 1997.

A. "Uploading" y "downloading" de obras protegidas

Ya en el año 2004 había alrededor de 8.000.000 de personas distribuidas por todo el globo que estaban haciendo uso de sistemas "peer to peer" y que de esta forma compartían datos con un tamaño superior a los 10.000.000 GB (10 Petabytes). Si a este hecho le añadimos que una abrumadora mayoría de los archivos que se ponen en circulación en las redes P2p son obras protegidas por el Derecho de autor, no debe extrañar ni la preocupación de los titulares de derechos de autor ni el interés doctrinal que ha despertado la materia.

Ya son un total de 16.087 los usuarios demandados por la Asociación de la Industria Discográfica de América (RIAA) por la subida y descarga de archivos musicales o de vídeo sujetos a derechos de propiedad intelectual. El enfrentamiento entre las grandes organizaciones discográficas y de distribución contra las redes P2p no ha cesado y el cerco se estrecha cada vez más. Desde la RIAA, que engloba a Sony, BMG, EMI, Universal Music o AOL Time Warner, encargadas de la distribución del 95% de los discos a nivel mundial, se acusa a estos programas de *"enriquecerse a costa del mayor robo de propiedad intelectual que el mundo haya visto"*, en palabras de Theodore Olson, abogado que colaboró con esta asociación en junio de 2005 en la demanda presentada junto con la Motion Picture Association of America, MPAA (representante de los estudios de cine de Hollywood) contra Streamtcast y Grokster (sistemas P2p para compartir archivos)⁴⁶².

Así pues, en octubre de 2006 se ilegalizó Kazaa en Australia. En Argentina, veinte personas han sido demandadas. Un ciudadano sueco fue condenado a pagar una multa de 1.700 euros por cargar una película en una red P2p, y en Hong Kong el ciudadano Chang NaiMing fue condenado a tres meses de cárcel por distribuir películas. En otros países europeos, como Francia o Inglaterra, también se están llevando a cabo acciones legales contra los usuarios que descargan música con copyright o que la ofrecen en sus webs, obligando a los proveedores de redes de intercambio a facilitar el nombre de esas personas. En España, la situación, que no ha

⁴⁶² Cfr. LOBO MONTERO, Olga, "Acoso y derribo a las redes P2p", en *BAQUIA knowledge center*, 2 de enero de 2006.

llegado a los extremos estadounidenses, también está agitada. La SGAE (Sociedad General de Autores Españoles) no ha dejado de presionar para que se condene a aquellas personas que descarguen material sometido a derechos de autor.

Pero hay que remontarse aproximadamente a 1995 (desde la eclosión de Internet entre el gran público) cuando la forma en que los usuarios accedían a la información era ya la navegación por la Red. En sus orígenes, Internet fue concebida como una red de ordenadores comunicados entre sí a través de direcciones IP con el fin de posibilitar tanto el acceso mutuo como el intercambio de información en un contexto fundamentalmente cooperativo. Sin embargo, la expansión paulatina de la red en la década de los 90 y su conversión en un fenómeno comercial y cultural de masas, alteraron sustancialmente el escenario inicial. En el año 2000 la configuración de Internet era el resultado de un creciente proceso de control por parte de gestores centralizados de datos (como los portales y motores de búsqueda) encargados de organizar el acceso a los contenidos ubicados en los sitios web y servidores conectados a Internet. Esta situación, progresivamente estructurada en torno a un paradigma unidireccional o de “flujo descendente” (“downstream paradigm”) en el que el usuario o cliente es mero receptor pasivo de información preparada por el servidor o proveedor (como ocurre con la televisión o los periódicos), permanece, en parte, en la actualidad. Ésta se posibilita mediante la estructuración de los ordenadores que están conectados a Internet en dos grupos: por una parte, los servidores, que tienen almacenada la información; y, por otra, los clientes (u ordenadores de los usuarios), que acceden a la información almacenada en los servidores.

En este escenario, en el que los intereses de los titulares de derechos de autor parecían garantizados si se tenía el control de los ordenadores-servidores, se produjeron las grandes reformas de la legislación supranacional sobre propiedad intelectual, tales como el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la OMC, 1995; los Tratados de la OMPI sobre Derecho de autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, 1996; e, incluso, puede ubicarse aquí, la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la sociedad de la información, pues

aunque se aprobó en 2001, su propuesta y debate se realizaron en buena medida de espaldas a los sistemas P2p, que no aparecieron hasta el fin de 1999.

A mediados del año 2000 la expresión “*peer-to-peer*” (“P2p”, en su forma abreviada) comenzó a ganar espacio en la jerga de los expertos en computación para hacer referencia a un conjunto de proyectos de investigación dirigidos a fomentar el desarrollo de nuevas formas de empleo de Internet. Los diversos proyectos surgidos en torno a la “ideología” *peer-to-peer* pretendían subvertir este *statu quo* en pos de un objetivo en buena medida revisionista: descentralizar la red y difuminar las diferencias entre servidores y clientes. Para alcanzar este propósito, la tecnología P2p recobró la idea de un intercambio directo de recursos geográficamente distribuidos (tanto información como capacidad de procesamiento) sin un control central definido. De esta manera, el ordenador de cada usuario de la red P2p se convierte en un elemento activo que no se limita a recibir la información filtrada y suministrada por los motores de búsqueda que gestionan habitualmente los contenidos de Internet. La comunicación significativa ya no tiene lugar bajo un esquema servidor-cliente o proveedor-consumidor, sino entre iguales que cooperan, entre pares (*peers*).

Algunas de las propuestas que cabe incluir bajo esta denominación (sin ocultar las dificultades de delimitación, dada la heterogeneidad de supuestos que pueden afrontarse desde una perspectiva P2p) alcanzaron pronto un notable impacto social: tal fue el caso de sistemas descentralizados de intercambio de archivos como *Freenei* o *Gnutella* y de programas que posibilitaron el uso para objetivos comunes de los recursos de computación no utilizados por los ordenadores conectados a la red, como *SETI@home* (emplea los recursos de computación no utilizados por los ordenadores conectados a la red para el análisis de las señales captadas por el radiotelescopio de Arecibo, en búsqueda de indicios de vida extraterrestre). Éste fue también parcialmente el caso, como a continuación se detallará, del famoso sistema Napster.

Napster, Inc. es una empresa que fue creada por Shawn Fanning y Sean Parker en 1999 como servicio para compartir archivos de música. El programa llamado Napster fue el primero de estos sistemas P2p. Irrumpió

en la Red de forma desbordante, ganando un millón de usuarios mensualmente hasta alcanzar los 13,6 millones en febrero de 2001. La gran aportación de este software consistió en convertir a los clientes (usuarios) en servidores. En otras palabras, en una red P2p cada ordenador es simultáneamente servidor y cliente, es decir, todos los usuarios que instalan una aplicación P2p en sus ordenadores tienen acceso a las carpetas compartidas del disco duro de los ordenadores de otros usuarios que han instalado la misma aplicación. De esta forma, pueden realizar búsquedas en dichas carpetas ajenas y descargar desde ellas archivos. Es decir, frente al modelo anterior, en el que los datos fluían en una sola dirección (servidor-cliente), con el software P2p los datos se intercambian entre los propios usuarios (cliente-cliente). Por ello, se habla de programas de intercambios de archivos ("file sharing") entre pares, de "igual a igual" ("peer to peer") o, incluso, de "amigo a amigo".

Esta innovación tecnológica no entraba dentro de los planes del legislador ni, mucho menos, de los titulares de derechos de autor, que comenzaron de inmediato una dura lucha ante los Tribunales para acabar o, cuando menos, poner coto a los sistemas P2p. Por tanto, si hay un comportamiento prototípico de piratería en Internet y especialmente peligroso para los intereses de los autores, editores y de la propia sociedad, relacionado con las obras del ingenio, éste es el de los foros de intercambio gratuito de archivos digitales, también denominado "fenómeno Napster".

Como ya se ha dicho, Napster era una página web que ofrecía gratuitamente (aún ofrece, pero ahora previo pago) un servidor al que se conectaban los usuarios registrados y un software para contactar y descargar archivos de Mp3. La conexión a dicho servidor y la utilización del software permitía, con un procedimiento muy sencillo, que cualquier internauta que estuviera conectado pudiera acceder a los archivos de Mp3 que cualquier otro usuario quisiera compartir, de modo que, con un sencillo proceso, un usuario podía descargar en su disco duro múltiples obras protegidas por el Derecho de Propiedad Intelectual sin tener que efectuar pago alguno.

Su nacimiento supuso, además, el de otras muchas páginas web que imitaron (e incluso copiaron) su sistema bajo nombres muy distintos

(Audiogalaxy, etc). Sin embargo, pronto se iniciaron medidas legales contra este sitio web promovidas por la RIAA (Asociación de la Industria Discográfica de EE.UU.) bajo la acusación de infracción de los derechos de copyright y asociación ilícita. El caso *A & M Records Inc. vs. Napster Inc.* 239 F 3d 1004 (9th Cir. 2001) terminó con la condena por infracción de los derechos de autor y con la cancelación del servicio de Napster⁴⁶³.

Pero la revolución que supuso Napster ya no podía pararse ni siquiera con su cierre. A la luz de su ejemplo han aparecido otros muchos sitios web, algunos de los cuales incluso hacen pequeño en la actualidad al Napster de los “mejores tiempos”. Y es que no sólo ha aumentado significativamente el uso de Internet y se han simplificado los programas de intercambio de archivos, sino que además los mismos ya no están destinados únicamente a las obras musicales, sino que cada vez son más las películas, libros, cómics, fotos, etc. que pasan de mano en mano en estos programas. Y lo más significativo es que la sentencia frente a Napster no ha servido para frenar el fenómeno sino para aumentarlo y, lo que es peor desde el punto de vista de la “legalidad disfrazada”, para mejorarlo⁴⁶⁴.

En efecto, los últimos sistemas basados en la creación de una red para la difusión de archivos, tales como Kazaa, Emule, Morpheus, Bittorrent o Pando utilizan la tecnología P2p (Peer to peer) precisamente para evitar los problemas legales que tuvo Napster. Características esenciales de estas aplicaciones son su descentralización funcional, su empleo de recursos marginales (literalmente) de Internet, su operatividad independiente del sistema de nombres de dominio y su autonomía respecto de los servidores centrales. La descentralización es la clave del sistema, pero es un objetivo arduo: en puridad, una red descentralizada no sólo ha de perseguir que cada usuario participe por igual, sino que debe aspirar a que no existan usuarios que jueguen un papel especial en la organización o administración del sistema. Lo cierto es que muchas de las propuestas P2p de mayor éxito social son de naturaleza híbrida: Napster, la conocida aplicación para compartir composiciones musicales comprimidas en formato MP3, era un claro ejemplo de estos sistemas híbridos.

⁴⁶³ Cfr. LORENTE, Javier, “Freenet: la nueva frontera”, en *Sociedad de las Indias Electrónicas*, Noviembre de 2003.

⁴⁶⁴ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet...*, ob. cit., p. 187.

El intercambio de archivos en el seno de Napster estaba aparentemente descentralizado: los diversos usuarios de la aplicación descargaban directamente los ficheros que deseaban del ordenador de otro usuario. Sin embargo, existía un directorio central, localizado en los servidores de Napster, Inc., a través del que los usuarios efectuaban la búsqueda. Los contenidos estaban descentralizados, pero no los indicadores que permitían alcanzarlos. Desde el punto de vista técnico, esta configuración hacía posible conjugar la fortaleza de una base de datos centralizada con las ventajas de un almacenamiento distribuido, movilizand o la capacidad -hasta entonces desaprovechada- de los millones de ordenadores conectados a Internet⁴⁶⁵. La información (ficheros comprimidos MP3 que almacenaban composiciones musicales protegidas por las leyes de propiedad intelectual) circulaba por el sistema desde el ordenador de un usuario al de otro usuario sin autorización del titular de los correspondientes derechos. No se exigía, al menos en un primer momento, el pago de cantidad alguna por el uso de la aplicación, que era de acceso público y gratuito.

La semi-descentralización de Napster contribuyó sin duda a su éxito, pero facilitó sobremanera su persecución judicial por parte de la industria productora de fonogramas, pues permitió a las demandantes identificar una cabeza visible y solvente contra la que dirigir los esfuerzos procesales. Entre otros factores (como el suministro gratuito desde el sitio web de Napster del software necesario para el enlace al sistema), la localización de las actividades de conexión y búsqueda en un sistema centralizado de servidores pertenecientes a la propia sociedad posibilitó la articulación de la acción judicial, fundada en la complicidad activa (contributory infringement) de Napster, Inc. por su participación en las labores de búsqueda, por su falta de supervisión de la actividad de los usuarios y por la obtención de beneficios económicos mediante la publicidad inserta en su sitio web.

Por su parte, en el sistema P2p, la actividad de la página web se centra en ofrecer un programa de contacto entre usuarios para el intercambio de archivos, siendo después los propios usuarios los que,

⁴⁶⁵ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Eduardo, "Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?", en *Actualidad Civil*, n.º 31, Madrid, Agosto-Septiembre 2001, pp. 1109 y ss.

utilizando el programa, descargan y ponen a disposición de los demás las obras protegidas. Por eso se llama P2p (Peer to peer), en cuanto que es de usuario a usuario, y sin pasar por la web, donde se realizan las actividades de difusión de creaciones. Así pues, los programas P2p posteriores a Napster, como Kazaa o eMule, han introducido dos importantes novedades: por un lado Napster está limitado al intercambio de canciones, pues solamente permite localizar y descargar archivos mp3, que es un formato de compresión del sonido, mientras que los programas que le han sucedido son igualmente aptos para transmitir otro tipo de archivos; y por otro lado Napster cuenta con un sistema de búsqueda centralizado, mientras que en los programas P2p ulteriores dicho sistema está descentralizado. En el sistema centralizado la búsqueda se canaliza a través de unos pocos ordenadores centrales, dónde se almacena y actualiza continuamente la información sobre los ordenadores-usuarios que están conectados en cada momento a la red P2p y los archivos que comparten, mientras que en el sistema descentralizado la búsqueda se dirige a los ordenadores de otros usuarios, que a su vez la reenvían al de más usuarios y así sucesivamente, en progresión geométrica, hasta dar con el archivo buscado.

El sistema centralizado parece más sencillo de explotar económicamente, pero precisamente esta mayor facilidad de control supuso su talón de Aquiles en los Tribunales. Es decir, que mientras en el sistema Napster la página web hacía de intermediario entre la puesta a disposición de un usuario y la descarga de otro, realizando una puesta a disposición del total de los archivos de los usuarios, en el sistema P2p la página web hacía de intermediario únicamente conectando a los usuarios entre sí mediante un programa informático, pero en ningún caso reproduce ni pone a disposición del público las obras del ingenio en una sede central.

i) Sistemas centralizados

Como paradigma de los sistemas centralizados, tal y como ha quedado expuesto anteriormente, hay que referirse al “caso Napster” y a su periplo judicial para realizar un análisis de los argumentos jurídicos que

motivaron su cierre. Este proceso comenzó por un total de dieciocho empresas discográficas, entre ellas, A&M Records, Sony, Universal, Polygram y Warner BROS, que solicitaron ante los Tribunales no sólo una indemnización, sino que se impusiese a Napster la obligación de cesar en su actividad de promover o colaborar con otros en la reproducción, descarga (“downloading”), carga (“uploading”), transmisión o distribución de obras musicales protegidas por el Derecho de autor sin el consentimiento de los titulares de derechos.

El procedimiento no llegó a su fin, pues Napster, que había sufrido numerosas pérdidas fruto del devenir del proceso, fue adquirida por una de las empresas demandantes y ha pasado a ser un servicio de pago y bajo demanda, que solamente permite la descarga de obras licenciadas⁴⁶⁶. La defensa se fundamentaba sobre tres argumentos, alternativos⁴⁶⁷: que no existía vulneración de los derechos exclusivos de los autores, pues los actos de los usuarios estaban amparados por la excepción del “fair use” (uso justo); que no se daban los requisitos necesarios para aplicar las doctrinas de la infracción indirecta; y que en todo caso la actividad de Napster quedaría amparada por una de las exoneraciones de responsabilidad previstas para los prestadores de servicios intermediarios (puertos seguros o “safe harbors”, § 512 Copyright Act).

En cuanto a la excepción del “fair use”⁴⁶⁸ (§ 107 Copyright Act) debe aclararse que legitima la utilización de una obra sin el consentimiento del autor cuando así se derive de la toma en consideración de los cuatro factores siguientes⁴⁶⁹: la finalidad de la utilización, la naturaleza de la obra protegida, la parte utilizada y el efecto del uso en las ventas de la obra.

Sin embargo, los Tribunales se mostraron contrarios a aplicar la excepción del “fair use” con base en los siguientes motivos: que los actos realizados por los usuarios no transformaban la obra y tenían un carácter

⁴⁶⁶ Cfr. BUSTO LAGO, José Manuel, “La responsabilidad civil de los «Internet Service Providers» (ISPs) por la infracción en la Red de los derechos de propiedad intelectual”, *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, n.º 5, Madrid, 2004, p. 71.

⁴⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ, José Javier, “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer”, *Revista de Propiedad intelectual*, n.º 18, Bercal, Madrid, Sep-Dic 2004, p. 29.

⁴⁶⁸ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 242 y ss.

⁴⁶⁹ Cfr. SALELLES CLIMENT, José Ramón, “La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista General de Derecho*, n.º 675, Madrid, Diciembre de 2000, pp. 15094 y 15095.

más bien comercial, en la medida en que se efectuaban a gran escala y de forma gratuita, ahorrándose de esta manera el precio de las canciones; que las obras transmitidas eran de entretenimiento, y no de divulgación científica; que se copiaba la totalidad de las obras; y que la actividad afectaba negativamente al mercado, tanto al actual en los comercios como al que pudiese desarrollarse en el futuro en Internet.

Ahora bien, aunque los usuarios de Napster realizaran acciones ilícitas, ello no conduce automáticamente a la condena de la empresa que controlaba el software P2p, pues las obras musicales no se almacenaban (reproducían) ni se ponían a disposición del público desde el servidor central. Los demandantes debían probar que se encontraban frente a un supuesto de responsabilidad indirecta. La doctrina jurisprudencial estadounidense ha desarrollado en profundidad este tipo de responsabilidad, creando dos instituciones diferentes, el “contributory infringement” (contribución a la infracción) y el “vicarious infringement” (responsabilidad indirecta)⁴⁷⁰.

El “contributory infringer” debe reunir los tres elementos siguientes: una infracción directa (en este caso por parte de un usuario), el conocimiento o motivos para conocer dicha infracción y por último una contribución material. Mientras que el “vicarious infringement” comprende estos elementos: la infracción directa, el derecho y la capacidad de controlarla, y un beneficio económico derivado de aquélla.

Ante esta argumentación, la defensa pretendió la aplicación de una regla, introducida en el Derecho de autor a raíz del caso *Betamax*, según la cual el productor de un artículo de primera necesidad (p. ej., una cámara, una fotocopiadora) no es responsable de las infracciones que se cometan con éste, siempre que sea apto para realizar un número considerable de usos lícitos (“significant noninfringing uses”). A pesar de que la demandada alegó varios usos lícitos, la Juez de Distrito desestimó el argumento *Betamax* con base en dos razonamientos cuyas aristas y desarrollo son cruciales para entender la problemática jurídica de las redes P2p.

⁴⁷⁰ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos”, *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 6, Madrid, 2000, p. 15.

En primer lugar, la Juez afirmó que el número de usos lícitos de Napster no era considerable, sino mínimo. En segundo lugar, la Juez declaró que incluso en la hipótesis de que existiese un número considerable de usos lícitos, Napster ejercía un control continuado (“ongoing control”) sobre el servicio, en lo que se diferenciaba de los vídeos domésticos del caso Betamax, y ello impedía dotarle de la misma cobertura legal. La Corte de Apelación se distanció del Tribunal de instancia en el primer punto, pero mantuvo el segundo. Mientras la afirmación de que Napster no tenía un número considerable de usos lícitos, lo convertía en ilegal sin más, es decir, por el mero hecho de salir al mercado; la de que tenía la posibilidad de realizar un control, sólo lo haría responsable cuando fallase en esta labor.

Respecto al análisis de los requisitos del “contributory infringement”, hay que señalar que el primer elemento, infracción indirecta, lo constituyen los actos de los usuarios, a los que ya se ha señalado que no les es de aplicación la excepción del “fair use”. El segundo elemento, el conocimiento de la infracción, también fue observado en ambas instancias, aunque la Corte de Apelación subrayó que solamente debía apreciarse cuando Napster tuviese un conocimiento concreto de la existencia de obras no licenciadas en su red y que no era suficiente, como erróneamente había entendido la Corte de Distrito, el conocimiento genérico de que la aplicación servía para transmitir obras protegidas. Y, el último, existencia de una contribución material, tampoco generó dudas, pues sin el apoyo de los servidores centrales de Napster los usuarios no podrían encontrar y descargar canciones con la facilidad con que lo hacían.

En cuanto al “vicarious infringement”, el primer elemento, infracción indirecta, coincide con el del anterior tipo de responsabilidad. El segundo elemento, derecho y capacidad de control, se consideró presente debido a que Napster era un sistema centralizado, es decir, con la capacidad de conocer los ficheros que tenía cada usuario y de desconectar a estos de la red. Y, por último, la presencia del tercer elemento, beneficio económico, también resulta evidente, pues aunque no se cobraba a los usuarios por utilizar el servicio, se infringían derechos de autor como gancho para crear una “clientela” y una imagen de marca⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Acciones civiles contra los prestadores de servicios de

El último argumento de la demandada consistió en acogerse a la defensa de los puertos seguros (“safe harbors”)⁴⁷² o exoneración de responsabilidad prevista respecto a ciertos prestadores de servicios “on line”, que fue introducida por la Digital Millennium Copyright Act, de octubre de 1998 en la § 512 de la Copyright Act, que homóloga en parte a los arts. 14 y siguientes de nuestra Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico⁴⁷³.

Naturalmente, la DMCA no contemplaba de forma directa los programas P2p (tampoco lo hace nuestra Ley) que nacieron un año después de su aprobación. Sin embargo, Napster argumentó que debían aplicársele las reglas de exoneración previstas para los operadores de redes y proveedores de acceso [“provider's transmitting, routing, or providing connections”, § 512(a)] o, en su defecto, las referentes a proveedores de enlaces o de instrumentos de búsqueda [“information location tools”, § 512(d)], que son menos permisivas que las anteriores.

En una decisión preliminar, la Juez de Distrito desechó la aplicación de aquéllas con base en el argumento de que las obras eran transmitidas directamente entre usuarios y no a través del sistema de Napster, como exige el precepto legal. La protección bajo el paraguas de los instrumentos de búsqueda fue igualmente denegada por la Juez de Distrito, pues entendió que la demandada tenía conocimiento de la actividad infractora, pero la Corte de Apelación calificó esta cuestión de controvertida y aplazó su debate a la sentencia sobre el fondo del asunto, que nunca llegó. En definitiva, tanto la Corte de Distrito como la de Apelación entendieron, que había una apariencia de buen derecho en las pretensiones de la parte actora y, en consecuencia, impusieron cautelarmente a Napster la obligación de impedir la transmisión de las obras explotadas por las empresas demandantes.

intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2p”, *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 16, Madrid, 2004, p. 59.

⁴⁷² Cfr. XALABARDER PLANTADA, Raquel, “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”, en *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001.

⁴⁷³ Cfr. CLEMENTE MEORO, Mario, *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003, pp. 81 y ss.

ii) Sistemas descentralizados

El fin de la actividad de Napster no determinó en absoluto la desaparición de las aplicaciones P2p para el intercambio de archivos. Antes al contrario, de las cenizas de su derrota judicial surgió una nueva generación de estructuras P2p (Kazaa, Edonkey, o WinMX, a las que se unen las supervivientes Freenet y Gnutella) que, con una configuración técnica y organizativa distinta de la de Napster (pero compartiendo su idea medular), pretenden esquivar las acometidas legales que motivaron la desaparición de éste. Son estas aplicaciones el instrumento a través del que multitud de cibernautas comparten y movilizan gratuitamente y sin autorización una cantidad ingente de obras del espíritu susceptibles de protección por las leyes de propiedad intelectual (videos en diversos formatos, fonogramas, software de utilidad y de entretenimiento, libros electrónicos, fotografías, etc.). Estos sistemas P2p están modificando la economía de almacenamiento y transmisión de la propiedad intelectual.

Así, mientras las empresas discográficas presenciaban la lenta agonía de Napster, los creadores de sistemas P2p trabajaban en su sucesor con un ojo puesto en los Palacios de Justicia. Esta nueva tecnología, que fue explotada por tres empresas (Kazaa B.V., Grokster y Streamcast), presentaba las dos novedades ya mencionadas: en primer lugar, permitía el intercambio de cualquier tipo de archivo (no solamente ficheros mp3), y en segundo lugar, su sistema de búsqueda estaba descentralizado (no dependía de un ordenador central).

Los operadores P2p mencionados fueron nuevamente demandados, en esta ocasión, por un total de hasta veintiocho empresas discográficas y productoras cinematográficas, como Metro-Goldwyn-Mayer, Paramount Pictures y Twentieth Century Fox. La perspectiva para Grokster y el resto de codemandadas no parecía muy halagüeña, pero fueron absueltas tanto en primera como en segunda instancia. Y, lo que resulta más sorprendente, sucedió en el mismo foro en que se había enjuiciado a Napster y con base en la interpretación que se había hecho entonces del caso Betamax.

Los tres pilares en los que se sustentó el aparente cambio de rumbo

del Tribunal son: la existencia de un número considerable de usos lícitos; la falta de conocimiento en momento oportuno de actos ilícitos específicos; y la falta de control sobre los intercambios. En primer lugar, ambas instancias apreciaron la existencia de un número considerable de usos lícitos (en torno al 10%) y, además, apuntaron que el examen de los mismos debía realizarse valorando los usos lícitos que devendrían en el futuro. No obstante, y de acuerdo con lo insinuado por la Corte de Apelación en el caso Napster, esto solamente exoneraba a los operadores P2p por el hecho de ponerlo a disposición del público, pero no necesariamente por su fracaso en el control de las transferencias ilícitas, lo que debía ser analizado desde la perspectiva de las teorías del “contributory” y “vicarious infringement”.

En segundo lugar, se debía determinar si existía “contributory infringement”. La discusión se centró en los requisitos del conocimiento y la contribución, material, pues la existencia de actos directos de infracción se aceptaba pacíficamente. Respecto al conocimiento se realizó el siguiente planteamiento: el operador P2p con un número considerable de usos lícitos no es responsable por el mero hecho de contar con un conocimiento genérico de que su software servirá para infringir derechos de autor, sino que debe probarse que cuenta con un conocimiento específico sobre actos ilícitos concretos. Además, no puede imponerse al operador P2p la obligación de monitorizar la red en búsqueda de actos ilícitos, sino que la carga de notificar la existencia de tales infracciones pesa sobre los titulares de derechos.

Finalmente, en los sistemas descentralizados, a diferencia de lo que sucedía con Napster, el operador P2p no puede hacer nada para impedir los actos ilícitos, es decir, el conocimiento sobre actos concretos de infracción le llega demasiado tarde, pues aunque desactivase todos sus ordenadores, en los que pone a disposición del público el software, los usuarios de la red P2p continuarían intercambiando archivos.

En consecuencia, se desestimó la aplicación de la doctrina del “contributory infringement” a aquellas empresas que explotaban sistemas P2p descentralizados. A mayor abundamiento, el Tribunal consideró que tampoco concurría el requisito de contribuir materialmente a la realización de actos ilícitos, pues el acto primero de distribución del

software estaba amparado, según el Tribunal, por la existencia de un número considerable de usos lícitos y el posterior intercambio de archivos ilícitos entre los usuarios ocurría al margen del mantenimiento del servicio por parte de las codemandadas.

En tercer lugar, se dilucidó la cuestión del “vicarious infringement”, respecto de la cual las partes solamente discrepaban sobre la presencia o no del derecho y capacidad de control del operador P2p. En opinión de ambas instancias, esta posibilidad no existía, pues el diseño y estructura del software lo hacían imposible. No obstante, las empresas demandantes discutieron que podían implementarse mecanismos de control actualizando (“upgrading”) el software. Esta alternativa fue desestimada por el Tribunal como una forma de control aceptable por dos motivos: en primer lugar, no implicaba únicamente la introducción de filtros en los ordenadores de las codemandadas, como sucedió en Napster, sino la alteración del software en los ordenadores de los usuarios de la red P2p, lo que no era exigible (cuando menos, no era factible sin la colaboración de estos); y en segundo lugar, porque a decir de ambos Tribunales, no existía una obligación de crear el sistema P2p de tal forma que permitiera el control de los archivos transmitidos, sino que únicamente existía la obligación de ejercer ese control (p. j., implementando filtros como Napster) cuando las características de la aplicación entregada a los usuarios lo permitieran.

Por todo ello, el fallo fue exculpatario. En definitiva, los programadores de aplicaciones P2p habían logrado desarrollarlas de tal forma que superasen la prueba de la responsabilidad indirecta tal como había sido fijada en el caso Napster. En otras palabras, se había creado voluntariamente un software P2p que hacía “ojos ciegos” (“blind eye”) a las vulneraciones de los derechos de autor. Esto plantea la pregunta de si existe la obligación de diseñar programas P2p que permitan el control del intercambio no autorizado de archivos. Ya se ha visto que los Jueces del caso Grokster no encontraron ningún fundamento legal o jurisprudencial en que apoyar dicha obligación, si bien aludieron a la posibilidad e incluso, conveniencia de que el Congreso tomase cartas en el asunto.

Ahora bien, esta opinión no es unánime, sino que la Corte de Apelación del Séptimo Circuito falló en un supuesto idéntico en lo

sustancial al caso Grokster contra un operador P2p descentralizado llamado Aimster. Esta sentencia adquiere especial relevancia porque la Corte Suprema no admitió a trámite el recurso frente a la misma y, sin embargo, está pendiente su decisión respecto al recurso frente a la sentencia absolutoria del caso Grokster.

Los dos argumentos vertebrales de esta resolución ⁴⁷⁴ son, por un lado que los sistemas P2p demandados no tienen un número considerable de usos lícitos. Para realizar el cómputo de usos lícitos desecha los futuros o potenciales (de lo contrario, cualquier sistema cumpliría este requisito) y toma en consideración el porcentaje de usos lícitos frente a los ilícitos, a diferencia de lo que hizo la Corte de Apelación del Noveno Circuito, que medía simplemente el número total de usos lícitos. En segundo lugar, incluso en la hipótesis de que un servicio tenga un número considerable de usos lícitos, será considerado responsable si facilita actos ilícitos y no toma medidas razonables (desde el punto de vista técnico y económico) para evitarlos. Esto se fundamenta en que ya no nos encontramos ante elecciones de “todo o nada” (lo permitimos o lo prohibimos), como sucedía con el vídeo doméstico, sino que el avance tecnológico permite adoptar soluciones mucho más matizadas, que deben ir encaminadas a mantener el equilibrio entre los titulares de derechos de autor y los empresarios de otras áreas del comercio que pueden entrar en conflicto con aquéllos.

En el orden legislativo, hay que señalar que en el período de sesiones del “108th Congreso” ya se introdujo en el Senado de los Estados Unidos una propuesta de ley, llamada “Inducing Infringement of Copyrights Act of 2004” (S. 2560), que está hecha a medida para facilitar la condena de los distribuidores de sistemas P2p descentralizados. De modo que la tendencia es a depositar gran parte de la responsabilidad del control sobre los sistemas P2p en aquellas personas que pretendan explotarlos.

Como ya se ha dicho, estas nuevas aplicaciones se han esforzado en sortear el acoso legal de la industria. Para ello han insistido fundamentalmente en dos aspectos: incrementar la neutralidad de la aplicación, proyectada para compartir cualquier tipo de información, y

⁴⁷⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, “La lucha...”, ob. cit., p. 37.

disminuir la concentración en el control del sistema.

En cuanto afecta a la primera de estas cuestiones, es evidente que las herramientas informáticas diseñadas en esta nueva generación de aplicaciones P2p persiguen ante todo la neutralidad. Cualquier información, legal o ilegal, protegida o de público dominio, de utilidad científica o propósito lúdico, interesante o banal, es susceptible de comunicación a través de la aplicación. Esta diversificación de la información compartida (circunstancia ausente en el sistema Napster) debilita la vinculación teórica de la red con la distribución no autorizada de obras protegidas; de hecho, los acuerdos de licencia que debe aceptar el usuario (end user) con carácter previo a su enlace expresan su compromiso (entre otros) de no transmitir ni comunicar información ilegal, dañina o, en concreto, que pueda infringir los derechos de propiedad intelectual de cualquier persona física o jurídica⁴⁷⁵.

No obstante, el respeto por las leyes (y, en particular, por las de propiedad intelectual) de las empresas que desarrollan las aplicaciones P2p de libre intercambio de archivos no se traduce en el establecimiento de barreras técnicas para obstaculizar la distribución de información protegida ni en un compromiso de supervisión de la actividad de los usuarios. La aplicación es neutral en sentido estricto. Pero basta con comprobar su funcionamiento unos minutos para verificar cómo la mayor parte de la información compartida corresponde a obras protegidas por los derechos de autor.

De ahí la atención dispensada por los responsables de la creación de estos sistemas al segundo de los aspectos mencionados: la descentralización. La disminución de la concentración diluye la responsabilidad e impide la fiscalización de la actividad de los usuarios. Los creadores del software pretenden proporcionar a los usuarios una herramienta neutral e instarles a emplearla rectamente; no colaboran en la búsqueda y obtención por los usuarios de obras protegidas ni controlan sus actividades. En este sentido, todas estas utilidades comparten una característica: la ausencia de servidor central.

El sistema se vertebra en torno a cientos de servidores (que, de

⁴⁷⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, "Napster...", ob. cit., p. 76.

modo constante, surgen, se renuevan y desaparecen) establecidos y controlados individual y voluntariamente por algunos de sus usuarios. El software de la aplicación permite al usuario conectar en línea su ordenador con cualquiera de estos servidores (quizá a uno distinto en cada conexión) y buscar -con el software de la aplicación, pero a través del servidor- los archivos a los que desea acceder. Como el programa es capaz de identificar archivos idénticos en los ordenadores de distintos usuarios, la información pretendida puede ser descargada simultáneamente desde múltiples fuentes, lo que incrementa la velocidad. En cualquier caso, los archivos no pasan a través del servidor (un ordenador que se limita a conectar los terminales de los usuarios unos con otros), sino que se transmiten directamente entre los usuarios (precisamente esto es lo que permite hablar de tecnología P2p).

El funcionamiento de algunas de estas aplicaciones determina además que mientras un usuario está descargando un archivo en su ordenador, ha de poner simultáneamente a disposición del resto de usuarios las partes del mismo que ya ha descargado. Es decir, los ficheros son compartidos o distribuidos (uploaded) mientras están siendo obtenidos o descargados (downloaded), con lo que el usuario se convierte (y no tiene más remedio que convertirse) en receptor/transmisor de información.

Por último, el método de identificación de archivos integrado en alguno de estos sistemas (en concreto, de Edonkey/Emule) permite crear hipervínculos (links) susceptibles de incorporación a un sitio web y cuya pulsación con el puntero del ratón permite iniciar automáticamente la búsqueda y descarga del archivo sin necesidad de efectuar esta tarea mediante el sistema de búsqueda del programa. Esta última característica ha propiciado la aparición de sitios web dedicados en exclusiva a la recopilación sistematizada de hipervínculos que permiten la búsqueda y descarga automática del archivo deseado si se tiene instalado en el ordenador el software de la aplicación correspondiente. Estos sitios, que en modo alguno ignoran ni ocultan que los hipervínculos conducen a obras protegidas, no alojan sin embargo archivos: simplemente facilitan una vía rápida y sencilla para descargar información sin necesidad de buscarla.

Sin embargo, la RIAA, SGAE, MPA y otros, no sólo han optado por llevar a juicio a los creadores de los programas de intercambio de archivos, sino que también han realizado algunas acciones en contra de sus usuarios. Así en septiembre de 2003, la RIAA demandó a 261 internautas por copiar música de manera ilegal. Resultó particularmente polémico que, entre esos 261 internautas, se encontrara una niña de 12 años, que acabó condenada a pagar 2000 dólares por compartir cerca de mil canciones. También ha habido acciones legales en contra de sitios web que almacenan y permiten buscar enlaces (enlaces de descarga a través del programa Edonkey/Emule), Torrents (archivos-enlace de descarga a través del programa BitTorrent), archivos NZB (para grupos de noticias) y otros enlaces de P2p.

También se ha implementado el uso de “servidores fakes” (falsos). Un servidor fake se caracteriza porque en realidad no está dedicado verdaderamente a actuar como servidor de la red eDonkey 2000, sino que intenta obtener información de los clientes que a él se conectan (para posibles pleitos posteriores) o contaminar la red con enlaces falsos, corruptos, o simplemente llenos de basura. Como ejemplo cabe destacar los servidores Razorback 2.2, 2.3, ..., 2.6, que aparecieron como consecuencia del éxito de Razorback 2.0 y 2.1.

En el año 2006, los servidores verdaderos Razorback 2.0 y 2.1 fueron cerrados por acciones legales de la Motion Picture Association (MPA). Razorback 2 era el servidor más importante de la red P2p de eDonkey 2000, albergaba 3 millones de usuarios diarios, y manejaba más de 1.3 millones de conexiones simultáneamente, indexando más de 170 millones de archivos. Sin embargo, a pesar del cierre de estos servidores, sólo se logró que los usuarios se cambiaran a otros servidores de la red eDonkey 2000, y que se diera a conocer mucho más la red Kademia.

El 12 de septiembre de 2006, MetaMachine, la compañía propietaria de eDonkey, se comprometió con la RIAA a pagar una multa de 30 millones de dólares en un acuerdo extrajudicial, para evitar posibles demandas de la industria discográfica; debido a esto, en el sitio web de eDonkey se colocó un aviso que informa sobre lo ilegal que es compartir música y videos que tengan copyright. Asimismo, el programa cliente, eDonkey 2000 dejó de funcionar, desplegando este mismo mensaje e

iniciando su desinstalación automáticamente. No obstante, la red eDonkey 2000 no pudo ser cerrada, y hasta la actualidad sigue funcionando; usando otros programas como eMule, MLDonkey, etc.

Respecto al protocolo BitTorrent, también ha habido algunas acciones en contra de este protocolo. En 2006, a finales de marzo, TorrentPluribrain, un buscador de archivos Torrents para el escritorio, tiene que cesar la actividad de sus servidores debido a una denuncia interpuesta en el nombre de la Société Civile des Producteurs Phonographiques de París, que pese a que su desarrollador es español, los servidores estaban localizados en Francia. Así a lo largo de la historia, las demandas solo han llevado a los usuarios habituales a cambiar a programas P2p con tecnologías más difíciles de detener, pero el número de usuarios no ha disminuido.

iii) Sistemas de descarga de contenido en Internet

Antes de proceder a la calificación jurídica de los comportamientos de los actores que intervienen en los distintos sistemas y programas de intercambio de contenido en Internet, conviene hacer un análisis básico del funcionamiento técnico de los principales programas de descarga de contenido. Esto será fundamental para posteriormente poder clasificar dichos programas y determinar las consecuencias jurídicas que se desprenden de su utilización.

a. Emule

Es el programa P2p más utilizado de la red. El proyecto eMule fue iniciado el 13 de mayo de 1999 por Hendrik Breitkreuz (también conocido como Merkur) que no estaba satisfecho con el cliente original de eDonkey2000. Su nombre es un apócope de "*electronic mule*", en inglés literalmente "mula electrónica", haciendo referencia al eDonkey de donde se origina (*burro electrónico*). Con el tiempo, siete desarrolladores más se unieron al proyecto. El código fuente se publicó por primera vez como la versión 0.02 en SourceForge el 6 de julio del mismo año. EMule fue lanzado por primera vez como binario el 4 de agosto en la versión 0.05a. El

“sistema de créditos” fue implementado por primera vez el 14 de septiembre en la versión 0.19a. El sitio web del proyecto fue lanzado el 8 de diciembre. Desde ese momento, eMule ha sido descargado alrededor de 300 millones de veces (cifras de mayo de 2007).

Actualmente el proyecto está formado por dieciséis personas: dos desarrolladores, dos coordinadores de proyecto (incluyendo al fundador, Breitzkreuz), tres testadores y nueve depuradores. El sitio oficial es mantenido por siete desarrolladores y cuatro moderadores o administradores. Actualmente, eMule dispone de dos redes: la red clásica basada en servidores eD2k y una red descentralizada (Kad) que no hace uso de servidores y está basada en Kademia.

Para conectarse a la red eD2k hay que conocer la dirección IP del servidor. Una vez conectados a un servidor, éste puede informarnos de la existencia de otros servidores. Con el fin de mantener actualizada esta lista, los servidores están conectados entre sí. Cuando un nodo se conecta a un servidor le comunica los archivos que quiere compartir. Para buscar un archivo se envía la consulta a uno o más servidores. Cada servidor responde con la lista de archivos de los que dispone. Para conocer las fuentes de un determinado archivo, se le pide esta información a uno o más servidores. Cada servidor responde con una lista de nodos que comparten el archivo solicitado.

La red Kad es por su parte una red totalmente descentralizada donde todos los nodos son iguales. Ha sido diseñada para que eMule pueda sobrevivir a una posible caída de la red de servidores. Para conectarse a esta red hay que conocer la dirección IP de otro nodo, pero es posible conectarse a partir de los nodos obtenidos de la red de servidores. Cada nodo conoce una pequeña parte de la red, de manera que el tamaño de la red puede crecer tanto como haga falta sin afectar al rendimiento. Cuando un nodo se conecta, almacena los identificadores de los archivos que quiere compartir dentro de otros nodos, escogidos en función del identificador del archivo. Cuando se quiere bajar un archivo, se localizan los nodos que lo indexan y estos nodos devuelven la lista de fuentes para este archivo concreto. La búsqueda por nombre funciona de una manera parecida, guardando el nombre del archivo dentro de otros nodos escogidos en función de cada palabra del nombre. Una búsqueda

en Kad se ejecuta siempre en toda la red.

b. Bittorrent

Uno de los últimos desarrollos de la tecnología P2p lo encarna el programa BitTorrent, que presenta dos notables diferencias técnicas con el programa Emule. En primer lugar, para posibilitar el intercambio es necesario que un usuario, "seed", que posee el archivo en su integridad (p. ej., una obra protegida por el Derecho de autor) cree un pequeño fichero .torrent en el que se informa de la ruta de acceso al archivo y del servidor central que gestiona esa ruta ("tracker"). Es decir, a diferencia del sistema Emule, BitTorrent no incorpora un sistema de búsqueda de archivos, sino que esta información la da el fichero .torrent. Este fichero que facilita la ruta puede encontrarse en una página web o distribuirse a través del correo electrónico, pero para facilitar su búsqueda han proliferado las páginas en las que se ofrecen listas de cientos de enlaces a ficheros de este tipo. Y en segundo lugar, desde el momento en que comienza la descarga del archivo, el usuario ("peer") que lo está descargando, comparte con el resto de usuarios la parte ya reproducida, por lo que cuanto mayor es el número de usuarios que descargan un archivo, mayor es la velocidad de descarga, evitando de esta forma las colas de otros sistemas P2p.

En este nuevo escenario, los sujetos cuya conducta puede vulnerar los derechos de autor son: el servidor central que gestiona las rutas ("tracker"), cuya posición es la de un operador P2p centralizado; el responsable de los enlaces a ficheros .torrent y, mediatamente, a los archivos; y los usuarios del sistema, tanto el "seed" como los "peers".

c. Ares Galaxy

Popularmente conocido como Ares P2p o simplemente Ares, es un programa P2p para compartir archivos creado a mediados de 2002. Originalmente trabajaba con la red Gnutella, pero seis meses después de su creación, en diciembre de 2002, se optó por empezar a desarrollar su propia red independiente y descentralizada, montada sobre una arquitectura de red P2p de tipo "leaf nodes-y-supernodos" ofreciendo un sistema de búsqueda tipo broadcasting inspirada por la arquitectura de la

red P2p de Gnutella. Fue así como empezó a nacer lo que sería la red de Ares Galaxy.

Muchos seguidores del programa sostienen que posee velocidades de descarga y búsquedas superiores a las de otros clientes P2p, además de conectar rápido a la red, por lo que el programa tuvo gran aceptación entre los usuarios. Debido a las ventajas de este programa y a la pérdida de popularidad de Kazaa, el pequeño proyecto descentralizado, de ser una red experimental con menos de 10.000 usuarios, se convirtió rápidamente en una red de gran magnitud con aproximadamente un millón de usuarios en 2005.

En la segunda mitad de 2005, los desarrolladores del cliente Ares Galaxy, al darse cuenta de lo popular que resultó ser su proyecto y de que no alcanzaban a dar abasto en cuanto al mantenimiento del servidor ni al desarrollo del proyecto —y posiblemente por el temor de alguna demanda judicial debido a que era la época en que atacaban a los desarrolladores del P2p (cierre de la empresa del Edonkey)—, decidieron cambiar la licencia gratuita de su programa por una licencia libre, y de esta manera, transformarlo en un Software libre, bajo la licencia GPL. Desde entonces el proyecto se encuentra en el sitio SourceForge.net que ofrece servidor gratuito y otras opciones que permiten el fácil seguimiento del desarrollo de un software libre.

El funcionamiento de la red es como un P2p (una red que no tiene clientes ni servidores fijos, sino un conjunto de nodos que se comportan como clientes y servidores de los demás nodos, simultáneamente). Una de las razones por las cuales suele ir más rápido que otros programas de redes P2p, es por el método usado. El cual consiste, en dar mayor prioridad a aquellos nodos cuyo porcentaje de descarga completada sea menor.

d. Pando

Aunque los creadores lo promocionen como un programa P2p en realidad el funcionamiento no es el de un programa de pares, sino más bien el de servicio de hosting. El usuario envía el archivo a través del programa a una dirección de correo electrónico. El archivo se queda en los

servidores de la empresa y se envía un archivo con extensión .pando (similar al .torrent de BitTorrent) al receptor, quien puede abrir este archivo con el programa de Pando y empezar la descarga. Tiene 30 días para descargarlo; si no lo hace durante ese período de tiempo, el archivo es eliminado de los servidores de Pando y ya no puede descargarse. Para ampliar el tiempo que está alojado en el servidor una vez terminada la descarga se debe hacer clic sobre el botón de share, con esto el archivo permanecerá otros 30 días a partir del día en que hicimos clic sobre share. Al estar el archivo en un servidor de Internet, normalmente se descarga a la máxima velocidad que permita la línea del usuario, siendo esta una de las grandes ventajas de Pando respecto a los P2p. Para que los servidores no consuman tanto es posible que el usuario que ya tiene el archivo descargado suba partes de este a otros usuarios. Actualmente está en fase beta (de prueba), aunque la única limitación que tiene es el tamaño máximo de los ficheros, que no puede exceder 1 GB.

e. Peer2Mail

Otro en incorporarse a la larga lista de herederos es Peer2Mail, un sencillo pero potente programa que combina el concepto original con otro aún más extendido: el "e-mail". Creado por el programador israelí Ran Geva, Peer2Mail (P2M) es producto de la evolución de una serie de herramientas que comenzó en URLBlaze y que ha concluido, al menos de momento, en esta combinación de "peer to peer" y correo electrónico llamada a hacerse un hueco entre los gigantes de las descargas desde un punto de vista diferente.

"Tan fácil como enviar un e-mail", asegura su eslogan. Y es así: quien sepa acceder a una cuenta de correo puede utilizar P2M sin dificultades para "bajarse" a su ordenador el material en el que esté interesado. Y siempre que alguien lo haya subido previamente a la Red, claro. Porque la piedra angular de P2M, como la de todos los demás sistemas P2p, está en compartir.

En este punto entra en juego la reciente carrera entre los principales servicios de correo en Internet, que arrancó por sorpresa de la mano de Google y ha acabado resultando en una importante ampliación de la capacidad de almacenamiento de todos ellos. Es precisamente

gracias a esto, como P2M ha aprovechado las posibilidades que ofrece la competencia y se ha convertido en una alternativa a los sistemas tradicionales, cuyos envíos generalmente no se realizan desde un servidor hacia varios clientes, sino entre los propios clientes de forma individual.

En resumen, según explica su creador, P2M divide el archivo que se desea almacenar o compartir, lo comprime y lo envía en pequeños ficheros a una cuenta de correo creada por el usuario en Gmail, Walla!, Spymac, XasaMail, etc. Una vez que el programa los ha subido todos, cualquier persona que disponga de la clave de acceso puede descargarlos y unirlos de nuevo en un archivo idéntico al original⁴⁷⁶.

f. FTP y páginas web de almacenamiento de archivos

Otro sistema comúnmente utilizado como medio de descargas directas es el de uso de servidores FTP. Este sistema FTP es uno de los diversos protocolos de la red Internet, concretamente significa File Transfer Protocol (Protocolo de Transferencia de Archivos) y es el ideal para transferir grandes bloques de datos por la red. Un problema básico de FTP es que está pensado para ofrecer la máxima velocidad en la conexión, pero no la máxima seguridad, ya que todo el intercambio de información, desde el "nombre de usuario" y "contraseña" del usuario en el servidor hasta la transferencia de cualquier fichero, se realiza en texto plano sin ningún tipo de cifrado, con lo que un posible atacante lo tiene muy fácil para capturar este tráfico, acceder al servidor, o apropiarse de los ficheros transferidos. Se precisa de un Servidor de FTP y un cliente FTP, puede darse el caso de que los servidores sean de libre acceso para todo el mundo y entonces estamos hablando de login anónimo o FTP anónimo. La mayoría de las páginas web a nivel mundial son subidas a los respectivos servidores mediante este protocolo.

Además, se pueden usar páginas web de almacenamiento de archivos como "yousendit", "megaupload" o "rapidshare" para albergar archivos con derechos de autor camuflados como "otra cosa" (textos o apuntes universitarios) o la misma "imagehack", creada en exclusiva para acoger imágenes y en la que mediante técnicas de estenografía se pueden

⁴⁷⁶ Cfr. TEJERO, Luis, "Las descargas por e-mail, lo último en tecnología P2p", en *Diario del Navegante*, 28 de Enero de 2005.

insertar archivos protegidos. Este tipo de páginas da normalmente a los usuarios dos modos de uso: gratis (con más limitaciones tanto en almacenamiento como en descarga) y "Premium", con menores limitaciones, pero mediante pago. Sin embargo, uno de los problemas que tienen este tipo de páginas, es que parte del contenido hospedado en sus sistemas de almacenamiento, puede tener copyright, por lo que han de enfrentarse continuamente con las asociaciones que defienden estos derechos de autor, como MPAA, RIAA o la SGAE en España.

Por tanto, y una vez vistos los principales sistemas de descarga de contenido a través de Internet, en los próximos epígrafes se analizará si los comportamientos realizados en el seno de Napster, de Kazaa o de otros sistemas similares, pueden suponer la comisión de un delito relativo a la propiedad intelectual. Se hará distinción, además, entre la conducta del usuario y la conducta del servidor, en cuanto que muchas veces será éste el criterio determinante a la hora de la calificación de mero ilícito civil o de delito dicho comportamiento.

iv) Calificación penal de los comportamientos ilícitos dentro del sistema Napster, Pando, P2M, FTP y páginas web de descarga directa

En este caso hay que analizar conjuntamente los sistemas Napster, Pando, P2M, FTP y páginas web de descarga directa, por darse la característica común (frente al sistema P2p), de que la página web, servidor FTP o servidor de correo, pone a disposición de terceros, ya sea de modo activo o pasivo, obras protegidas. Así los usuarios de todos estos sistemas realizan esencialmente dos tipos de conductas: uploading y downloading, esto es, carga y descarga de archivos digitales que contienen obras del ingenio. Son dos comportamientos distintos tanto desde la perspectiva de la conducta natural como desde la de su encuadre en un concreto acto de explotación.

Así, el downloading, entendido como conducta del usuario que carga en su ordenador una obra digitalizada (por ejemplo, un disco, cuyas canciones han sido convertidas en archivos de Mp3) supone una

reproducción, puesto que el sujeto fija en su ordenador la obra musical, de modo que hace posible su comunicación y también la multiplicación de la misma en copias. Otra cosa es el uploading o, mejor dicho, la puesta a disposición de terceros de los archivos para el posterior downloading (uploading desde el plano del usuario que los ofrece) de otros usuarios. Conforme a la DDASI, estos comportamientos deben ser considerados comunicaciones públicas ilícitas, puesto que se trata de una puesta a disposición del público de la obra protegida, y esta conducta está incluida en el amplio derecho de explotación de comunicación pública. Así, quien deja abierto el acceso a sus ficheros, compartiendo con otros, obras protegidas, realiza una explotación ilícita en forma de comunicación pública.

Hay que tener en cuenta que, en este tipo de sistemas, estos comportamientos de downloading y uploading se realizan por separado, a diferencia de lo que es común que ocurra en el sistema P2p. Y es que la utilización de estos servidores P2p se basa en compartir archivos con otros usuarios, por lo que, y a menos que se utilice una opción del programa consistente en no compartir archivos, al descargar obras protegidas y seguir utilizando el programa y la conexión, se están poniendo esas mismas obras a disposición de terceros. De este modo las consideraciones penales de cada una de estas conductas serían las siguientes:

- Downloading. En cuanto a la descarga de obras protegidas realizada sin autorización del titular del derecho, se trata de una reproducción, pero la misma será lícita o ilícita dependiendo del uso que se pretenda realizar con la copia. Aquí habría que distinguir dos supuestos: aquellas copias que se realizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Propiedad Intelectual (LPI) en agosto de 2006, y las que se hicieron con posterioridad a esa fecha.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LPI, si se trataba de un uso privado, la reproducción sería atípica conforme a lo establecido en el antiguo artículo 31.2 LPI: *“Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99 a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”*. Si, por el contrario, la reproducción se

destinaba a la posterior comunicación pública o distribución, sería ilícita y podría ser también delictiva si se hacía con ánimo de lucro.

Como es sabido, los antiguos artículos 25 y 31.2.º de la LPI consentían la reproducción realizada para uso privado (siempre que la copia no fuera objeto de utilización colectiva ni lucrativa) de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales. La expresión legal “uso privado” comprende el empleo de la copia por un único sujeto o por una pluralidad de personas en un ámbito doméstico y reducido, con una amplitud, por tanto, ligeramente superior a la que cabe atribuir a la expresión “uso personal”, recogida en la redacción del artículo 25 de la LPI previa a su reforma mediante Ley 20/1992, de 7 de julio⁴⁷⁷.

Esta autorización legal es la causa mediata de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de la LPI, dirigida a compensar a los titulares por los derechos de propiedad intelectual que pudieran dejar de percibir como consecuencia de la reproducción privada. Este sistema de autorización y remuneración posibilita, pues, la libre realización de copias privadas en virtud de lo que cabía considerar una licencia legal indirecta: la ley sustituye al titular de los derechos en la concesión de la necesaria autorización y, en consecuencia, quien realiza la reproducción efectúa legítimamente la copia en ejercicio de la autorización legal⁴⁷⁸.

Es preciso dejar constancia de que el precepto no exigía que la obra objeto de reproducción hubiera sido adquirida por el copista. La habilitación legal de la copia privada sólo exigía que la obra hubiera sido divulgada, por lo que amparaba la reproducción para uso privado, en los términos establecidos en el artículo 31.2.º de la LPI, de todo tipo de ejemplares (por ejemplo, prestados o alquilados)³⁶.

Este régimen legal permitió concluir que la reproducción para uso privado del copista constituía, desde la perspectiva jurídico-penal, un supuesto de atipicidad en relación con el artículo 270 del CP⁴⁷⁹. De esta

⁴⁷⁷ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, “Napster...”, ob. cit., p. 72; PLAZA PENADÉS, Javier, *Propiedad intelectual...*, ob. cit., p. 118; ROGEL VIDE, Carlos, “La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico”, en *Revista de Derecho Privado*, Febrero-1997, pp. 94 y ss.

⁴⁷⁸ Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, “La copia privada...”, ob. cit., p. 101.

⁴⁷⁹ Cfr. BUSCH, Cristina, *La protección penal ...*, ob. cit., pp. 202 y ss.; GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal...*, ob. cit., p. 232; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique,

manera, habría que considerar atípica la conducta del usuario que empleaba la red P2p únicamente para descargar obras objeto de propiedad intelectual destinadas a su uso privado, pues tal operación constituía un acto de reproducción legalmente autorizado en virtud de los antiguos artículos 25 y 31.2.º de la LPI⁴⁸⁰.

En contra de esta conclusión se manifestaba una parte de la doctrina⁴⁸¹, por entender que la copia privada obtenida a través de una red P2p (el autor contempla el caso de Napster) no superaba la denominada “prueba de tres fases”, pues si bien podía cumplir los límites fijados por el artículo 31.2.º de la LPI (uso no colectivo ni lucrativo), vulneraría en todo caso el artículo 40 bis que estipula que los artículos del Capítulo II de la LPI (que disponen los límites a las facultades de explotación del titular) “*no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*”. En concreto, esta corriente alude al detrimento de la explotación normal, vinculado a derechos patrimoniales, y no al perjuicio de los intereses legítimos del autor, que considera ligado a los derechos morales.

En este sentido, es preciso advertir que el quebranto de la explotación normal de la obra pertenece a la esencia de la copia privada, pues la explotación “normal” comprende precisamente la adquisición de la obra por el particular y no su reproducción para uso privado. Para compensar este detrimento inherente a la copia privada, la LPI articula un sistema de remuneración compensatoria que carecería de justificación si la copia para uso privado no supusiera un menoscabo de la explotación normal de la obra. En adición, el propio 31.2.º de la LPI aseguraba el ejercicio no abusivo de la autorización legal mediante límites objetivos, como la prohibición de que la copia privada se empleara colectiva o lucrativamente.

En este sentido, maximizar el tenor del 40 bis hasta convertirlo en

“Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual”, *Poder judicial*, Madrid, 1988, p. 744.

⁴⁸⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Internet y Propiedad Intelectual”, *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10, Madrid, 2001, p. 393.

⁴⁸¹ Cfr. PLAZA PENADÉS, Javier, *Propiedad intelectual...*, ob. cit., p. 211.

un pretexto al alcance de los titulares de derechos para reclamar la “limitación de los límites” legales sin aducir otro motivo que la mera invocación de un indeterminado “detrimento de la explotación normal”, supondría un notable desequilibrio del sistema y justificaría cuestionar la licitud de lo percibido en virtud del artículo 25 de la LPI. Si la remuneración compensatoria es la contrapartida de una licencia legal indirecta⁴⁸² y la licencia se restringe de tal manera que la actividad autorizada no se puede desplegar porque los límites fijados son inherentes a su propio desarrollo, cabría considerar que el cobro de la contrapartida carece de causa.

A ello se añade que para alegar la ilicitud de una copia privada con origen en una red P2p sería preciso demostrar que esa copia (que puede ser una y puede ser la única) ha producido un detrimento de la explotación normal de la obra, tarea que parece complicada. Por estas razones hay que estimar que los antiguos artículos 25 y 31.2.º de la LPI amparaban la conducta del usuario que empleaba la red P2p únicamente para descargar obras objeto de propiedad intelectual para su uso privado, comportamiento que en consecuencia habría de considerarse penalmente atípico.

Esta conclusión alcanza a la reproducción de las obras estipuladas en el artículo 25 de la LPI (libros y publicaciones asimiladas, fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales), pero resulta muy discutible respecto de los programas de ordenador, expresamente excluidos de la habilitación legal para la reproducción para uso privado por el artículo 25.3.º de la LPI. Las únicas limitaciones legales al derecho exclusivo de reproducción que el artículo 99.a) de la LPI atribuye al titular, son las establecidas en el artículo 100, entre las que no se encuentra la reproducción para uso privado.

Por tanto, con anterioridad a la reforma realizada por la Ley 23/2006, en la mayoría de las ocasiones los usuarios que accedían a programas de este tipo no realizaban, pues, actos delictivos, en cuanto que lo usual es que descargasen los archivos para su uso privado. Podía ocurrir, sin embargo, que copiaran los archivos con fines comerciales, esto es, para su posterior comunicación pública o distribución. Hay que pensar

⁴⁸² Cfr. ROGEL VIDE, Carlos, “La copia privada...”, ob. cit., p. 101.

en el caso de un sujeto que descarga cientos de archivos musicales para, después, utilizarlos en su labor de DJ (pincha-discos) en una discoteca o para ponerlos en la radio. En estos supuestos la reproducción sería ilícita por no ser para uso privado y, además, podría resultar delictiva si es que el sujeto pretendía obtener algún lucro, directo o indirecto, de su actividad.

Pues bien, tras la entrada en vigor de la citada Ley 23/2006, de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, la situación ha cambiado. La copia privada ahora exige explícitamente que el original sobre el que se realiza ésta haya sido adquirido legalmente para uso privado a partir de obras a las que se haya accedido legalmente. La redacción de la nueva LPI, en lo que se refiere a copia privada, es absolutamente ambigua, sobre todo en lo que se refiere a lo del “acceso legal a la obra”, y por lo tanto puede crear inseguridad jurídica. Si bien la anterior parecía clara, la actual deja la interpretación, más que nunca, al arbitrio del juez. Por eso parece conveniente comentar la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal de Santander N.º 3, de 14 de julio de 2006⁴⁸³, en un procedimiento seguido contra un particular que había sido acusado de cometer un delito continuado contra la propiedad intelectual, consistente en ofrecer e intercambiar gratuitamente fonogramas musicales con otros usuarios de Internet a través de varias cuentas de correo electrónico y de su participación en chats.

En contra de la posición del Ministerio Fiscal y de la acusación particular (constituida, entre otros, por asociaciones del sector fonográfico, videográfico y del software de entretenimiento) la Juez estimó que la conducta enjuiciada no constituía un delito por no concurrir el elemento del ánimo de lucro que conforma el tipo penal. En cualquier caso, la sentencia añade una manifestación que ha generado una notable polémica y que incide en aspectos de naturaleza civil. Se trata de la tesis sostenida por la Juez acerca de que la conducta del acusado, consistente en compartir música protegida con otros usuarios de Internet, estaba amparada por el límite de copia privada regulado en el art. 31.2 LPI. Ese límite (de acuerdo con su redacción actual, fruto de la reforma introducida por la Ley 23/2006) ampara la realización de copias, por una persona física y para uso privado, de obras ya divulgadas a las que se haya accedido legalmente, siempre que la copia así realizada no sea objeto de

⁴⁸³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Santander, de 14 de julio de 2006 [JUR 2006\250526].

utilización colectiva ni lucrativa. La polémica suscitada por esta concreta manifestación de la sentencia responde a la extraordinaria preocupación de los titulares de derechos de propiedad intelectual por el fenómeno P2p.

Así, a juicio de un determinado sector doctrinal⁴⁸⁴, la invocación del límite de copia privada para este tipo de actos sería incorrecta. En primer lugar, ni siquiera concurrirían los elementos de la definición legal de la copia privada. Y, por otra parte, interpretar el límite de copia privada de forma tal que quedaran amparadas este tipo de reproducciones resultaría contrario al artículo 40 bis LPI, cláusula de cierre del sistema de límites a los derechos de autor en virtud de la cual no cabe interpretar los límites de forma tal que su aplicación vaya en detrimento de la explotación normal de las obras.

A juicio de estos autores, es irrelevante el hecho de que los intercambios de ficheros masivos entre usuarios se produzcan a través de cuentas de correo electrónico y no a través de sistemas P2p. Como el propio acusado manifestó, y así lo recoge la sentencia, su intención era la de hacerse con copias de productos que le interesaban bien a través de descargas en la red o bien mediante intercambios con otros usuarios a través de correo electrónico. Por el hecho de emplear una cuenta de correo particular, la copia no se convertiría en privada si lo que subyace es una actividad de intercambios en masa donde el destino de lo que uno copia y ofrece a cambio es inevitablemente colectivo.

Pues bien, visto lo anterior, parece que la clave de la modificación del concepto de copia privada reside en la calificación del concepto de “acceso legal” que se haga. Así parece que no hacía falta recalcarlo ya que la ley no ampara el abuso de Derecho, no siendo posible por tanto realizar una copia privada legal de un ejemplar cuyo origen no era legal, en ningún caso. Parece sorprendente, por otro lado, que no hayan aprovechado para restringir la posibilidad de realizar dichas copias únicamente al adquirente del original, pues desde algunas sociedades de gestión se ha sostenido, en ocasiones, que la copia privada es aquella que hace el propio usuario para su uso y disfrute en el ordenador, coche o reproductor de mp3 portátil, lo que se conoce como *space shifting*.

⁴⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, Alberto y BERGARECHO MENDOZA, Nicolás, “Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 17, Madrid, 2007, p. 57.

- Uploading. En cuanto a la calificación legal del comportamiento de la puesta a disposición de terceros de obras protegidas por parte de un usuario de uno de estos sistemas, hay que partir de que el comportamiento es siempre ilícito, aun cuando se realice sin ninguna voluntad lucrativa. Y ello porque, al contrario de lo que ocurre con la conducta de reproducción, la explotación pública de obras del ingenio en forma de distribución o comunicación pública es siempre ilícita si se realiza sin permiso del titular. Así, pues, el usuario que “comparte” sus archivos con otros usuarios de Internet está realizando un ilícito civil y, contra él, se podrán aplicar las medidas oportunas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

Esto no significa, sin embargo, que dicho comportamiento sea también delictivo. Para ello será necesario, además, que se realice con ánimo de lucro. Y ello, en el caso de un usuario que permite a otros descargar las obras que, a su vez, él ha descargado de un tercero, resulta poco probable. Así hay que acudir a la Sentencia del Juzgado de lo Penal N.º 3 de Santander anteriormente comentada, en la cual se enjuicia el caso de un internauta procesado por descargarse de Internet álbumes musicales a través de distintos sistemas de descarga de archivos y por ofrecerse a intercambiar su colección con otros internautas en chats y correos electrónicos. Finalmente, la Juez, responde en la sentencia al fiscal y las acusaciones particulares que para que exista el delito contra la propiedad intelectual es necesario que medie ánimo de lucro, una intención que no observa en el acusado. Ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían. Y, según la Juez, ello entra en conexión con la posibilidad que el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un “beneficio ilícito”, argumenta la magistrada. Sólo en el caso de que el sujeto insertara publicidad o recibiera algún beneficio económico por el hecho de que otros usuarios descargasen de su web o de su ordenador obras protegidas, podremos decir que hay delito tipificado en el artículo 270 del Código Penal.

Y a mayor abundamiento nos encontramos con que el Parlamento

Europeo votó en su sesión de 25 de abril de 2007, la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. La Directiva establece finalmente en su artículo 3 que los Estados miembros velarán por calificar de infracción penal toda infracción intencional de un derecho de propiedad intelectual cometida a una escala comercial, así como la complicidad y la instigación a dicha infracción. En virtud de la enmienda número 13, el artículo 2 de la Directiva excluye la punibilidad de los actos efectuados por usuarios privados con fines personales y no lucrativos. Eso sí, más que decir el Parlamento que compartir en redes P2p y sin ánimo de lucro comercial es legal, lo que dice es que no supondrá una infracción penal. Es decir, dice que no es delito, no que sea legal.

Hasta el momento, sin embargo, ha sido calificada únicamente la conducta del usuario. Pero en relación con el titular de la página web hay que decir, que partiendo de que en el sistema Napster la página web servía como intermediario poniendo obras a disposición del público, puede afirmarse que realizaba una comunicación pública ilícita. Si, además, empleara publicidad en la página web o pretendiera obtener beneficios económicos de cualquier otro modo, su conducta debería ser considerada delictiva conforme al ordenamiento jurídico español.

Ello parece contradecirse con el fallo de la sentencia dictada por el Tribunal Federal Alemán de Apelaciones del noveno circuito, que consideraba que Napster no violaba directamente los derechos del copyright, sino que contribuía mediante su página web y su programa informático, a que miles de usuarios lo hicieran. Aunque es cierto que la labor principal de Napster era la de facilitar el programa para la creación de la red de intercambio de archivos de usuarios, cuando éstos realizaban el downloading y el uploading desde la propia página web, estaba existiendo una comunicación pública ilícita de la que los titulares de ésta son responsables⁴⁸⁵.

En los casos de los servidores FTP en los que se almacenan este tipo de archivos, así como los supuestos de Pando, P2M y de descargas directa de páginas web de almacenamiento de archivos, nos encontramos con

⁴⁸⁵ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet...*, ob. cit., pp. 190 y 191.

algún problema a la hora de hacer una equiparación total con las páginas web del sistema Napster. Mientras que en el sistema Napster la página web servía como intermediario, poniendo abiertamente obras a disposición del público, estos otros sistemas son meros “almacenes de datos virtuales”, que los usuarios utilizan como medio para descargar y subir archivos. Estos proveedores de servicios generalmente prohíben el almacenamiento de contenidos ilícitos, pero la práctica habitual demuestra que se almacenan igualmente. Los métodos utilizados son tan sencillos como cambiarles el nombre, la extensión o dividirlos en varios archivos comprimidos.

Esto abre el debate de determinar si los proveedores de servicios o de acceso a Internet (ISPs) deben responder penalmente por sus actividades relacionadas con las conductas ilícitas de páginas web o usuarios. Hay que comenzar diciendo que el prestador de servicios es definido en la Directiva 2000/31 /CE sobre comercio electrónico⁴⁸⁶, como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información.

La misma norma define al prestador de servicios establecido como el prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un periodo de tiempo indeterminado⁴⁸⁷. Y se consideran servicios de la sociedad de la información no sólo las actividades de promoción, publicidad o invitación a la contratación de productos o servicios, sino también todas aquellas operaciones de contratación directa y de intercambio de bienes y prestaciones⁴⁸⁸.

La responsabilidad exigible a los prestadores de servicios se diferencia según se trate de una mera transmisión, de un almacenamiento en memoria caché (caching) o de alojamiento de datos. Puesto que lo que ahora interesa es analizar si los ISPs pueden ser considerados responsables por las actividades ilícitas realizadas por las páginas web, hay que analizar la responsabilidad por el alojamiento de datos. En este

⁴⁸⁶ Vid. Directiva 2000/31 /CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico.

⁴⁸⁷ Cfr. PLAZA PENADÉS, Javier, *Propiedad intelectual...*, ob. cit., pp. 228 y ss.

⁴⁸⁸ Cfr. ERDOZAIN, José Carlos, *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 200.

sentido, el artículo 14 de la Directiva de comercio electrónico señala que: *“El prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que; b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”*.

Estos preceptos han sido incorporados a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Concretamente, en el artículo 14 se regula la responsabilidad de los proveedores de servicios de mera transmisión; en el artículo 15, la de los prestadores de servicios de realización de copias caché; en el artículo 16, la de los prestadores de servicios de almacenamiento de datos; finalmente, en el artículo 17 se establece la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos para la búsqueda, y se hace en términos muy similares a los que establecía el artículo 14 de la Directiva de comercio electrónico para el servicio de almacenamiento de datos.

De todas estas disposiciones legales se puede extraer una primera premisa esencial: los prestadores de servicios son responsables legalmente de la información facilitada o por la actividad realizada cuando tengan conocimiento efectivo de que ésta es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. A esta premisa, según un sector doctrinal⁴⁸⁹, hay que sumar otra interpretativa establecida en los artículos 16 y 17 de la LSSICE: se entenderá que el prestador tiene conocimiento de dichas circunstancias cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución⁴⁹⁰.

Si esto es así, parece aceptable, en principio, que aquellos

⁴⁸⁹ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, “Respuesta penal...”, ob. cit., p. 55.

⁴⁹⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Internet y Derecho penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia”, *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 37, año IV, Madrid, abril de 2007, p. 5 a 24.

servidores que alojen páginas web en las que se cometan delitos contra la propiedad intelectual podrán responder por omisión de la realización de los mismos, dado que están obligadas en esos casos a retirar dichas páginas o hacer imposible el acceso a las mismas, y que el artículo 11 del Código Penal equipara la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal de actuar.

Puesto que la Ley restringe el conocimiento únicamente a los supuestos en los que ya existe una declaración de ilicitud de la actividad o del contenido, en ningún caso podrá imputarse por omisión el delito al servidor por el simple hecho de no haber cerrado el sitio web antes de existir tal declaración formal de ilicitud, y aun en el caso de que la actividad delictiva realizada por la página web fuera evidente.

A este respecto hay que tener en consideración la doctrina denominada de los “actos neutrales”. La tesis que mantiene dicha doctrina es que un comportamiento cotidiano no es punible como participación aunque suponga una contribución fáctica (que no normativa) a la realización de un determinado delito, cuando pueda mantenerse que dicho comportamiento queda plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, es decir, que supone un simple acto neutral ínsito en dicho rol. El analista penal no entrará ni tan siquiera a valorar si quien así se comporta tuvo “conocimiento” de estar interviniendo instrumentalizado en un ilícito ajeno, o si dicho “conocimiento” no se tuvo pero debería haberse adquirido –con una mínima diligencia–, etc., porque en estos casos, una vez más, sucede que no existe tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado, de modo tal que ni tan siquiera es necesario analizar una pretendida tipicidad subjetiva del comportamiento⁴⁹¹.

Así pues, y en base a esta teoría, el caso del prestador de servicios que aloja en su servidor una página web con actividad delictiva, pero sin que exista una declaración de ilicitud de la actividad o del contenido, puede entenderse que se trata de un “acto neutral”, ya que el comportamiento de prestación del servicio de alojamiento de páginas web en un servidor está cubierto por el rol social lícito que supone la

⁴⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Blanqueo de Capitales y Abogacía: Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, Barcelona, enero de 2008, p. 26.

prestación de dichos servicios. Por lo que en dicho comportamiento no existiría tipicidad objetiva por faltar el riesgo jurídicamente desaprobado.

v) Calificación penal de los comportamientos ilícitos dentro del sistema P2p

El sistema Peer to peer se basa en los mismos principios básicos que el sistema Napster: los usuarios descargan un programa de ordenador gratuitamente después de aceptar una licencia de uso que, entre otras cosas, les “obliga” a cumplir los derechos de propiedad intelectual. El programa permite la comunicación entre los usuarios y la creación de una red que facilita la búsqueda de archivos concretos para que aquéllos los descarguen sin pagar ningún tipo de derechos de autor. Pero, hay una pequeña diferencia: la página web no pone a disposición de terceros, en ningún momento, ninguna obra protegida (salvo el programa de ordenador del que es titular), sino que permite a través del software que los usuarios contacten entre sí y, desde sus propios ordenadores, carguen y descarguen cualquier obra del ingenio.

De este modo, las conductas de los particulares que acceden a dichas páginas web merecen la misma calificación legal que en el caso de Napster: la descarga debe considerarse reproducción, la cual dependerá del uso (privado o no privado) para resultar ilícita. Y la puesta a disposición puede considerarse una comunicación pública ilícita dado que se permite al público (y no a un círculo privado de sujetos) el acceso a obras de las cuales no tienen los derechos de propiedad intelectual.

Respecto al primer caso (descarga), aunque la anteriormente citada Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander no enjuicia una conducta de intercambio de ficheros a través de un sistema P2p sino de intercambios a través de correo electrónico y chats, la consideración de que el intercambio gratuito de música entre usuarios de Internet es una actividad amparada por el límite de copia privada podría trasladarse al ámbito del P2p.

Sin embargo ya se ha visto que con la nueva redacción del art. 31.2

LPI, cabe la interpretación de que no concurrirían los presupuestos para la aplicación del límite de copia privada porque las copias que se realizan en el marco de los intercambios de ficheros entre usuarios serían, casi por regla general, objeto de una utilización colectiva y lucrativa. Sería colectiva según esta concepción, porque los sistemas P2p por mucho que estén basados en la transmisión de ficheros directamente entre los terminales de los usuarios, se basan en la reciprocidad de los intercambios que se producen en el marco de una vasta comunidad de usuarios; los usuarios que descargan (copian) ficheros en la memoria de su ordenador, los ofrecen a su vez a otros usuarios, en un sistema en el que para poder descargar ficheros con mayor facilidad es preciso, además, compartir aquellos de los que uno dispone.

Por otra parte, esta corriente⁴⁹² también entiende que hay un cierto grado de interés lucrativo en esta actividad, toda vez que los sistemas P2p permiten a los usuarios hacerse con verdaderas fonotecas y videotecas digitales sin desembolso económico alguno. En este sentido, entienden que no puede equipararse el concepto de lucro que debe regir en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual al que resulta de aplicación en el ámbito civil para el límite de copia privada. Por tanto tendría pleno sentido que ese concepto fuera más estrictamente aplicado allí donde entra en juego el Derecho penal, basado en el principio de intervención mínima, que en el ámbito de la copia privada, el cual no dejaría de ser un límite a un derecho subjetivo y como tal, habría de ser interpretado de forma restrictiva.

Sin embargo, lo que cambia en el caso de los sistemas P2p, es la calificación jurídica del comportamiento del titular de la página web. Conforme a este sistema, la página web no se convierte nunca en servidor central, por lo que no puede decirse que realice ningún tipo de acto de puesta a disposición del público de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, no puede negarse que desde las páginas web que utilizan el sistema Peer 2 peer se favorece y facilita mediante el software la realización de infracciones en forma de comunicaciones públicas ilícitas, contra la propiedad intelectual. Pero muchas páginas web van más allá del simple hecho de favorecer y facilitar

⁴⁹² Cfr. RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, Alberto y BERGARECHO MENDOZA, Nicolás, "Ilícitos civiles...", ob. cit., p. 57.

el software. Algunas ofrecen catálogos de películas, música, etc, junto con su correspondiente “elink” (enlace), que permite, en el caso del Emule, localizar y descargar dicho archivo. Todas estas páginas, por supuesto, están saturadas de publicidad.

En el caso del sistema Bittorrent, se produce una vuelta de tuerca respecto al papel que juegan estas páginas web. Mientras que en el sistema Emule, el propio programa tiene un buscador que permite localizar los archivos que comparten otros usuarios sin necesidad de intermediarios, en el sistema Bittorrent no. Aquí no hay más remedio que acudir a alguna página web que ofrezca unos archivos denominados “torrent”, que al cargarlos en el programa, permiten encontrar la ruta hacia el archivo deseado. Más aun, son necesarias páginas web denominadas “trackers”, donde se almacenan esos archivos “torrent”, y las cuales monitorizan el tráfico de archivos.

Es necesario, por tanto, acudir nuevamente a la doctrina de los “acto neutrales” para el análisis del comportamiento de dichas páginas web. En este caso no resulta fácil su aplicación, ya que la puesta a disposición del público de un tracker que almacene archivos “torrent” destinados al intercambio de todo tipo de archivos, no es un comportamiento que quede plenamente cubierto por el rol social lícito en el que se interactúa, ya que es público y notorio que la mayoría de los trackers de almacenamiento de archivos “torrent” (por no decir todos), permiten la descarga e intercambio de obras protegidas.

Así, pues, habría que plantearse si el favorecimiento de la comunicación pública ilícita permitiría considerar al titular de la página web autor mediato⁴⁹³ de la defraudación a la propiedad intelectual por instrumentalizar a sujetos activos que actúan sin la presencia de un elemento subjetivo del injusto (ánimo de lucro). En principio, y desde un punto de vista técnico, esto es perfectamente posible, puesto que puede entenderse que la página web instrumentaliza a los usuarios para conseguir un mayor número de accesos a su página, mediante la concesión de la licencia de un programa de ordenador que les permite realizar intercambio de archivos de forma gratuita, así como

⁴⁹³ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, “La autoría conforme al Código penal”, *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* 2-2000, La Ley, Madrid, 2000, p. 1726 a 1728.

suministrando los elinks, archivos torrent, etc.

Así, y gracias a la utilización de métodos indirectos como la publicidad, la página web consigue beneficios económicos. Sin embargo, queda la duda de si la simple facilitación de un programa de ordenador a los usuarios puede considerarse un acto de instrumentalización de los usuarios para el intercambio de archivos. A priori así es, y no puede negarse que ese comportamiento mediato afecta gravemente a los derechos de propiedad intelectual, pero deberá probarse que es directamente la conducta de la página web la que conlleva que los usuarios realicen estos comportamientos delictivos. Además, y dada la exigencia del artículo 270 del Código Penal, deberá probarse en todo caso que la página web actúa con ánimo de lucro, pues en caso contrario no existirá delito contra la propiedad intelectual.

A modo de ejemplo hay que señalar la noticia publicada en www.telepolis.com el 5 de agosto de 2003, donde se recogía que: *“Antes del día 5 de agosto quedará cerrada, como medida cautelar, Donkeymania.com. Según la juez que lo ordena contiene links a ficheros para sus descargas mediante programas P2p”*. Los creadores de esta página web se defendieron argumentando que *“la página consiste en una programación PHP, de forma que los usuarios la alimentan con comentarios y enlaces”*. Ellos simplemente dejan que los usuarios cuelguen su información, alegando a la libertad de expresión de los mismos. La resolución judicial se acató, y aunque se acordó que la página quedara cerrada cautelarmente, al menos durante 6 meses, actualmente, en dicha página aparece el mensaje: *“sobre esta página se ha impuesto la medida cautelar del cierre de la misma acordada en un procedimiento penal”*. Esta fue la primera vez que en España se cerró una página por los enlaces que en ella se encuentran, sin que, además, los archivos y páginas enlazadas hayan sido declarados ilegales.

Más recientemente, en el mes de marzo de 2007, cinco páginas que albergaban contenidos P2p han suspendido sus actividades al parecer por presiones o amenazas de ser demandados. Entre los sitios que han suspendido actividades están Elitedivx, Estrenosdivx, Limitedivx, FenixP2p y Crackmanworld. Esto podría estar encuadrado dentro de la operación policial denominada “Descargas en la Red”. Dicha operación es, según la Policía, la más importante de estas características llevada a cabo en

Europa.

La investigación se inició el mes de octubre de 2005 a raíz de las denuncias presentadas en la Brigada de Investigación Tecnológica de la Policía por la Federación para la Protección de la Propiedad Intelectual (FAP), la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y la Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales (AGEDI). La primera consecuencia que tuvo fue la detención de quince personas, y el bloqueo de 17 páginas web, todo ello como parte de dicha operación contra la descarga P2p de películas, música y juegos a través de la red.

Según informó la Dirección General de la Policía, las páginas web bloqueadas, que han recibido 615 millones de visitas, permitían la obtención de copias ilícitas de recientes estrenos en el mercado. Esto era posible mediante enlaces a programas de intercambio de archivos P2p como Emule, Bittorrent, Edonkey o Azureus y proporcionaban a sus administradores unos beneficios anuales de 900.000 euros. Esos ingresos procedían de los espacios publicitarios y los enlaces contratados con empresas líderes en el sector de la mercadotecnia de ámbito nacional e internacional. Las descargas servían de “reclamo” para obtener un alto número de visitas y, gracias a ello, un beneficio económico derivado de la publicidad.

Cinco de los detenidos son titulares de empresas proveedoras de servicios en Internet que se amparaban en una práctica denominada “hosting por publicidad”. Esta práctica consiste en alojar en sus propios servidores las páginas bajo datos de registro falsos o protegidos, a través de empresas intermediarias, con el fin de eludir las investigaciones policiales. La ocultación de los datos que permiten la identificación de los administradores de las páginas ha llevado al arresto de los responsables de una de las empresas investigadas por un presunto delito de obstrucción a la Justicia.

Pues bien, visto lo anterior, hay que referirse ahora a un procedimiento judicial aun más reciente, y es el denominado “Caso Sharemula”, que hace referencia al procedimiento seguido contra los titulares de la página web www.sharemula.com, que suministraba enlaces a redes P2p. En dicho procedimiento, el 17 de octubre de 2007, el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Madrid sobreseyó las actuaciones al declarar que

no era delictiva la actividad de esta web, incluida en una mediática operación policial. La industria no sólo recurrió la decisión judicial ante la Audiencia Provincial de Madrid, sino que, apenas un mes después, la Brigada de Investigación Tecnológica fue condecorada por su trabajo en este tipo de operaciones policiales.

Desde el mismo día del anuncio del recurso contra el archivo de las actuaciones, el interés por la resolución definitiva era creciente en los medios de comunicación. No hay que olvidar que, además de lo dicho, la acusación particular estaba formada por SGAE, Microsoft, PROMUSICAE, EGEDA, Columbia Tristar Home Entertainment y Cía, SRC, The Walt Disney Company Iberia, Twentieth Century Fox Home Entertainment España S.A., Warner Home vides y Lauren Films Video Hogar S.A., entre otros.

Pues bien, finalmente el 11 de septiembre de 2008, se dictó el auto de la Audiencia Provincial de Madrid en el que se confirmaba el sobreseimiento libre en el caso Sharemula, que realizó en septiembre de 2007 el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Madrid⁴⁹⁴. Dicho auto de la Audiencia es firme, por lo que ya no cabe recurso contra el mismo.

En dicho auto, la Audiencia confirma las tesis de la defensa señalando que enlazar a las redes de pares no constituye una actividad criminal, a pesar de que ésta sea la tesis mantenida por las acusaciones particulares. La postura jurídica de la defensa consistía en la argumentación de que en sharemula.com sólo se incluyen enlaces, lo cual sería indiferente de que se tenga o no ánimo de lucro, puesto que si no hay comunicación pública ya no habría delito. Además señala la defensa que la actividad de enlazar tiene su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio, por lo que enlazar no es punible y por tanto procedía sin más el archivo de las actuaciones. Siendo también reseñable que la postura del Ministerio Fiscal también fue la de solicitar el sobreseimiento libre de las actuaciones.

En el auto, de 24 folios, se van rechazando una por una todas las alegaciones hechas por la acusación, sin eludir el análisis de ninguna de ellas y sigue la línea de la defensa de sharemula.com. De su contenido se

⁴⁹⁴ Vid. Auto n.º 582/08, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 11 de septiembre de 2008.

pueden extraer una serie de conclusiones⁴⁹⁵:

- La actividad de una página web cuyo contenido son enlaces debe estudiarse conforme la regulación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio, de 11 de julio de 2002, ya que la web es un prestador de servicios puesto que su actividad se centra en facilitar *“enlaces”, ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es, su actividad se centra en ‘enlazar’*. Un prestador de servicios sólo sería responsable del contenido creado por él mismo o por su encargo o en el caso de que exista una resolución declarando ilegal el contenido enlazado, resolución comunicada fehacientemente al prestador, cosa que no es el caso.

- Un enlace simple no supone vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Señala la Audiencia que *“este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. Simplemente, como hemos dicho, ‘ahorra’ el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador. ¿Acaso el internauta que teclea el nombre de la página en el buscador está reproduciendo o distribuyendo el contenido de la página y está infringiendo la propiedad intelectual de la misma? Es evidente que no. El enlace simple cumple esa misma función, y por eso no supone infracción de dicho derecho”*.

- Un enlace simple no supone una comunicación pública de una obra, sino una indicación de dónde se hace dicha comunicación. En conclusión, no concurrirían los requisitos objetivos del artículo 270.1 del Código penal, por lo que no haría falta analizar el ánimo de lucro.

- Debe recordarse el principio de intervención mínima del Derecho penal conforme al cual sólo debe recurrirse a éste ámbito cuando sus cauces sean absolutamente necesarios para la protección de los bienes jurídicos frente a los ataques más intensos.

⁴⁹⁵ Vid. BRAVO, David, “Resolución final del caso Sharemula. La Audiencia de Madrid es rotunda: las webs de enlaces a redes P2P no son delito”, en www.filmica.com, 18 de septiembre de 2008.

vi) Tratamiento civil en las redes P2p

No parece que plantee ninguna duda afirmar que los usuarios que participan en una red P2p están realizando dos tipos de actos que la LPI reserva en exclusiva a los titulares de derechos de autor: la reproducción (art. 18 LPI) y la comunicación pública (art. 20 LPI)⁴⁹⁶.

a. Reproducción

Teniendo en cuenta que algunos de los programas P2p permiten al usuario limitarse a la reproducción (por ejemplo descargar canciones), sin necesidad de poner a disposición del resto de usuarios las que tiene almacenadas en el disco duro, hay que plantearse si dicha reproducción está cubierta por la excepción de copia privada (art. 31 2.º LPI).

En Derecho comparado se ha planteado la siguiente discusión, que es previa al examen de los elementos del art. 31 2.º LPI, ¿puede cobijarse bajo el paraguas de la excepción de copia privada una reproducción hecha a partir de un acto ilícito (de comunicación pública, generalmente)? Esta pregunta ha recibido respuestas divergentes entre sí. El legislador alemán, aprovechando la transposición a su Derecho interno de la DDASI, ha establecido que: *“Están permitidas las copias aisladas de una obra realizadas por una persona natural para uso privado en cualquier soporte (...), siempre que no sea utilizado para realizar la reproducción un modelo producido de forma manifiestamente ilícita”* (§ 53 lbs. 1 S. 1 de la Urheberrechtsgesetz).

En el caso español, y tal y como se ha visto en anteriores epígrafes, habría que distinguir dos supuestos: aquellas copias que se realizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Propiedad Intelectual (LPI) en agosto de 2006, y las que se hicieron con posterioridad a esa fecha.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la citada reforma de la LPI, había que acudir a los cuatro grandes interrogantes que determinaban el alcance de la excepción de copia privada, y son: ¿cuándo el uso es “privado”?; ¿quién debe considerarse “copista”?; ¿qué se entiende por

⁴⁹⁶ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, “Acciones...”, ob. cit., pp. 60 y 61.

utilización "colectiva"?; y ¿"lucrativa"?⁴⁹⁷ Además, la excepción no entrará en juego respecto a las obras no divulgadas, ni afectará a los programas de ordenador (arts. 31 2.º y 99 a) LPI).

El primer requisito parece exigir que la utilización de la copia se restrinja a la esfera de la intimidad, aunque no necesariamente a la estrictamente personal, de aquél que la realiza⁴⁹⁸. Sorprendentemente se toman en consideración los actos de disfrute de la obra, que generalmente son libres. En todo caso, este primer requisito excluye del ámbito de la excepción aquellas copias que al tiempo que se realizan, incluso antes de haber reproducido el archivo en su integridad, se ponen a disposición del resto de usuarios de la red P2p⁴⁹⁹.

El segundo elemento permite varias interpretaciones, siendo las tres más repetidas que copista es⁵⁰⁰: la persona que realiza efectivamente la copia; la que posee las máquinas y explota el comercio; la que encarga su realización. Cualquiera que sea la interpretación correcta, el usuario de una red P2p encaja más o menos cómodamente en el concepto de copista, máxime cuando algunos autores entienden que las tres acepciones posibles de copista no se excluyen, sino que se suman⁵⁰¹.

El tercer requisito prohíbe la utilización colectiva de la obra. A fin de evitar el solapamiento con el primer requisito (uso privado) se ha mantenido con acierto que el carácter colectivo debe examinarse en relación a la actividad de reproducción y no respecto a la utilización de la copia una vez realizada⁵⁰². Esto excluiría del ámbito de la excepción las copias realizadas en lugares públicos (p. ej., cibercafés, aulas de ordenadores en centros de enseñanza...)⁵⁰³.

El último elemento es el carácter lucrativo. Su interpretación ha

⁴⁹⁷ Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 602.

⁴⁹⁸ Cfr. Idem, pp. 602 y 603.

⁴⁹⁹ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, "Acciones...", ob. cit., p. 60.

⁵⁰⁰ Cfr. LLEDÓ YAGÜE, Francisco, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 497.

⁵⁰¹ Cfr. GÓMEZ POMAR, Fernando, "La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Vol. 69, n.º 614, Madrid, 1993, p. 202.

⁵⁰² Cfr. Idem, p. 207.

⁵⁰³ Cfr. CASAS VALLES, Ramón, "La fotocopia y su régimen jurídico", *Aranzadi civil*, n.º 11, Pamplona, Junio de 1993, pp. 9 a 27.

dado lugar a un intenso debate doctrinal y social, en buena medida debido a las repercusiones penales. El listón que fija cuando estamos frente a una utilización lucrativa puede situarse a tres niveles⁵⁰⁴: el más bajo comienza con las copias que realiza aquel que ya tiene la obra original, pues concibe el lucro como la diferencia entre el coste de un nuevo original y la copia realizada (copias suplementarias); el intermedio entiende que es lucrativa la copia que obtenemos a partir de un ejemplar ajeno, pues nos ahorra el precio de un ejemplar licenciado (copias sustitutivas); y el más elevado califica de lucrativa la copia cuyo destino es la venta (copia pirata).

En opinión de un sector doctrinal⁵⁰⁵ la primera interpretación es demasiado rigurosa, pues vacía de contenido la excepción de copia privada. En el otro extremo, parece claro que no caben dentro de la excepción las copias que se utilizan para obtener un rendimiento patrimonial⁵⁰⁶. El problema lo plantea la categoría intermedia, que resulta ser la propia de las redes P2p. La admisibilidad de estas copias debe ser abordada desde la interpretación teleológica.

Sin embargo, las copias realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva LPI, aun no siendo delictivas por no concurrir el ánimo de lucro, se encuentran en una situación jurídica mucho más delicada que con anterioridad a la reforma. La reforma de la LPI establece ahora que se considera copia privada únicamente aquellas que se hagan “a partir de obras a las que haya accedido legalmente”. Esta definición, por su vaguedad, deja en una total inseguridad jurídica a los usuarios de estas redes. Habrá que esperar, por tanto, a ver qué interpretación hacen los jueces de la expresión “acceso legal”.

Conviene recordar que la introducción en su día de la copia privada se hizo para legalizar una situación que era absolutamente generalizada: la copia no autorizada para uso privado de obras intelectuales. Eran esas copias que se pasaban en casete de amigo en amigo. Según la doctrina, se incluyó este derecho por la imposibilidad de frenar lo que era ya una práctica socialmente admitida y por la importancia del derecho al acceso a la cultura. Cuando esas copias se masifican con la llegada de Internet y el

⁵⁰⁴ Cfr. *Idem*, pp. 9 a 27.

⁵⁰⁵ Cfr. GÓMEZ POMAR, Fernando, “La función...”, *ob. cit.*, p. 207.

⁵⁰⁶ Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 605.

derecho al acceso a la cultura pone en peligro el modelo de negocio de la industria, se inicia, o mejor dicho, se amplifica y, por lo tanto, se hace más visible, la ofensiva y las presiones de la industria musical y cinematográfica.

La definición de copia privada que ahora tenemos intenta conciliar dos intereses distintos exclusivamente privados: por un lado es lo suficientemente restrictiva como para poner en peligro las descargas vía P2p, pero sin serlo tanto como para poner en grave riesgo el canon remuneratorio que se aplica a todo medio apto para contener reproducciones de obras intelectuales.

Todo esto ha llevado a plantearse a un sector de la población que los gobiernos de cualquier signo y de todo el mundo están atendiendo con rapidez las demandas de la industria, y promulgando leyes que se adaptan como un guante a sus deseos. Así como que la reforma de la LPI española es buen ejemplo de que las exigencias de las multinacionales se convierten en leyes⁵⁰⁷.

Pues bien, el fundamento de la excepción de copia privada no es único, sino que aúna varios intereses (p. ej., acceso a la cultura, fines científicos, protección de la intimidad)⁵⁰⁸. No obstante, el más comúnmente repetido por la doctrina es la imposibilidad de control. Si la copia no se puede controlar, todo lo que puede garantizar el legislador es la remuneración compensatoria por la misma. Este control debería ser posible desde una triple perspectiva: la tecnológica, la legal y la económica. Las debilidades de que adolecen estos tres frentes conducen a la conclusión de que la excepción de copia privada prevista en el ámbito analógico continúa siendo igualmente aplicable en el digital⁵⁰⁹ y, además, abarca tanto las copias suplementarias como las copias sustitutivas.

Si bien resulta muy aconsejable que se valore antes la posibilidad de control, nadie puede negar al legislador la facultad de erradicar o restringir la excepción de copia privada. En este sentido, debe hacerse referencia a la "prueba de las tres fases" o "three steps test" (artículo 5.5.

⁵⁰⁷ Cfr. BRAVO, David, "Descargar archivos en Internet no es delito pero, ¿incumple la ley?", en *www.diagonalperiodico.net*, N.º 44, 21 dic 2006 - 3 ene 2007.

⁵⁰⁸ Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 600.

⁵⁰⁹ CARBAJO CASCÓN, Fernando, "El pulso en torno a la copia privada", *Revista de propiedad intelectual*, n.º 16, Madrid, 2004, p. 52.

de la Directiva 29/2001/CE) y al amparo jurídico que se da a las medidas tecnológicas de protección (art. 6 de la DDASI y arts. 160 y 161 del Borrador de modificación de Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual 2004). En cualquier caso, el alcance real de la prueba de las tres fases es ciertamente difuso y la futura protección de las medidas tecnológicas anticopia no afectará a los usuarios que descargan archivos en las redes P2p, pues estos no participan en la elusión, si es que ha existido.

b. Comunicación pública

El segundo derecho que se ve comprometido por los usuarios es el de comunicación pública, en su manifestación de puesta a disposición del público. Tras las vacilaciones iniciales, la DDASI ubicó en el derecho de comunicación pública *“la puesta a disposición del público de obras (...) de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”* (art. 3.1 de la DDASI). Además la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, considera comunicación pública *“la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*, definición ésta en la que parece que encajan los archivos compartidos en redes P2p.

Tal precepto dice que se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares, no considerándose pública la que se celebre en el ámbito estrictamente doméstico que no esté conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Esta definición general contenida en el punto 1 del precepto se detalla en el 2, en el que se establece que *“especialmente son actos de comunicación pública...”* los que se enumeran a continuación. Ha de tenerse en cuenta que una conducta como la que se viene examinando sólo tiene cabida en la letra i) del citado artículo 20.2 (en éste se habla de *“La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”*).

Así pues, la respuesta es tan uniforme a escala internacional, que

llama la atención que un Juez canadiense haya mantenido lo siguiente⁵¹⁰:

“The mere fact of placing a copy on a shared directory in a computer where that copy can be accessed via a P2p service does not amount to distribution. Before it constitutes distribution, there must be a positive act by the owner of the shared directory, such as sending out the copies or advertising that they are available for copying. No such evidence was presented by the plaintiffs in this case”.

“El mero hecho colocar una copia en un directorio compartido de un ordenador, donde la copia puede ser accesible vía P2p no es considerado una distribución. Para que sea una distribución debe darse algún acto positivo del propietario del directorio compartido, tales como el envío de la copia hacer publicidad de que está disponible para copiarse. Ninguna de estas pruebas fue presentada en este caso por los demandantes”.

No obstante, en la propia sentencia se insinúa que el sentido del fallo habría sido otro si Canadá hubiese implementado a su Derecho interno el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, de diciembre de 1996, que en su art. 10 recoge el derecho de puesta a disposición del público. Por ello, la solución canadiense no es extrapolable a nuestro país, en el que la doctrina acepta de forma unánime que el derecho de puesta a disposición del público encuentra acomodo sin dificultades en el derecho de comunicación pública del art. 20 LPI.

B. Acceso no autorizado a páginas web desde otras páginas web

i) Linking o utilización ilícita de hipervínculos

Para una amplia mayoría de profesionales y estudiosos de todas las disciplinas, la posibilidad de incluir en una página web referencias o enlaces a otras páginas web constituye la esencia misma de Internet. El hipertexto y los links permiten saltar de una página a otra y poner a

⁵¹⁰ Vid. Docket: T-292-04, Citation: 2004 FC 488.

nuestra disposición información relacionada con la página que estamos consultando. Pero el uso de links no siempre está exento de problemas legales.

Técnicamente hablando, la inclusión de enlaces puede hacerse de diversas formas: estableciendo un link o enlace en una cadena alfanumérica determinada. Por ejemplo, un nombre o una URL del tipo <http://www.infonomia.com>, apareciendo en ambos casos subrayada la cadena en cuestión, o estableciendo un enlace "oculto" sobre una imagen. En este último caso, al situar el ratón sobre la imagen nos aparecerá en el navegador la dirección de Internet asociada a dicha imagen, y, pulsando con el ratón, el propio navegador nos abrirá el enlace asociado a la imagen (nos llevará a la página de destino).

En el caso, por ejemplo, de que una página web de una empresa reproduzca textualmente los títulos de los contenidos de otra página web con links al correspondiente contenido, el problema sería evidente: habría una empresa que realiza un trabajo de selección de noticias y de artículos, todo lo cual puede considerarse una base de datos o una obra colectiva protegida, y sin embargo, otra empresa incorpora, no el contenido, no la base de datos, pero sí el título para que desde su página se pueda acceder a ellos, con lo cual ofrece un servicio mayor y mejor para los usuarios y puede conseguir más ingresos por publicidad.

En principio, este comportamiento, denominado técnicamente linking, sólo puede considerarse ilícito en relación con la regulación de la propiedad intelectual si se entiende que el vínculo, en este caso el título del artículo, es, por sí mismo, una obra protegida. Si el título es obra protegida, la conducta sería ilícita por vía civil e incluso delictiva si se entiende que pone en peligro los derechos de explotación, dado que se reproduce la misma con ánimo de lucro. Si no es así, si el título no tiene originalidad suficiente para considerarse obra, no estaríamos ante ningún ilícito civil y mucho menos ante un delito en cuanto no hay conducta de reproducción, distribución o comunicación pública de una obra.

Sobre el uso de links se ha pronunciado la OMPI en el siguiente sentido⁵¹¹: *"El link de un website al home o página de otro, normalmente*

⁵¹¹ Vid. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), *Intellectual Property on the Internet*:

no representaría ninguna preocupación pues dicho link puede ser asimilado al uso de pie de páginas para citar otros sitios o websites. Con el empleo de un link de esta clase, el usuario simplemente está visualizando el material del sitio al cual fue transportado y está consciente de que el mismo tiene como fuente u origen en un website diferente. Este proceso no crea una copia del trabajo u obra que se ha enlazado, distinto al que se genera en el RAM (random access memory) del computador con el cual se está navegando. Frecuentemente no se requiere permiso para establecer un link de una página o website a otro, pues el propietario de este último ha impartido una licencia implícita de establecer links al haber colocado su material o trabajo en la Web o por considerarse que ese link puede enmarcarse dentro de los casos de usos justos”.

Lo usual, pues, es que los comportamientos de linking se resuelvan por vías distintas a las del Derecho de Propiedad Intelectual. Y ello porque los links en sí mismos pocas veces pueden considerarse obras protegidas, separados de la página web que, en la conducta que estudiamos, no se ve reproducida. Lo que sí es cierto es que estos comportamientos podrán, en muchos casos, ser considerados como actos de competencia desleal, en cuanto se utilizan los recursos de una empresa a favor de otra y sin permiso de la primera.

De hecho, una parte significativa de los conflictos legales que acabaron en los tribunales norteamericanos terminaron con acuerdos extrajudiciales que acogen la tesis de la libertad de los enlaces textuales y las limitaciones de los enlaces gráficos. Sin embargo, como medio de protección, algunos sitios web, simple y llanamente, prohíben la inclusión de cualquier enlace a sus páginas⁵¹².

ii) Inlining

El refinamiento en los procesos de linking se encuentra en el

A Survey of Issues, Traducción de Felipe Sánchez, en www.ewnesslaw.com, Ginebra, 2002.

⁵¹² Vid. <http://www.colacao.es/legal.htm>, por ejemplo, que literalmente avisa de que “*queda prohibido establecer un enlace con, o un contenido de correo desde cualquier URL hasta el Web del Club Cola Cao; http://www.colacao.es sin el expreso permiso escrito de Nutrexpá*”. Este tipo de afirmaciones, aun y comprendiendo los legítimos motivos que encierran, parecen maximalistas y poco efectivas en un entorno como el de Internet.

llamado “inlining”, que consiste en introducir un link que proporciona visibilidad de ficheros gráficos, procedentes de una página web, en nuestra propia página web. El proceso implica que la página de “destino” muestra en la pantalla del usuario un gráfico que ella misma no tiene. Aunque éste es el argumento que algunos usan para negar que se estén reproduciendo gráficos de terceros (ya que no los tengo en mi disco duro), aunque este procedimiento excede claramente el llamado derecho de cita.

El caso que mejor ilustra este procedimiento es el del creador de “The Dilbert Hack Page”, Dan Wallach, entusiasta seguidor del cómic Dilbert, al que no le gustaba ni el diseño ni la apariencia de la página original (<http://www.dilbert.com/>, creada por Scott Adams). El fan de Dilbert decidió crear una página “pirata” o no oficial, por decirlo de otra forma, donde reproducía la tira diaria del famoso cómic, envuelta o rodeada de un entorno gráfico y textual que sí le complacía. Sin embargo hay que señalar que no había pedido autorización a Scott Adams. El procedimiento seguido fue la introducción en su página del código HTML que localizaba el archivo gráfico que contenía la tira.

La página Dilbert Hack Page usaba los archivos de imágenes de la página original de Dilbert que eran publicados diariamente generando un auto cargador (link) automático remoto que fue escrito en HTML de Dilbert Hack Page (DHP) (como un ASCII texto). Cuando los visitantes de Dilbert Hack Page (DHP) entraban a la página, el auto cargador (link) automático remoto le daba una orden al navegador del usuario que establecía una conexión con la página original de Dilbert y mostraba las imágenes que allí aparecían. Desde un marco estrictamente legal es importante mencionar que la página Dilbert Hack Page (DHP) no contenía en ninguna parte las caricaturas de Dilbert, lo cual implica que técnicamente, nunca se duplicaron las caricaturas. No obstante lo anterior, es bastante controvertible si la creación de la conexión electrónica que permitía traer la caricatura era una forma de reproducción de una obra protegida.

En principio, y a diferencia de lo que ocurría con los títulos de las páginas web o de los contenidos básicos de las mismas, aquí casi siempre estaremos ante obras protegidas, por lo que su reproducción, aunque sea individual, sería ilícita, puesto que al tratarse de páginas web a las que

puede acceder cualquiera, sería difícilmente demostrable que se trata de una reproducción para uso privado.

Además, con el inlining se pone a disposición de terceros una obra protegida sin permiso del titular, por lo que se está realizando una comunicación pública ilícita. Pero, pese a ser ilícita esa conducta, sólo deberá reputarse delictiva cuando el sujeto cobre por derechos de publicidad o realice cualquier tipo de actividad comercial, puesto que sólo en esos casos se podrá comprobar el ánimo de lucro. Además, también debe demostrarse que la reproducción de la obra supone una puesta en peligro de los derechos de explotación de la misma. Así, el caso de quien “baje” una fotografía para uso personal en su ordenador será, no sólo atípico, sino incluso lícito cuando se trate de una copia para uso privado.

iii) Deep linking

Similar a los comportamientos de linking e inlining es el deep linking. Éste consiste en la introducción de una página web de un link a otra página web, pero no a su página de inicio sino a un archivo o a un “momento” de la página posterior.

Los editores de sitios web conocen los beneficios de ser referidos por el mayor número de sitios posibles, lo que redundaría en una mayor presencia en los buscadores y en la consiguiente mayor afluencia de visitantes. Pero quien, por cualquier motivo, así no lo quiera, puede optar por cerrar las páginas que no quiera que sean enlazadas, no indexarlas o incluir una sencilla línea de código HTML para redirigir todos los enlaces a páginas internas directamente a la página principal.

Sin embargo, hay opiniones que manifiestan⁵¹³ que prohibir los enlaces internos es una política errónea. Permitir los enlaces al contenido es parte del oficio del editor de Internet. Si se quiere evitar esos enlaces, establecer avisos legales prohibiéndolo es inútil: si por alguna razón el editor decide no permitir el deep linking, la solución lógica sería dirigir el tráfico hacia la página principal. Eso también es una estrategia nefasta,

⁵¹³ Vid. Steve Outing, del Poynter Institute <http://www.poynter.org>.

pero no tan mala como poner avisos legales que la gente ignora y que crearán quebraderos de cabeza.

Lo que ocurre es que se han creado infinidad de servicios de noticias (agregadores de contenido) que aprovechan el deseo de muchos usuarios de echar un vistazo a la información a través de una recopilación de enlaces. Los internautas demandan contenido personalizado, indexado y enviado a su buzón electrónico cada mañana.

Ese empaquetado de información se ha convertido en un negocio tan importante como la producción de la misma, y los medios de comunicación no están dispuestos a que los advenedizos (el "top-manta" de los contenidos de Internet), se lucren a su costa. Por eso los editores tienen en el punto de mira al "press-clipping" (resúmenes de prensa) y, un paso más allá, a todos los intentos de "penetración no autorizada" en su contenido (deep linking).

En Estados Unidos de América, en los casos de demandas por razón de deep links, los demandantes se han apoyado en argumentos de infracción de derechos de autor, incumplimiento de contrato, falsa apropiación e incluso por "invasión de propiedad privada". Precisamente por este último argumento se resolvió el caso a favor del demandante en "EBay Inc. v. Bidder's Edge Inc."⁵¹⁴; y sin duda uno de los que merece especial consideración es el de "Kelly v. Arriba Soft Corporation"⁵¹⁵, que involucró el empleo combinado de deep links e inlining a través de los cuales se extraían fotografías de otra página web.

No cabe duda de que el deep linking puede afectar claramente a los intereses patrimoniales del titular de la página web, puesto que es en la página de inicio donde se realiza la publicidad principal de la página, y con esta conducta no se accede a ella. Sin embargo, y desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual, es más que discutible que este comportamiento resulte ilícito y, aún más, que sea delictivo. Y ello por dos cosas: en primer lugar, porque con esta conducta no se está reproduciendo ninguna obra del ingenio sino, simplemente, el título de la misma; segundo lugar, porque la reproducción del título que se hace

⁵¹⁴ Vid. <http://pub.bna.com/lw/21200.htm>.

⁵¹⁵ Vid. http://www.eff.org/IP/Linking/Kelly_v_Arriba_Soft/.

podría, en todo caso, entenderse como la cita de una obra, lo cual, conforme al artículo 33 LPI, está totalmente permitido.

De nuevo no es la propiedad intelectual sino la regulación jurídica de la competencia desleal la que tiene que analizar la legalidad de estos comportamientos. Y es que, de eso no cabe duda, el deep linking supone una merma de las posibilidades económicas de una empresa y puede ser, además, el incumplimiento de una de las condiciones básicas de la actividad económica de la misma. Sin embargo, hay algún autor⁵¹⁶ que califica el deep linking como conducta delictiva conforme al artículo 270 del Código Penal. Ello es así en el caso de este autor, porque confunde el deep linking con el inlining, en cuanto que lo define como el *“hiper enlace a una página o a un fichero almacenado en una página de distinto autor”*.

iv) Framing

Se trata de vínculos por medio de frames (marcos). El caso es el mismo que el anterior de los links o vínculos, salvo en que mientras en el linking al pinchar en el vínculo se cierra la pantalla y se abre otra diferente de la página web a la que se envía, en el frame, la pantalla de la página web original se mantiene abierta y aparece una pantalla pequeña con la otra página web a la que se accede sin permiso.

Introducir un marco en una página web o escrita con HTML es algo tan simple como dividirla en dos o más secciones (“marcos”) o regiones de modo que se presentan en pantalla varias páginas web simultáneamente. En realidad, y usando esta prestación incluida por primera vez en el Netscape en 1996, se escribe un código HTML que ordena al navegador presentar más de una página web segmentando el espacio disponible en pantalla. Es decir, no hay ningún fichero gráfico que se reproduzca en sentido literal dentro de nuestra página, aunque el efecto es que una página queda “dentro”, “bajo” o “alrededor” de otra.

La utilidad del procedimiento es evidente: podemos crear fácilmente un entorno común y más o menos estático que contenga

⁵¹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J., “Internet...”, ob. cit., p. 10.

nuestro logotipo, un menú, los datos de contacto o accesos a las páginas de avisos legales, mientras que en el marco se van sucediendo los distintos contenidos, en función de la parte del sitio web que el visitante explora. En otras palabras, facilitamos en una sola pantalla múltiples vistas de nuestras páginas HTML al visitante, que ve la información “organizada” por segmentos o regiones o tipos de información. Una derivación de este útil sistema es la inclusión de un marco con una página web de un tercero, que es lo que desde un punto de vista legal puede llegar a causarnos problemas.

El primer uso que se dio a la técnica de los marcos que reproducían otras páginas se vio en los buscadores de hace unos años: el resultado de la búsqueda nos aparecía dentro de un marco y podíamos “previsualizar” la página de destino antes de visitarla efectivamente. Otro uso muy común se da todavía en diversos webmail, que abren un marco para visualizar enlaces que el usuario decide seguir, de modo que incluso en la ventana del navegador donde se indica la URL o dirección de Internet visitada aparece una serie ininteligible de caracteres que literalmente despista al usuario, que no sabe muchas veces “salir” del sistema. Éste era anteriormente el uso habitual de los marcos en un sistema tan extendido como Hotmail, aunque este sistema refinaba el procedimiento abriendo automáticamente una nueva ventana con un marco superior donde insertaba un logo de Microsoft y el nombre de Hotmail, con la expresa instrucción de que cuando se acabara de visitar la página de destino, se cerrara esa ventana. En todo caso, se limitaba la navegación a la página incluida en el marco, impidiendo el uso de la misma como sus creadores la concibieron.

El caso judicial más conocido en materia de framing es sin duda el de “The Washington Post and others vs Total News” en donde los primeros demandaron a éste último por la práctica de incluir en frames los contenidos noticiosos de los primeros, obviando los banners publicitarios que aquellos tenían contratados.

A priori la conducta de framing parece exactamente igual a la de linking, pero hay una importante diferencia, la cual es que si en la conducta anterior se decía que lo único que se reproducía era el título, aquí se reproduce la página web al completo y sin autorización, y ésta sí

que es una obra protegida. Si esto se considera así, la utilización de frames debería considerarse un comportamiento ilícito y delictivo en el caso de que se realizara con ánimo de lucro.

Sin embargo, no está tan claro que el framing suponga la reproducción de la obra, o la comunicación pública ilícita de la misma, puesto que podría argumentarse que el código HTML en el que se escribe la página web no reproduce sino que permite presentar en pantalla más de una web. Nos encontramos, pues, ante un comportamiento que, por la complejidad de su consideración legal, debería regularse expresamente en una futura modificación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996.

C. Copias caché

El caching se define en la Digital Millenium Copyright Act de 28 de octubre de 1998 (DMCA) como *“el almacenamiento intermedio y provisional de material en un sistema red”*. Y consiste, pues, en guardar en la memoria RAM de un ordenador mediante la realización de una copia, un archivo o conjunto de ellos para su posterior recuperación⁵¹⁷. Este proceso, basado en la necesidad de que el acceso a los distintos sitios de la world wide web, sea lo más rápido posible, y en la necesidad de descongestionar la web mediante la creación de copias en los discos duros, puede consistir en el Client Caching cuando la copia se hace en el navegador individual de cada usuario, o en el Proxy Caching cuando se hace en la propia web para el uso de muchos usuarios⁵¹⁸.

Los comportamientos de caching, cuando lo son de archivos o de páginas web susceptibles de ser consideradas obras del ingenio, pueden afectar a los derechos de explotación al tratarse de reproducciones (Client Caching) o de comunicaciones públicas no autorizadas (Proxy Caching)⁵¹⁹. Pero tal consideración de conductas ilícitas afectaría de forma significativa a uno de los principios clave de Internet: la rapidez y facilidad con la que debe funcionar el sistema. Por ello, la doctrina primero y la legislación después, han tratado de incorporar estos comportamientos entre las

⁵¹⁷ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho...*, ob. cit., p. 308.

⁵¹⁸ Cfr. SERRANO GÓMEZ, Eduardo, *La propiedad intelectual...*, ob. cit., p. 103.

⁵¹⁹ Cfr. Idem, p. 104.

excepciones a los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual.

En nuestro Ordenamiento jurídico, la DDASI ha tratado de aclarar la cuestión al incluir en el artículo 5.1, dentro de las excepciones al derecho de reproducción, aquellas copias que *“faciliten el funcionamiento de los sistemas de transmisión”* y al explicitar en el considerando 33 que la excepción incluye el almacenamiento provisional de ficheros *“que permiten el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión”*.

Dicha excepción está justificada para el caso de que dichos actos de reproducción provisional sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en la utilización o en facilitar la transmisión, a través de una red, de una obra o prestación protegidas. Un requisito imprescindible exigido por la Directiva es que dichos actos no tengan por sí mismos una significación económica independiente. Esta excepción está prevista, principalmente, para hacer posible el almacenamiento, en la memoria caché de un ordenador, de las páginas web visitadas, lo que facilita su posterior visualización y navegación a través de ellas, al permanecer una copia de las mismas en dicha memoria. Sin embargo, la no referencia explícita al caching ha llevado a algún autor⁵²⁰ a considerar que cuando las copias tengan una repercusión económica en el sentido de perjudicar a los titulares de derechos de autor, el caching podría entenderse como no comprendido en la excepción del art. 5.1 de la DDASI.

Ha sido, pues, la Directiva sobre comercio electrónico la que ha solventado la cuestión al exigir, para que concurra la excepción, que las copias sean realizadas con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión de la información y que el ISPs que realice el caching no modifique la información, cumpla las condiciones de acceso establecidas por los derechohabientes así como las normas de actualización de las páginas web, no interfiera en la obtención de ingresos de la página web realizado a partir del recuento de visitas y mantenga la página sólo mientras ésta no sea retirada de su ubicación original.

Tratando de aplicar lo dispuesto desde el Derecho Privado al

⁵²⁰ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho...*, ob. cit., p. 336.

Derecho Penal, se puede afirmar que los comportamientos de caching sólo podrán considerarse delictivos cuando, con los mismos, se realice una reproducción de la obra protegida que afecte a los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos, sobre la misma, fuera de las excepciones basadas en la necesidad de un rápido y sencillo funcionamiento de la transmisión en Internet.

Cuando la realización de una copia caché sea realizada por parte de un servidor para aprovecharse de la página web, sin permiso de la misma, y con la finalidad de lucro, estaremos ante un delito del artículo 270 del Código Penal. Pensemos que el acceso de los usuarios a copias caché puede mermar los ingresos de los titulares de la página obtenidos gracias a la publicidad o a los contratos con el servidor basados en el número de visitas. Si por el contrario, con el caching lo que se logra es un acceso a la página que no afecta a sus intereses económicos sino que los favorece al facilitar dicho acceso, estaremos ante un comportamiento lícito conforme a la DDASI, la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y, por ende, el Código Penal español⁵²¹.

Un comportamiento similar pero esencialmente distinto al del caching es el de mirroring. Consiste en la creación de sitios idénticos a otros existentes pero no tan próximos al usuario⁵²². Es decir, con el mirroring lo que se hace es copiar de forma exacta una página web colocándola no en el servidor original sino en otro más cercano al que el usuario puede acceder más rápidamente. Este comportamiento afecta claramente los intereses económicos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, puesto que limitan el acceso a la página original.

Desde un punto de vista legal no puede negarse que el mirroring supone la infracción del derecho de reproducción, y, desde un punto de vista penal, tal comportamiento puede ser delictivo dado que afecta a los intereses patrimoniales de los titulares de los derechos de explotación exclusiva y puede realizarse por el servidor con ánimo de lucro.

⁵²¹ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet...*, ob. cit., p. 197.

⁵²² Cfr. SALELLES CLIMENT, José Ramón, "La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información", en *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2001, p. 206.

D. Softlifting

La piratería de software tiene muchas formas, algunas más conocidas que otras. Cada tipo de piratería es única y, con frecuencia, requiere de métodos de protección exclusivos. La falsificación es una forma común de piratería. Otras formas incluyen cargar el disco duro, piratería en Internet, y copiado casual o “softlifting”, como una variación de la palabra “shoplifting” que se usa para definir el robo en tiendas.

El copiado casual consiste en compartir software entre personas, de tal manera que se infrinja la licencia de uso del software. Un ejemplo de copiado casual puede ser si alguien recibe una copia de Office XP y la carga en su PC, después la comparte con una segunda persona que la carga en su PC, después la comparte con una tercera que la carga en su PC, y así sucesivamente. Esta forma de piratería es muy común y los grupos comerciales de la industria han estimado que representa un asombroso 50% de las pérdidas económicas debidas a la piratería.

En realidad no es éste un comportamiento prototípico de piratería intelectual en Internet, pero sí puede decirse que es una nueva forma de piratería que muchas veces se realiza utilizando redes de varios usuarios. Dentro de este comportamiento podríamos integrar, también, la adquisición de un programa de ordenador y su comunicación pública en una red interna para el uso de varios usuarios. Este comportamiento puede considerarse, en primer lugar, como de infracción contractual dado que el sujeto incumple las condiciones de una determinada licencia de software. Bien distinto es entender que, además, supone la infracción de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual.

Pues bien, el softlifting podría considerarse un supuesto de copia para uso privado. Sin embargo, la excepción al derecho de reproducción de copia para uso privado no se aplica a los programas de ordenador conforme a la Directiva comunitaria 7/2001, y ello por el alto valor económico que se entiende que tienen estas obras del ingenio.

Así, pues, algunos comportamientos de softlifting podrían entenderse ilícitos cuando se copien de forma no autorizada afectando así

al derecho exclusivo del titular. Difícilmente, sin embargo, podrán reputarse delictivos. Sólo en el caso de que la reproducción ponga en peligro los intereses patrimoniales al destinarse a una posterior comercialización, y realizarse con ánimo de lucro, deberíamos entender que es un delito.

E. Cracking

Para definir la conducta denominada cracking, hay que comenzar por su autor. El cracker se puede definir como el sujeto que se dedica a neutralizar (“crackear”) los sistemas de protección de software o de otras obras del ingenio digitalizadas para, posteriormente, usarlas o difundirlas⁵²³. El cracker es un autodidacta de la informática que, sin los conocimientos del hacker, lo emula. El cracker desconoce los sistemas informáticos y se limita a la “piratería informática”, especialmente a la copia in consentida de programas informáticos, con la consiguiente vulneración de los derechos de autor.

Un ejemplo de que esta actividad está más al alcance de los simples usuarios de Internet, de lo que nos pudiéramos pensar, es el de páginas como <http://mendoza777.en.eresmas.com/INFO.htm>, que ofrecen sencillos tutoriales de cracking bajo el lema: *“La finalidad de este tutorial es únicamente educativa, ya que todo el mundo tiene derecho a conocer ciertas cosas. ¿Acaso pensabais que los crackers hacen magia y pum! el programa ya está registrado?”*.

A esta actividad se la denomina cracking, y es una de las más habituales en Internet, donde cada vez más los titulares de derechos de propiedad intelectual acuden a las medidas tecnológicas para evitar la infracción de sus derechos. Así, pues, el cracking puede considerarse en un principio como un acto preparatorio de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, en cuanto es el comportamiento primario o previo para, posteriormente, realizar la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra artística, literaria o científica.

⁵²³ Cfr. MORÓN LERMA, Esther, *Derecho penal y nuevas tecnologías. Panorama actual y perspectivas futuras*, en *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, pp. 108 y ss.

Uno de los primeros casos, y de los más sonados saltaba a los medios de comunicación después de que el Grupo 2.º de Delincuencia Económica de la Policía Nacional de Barcelona, tras una denuncia de la Business Software Alliance, asociación que actúa en defensa de los intereses de diversos fabricantes de software contra la piratería, registrara las instalaciones de la empresa Vesatec, y procediera a la detención de sus responsables y a la desactivación de su servidor, que albergaba la Web “Viva el Jamón y el Vino”.

La denuncia se basa en que en esta Web había programas, generalmente conocidos como cracks (el Vino), diseñados para saltarse las protecciones que los fabricantes ponen a sus programas de modo que una vez crackeado un programa se puede copiar y usar sin restricciones. La denuncia de la BSA no entra para nada en la presencia de imágenes pornográficas (el Jamón) en esa web o de un programa generador de números válidos de tarjetas de crédito, asunto que, *“es incumbencia de las empresas emisoras de dichas tarjetas”*⁵²⁴.

Poco después de tener lugar esta operación policial usuarios de otros proveedores de acceso veían como sus cuentas de correo eran revocadas y sus páginas Web eliminadas por no ser “políticamente correctas”; así, páginas como IberHack, FatEros, y metracrack han desaparecido del mapa virtual español; Isla Tortuga también desaparecía con el servidor de Vesatec, pues estaba albergada en él.

Conforme a la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 y al Código Penal de 1995, este comportamiento puede considerarse tan ilícito como la distribución no permitida de la obra y tan delictivo como cualquiera de los comportamientos típicos del Código Penal. Y ello porque en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 se establece ésta, como una actividad ilícita y en el Código Penal el tipo del párrafo tercero del artículo 270 permite la sanción de este comportamiento de mera puesta en peligro abstracto del bien jurídico con la misma pena que otros actos que ya lesionan el bien jurídico.

⁵²⁴ Cfr. RIBAS, Javier, en PEDREIRA, Javier, “Jamón, vino y páginas de hackers crackers”, *El Ideal Gallego*, 7 de enero de 1997.

Este precepto sancionaba *“la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”*. De este modo, el cracker realizará un delito relativo a la propiedad intelectual aun en el caso de no distribuir posteriormente la obra protegida. Sólo con el hecho de tener el dispositivo técnico para suprimir las barreras tecnológicas de protección del software habría delito del artículo 270 del Código Penal.

La reforma en 2003 del Código Penal de 1995, en la que se modificaba el párrafo tercero del artículo 270 haciéndolo aplicable no solamente a los programas de ordenador sino también a cualquier tipo de obra artística, literaria o científica, supone una importante ampliación del ámbito del tipo. Con la actual redacción también serán delito las actividades de “crackeo” de obras digitalizadas protegidas, como películas u obras musicales.

Sin embargo, y aunque este párrafo no haga referencia en ningún momento a la exigencia de ánimo de lucro y de actuar en perjuicio de tercero, para un amplio sector de la doctrina⁵²⁵ ambos elementos deben estar presentes para reputar como delictivas estas conductas. Ésta sería la única interpretación posible coherente con el principio de intervención mínima y con la propia lógica de estos comportamientos delictivos que son simples actos preparatorios anteriores a los realmente lesivos de los intereses de los autores, editores, etc.

Así, pues, las múltiples noticias, incluso en forma de aparentes artículos doctrinales, aparecidas en Internet justo después de la reforma del Código Penal anunciando que esta modificación supondría castigar penalmente todos los comportamientos de downloading y uploading en Internet, no son reflejo veraz del cambio legislativo. En primer lugar, porque ya se ha expuesto que estos comportamientos, en muchos casos ilícitos pero no delictivos, tendrían su reflejo, en todo caso, en las conductas de reproducción y de comunicación pública tipificadas en el párrafo primero del artículo 270 del Código Penal; en segundo lugar, por la interpretación de que para este tipo se exige una voluntad de lucro y un

⁵²⁵ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet...*, ob. cit., p. 200.

actuar queriendo afectar los intereses de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Cuando estos elementos concurren, entonces estaremos ante delitos contra la propiedad intelectual.

F. Copias efímeras

En principio, la interpretación de la conducta de reproducción parecía la más sencilla en comparación con los otros comportamientos delictivos del Código Penal: la distribución, la comunicación pública y el plagio. La reproducción exige que haya fijación de la obra en un medio, esto es, que la obra se plasme en un medio con algún grado de permanencia o estabilidad, sea tangible o intangible, y también que la fijación permita comunicar la obra, esto es, hacerla perceptible a los demás, y posibilite la obtención de copias, del todo o de partes de la obra, a partir de dicha fijación⁵²⁶.

Se puede decir, sin embargo, que Internet ha venido a complicar la interpretación del comportamiento consistente en la reproducción. Y ello porque algunas de las copias en Internet no cumplen las características que tradicionalmente se daban en las reproducciones, por lo que queda la duda de si las mismas pueden considerarse ilícitas y delictivas conforme al Código Penal.

Concretamente, son las denominadas “copias temporales” las que plantean el problema interpretativo de si son auténticas reproducciones o, por el contrario, comportamientos distintos que no pueden englobarse dentro de este derecho de explotación. Habrá, pues, que centrarse en el estudio de estas nuevas formas de copia. Pues bien, como señala un sector doctrinal⁵²⁷, dentro de las denominadas reproducciones temporales se pueden distinguir cuatro realidades distintas: las reproducciones o copias efímeras, que son las que se producen en los ordenadores intermedios de Internet durante el proceso de transmisión de las obras desde un punto a otro; las reproducciones en memoria RAM, producidas en el ordenador del usuario cuando visualiza u oye una obra protegida; las

⁵²⁶ Cfr. BOTANA AGRA, Manuel, *Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual*, ADI, Madrid, 1987-1988, p. 46.

⁵²⁷ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *La propiedad...*, ob. cit., p. 288.

reproducciones temporales en sentido estricto, cuando se almacenan en el disco duro del usuario las páginas web; y las ya analizadas copias caché, reproducciones completas de las páginas web que se almacenan en los servidores para hacer llegar al usuario las obras de un modo más rápido.

En principio, y según la definición de reproducción del artículo 18 LPI, conforme al cual es necesario que la reproducción haga viable el acceso y disfrute de la cosa, las copias efímeras podrían considerarse lícitas y, por tanto, atípicas. Pero la definición amplia de reproducción dada por el artículo 2 de la DDASI, permitiría incluirlas⁵²⁸. Hay que tener en cuenta, sin embargo, el artículo 5.1 de la citada Directiva comunitaria, que dispone que *“el derecho previsto en el artículo 2 no se aplicará a los actos de reproducción temporal a que se refiere el artículo 2, cuando formen parte integrante de un proceso tecnológico cuya finalidad consista en facilitar el uso de una obra u otro trabajo y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente”*.

Si bien es cierto que la indefinición en la Directiva del concepto de “reproducción temporal” produce complicaciones en cuanto a la interpretación de cuándo concurrirá este límite⁵²⁹, es indudable que tanto la copia efímera, por carecer de valor económico propio, como la copia RAM, por el hecho de que cuando una página web se pone en Internet sin control de acceso se está concediendo una licencia implícita para su uso-reproducción, son conductas lícitas⁵³⁰ y su realización no dará lugar a un delito relativo a la propiedad intelectual. Por el contrario, y como ya se ha visto, las copias caché persistentes que realizan los servidores proxí sí podrían resultar ilícitas, en cuanto son copias con interés económico independiente dado que permiten obtener beneficios relacionados con la rapidez⁵³¹.

De igual modo, las reproducciones temporales en sentido estricto no entran en la excepción del artículo 5.1 de la DDASI, por tener una importancia económica evidente, de modo que, a menos que se realicen para uso privado, su realización será ilícita y delictiva si se realiza con

⁵²⁸ Cfr. Idem, p. 288.

⁵²⁹ Cfr. JULIA BARCELÓ, Rosa y GRIMALT SERVERA, Pedro, “El contenido de los derechos de autor”, *XII Encuentros sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1998-1999, p. 305 y ss.

⁵³⁰ Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *La propiedad...*, ob. cit., p. 289.

⁵³¹ Cfr. JULIA BARCELÓ, Rosa y GRIMALT SERVERA, Pedro, “El contenido...”, ob. cit., p. 305 y ss.

ánimo de lucro y en perjuicio de tercero⁵³².

⁵³² Cfr. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *La propiedad...*, ob. cit., p. 288.

XI. PENALIDAD

A. Tipos básicos (art. 270 CP)

El tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual se sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses. El proyecto de reforma del Código Penal no ha modificado la pena de prisión, pero ha aumentado a 12 el límite mínimo de la multa y ha sustituido la cláusula “o” por la de “y”, con lo que convierte las dos penas en acumulativas y no alternativas. Estas penas se agravan en el artículo 271 del Código Penal⁵³³. Además conviene aclarar que para el cálculo de la cuantía de la multa se utilizan las cantidades máxima (400 euros) y mínima (2 euros) establecidas en el art. 50.4 CP, con carácter exclusivamente ilustrativo de los límites dentro de los cuales se puede encontrar la pena.

B. Agravantes

En cuanto a las agravantes, son de especial importancia ya que se duplican los límites mínimo y máximo de la pena de prisión, y se suma la pena de multa y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito⁵³⁴. Se regulan en el artículo 271 del Código Penal y son:

- a) *“que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica”*.
- b) *“que el daño causado revista especial gravedad”*.

⁵³³ Cfr. MORETÓN TOQUERO, María Aránzazu, *Delitos...*, ob. cit., p. 39.

⁵³⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Delitos...*, ob. cit., p.46.

Tanto una como otra sólo son aplicables para las conductas típicas de distribución, comunicación pública y plagio (con distribución y comunicación pública), así como para la importación o exportación cuando efectivamente se realice la distribución de lo importado o exportado, y ello porque el beneficio obtenido exige la comercialización de la obra y el daño causado también.

El anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, modificó sustancialmente el artículo 271 del Código Penal. El mismo queda de la siguiente forma: *“Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica; b) que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados; c) que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial; d) que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos. En tales casos el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años”*.

Así pues, el primero de los cambios aprobados es la modificación de la segunda de las circunstancias agravatorias. Aquí, la especial gravedad ya no se refiere a los daños sino a los hechos, y para determinar esto se tiene en cuenta tanto el perjuicio ocasionado como el valor de los objetos producidos ilícitamente. La modificación es significativa, en cuanto permite sancionar con la pena agravada los comportamientos de reproducción, los cuales, al no producir un perjuicio o daño económico directo, no podían anteriormente dar lugar al tipo del artículo 271. Sin embargo, lo más significativo de la reforma es la inclusión de otras dos circunstancias agravatorias. Éstas se deben, según parece, a la actual configuración criminológica que este tipo de delincuencia tiene en la actualidad.

La piratería intelectual es un comportamiento que, cada vez más, forma parte de las actividades de la criminalidad organizada, y ello puede explicar la decisión político-criminal de agravar la pena cuando *“el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial”*. Algo similar ocurre con la agravante de utilización de menores de 18 años para la comisión de estos delitos, la cual, posiblemente, trate de responder al fenómeno criminológico de la utilización, por parte de bandas organizadas, de menores para la realización de dichas actividades delictivas.

C. Consecuencias accesorias (art. 288 CP)

El art. 129 del Código penal español de 1995 establece la posibilidad de que los Jueces y Tribunales puedan imponer a empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones las siguientes “consecuencias accesorias”:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

Pues bien, en el apartado de *“disposiciones comunes”*, el inciso segundo del art. 288 CP prevé la facultad de adoptar algunas de las

medidas que se recogen en este art. 129.1 Cp. Ante esta situación legal, es de fundamental importancia determinar la naturaleza jurídica de las llamadas “consecuencias accesorias” en el entendimiento de que de la naturaleza jurídica que se les asigne se van a derivar importantes consecuencias prácticas: se trata, en definitiva, de dar respuesta a la pregunta de con qué requisitos o bajo qué condiciones es posible aplicar las consecuencias accesorias previstas en el art. 129.

Así, en opinión de un sector de la doctrina⁵³⁵, las consecuencias accesorias del art. 129 son auténticas penas. Y para llegar a esta conclusión se aducen los siguientes argumentos como que las consecuencias accesorias previstas en dicho artículo no son instrumentos reparatorios civiles porque no tienden a reparar el daño causado a la víctima (por ejemplo, la suspensión de la actividad de la empresa responsable del mismo). Además, según la disposición final 6ª del Código Penal, el Título V del libro I (relativo a la responsabilidad civil ex delicto) tiene carácter de ley ordinaria y el art. 129 tiene carácter de ley orgánica.

Por otra parte, las consecuencias accesorias no pueden merecer la calificación de sanciones administrativas porque, aunque su aplicación por los órganos de la justicia penal no es un dato determinante de su naturaleza, no dejarían de ser unas “extrañas” sanciones administrativas dado que están previstas por el Código penal, son impuestas por el Juez penal, como consecuencias de una infracción penal, en el curso de un proceso penal y están orientadas a los fines de la pena (art. 129.3 CP).

Las consecuencias accesorias tampoco pueden merecer la aséptica calificación de consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción porque de ser así no tendrían por qué estar sometidas a las garantías constitucionales exigidas para el Derecho sancionador. Parece por tanto que tampoco es correcto considerar a las consecuencias accesorias del art. 129 como sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica. En primer lugar, porque no es correcto considerar a la persona jurídica como un “objeto” (paralelo a la pistola con la que se mata) ya que tiene su propia personalidad; en

⁵³⁵ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, en HURTADO POZO, José (coord.), *El sistema de penas del nuevo Código penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Madrid, 1999, p. 328.

segundo lugar porque, de seguirse la tesis instrumental, la consecuencia accesoria debería afectar sólo a la persona física con sanciones profesionales, pero en ningún caso (como ocurre con el comiso) a terceros. Por consiguiente, y por exclusión, las consecuencias accesorias del art. 129 deberían merecer la consideración de sanciones penales. O se trata de penas o se trata de medidas de seguridad, sin que tenga sentido inventarse un tercer género de sanciones penales cuando pueden ser incluidas en alguno de los dos ya conocidos.

Así las cosas, el problema sería ahora de definición. Si llamamos penas a las sanciones penales que tienen como presupuesto y límite el principio de culpabilidad (sancionan a los autores culpables) y llamamos medidas de seguridad a las sanciones penales limitadas por el principio de proporcionalidad (ya que operan en ausencia o disminución de la culpabilidad), las consecuencias accesorias del art. 129 CP constituirían auténticas penas ya que la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (ya que las personas jurídicas tiene capacidad infractora de las normas) y su propia imputabilidad, reprochabilidad o culpabilidad. Dicho de otra forma, si la aplicación de las consecuencias accesorias exige como presupuesto la propia culpabilidad de la persona jurídica es que esas consecuencias accesorias son penas⁵³⁶.

Por tanto, no parece que tenga ningún sentido considerar que las consecuencias accesorias puedan ser medidas de seguridad. En primer lugar, porque las medidas de seguridad no exigen la culpabilidad de quien las sufre y las consecuencias accesorias sí. En segundo término, porque considerar que las consecuencias accesorias son medidas de seguridad obligaría a redefinir, no el concepto de culpabilidad, pero sí el concepto de peligrosidad pasando del biopsicológico de la persona física a otro "objetivo", no recogido en el Código penal para la persona jurídica.

Y por último cabe señalar que la referencia a la prevención especial contenida en el art. 129.3 no convierte a las consecuencias accesorias previstas en el precepto en medidas de seguridad ya que también las penas tienen fines preventivos especiales. Lo mismo cabe decir respecto de la previsión de las consecuencias accesorias como "facultativas" (el Juez o Tribunal podrá imponer...) ya que tampoco se ejecutan algunas

⁵³⁶ Cfr. Idem, p. 328.

penas si no resultan necesarias desde el punto de vista preventivo especial (suspensión de la ejecución de la pena).

XII. NOTAS PROCESALES

A. La determinación espacial de la ley penal aplicable

Uno de los condicionantes de la ley penal es saber qué ley es aplicable o si resulta aplicable una determinada ley penal a ciertos hechos con relevancia jurídico-penal. Es decir, si el hecho delictivo puede ser alcanzado por la legislación penal de un país por razón del lugar de ejecución del delito. En lo que afecta a este trabajo, hay que tener en cuenta la naturaleza del medio de ejecución delictiva que ahora se aborda. Es decir, que para el autor de hechos delictivos a través de Internet las fronteras nacionales son irrelevantes. Sólo si se entiende extensible la ley penal a un determinado lugar los Tribunales penales que se rigen por esa ley podrán declararse competentes y llevar a cabo el enjuiciamiento de los hechos.

i) Determinación espacial del hecho delictivo

El primer paso consiste en establecer el lugar en el que jurídicamente se declara realizado el delito, es decir, la determinación espacial del hecho delictivo desde el punto de vista jurídico. Este problema puede parecer sencillo y lo será en muchos casos en los que la ejecución delictiva no presente diferencias temporales ni espaciales entre el comportamiento (acción delictiva en sentido estricto) y el resultado delictivo.

Pero, sin embargo, es posible que la acción desenvuelta por el autor suceda en un lugar físico, y en otro (más o menos alejado) el resultado del delito. Si ambos puntos espaciales, aunque en poblaciones diversas, se encuentran en un mismo país, no se produce duda sobre la ley penal

aplicable, que en todo caso es la misma, pero sí un problema de competencia de los concretos Tribunales penales que deberán perseguir los hechos.

En la actualidad no contamos en España con ninguna norma positiva que señale el lugar en el que se entiende cometido el delito, ya que la referencia del art. 7 CP lo es únicamente al problema de la determinación temporal de la ley penal. Para la solución de este problema se plantean tres posibles alternativas: la teoría de la acción sitúa el lugar de producción del delito allí donde el autor desenvuelve el comportamiento que dará lugar al delito; la teoría del resultado señala como lugar de realización del delito allí donde ha sucedido el resultado exigido por el tipo penal particular; y la teoría de la ubicuidad, la mayoritariamente seguida en doctrina y jurisprudencia, permite fijar el lugar de realización del delito tanto en el lugar de la acción como en el del resultado.

Dadas estas alternativas queda claro que no es posible fundamentar el lugar de comisión del hecho sobre la base de los lugares de tránsito en los lugares en los que se sitúen los nodos que permiten el recorrido telemático⁵³⁷. En estos casos de posible competencia de dos Tribunales penales españoles en la persecución de un mismo hecho punible, la jurisprudencia mantiene la determinación de la competencia territorial con arreglo a la teoría de la ubicuidad, de forma que por aplicación analógica del art. 15 LECrim., entiende que debe declararse competente, con carácter general, al Juzgado que incoó en primer término las diligencias. Mayores dificultades se producen cuando la diferencia espacial entre acción y resultado delictivo supone traspasar las fronteras nacionales.

ii) Ámbito espacial de la ley penal nacional

Hay que preguntarse ya por el espacio al que se extiende la aplicación de la ley penal de un país. Es decir, a qué lugares en los que se entiende cometido un hecho delictivo puede entenderse aplicable la ley

⁵³⁷ Cfr. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, "Algunos aspectos procesales de Internet", en MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J., *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, IV Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 45 y ss.

penal de una nación. Esto naturalmente redundaría en la declaración de competencia de los Tribunales penales de un país, en general, para poder perseguir unos hechos penalmente relevantes⁵³⁸.

En nuestro país la regla que rige el ámbito espacial de la ley penal española es la de la territorialidad. En general la ley penal española resulta aplicable a los hechos sucedidos en el territorio jurídico de nuestro país, es decir, tanto el territorio físico, como espacio aéreo y aguas jurisdiccionales. En este caso sí que contamos con declaraciones legales al respecto. Así el art. 8 Cc. como el art. 23.1 LOPJ afirman el principio de territorialidad. Este principio general tiene su base en la consideración de la ley penal como emanación de la soberanía nacional, de modo que la misma se extiende a todo el territorio del país. Sólo excepcionalmente tiene lugar la aplicación extraterritorial de la ley penal, para los casos en los que concurran los presupuestos de los principios de personalidad, de protección de intereses o de justicia universal.

De acuerdo al principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ) el hecho penal es perseguible según la ley penal correspondiente a la nacionalidad del autor, aun cuando, sin embargo, el hecho se cometa fuera de las fronteras de nuestro país. La LOPJ requiere que el hecho sea punible en el lugar de ejecución (después de las últimas reformas salvo que no lo exija el Derecho Internacional vinculante para España), denuncia o querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal y que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado ya en el extranjero.

Por tanto, conforme al principio de personalidad pueden ser perseguidos los delitos informáticos si el autor es español. Eso sí, deben darse los requisitos mencionados: que el hecho sea punible también en el país en el que se lleva a cabo el hecho (principio de identidad o de doble incriminación), previa denuncia o querrela de la víctima y a su vez que el autor no haya sido previamente absuelto, penado o indultado en aquél país. De estos requisitos la exigencia de que el hecho sea punible igualmente en el lugar de comisión puede plantear problemas especialmente con países no pertenecientes a nuestro círculo geográfico-cultural, con los que cuales las diferencias en la legislación penal son más acusadas.

⁵³⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Internet...", ob. cit., p. 20 y ss.

También puede conocer la Jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando los hechos atenten contra el principio de protección de intereses para el propio estado. En el apartado n.º 3 del art. 23 LOPJ se recoge el listado de los hechos delictivos que se entienden perseguibles sobre la base de este principio. Sin embargo será difícil que los hechos delictivos relacionados con la informática puedan ser atribuidos a la Jurisdicción española con el apoyo de este principio, dada la naturaleza del elenco de delitos que incorpora, de escasa congruencia con la delincuencia informática.

Finalmente el apartado n.º 4 de este mismo precepto indica expresamente los hechos que resultan perseguibles por la Jurisdicción penal española de acuerdo a los presupuestos del principio de justicia universal. El mismo hace posible que hechos punibles que se entienden lesivos para todos y cualquier Estado, puedan ser investigados y juzgados por la jurisdicción nacional pese a no darse los presupuestos anteriores para la declaración de competencia de los Tribunales penales españoles. De los hechos previstos en la relación que afectan al principio de justicia universal, algunos supuestos de prostitución y corrupción de menores (utilización para espectáculos exhibicionistas o pornográficos) pueden guardar relación con la delincuencia informática, aunque parece que no es así con los delitos contra la propiedad intelectual.

En ocasiones puede caerse en la tentación de buscar soluciones a la persecución de este tipo de hechos delictivos mediante su incorporación generalizada al ámbito del principio de justicia universal. Sin embargo no dejan de señalarse los inconvenientes y dificultades que genera esa pretensión. Así se ha indicado que *“La incondicionada persecución de toda acción delictiva ejecutada mediante Internet no puede sostenerse con un mínimo rigor. De ahí que la reformulación del principio de universalidad a partir de un criterio puramente instrumental, supondría un verdadero peligro para la coherencia del sistema de delimitación jurisdiccional”*⁵³⁹.

Se hace evidente que la aparición de las nuevas tecnologías pone en cuestión el sistema de determinación de la ley penal conforme a los

⁵³⁹ Cfr. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, “Algunos aspectos...”, ob. cit., p. 45 y ss.

principios señalados. De forma que, por una parte, en Internet una estricta aplicación del principio de territorialidad conduce a la impunidad, sin embargo no son menores los peligros de otras alternativas.

iii) Cooperación penal internacional

Declarada la aplicabilidad de la ley penal española conforme a cualquiera de los principios que rigen la misma, puede, sin embargo, presentarse otro obstáculo en la persecución del hecho delictivo. Aun cuando los Tribunales penales puedan conocer del hecho según los criterios territoriales o extraterritoriales, si el sospechoso se encuentra fuera del territorio nacional, el mismo no puede ser puesto a disposición de los Tribunales para que estos lleven a cabo la investigación y enjuiciamiento de los hechos. Para superar estos obstáculos existen diversos mecanismos internacionales de cooperación penal entre los Estados, entre los que sobresale el de la extradición.

La extradición consiste en una institución de larga tradición que permite poner a disposición de los Tribunales a aquellas personas refugiadas en país distinto de aquel que pretende procesarle. El Estado que se declara competente en el enjuiciamiento de los hechos solicita (Estado requirente) la entrega de los sospechosos al país de refugio (Estado requerido) para proceder a declarar las responsabilidades penales a que hubiera lugar. De esta forma si determinados hechos relacionados con la informática hubieran sido cometidos desde el exterior y los Tribunales penales españoles pudiesen declararse competentes, podrían solicitar la extradición de los imputados de haberse refugiado en otro país.

Sin embargo la institución de la extradición presenta en su regulación legal una serie de requisitos que pueden dificultar su aplicación. La LECrim. en sus arts. 824 y ss. regula la conocida como extradición activa, en la que España solicita la entrega de un acusado refugiado en otro país y determina los supuestos de posible solicitud de extradición. Además de darse alguno de los supuestos de extradición previstos, otros principios que informan esta institución poseen especial significación en este campo. Así el principio de identidad o de doble incriminación exige, para proceder

a la extradición, que el hecho perseguido sea punible tanto en el país que solicita la extradición como en aquél en el que se encuentra refugiado el acusado. En muchos casos las legislaciones penales poseen la suficiente homogeneidad para que no exista problema en este terreno, pero en otros casos, singularmente países no pertenecientes a nuestro ámbito jurídico-cultural, la vigencia de este principio puede representar un freno a la posibilidad de poner a disposición de los Tribunales al autor de los hechos.

Otra limitación a la extradición lo constituye el principio *non bis in idem*, según el cual no se concede la extradición si el delito ya ha sido objeto de enjuiciamiento en el Estado requerido, y, por otra parte, en los Tratados y leyes de extradición suelen señalarse las penas mínimas a partir de las cuales los delitos pueden ser objeto de extradición, excluyéndose el resto de hechos punibles por considerarse de escasa gravedad. Por ello habrá de estarse a los convenios bilaterales o multilaterales sobre esta materia en los que participen los Estados requirente y requerido.

El escenario se complica cuando expresamente se elige situar el servidor en determinados países antes conocidos como “paraísos fiscales” y ahora convertidos en “paraísos informáticos”, pues al no participar los mismos en ninguna clase de Convenio Internacional que permita a otros países que sufran consecuencia de hechos realizados desde aquellos, no pueden reclamar la entrega de quienes llevan a cabo determinadas actividades como por ejemplo la venta ilegal de software, etc⁵⁴⁰. Así cabe señalar, a modo de ejemplo, una serie de países con los que España no tiene firmado ningún Convenio de extradición a día de hoy, con lo que sería sumamente difícil reclamar la entrega de los autores de este tipo de hechos, y son: Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Turquía, Filipinas, Vietnam, Tailandia, y un largo etc. de países del Este de Europa y de Asia⁵⁴¹.

Frente a este tipo de situaciones se propone interponer acciones legales ante los Tribunales Norteamericanos para que éstos se dirijan a la IANA (Internet Assigned Numbers Authority), organismo con sede en

⁵⁴⁰ Cfr. RIBAS ALEJANDRO, Javier, *Aspectos jurídicos del Comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 139 y ss.

⁵⁴¹ Vid. listado completo de convenios bilaterales en materia de extradición firmados por España, en <http://judicatura.com/Listados/Bilaterales2.asp?vMaterias=036&vBase=BI>

EE.UU. y encargado de asignar los llamados Internet Protocol (IP), número que identifica a un servidor a lo largo de toda la Red, a los propietarios de un servidor. La suspensión o retirada del IP hace que deje de ser visible el servidor para los usuarios de la Red, por lo que al menos se consigue frenar la conducta delictiva.

B. Legitimación activa

Tras la modificación realizada por la Ley Orgánica 15/2003, el art. 287.1 restringe el listado de los delitos semipúblicos del Capítulo XI limitándolos a los de la Sección tercera, lo que significa sacar de ese listado a los delitos de propiedad intelectual (Sección primera) e industrial (Sección segunda), que pasan a convertirse en delitos públicos o perseguibles también de oficio. Sin embargo esta modificación no ha sido bien aceptada por toda la doctrina⁵⁴².

Podrá proceder, por ende, la apertura de diligencias previas del proceso abreviado, además de por denuncia o querrela del agraviado⁵⁴³, por iniciativa de cualquiera de los órganos con competencia instructora (juez de instrucción, Ministerio Fiscal, policía); o en su caso diligencias urgentes (proceso para enjuiciamiento rápido) por atestado policial, denuncia (que habilita la entrada, a partir de ese momento irreversible, del Fiscal) o querrela (actuando como acusador particular) del agraviado.

No es preciso estudiar aquí los casos donde el Fiscal puede sustituir la falta de voluntad de la víctima, que sigue trayendo el 287.1.º porque quedan como excepción a los que siguen siendo delitos semipúblicos. Sin embargo, llama la atención que no se haya reformado el apartado siquiera para precisar que la afectación a los intereses generales o a una pluralidad de personas, deviene ya irrelevante a los delitos de las dos primeras secciones. Precisamente la consideración del interés colectivo de la tutela penal, queda subsumida en su nueva condición de delitos públicos.

⁵⁴² Cfr. SORIANO SORIANO, José Ramón, "Los delitos contra la propiedad industrial, en la obra colectiva, Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, Madrid, 1996, pp. 102 a 105.

⁵⁴³ Vid. SAP Barcelona núm. 409/2006, de 10 de abril [JUR 2006\262971].

La prerrogativa de poder incoar un procedimiento sin depender del agraviado, solventa de paso un problema de práctica forense (y además común entre los delitos semipúblicos): el de los casos en que los órganos de instrucción, sobre todo los cuerpos de policía judicial, reciben noticia o practican actuaciones de averiguación preliminar sin cobertura formal, y la validez de esos actos depende en cuanto quedan sanados o no por la posterior denuncia del sujeto.

La postura de las Audiencias ha tendido a reputarlas (siguiendo tesis de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en otros ámbitos) como una especie de “diligencias de prevención”, no afectadas de nulidad sino anulables, que se salvan en virtud de esa denuncia posterior, por ser esto diferente a la problemática de la vulneración de derechos por pruebas ilícitas⁵⁴⁴.

Por lo que respecta a la legitimación activa, el nuevo art. 287.1 CP da acceso directo no sólo al Ministerio Público (quien sostiene siempre la acción penal con arreglo al principio de legalidad y no de oportunidad: arts. 104 y 108 LECrim.), sino también a la acusación popular (art. 125 CE, arts. 101 y 270 LECrim.). Esta última no presenta ninguna peculiaridad aquí respecto del régimen general, ni en orden al tipo de acción que puede ejercitar: en todo caso la penal, no la civil⁵⁴⁵ ni en cuanto a requisitos formales (constitución de fianza suficiente para responder de posibles daños: art. 280 LECrim.), titularidad (no sólo personas físicas sino jurídicas, de derecho Público o privado)⁵⁴⁶.

i) La legitimación del titular del derecho

Dentro de los preceptos de la LECrim. reformados por la LO 15/2003, merecen considerarse en primer lugar los arts. 771.1.^a y 776.1 y 2, referidos al procedimiento abreviado que es el cauce por el que, en razón

⁵⁴⁴ Vid. SAP de Baleares, de 23 de noviembre de 2001 [ARP 2002\89], SAP Barcelona, de 20 de marzo de 2002 [JUR 2002\158739], SAP Barcelona, de 9 de septiembre de 2002 [JUR 2002\280404], todas ellas dictadas a propósito de la investigación de delitos de propiedad industrial.

⁵⁴⁵ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 244.

⁵⁴⁶ Vid. Auto TS Sala Segunda de 20 de enero de 2003 [RJ 2003\251], haciendo resumen de la jurisprudencia suya y del TC) o prohibiciones (arts, 102, 103, y 270.11 LECrim).

de la gravedad de la pena, se sustanciarán los delitos de propiedad intelectual e industrial, salvo cuando proceda el de enjuiciamiento rápido, donde ambos artículos, por cierto, también devienen aplicables (por remisión del 796.1).

El art. 771.1.^a atribuye a las “*personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos*”, el llamado ofrecimiento de acciones de los arts. 109, 110 LECrim. por la policía, mientras el art. 776 hace lo propio por el secretario (si no se practicó aquella y el asunto ha pasado al juzgado de instrucción).

Debe aclararse que la expresión “representación legal” del 771.1.^a no parece estar empleada aquí con un significado técnico, es decir, referido únicamente a quienes actúan en juicio en nombre e interés de otro por ser su representante legal, necesario (personas jurídicas) o voluntario por mandato. Sin duda la norma se dirige también a ellos, en el entendido de que en todas esas situaciones de representación estricta, la parte acusadora seguirá siendo el titular de la obra literaria, musical, etc., o marca o patente explotada sin su consentimiento. Como tal parte, dicho titular afrontará los derechos, cargas y obligaciones inherentes al proceso, no el representante quien, eso sí responderá ante aquél de su actuación).

Pero, además de ellos y acaso especialmente, el 771.1.^a quiere incluir también los supuestos en que el titular original del derecho infringido: a) efectúa la cesión de éste a un tercero; b) queda privado ex lege de la legitimación para defender ese derecho, y la acción pasa a una entidad especializada de gestión colectiva.

En el primer caso, habrá que examinar el documento para saber si lo que se cede es apenas la gestión o “administración” del derecho, o para cuya explotación se exige recabar antes la autorización del titular, con lo que estamos de nuevo ante la hipótesis de un mero representante legal; o si trata realmente de una transmisión por acto entre vivos, que convierte al cesionario en nuevo titular y legitimado ante los tribunales⁵⁴⁷.

En el segundo caso, el legislador ha considerado que la mejor

⁵⁴⁷ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997, pp. 107 a 108, 140.

protección de derechos que pertenecen, aunque individualmente en origen, a una gran cantidad de personas, demanda el detrimento de la legitimación a esa colectividad, para delegarla, en ese solo ámbito (pues los titulares no dejan de serlo, ni de gozar de capacidad y legitimación para defender cualesquiera otros derechos) a entidades creadas para su defensa en juicio y fuera de él (art. 150 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, anterior 135 de la Ley de 1996, que pasó a esta numeración tras la Ley 5/1998).

Así ocurre, en el marco de adhesión obligatoria a las entidades de gestión de la propiedad intelectual (SGAE, etc.), con los derechos de remuneración (art. 25 LPI) y autorización de repertorio no exclusivo de obras (art. 157 LPI), ejemplos identificados por la misma doctrina⁵⁴⁸. Dicha intervención (que se califica como en sustitución del titular, y para otros como legitimación propia) ha sido aceptada también por los tribunales penales sin hacer discriminación (que por otro lado no formula la ley) entre acciones penales y civiles⁵⁴⁹.

El antiguo art. 150 LPI se remitía al 503.2 LEC 1881, ya derogado, lo que no obsta para que siga en pie el requisito de acreditación de su personalidad, que en este caso deriva en condicionante de su legitimación y entrada por ello como parte en el proceso penal. Y aceptado que estas entidades, al actuar con legitimación indirecta, tienen facultad de plantear los términos de la pretensión (punitiva o civil), queda por resolver su poder de autocomposición del objeto litigioso, no ya del penal, que no se posee (sólo en los delitos perseguibles a instancia de parte), pero sí del civil, aunque la tesis a favor no se ha impuesto.

Finalmente, observar que aunque el titular no sea parte o no actúe por sí mismo en el proceso, éste sigue ostentando la cualidad de agraviado por el hecho, es la víctima del delito, y en esa perspectiva ha de serle garantizado lo que para éstas contempla la ley en cuanto al conocimiento y publicidad de la causa, resultando destinatario de la previa información

⁵⁴⁸ Cfr. *Idem*, pp. 149 y ss.

⁵⁴⁹ Vid. STS de 19 de mayo de 2001 (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales) [RJ 2001\9955]; SSAP de Córdoba de 4 de marzo de 2002, Sección 1.ª (Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales y Asociación de Distribuidores e Importadores Videográficos de Ámbito Nacional, que son llamadas "agraviados") [ARP 2002\366] y 12 de junio de 2002, Sección 3.ª (Centro Español de Derechos Reprográficos) [ARP 2002\520]; SAP de Madrid, Sección 1.ª de 25 de octubre de 2002 (Sociedad General de Autores) [JUR 2003\62810], etc.

sobre actos, o en su caso notificación de las resoluciones que recaigan: art. 779.1.1.^º y el auto de sobreseimiento; fecha del juicio oral (785.3); sentencia de primera instancia (789.4); fecha de celebración de vista en apelación (791.2), y sentencia dictada en ésta (792.4) LECrim., ocasiones todas en las que la ley hace mención indistinta a la víctima, agraviado, ofendido o perjudicado aunque no se haya mostrado parte ni deba intervenir en las actuaciones.

C. Descubrimiento e investigación de los hechos

En el ámbito de la delincuencia informática se presentan sin duda importantes complicaciones para el descubrimiento y la investigación de los hechos en y mediante el ordenador, de forma que puede en ocasiones no ser raro que muchos de los casos no lleguen nunca a detectarse. Según datos del FBI sólo se llegan a descubrir un 1% de los casos, de estos únicamente el 14% se ponen en conocimiento de las autoridades y, finalmente, tan sólo un 3% de estos últimos acaba en una sentencia condenatoria. De forma que de cada 22.000 autores de estos hechos, solamente 1 de todos ellos resultaría condenado por los Tribunales⁵⁵⁰, con lo que se evidencian los graves problemas que se ciernen sobre la lucha contra este tipo de hechos.

Desde el punto de vista técnico se aprecian problemas de envergadura en la investigación, pues el rastreo informático de la ejecución delictiva se entorpece con la característica falta de visualización inmediata de los pasos lógicos ejecutados y la numerosa acumulación de procesos individuales que se ejecutan diariamente y a lo largo del tiempo en un sistema informático⁵⁵¹. Así *"Internet facilita el anonimato y permite que el seguimiento de la huella telemática que va dibujando la ejecución del delito, tropiece con saltos territoriales provocado mediante una hábil utilización de los nodos que hacen posible la comunicación telemática"*⁵⁵².

⁵⁵⁰ Cfr. SIEBER, Ulrich, *Criminalidad informática: peligro y prevención*, en *Delincuencia informática* (MIR PUIG Comp.), PPU, Barcelona, 1992, pp. 31 y 32.

⁵⁵¹ Cfr. CONSENTINO, Guillermo, y otros, "Tras los pasos de la seguridad perdida, Delitos informáticos", *Revista Informática y Derecho*, n.º 23 a 26, UNED, Mérida, 1998, p. 1198.

⁵⁵² Cfr. MARCHENA GÓMEZ, Manuel, "Algunos aspectos...", ob. cit., p.45 y ss.

Una de las características de los medios de comunicación electrónicos es justamente la necesidad de contar con un intermediario (el ordenador y sus programas) que facilite el acceso a la información. Incluso puede añadirse el cifrado de los accesos y contenidos lo que dificulta todavía más su conocimiento. Con ello la individualización del concreto proceso de ejecución del hecho delictivo alcanza cotas elevadas de complejidad técnica, duración y coste económico. No es despreciable este aspecto de la carga económica de la investigación.

Si se trata de una empresa privada puede en ocasiones llegar a considerar que es más rentable el abandono de la investigación que su finalización. Si son los poderes públicos, esto requiere la dotación de partidas presupuestarias suficientes para contar con personal especializado y material adecuado y eso, en ocasiones, no será posible. Además, todo ello se ve agravado desde el momento en que, precisamente para esquivar la investigación, el acceso a la red o los contenidos introducidos pueden ser trasladados convenientemente a otros servidores⁵⁵³.

El cambio permanente de la ubicación del servidor con contenidos ilícitos, que puede lograrse con gran facilidad, impide evitar la continuidad de la realización delictiva y tiende a alargar indefinidamente la investigación. Si se decide la colocación del servidor por el autor de los hechos en uno de los llamados paraísos fiscales, las dificultades vienen del lado jurídico, al imposibilitarse la investigación y detención de los delincuentes en aquél país.

Por otra parte, también en atención a la perspectiva jurídica, hay que señalar que la investigación obliga a trabajar con datos sensibles, por lo que puede entrar en conflicto la aportación de elementos relevantes para la investigación con el anonimato y la protección de la intimidad⁵⁵⁴ del "ciudadano electrónico"⁵⁵⁵. Y respecto a la colaboración necesaria de los operadores de la red en la investigación criminal, tampoco se cuenta con una definición suficiente de estos deberes de colaboración de

⁵⁵³ Cfr. MORON LERMA, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 122.

⁵⁵⁴ Vid. MORALES PRATS, Fermín, *Internet: riesgos para la intimidad*, en LÓPEZ ORTEGA, Juan José, *Internet y Derecho*, Cuadernos de Derecho Judicial 2001-10, CGPJ, Madrid, 2001, p. 72 a 76.

⁵⁵⁵ Cfr. MORON LERMA, Esther, *Internet...*, ob. cit., p. 31.

operadores y titulares de servidores que permitan a las autoridades obtener pruebas suficientes de los hechos.

No hay que desdeñar tampoco en la valoración de los escasos resultados que muestran las estadísticas, lo relativo a los posibles menoscabos en la imagen pública de una empresa. En muchas ocasiones los empresarios pueden optar por no perseguir los hechos ilícitos relacionados con el sistema informático propio por temor a las repercusiones sobre la imagen pública de la marca comercial o de la empresa. Lo cierto es que bien con una mera investigación interna o incluso sin ningún tipo de averiguaciones sobre los hechos queda cortada de raíz la posibilidad de esclarecimiento de los hechos al poner en el primer escalón del orden de prioridades el miedo a la pérdida de confianza de clientes y ciudadanos. Con lo cual, además, se proporciona una amplia sensación de impunidad a los autores de este tipo de delitos.

i) Posibilidades de investigación

La investigación de este tipo de hechos delictivos se aparta mucho del procedimiento habitual. Aunque existen otros hechos y datos ajenos a los sistemas informáticos, son aquellos los que pueden proporcionar las evidencias más relevantes, incluso en algunos casos sólo los datos procedentes del sistema informático resultan definitivos. Pese a todos los inconvenientes señalados para la persecución de estos hechos, sin embargo, no dejan de existir recursos que posibilitan el rastreo de las “huellas electrónicas” de un delito informático. Las alteraciones de datos y programas y los accesos a sistemas informáticos no dejan huellas semejantes a la de la delincuencia tradicional, de forma que las “huellas digitales” introducen una gran novedad y complejidad. Existe la posibilidad de identificar quienes de manera ilícita introducen y procesan datos mediante loggins y otros registros⁵⁵⁶.

Los ordenadores se identifican por el número IP (Internet Protocol) establecido mundialmente y que queda registrado en todos los accesos a

⁵⁵⁶ Cfr. SIEBER, Ulrich, *Documentación para una aproximación al delito informático*, en *Delincuencia informática* (MIR PUIG Comp.), PPU, Barcelona, 1992, p. 94.

la red. Así en lo que concierne al correo electrónico, la cabecera del mismo proporciona el número IP, salvo en los casos de correo electrónico anónimo que ofrecen determinadas empresas o para los teléfonos móviles con sistema de prepago. Además en los pasos de la comunicación por Internet la identificación del servidor queda registrada en los logs o registro de sucesos de los ordenadores, de los que se puede obtener, por tanto, datos de sumo interés. Y otra alternativa en la investigación, frente a los posibles obstáculos ya indicados, consiste en seguir la pista al dinero mismo y que de ahí se deriven otros extremos válidos para la indagación propiamente electrónica, en el caso de que se trate de un asunto con contenido económico⁵⁵⁷. También en el caso de intervenciones de las comunicaciones telemáticas se presenta un alto índice de ineficacia debido a los sistemas de encriptación utilizados, por lo que las fuerzas policiales de todos los países entienden necesario la creación de puertas traseras⁵⁵⁸ en estos sistemas.

En el ámbito policial se centra uno de los puntos decisivos para la eficacia en la lucha contra la criminalidad informática⁵⁵⁹. Así la creación de unidades especializadas constituye un presupuesto necesario para afrontar este fenómeno. De este modo, y dentro de la legislación nacional nos encontramos con estas dos especialidades.

En primer lugar se introduce un nuevo párrafo d) al apartado cuarto del art. 282 bis LECrim. para dar cobertura a la persecución de todos estos delitos a través de la figura del “agente encubierto”. La iniciativa guarda relación con la palpable idea legislativa de que esta clase de actividades está proliferando por medio de bandas criminales, lo que deriva en su previsión también sustantiva, como circunstancia del tipo agravado del 271.c) y 276.c) del CP. Nada más se especifica aquí, por lo que valen en su plenitud las reglas del mismo art. 282 bis en cuanto a protección de la identidad del agente (en relación con la LO 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales), límites de su actuación (de modo

⁵⁵⁷ Cfr. Idem, pp. 94 y ss.

⁵⁵⁸ Los programas que se clasifican como “backdoors” o “puertas traseras” son utilidades de administración remota de una red y permiten controlar las computadoras conectadas a ésta. El hecho de que se les clasifique como software malévolo en algunos casos, es que cuando corren, se instalan en el sistema sin necesidad de la intervención del usuario y una vez instalados, no se pueden visualizar estas aplicaciones en la lista de tareas en la mayoría de los casos.

⁵⁵⁹ Cfr. HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J. / ÁLVAREZ DE LOS RÍOS, José Luis, “Medios informáticos y proceso penal”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal IV*, Madrid, 1999, pp. 544 y ss.

de no incurrir en la provocación de delitos) y consiguiente exención de responsabilidad.

Ese fenómeno de organización e internacionalización criminal paulatina ha llevado a incluir también a los delitos contra la propiedad industrial en el listado del art. 9 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre Orden europea de detención y entrega, permitiendo la expedición de ésta sin tener que comprobar el requisito de punición en el país de la autoridad judicial de ejecución, al rebasar la pena máxima de 3 años de privación de libertad en España que se fija en dicho precepto.

En segundo lugar, se incorpora como cuarto párrafo del art. 338 LECrim., el tratamiento a efectos de la instrucción penal de los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en el sentido de que procederá en principio su conservación y custodia, a menos que por su naturaleza o porque se desprenda "*peligro real o potencial*" se decrete por el juez su destrucción, guardando muestras suficientes, pero, y esto es peculiar de los delitos en examen, previa práctica de informe pericial, se entiende que sobre sus características, composición y valor.

Dicha orden judicial de custodia (regida por lo dispuesto en el RD 2783/1976, de 15 de octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, y Orden del Ministerio de Justicia de 14 de julio de 1983), además de tener una finalidad preventiva clara (evitar que esos efectos acaben destinándose a su distribución o comercio, o generen beneficios económicos), puede constituir un aseguramiento de la sanción en especie a imponer en la sentencia futura, como es la de sanción de comiso (art. 127 CP, reformado también por la LO 15/2003). Tampoco es descabellado que algunos de los aparatos o herramientas utilizados, puedan quedar afectados a medidas de embargo para asegurar las responsabilidades civiles. Y también con carácter cautelar, y remitiéndose al art. 727 LEC, apartados 7 a 9 inclusive, de aplicación supletoria, se podrán adoptar medidas de prohibición de la actividad ilícita, que podrán tornarse en definitivas con la sentencia de condena, a tenor de lo permitido por el art. 129 del CP.

Por otra parte la característica mundialización del fenómeno, con el

desbordamiento de las fronteras nacionales mediante estos sistemas, impone una progresiva cooperación policial internacional en este terreno, sobre la base de una más amplia y general cooperación internacional en esta materia. Cooperación que ya ha dado lugar a la creación de sistemas de información intercomunicados, con trasvase de información policial entre los distintos países, fundamental a la hora de componer el mapa total de los hechos que pueden encontrarse fragmentariamente en distintos países. Incluso puede llegarse a crear cuerpos policiales internacionales con agentes propios que realicen funciones en el campo de la delincuencia informática (EUROPOL). Sin esos cauces formalmente establecidos de cooperación entre las naciones para facilitar la información en el ámbito de la investigación y del proceso penal, los hechos relativos a la criminalidad informática permanecen inaccesibles dado su carácter transnacional.

En este sentido el primer medio de cooperación internacional práctico lo constituye el Convenio sobre cyber-criminalidad del Consejo de Europa. El mismo establece la armonización legislativa en materia penal sustantiva y procesal penal, así como medidas de auténtica cooperación internacional para el desarrollo de la investigación y procedimiento penal en esta materia. El propio Convenio declara como fines perseguidos, completar la normativa de investigación y procedimiento penal con vistas a su mayor eficacia en la recogida de pruebas electrónicas de una infracción penal en el ámbito de hechos relacionados con sistemas y datos informáticos.

Además, para la eficaz investigación de los hechos relacionados con la criminalidad informática resulta decisiva la aportación de quienes de distintas maneras intervienen en el conjunto de procesos relacionados con el fenómeno de Internet. La facilitación de datos relativos al uso de la red o el acceso por parte de los investigadores a algún punto de la red para obtener la constancia de determinados extremos, depende de los deberes jurídicos de colaboración que se establezcan para los distintos operadores de Internet y titulares de servidores.

Vinculado a esto se presenta lo relativo a la intervención de comunicaciones electrónicas durante la investigación de los hechos⁵⁶⁰. En

⁵⁶⁰ Cfr. HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J. / ÁLVAREZ DE LOS RÍOS, José Luis, "Medios...", ob. cit., pp.

España (claramente después de la reforma procesal de 1988) no existe inconveniente legal para la intervención de cualquier tipo de comunicación de acuerdo a lo previsto en el art. 579 LECrim. Ahora bien, al no existir una previsión legal expresa sobre la intervención de comunicaciones electrónicas, los problemas se plantean en la asimilación de éstas a determinadas formas de comunicaciones y la posible diferenciación, en cuanto al régimen legal, según el momento en el que se encuentre la comunicación (envío, interceptación, almacenamiento), tal y como se hace en otras legislaciones y parecen patrocinar los documentos e instrumentos de trabajo internacionales en esta materia.

Por razón de su mayor semejanza se entiende asimilable el correo electrónico al mensaje telegráfico⁵⁶¹, aplicándose también el régimen de intervenciones de éste para el caso de apertura y registro de las comunicaciones (especialmente arts. 583-4 y 586 LECrim.). Debe entenderse que esta asimilación afecta a los mensajes de correo electrónicos almacenados en el servidor de acceso a Internet, lo que implica la observancia de una serie de requisitos muy estrictos y superiores a los de las comunicaciones telefónicas. Así el Auto motivado de la autoridad Judicial debe determinar las comunicaciones que deben ser detenidas o registradas, el interesado debe ser citado para presenciar la apertura y registro, y la apertura debe ser practicada directamente por el Juez, seleccionando lo que interese a la causa.

En el caso del correo electrónico, este proceso deberá ser practicado previa remisión de las copias de los mensajes almacenados en el sistema informático⁵⁶². Este régimen legal introduce sin duda problemas prácticos, en perjuicio de la eficacia de la investigación, dado el volumen de comunicaciones que pueden recibirse por este conducto. Por ello se propone la utilización de programas de filtrado de textos, evitando la lectura de mensaje a mensaje por parte del Juez, para no hacer completamente impracticable este tipo de intervenciones.

La regulación legal admite de manera diferenciada “la observación” de cualquier tipo de comunicación de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos las personas sobre las que existan indicios de

496 y ss.

⁵⁶¹ Cfr. Idem, p. 497.

⁵⁶² Cfr. Idem, p. 497.

responsabilidad criminal. Este será el caso de la interceptación de los mensajes de correo electrónico en tránsito, asimilados ahora al régimen de las intervenciones sobre comunicaciones telefónicas, desarrollado en sus detalles por la jurisprudencia. En este sentido el Tribunal Supremo⁵⁶³ señala hasta ocho requisitos en este tipo de intervenciones sin cuya observancia se produce la vulneración del derecho fundamental, los siguientes:

“1.º La exclusividad jurisdiccional en el sentido de que únicamente por la autoridad judicial se pueden establecer restricciones y derogaciones al derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas.

2.º La finalidad exclusivamente probatoria de las interceptaciones para establecer la existencia de delito y descubrimiento de las personas responsables del mismo⁵⁶⁴.

3.º La excepcionalidad de la medida, que sólo habrá de adoptarse cuando no exista otro medio de investigación del delito, que sea de menor incidencia y causación de daños sobre los derechos y libertades fundamentales del individuo que los que inciden sobre la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones⁵⁶⁵.

4.º Fundamentación de la medida, en el doble sentido de su proporcionalidad y motivación. Desde el primer punto de vista es exigible que exista una proporción entre la intromisión que esa clase de prueba supone en la intimidad de una persona y la finalidad que se busca con ella⁵⁶⁶.

Sin embargo, y sin renunciar a tal exigencia, esta Sala la ha matizado en un doble sentido. En primer lugar, que en cuanto la medida no es posterior al descubrimiento del delito, sino que se dirige a la averiguación y descubrimiento del delincuente (art. 126 CE) el *fumus boni iuris* tiene en tal caso una intensidad menor, en tanto que, como señala la el Tribunal Constitucional⁵⁶⁷, la autorización judicial es defectiva de la flagrancia, pues

⁵⁶³ Vid. STS de 26 de febrero de 2000 [RJ 2000\2094].

⁵⁶⁴ Vid. Sentencia del TS de 12 de septiembre de 1994 [RJ 1994, 7205].

⁵⁶⁵ Vid. Auto de 18 de junio de 1992 [RJ 1992, 6102].

⁵⁶⁶ Vid. STC 7/1994, de 17 de enero [RTC 1994, 7].

⁵⁶⁷ Vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341).

en ella queda excusada aquella autorización judicial, precisamente porque la comisión del delito se percibe con evidencia, que no es exigible en el otro caso⁵⁶⁸, lo que quiere decir que, como es obvio, de existir ya pruebas y constancia del delito sería superflua tal medida adicional, que si se adopta en fase de investigación es precisamente para comprobar y corroborar la certeza de los indicios no meras sospechas o conjeturas del delito que se investiga y que está por ello en fase de presunción, por lo que sobre él no tiene por qué existir una prueba.

Y en segundo lugar, que aunque lo correcto y deseable es que los fundamentos de la medida se expresen en el auto que la acuerde, no puede negarse la existencia de motivación cuando explícita o implícitamente se conoce la razón y el porqué del acuerdo⁵⁶⁹, con lo que la remisión a las razones de la solicitud, cuando éstas son conocidas y fundadas, complementan e integran la motivación de la resolución judicial.

“5.º Especialidad. Principio que significa que “no cabe, obviamente, decretar una intervención telefónica para tratar de descubrir, en general, sin la adecuada precisión, actos delictivos” y que “no es correcto extender autorización prácticamente en blanco”⁵⁷⁰ exigiéndose concretar el fin de objeto de la intervención y que éste no sea rebasado.

6.º Control judicial. Control que como el afectado no conoce la medida y, por ello, no la puede impugnar ha de garantizar sus derechos futuros, por lo que aquél debe ser riguroso. Ello implica que la recepción de las cintas ha de ser íntegra y original, sin perjuicio de su ulterior copia, siempre bajo fe de Secretario, cuando razones técnicas lo hagan preciso. Igualmente la transcripción mecanográfica ha de hacerse con compulsas y fe de Secretario.

7.º La limitación temporal de la utilización de la medida interceptadora de las comunicaciones telefónicas. La LECrim. autoriza (art. 579.3) periodos trimestrales individuales, pero no podrá prorrogarse la intervención de manera indefinida o excesiva porque ello la convertiría en desproporcionada e ilegal⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Vid. STS de 7 de mayo de 1994.

⁵⁶⁹ Vid. STS 5 de julio de 1993 [RJ 1993, 5875].

⁵⁷⁰ Vid. Auto del TS de 18 de junio.

⁵⁷¹ Vid. Sentencia de 9 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3627].

8.º La existencia previa de un procedimiento de investigación penal, aunque cabe sea la intervención de las telecomunicaciones, la que ponga en marcha un verdadero procedimiento criminal, pero sin que puedan autorizarse intervenciones telefónicas de carácter previo a la iniciación de éste⁵⁷²”.

Tal y como ha quedado expuesto, todos estos requisitos son de gran importancia a la hora de proceder a cualquier tipo de “observación”, como medida judicial, ya que son los garantes de los derechos fundamentales de las personas.

ii) Comunicaciones electrónicas como medio de prueba

Una vez analizada la intervención de comunicaciones electrónicas durante la investigación de los hechos, hay que analizar el uso posterior que se hace de las mismas como medios de prueba. Cuando se hace referencia a los medios de prueba quiere decirse que nos encontramos ya en la fase final del plenario en el proceso penal, en el que se va a llevar a cabo el enjuiciamiento y fallo de los hechos objeto de acusación.

Finalizada ya la fase de investigación e instrucción del proceso, cabe preguntarse entonces por el modo en el que lo averiguado durante la investigación en relación a los medios electrónicos de comunicación y sus manifestaciones o plasmaciones (documento electrónico) tienen cabida en el acto del juicio oral⁵⁷³. Se trata de determinar la efectividad procesal de esa serie de actuaciones previas en referencia a los datos electrónicos de valor relevante para la decisión del proceso.

a) La utilización de nuevos medios tecnológicos

La irrupción de estos modernos medios de telecomunicación y otros

⁵⁷² Vid. Sentencias de 25 de junio de 1993 [RJ 1993, 5244] y 25 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2592].

⁵⁷³ Cfr. CARRASCOSA ALVAREZ, Valentín, *El documento electrónico como medio de prueba*, en ROMEO CASABONA, Carlos, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad de La Laguna, Comares, Granada, 1997, pp. 187 y ss.

avances técnicos han supuesto la necesidad de reflexionar sobre su posible utilización en la investigación criminal y también su validez como medio de prueba con el que el Tribunal pueda formar su convicción en el fallo. Para afrontar este tema puede resultar válida la distinción entre fuente de prueba y medio de prueba⁵⁷⁴.

La fuente de prueba designa una realidad extrajurídica preexistente e independiente del proceso y el medio de prueba alude a la actividad necesaria para introducirla en el proceso. La regulación procesal no afecta por tanto a las fuentes de prueba, sino que la realidad social las manifiesta. Pero las leyes sí se encargan de establecer el modo por el cual tales fuentes de prueba se incorporan al proceso. Desde este punto de vista también cabe plantear coherentemente el problema de considerar la eficacia de todos aquellos avances científicos que no son recogidos expresamente como medios de prueba en la regulación legal.

También se avala su admisión en el proceso de los nuevos medios de prueba no previstos expresamente con la declaración constitucional del art. 24 por la que se afirma el derecho de los ciudadanos "*a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*". Igualmente los principios de tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia refuerzan la posibilidad de acudir a todos los medios de prueba idóneos, salvo que, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional⁵⁷⁵, tal práctica implique un abuso, exista ánimo de dilatar el proceso o se prevean grandes dificultades en su práctica.

Naturalmente la legislación procesal penal, originaria del siglo pasado, no pudo prever las consecuencias que para la prueba iban a tener los modernos avances en la telemática y otros campos. No existiendo, por tanto, una regulación expresa respecto al cauce procesal para insertar estos avances tecnológicos en el mismo juicio oral, es preciso acogerse a alguno de los ya previstos. Hay que tener en cuenta que de acuerdo a la concepción del proceso penal en la legislación española, en principio, únicamente constituye prueba valorable por el tribunal la practicada durante el juicio oral (art. 741 LECrim.).

⁵⁷⁴ Cfr. NOYA FERREIRO, María Lourdes, *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 303 y ss.

⁵⁷⁵ Cfr. Idem, pp. 303 y ss.

En el sentido señalado, una sentencia del Tribunal Supremo⁵⁷⁶, para un caso de interceptación de las comunicaciones telefónicas, señala que las mismas *“pueden ser incorporadas al proceso como medio autónomo de prueba, bien por sí misma con audición directamente por el Tribunal de las cintas, bien a través de su transcripción mecanográfica, como documentación de un acto sumarial previo, o a través de las declaraciones testimoniales de los funcionarios policiales que escucharon las conversaciones intervenidas”*.

Lo relevante en este momento procesal es que tal incorporación al plenario se realice bajo el respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad para que puedan ser tomados como piezas de convicción en la finalización del proceso. Es decir, que respecto a la efectividad probatoria de los resultados obtenidos mediante este tipo de intervenciones de comunicaciones ya no se plantea el cómo de la práctica material de una medida limitativa del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones y sus requisitos, sino el derecho a un proceso con todas las garantías⁵⁷⁷.

La práctica material durante el periodo de investigación sin los requisitos que le son propios, convertiría la misma en prueba ilícita, de imposible apreciación por el Tribunal para formar su convicción sobre los hechos y la responsabilidad de los imputados. A este respecto es necesario distinguir, por el diverso régimen legal de garantías de que deben rodearse, las distintas clases de datos relativos a las telecomunicaciones: por una parte estarían los datos relativos al contenido de las comunicaciones; además los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación del servicio; y finalmente los datos de los abonados necesarios para la prestación del servicio pero no generados en los procesos de comunicación. Únicamente los primeros se consideran que afectan al Derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, obteniendo el máximo grado de protección.

En este sentido, existe una sentencia del Tribunal Supremo⁵⁷⁸ que entiende que la solicitud por el Juzgado de Instrucción de un listado de

⁵⁷⁶ Vid. STS de 2 de junio de 2000 [RJ 2000\6099].

⁵⁷⁷ Vid. STS de 19 de mayo de 2000 [RJ 2000\4895].

⁵⁷⁸ Vid. STS de 22 de marzo de 1999 [RJ 1999\2947].

llamadas telefónicas mediante Providencia (sin motivación) no vulnera el Derecho Fundamental al secreto de las comunicaciones, pues no integra el objeto de protección constitucional, no afectando al contenido de tal Derecho. El Tribunal de instancia había mantenido la tesis contraria considerando tal extremo prueba nula por violación del Derecho Fundamental. La Sala Segunda del Tribunal Supremo recuerda sin embargo que no se produce vulneración de las garantías pues se trata de datos de carácter personal custodiados según las previsiones de la LO 55/1999 que únicamente exige intervención de autoridad Judicial pero sin ulteriores requisitos.

Ahora, en el momento del plenario, practicada legítimamente la intervención, se trata de insertar la misma en el juicio oral de manera que pueda ser considerada por el Tribunal bajo el principio de valoración racional de la prueba con posible incidencia en la inicial presunción de inocencia de los acusados. La práctica en el juicio oral se llevará a cabo mediante alguna de las fórmulas previstas y ya mencionadas, garantizándose el respeto a los principios de contradicción, publicidad e intermediación. Si es preciso efectuar una autenticación previa al propio juicio oral de los contenidos y datos de las comunicaciones, se realiza bajo la fe pública judicial y con asistencia de los letrados defensores.

Así la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁷⁹ señala que en este tipo de intervenciones de las comunicaciones *“su validez dependerá de la concurrencia de las condiciones de certeza y credibilidad, disponibilidad para las partes y sometimiento a contradicción en el plenario”*. En definitiva estas modalidades limitativas de derechos constitucionales, resultando legítimas, son hábiles para desvirtuar la presunción de inocencia constitucional, de acuerdo al principio de valoración racional de la prueba por el Tribunal.

b) El documento electrónico

El concepto clásico de documento apegado ineludiblemente a las técnicas disponibles hasta hace pocos años para formalizar las declaraciones de voluntad, se ha visto sacudido por la irrupción del

⁵⁷⁹ Vid. STS 26 de junio de 2000 [RJ 2000\5802].

documento electrónico que introduce cambios significativos aunque a lo mejor no tantos como pudiera parecer. El documento electrónico presenta diferencias externas importantes con el concepto tradicional, por lo que se pueden plantear al intérprete dudas sobre su posible incorporación al proceso⁵⁸⁰. Así en cuanto al soporte material del contenido del documento, electrónicamente estamos ante soportes magnéticos, frente al papel como representación usual del documento.

El lenguaje del que se vale el documento electrónico para manifestar su contenido, consiste en un lenguaje codificado diverso del escrito convencional. La firma como signo de autenticidad e identidad del declarante también sufre alteraciones. En el documento clásico consiste en la firma autógrafa mediante un trazado gráfico y en el documento electrónico se trata de firmas digitales basadas en técnicas criptográficas. Además el documento electrónico no es perceptible directamente, pues requiere un ordenador como intermediario necesario para acceder a su contenido.

No existe en la legislación procesal penal una regulación específica del documento electrónico como medio de prueba. Por ello se plantea su asimilación a otros medios ya reconocidos y regulados. Así cabe entender que su mayor proximidad se da con el documento a efectos probatorios, con el cual no le separan distancias insalvables si se concibe el mismo como *“representación destinada e idónea para reproducir una manifestación de voluntad”*⁵⁸¹. Y ya en el ámbito del derecho penal material se entiende que el Código Penal de 1995 ha reconocido ya la inclusión del documento electrónico al señalar el art. 26: *“A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”*⁵⁸².

La mayor o menor facilidad para su incorporación puede depender de los mecanismos de autenticación que se consigan establecer en el tráfico documental electrónico. De modo que aquellos documentos que

⁵⁸⁰ Cfr. SUÑÉ LLINAS, Emilio, “Documento digital y firma electrónica”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* n.º 2, Madrid, Marzo-Abril 2000, pp. 209 y ss.

⁵⁸¹ HERNÁNDEZ GUERRERO, Francisco J. / ÁLVAREZ DE LOS RÍOS, José Luis, “Medios...”, ob. cit., p. 578.

⁵⁸² Cfr. GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Falsedades Documentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 45 y ss.

no presenten las máximas garantías (firma electrónica en sus distintas posibilidades) o se hagan dudosos, pueden ser incorporados mediante previo reconocimiento judicial o bien mediante prueba pericial.

D. Clases de procedimientos

En la regulación procesal anterior a las modificaciones llevadas a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 que, además de afectar principalmente a buena parte del Código Penal, introduce en su Disposición Final Primera varias modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de los procedimientos penales por los delitos contra la propiedad intelectual e industrial debe ajustarse al denominado procedimiento abreviado que, a partir de la reforma de la LO 8/2002 (Ley de los juicios rápidos) se disciplina en el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pues, teniendo en cuenta los criterios penológicos empleados por el art. 757 LECrim y las penas previstas en los arts. 270 a 277 del Código Penal, es claro que el abreviado es el proceso adecuado.

Pues bien, la modificación procesal vigente desde noviembre de 2003 da lugar a que en la actualidad los procedimientos relativos a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial deban tramitarse, según los casos, bien con arreglo a las normas del procedimiento abreviado, bien como juicios rápidos.

El abreviado es el procedimiento ordinario o común para la instrucción y enjuiciamiento en su caso de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. De acuerdo con lo que dispone el art. 757 LECrim, este es el proceso adecuado cuando se trata de delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o con otras de distinta naturaleza, conjuntas o alternativas, de cualquier cuantía o duración y las penas señaladas para tales delitos en los arts. 270 al 277 del Código Penal se mantienen dentro de dichos límites.

Por otro lado ya se ha apuntado que la LO 15/2003, mediante la introducción de un apartado h) en el 795.1.2.ª LECrim., abre el proceso de enjuiciamiento rápido a algunos de estos delitos. En concreto: *“h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los*

artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal". Del tenor literal caben extraer algunas reflexiones:

1.º Son éstos los únicos tipos infractores donde la ley anuda a la comisión del hecho, su carácter de "flagrante". Del resto, la flagrancia integra un presupuesto autónomo, que califica *per se* la viabilidad del procedimiento (siempre que el delito de que se trate no rebase el límite de pena del art. 795.1 LECrim), como asimismo el listado de delitos de los demás apartados del art. 795.1.1.º los hace automáticamente controlables por esta vía, sin más.

El legislador, de este modo, admite implícitamente que donde no hay flagrancia hay complejidad previsible en la investigación, lo que pugna con la finalidad atribuida a este proceso. Si a esa responde pues la voluntad del legislador, parecería contradictorio admitir por esta vía al que no sea flagrante, aduciendo para ello la autoridad policial su presunción de que la instrucción será "sencilla", conforme el art. 795.1.3.º LECrim. Aunque flagrancia y sencillez de la investigación no sean términos sinónimos, parece la segunda un lógico resultado de la primera.

Parece, no obstante, que no existe ninguna razón de fondo para negar la aplicabilidad del proceso para el enjuiciamiento rápido, al margen de la flagrancia, siempre que concurren los presupuestos del art. 795.1 encabezamiento y 3.º. Lo contrario implicaría sostener que el legislador ha "renunciado" a obtener una justicia eficaz y pronta en situaciones donde, aunque no concurre aquella nota (por ejemplo, porque el imputado no se halla en el lugar de la actividad), los registros practicados permiten la incautación de suficiente material (piezas de convicción, documentos) como para augurar razonablemente una investigación sin estancamiento.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2003⁵⁸³ sobre reforma del procedimiento abreviado y enjuiciamiento rápido de delitos, ilustra acerca de los dos elementos que han de ponderarse dentro de este concepto (instrucción sencilla): de un lado la cantidad de diligencias que parezca necesario realizar (tanto las preceptivas del art. 796, como las que se dirijan a la mejor calificación policial del hecho), y de otro lado el tiempo estimado para la realización de tales diligencias, de manera que

⁵⁸³ Vid. Circular de la Fiscaliza General del Estado 1/2003 de 7 de abril.

estén completadas dentro del “plazo de servicio de guardia”. Y afirma que con arreglo a él tendrán cabida en el procedimiento, delitos que de tal guisa no estén incluidos en el art. 795.1.2.4 LECrim.

En definitiva, los delitos de los arts. 270, 273, 274 y 275 CP podrán ventilarse por este cauce, tanto si se reputan flagrantes (art. 795.1.2ª LECrim), como si se prevé por el funcionario policial actuante que no presentará complicaciones en su investigación (art. 795.1.3ª LECrim). Aunque la calificación última la tiene la autoridad judicial, corresponde a aquél la primera valoración, y del acierto y grado de firmeza o reserva mental al incoar las diligencias del art. 796 LECrim, dependerá en buena medida el éxito del procedimiento⁵⁸⁴.

2.º Diverso razonamiento hay que hacer, sin embargo, respecto de la exclusión efectuada por el 795.1.1.ª LECrim. de los arts. 271 y 276 del CP, al consistir de subtipos agravados que son cualificados por circunstancias no exentas de indeterminación y subjetividad. Los parámetros de “*especial trascendencia económica*” del beneficio dañoso, la “*especial gravedad de los hechos*” tendiendo a la “*especial importancia de los perjuicios ocasionados*” que traen estos dispositivos, son anteriores a 1995, se revelan de una gran amplitud, y han derivado en una jurisprudencia casuística variopinta, como ha comentado la doctrina⁵⁸⁵, y reconoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo⁵⁸⁶.

Aquí el problema del subtipo no es tanto que supere la pena máxima competencial de 5 años de privación de libertad ó 10 de otra naturaleza (a lo que se refiere la Circular FGE 1/2003, ya citada), salvo en supuesto de concurso ideal de delitos, o conexión de estos, sino a que ello es excepción de una investigación compleja, lo que desecha la alternativa de su apertura.

3.º Respecto del concepto de flagrancia, se estará al contenido en el propio art. 795.1.1.ª LECrim., que vino a rescatar el antiguo del art. 779 de la Ley y que desapareciera después con la LO 7/1988. En él destaca la

⁵⁸⁴ Cfr. VEGAS TORRES, Jaime, *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 27 y 28.

⁵⁸⁵ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal...*, ob. cit., pp. 247 a 249; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *La protección penal de las patentes a innovaciones tecnológicas*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 232 a 245.

⁵⁸⁶ Vid. STS de 19 de mayo de 2001 [RJ 2001\9955].

acepción clásica de percepción sensorial del hecho (el que se está cometiendo o acabado de cometer, deteniéndose al autor, o es perseguido inmediatamente después), asumida por el Tribunal Constitucional⁵⁸⁷.

No obstante, al sentido indicado se añade en ese 795.1.1.^ª LECrim. un segundo componente de la flagrancia que deriva no de la percepción sino de la fuerza de la prueba de presunción judicial o de indicios. A saber: cuando la persona resulte sorprendida después del delito, *“con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él”* (795.1.1.^ª in fine). Con todo, el precepto es claro en cuanto a limitar el alcance de esta flagrancia *“a estos efectos”* de determinación del procedimiento aplicable, no a otros (art. 18.2 CE, 71.2 CE).

Como conclusión hay que señalar que la práctica nos dará la respuesta, pero no es fácil aventurar qué porción de delitos contra la propiedad intelectual e industrial son susceptibles de tramitación por el procedimiento rápido. Se ha señalado con acierto que en bastantes ocasiones la comisión del delito contra la propiedad intelectual o industrial no resultará tan evidente para justificar el procedimiento urgente, ya que se requerirá de cierta actividad instructora para determinar la tipicidad del hecho. No tiene mucho sentido incluir dentro de este tipo de procedimientos el tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual y el delito contra el derecho de patente, porque no siempre la prueba de comisión del hecho resultará evidente; si nos encontramos ante un procedimiento que versa sobre un derecho de patente, resultará necesaria la práctica de pruebas periciales sobre la identidad de la invención. Por otra parte, el ámbito de la propiedad intelectual es tan amplio que junto a hechos en los que resulta elocuente la comisión del ilícito (venta ambulante de copias ilegales de CD's), nos podemos encontrar en supuestos en que la comisión del delito es más sutil como puede ser, por ejemplo, el plagio de una obra literaria⁵⁸⁸.

En definitiva, si bien es cierto que, con arreglo al tenor de la ley procesal, la tramitación de los procesos por delitos contra la propiedad intelectual e

⁵⁸⁷ Vid. STC 341/1993 de 18 de noviembre [RTC 1993\341], Fundamento Jurídico 8: *“situación fáctica... (donde) la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención...”*. Véase también la STS de 10 de febrero de 2003 [RJ 2003\2069], donde se recuerda la posición ya consolidada de la Sala Segunda, en términos similares.

⁵⁸⁸ Cfr. PONS VIVES, Albert, *“Reforma del Código Penal. Protección penal de la marca en la LO 15/2003”*, *Revista IURIS*, n.º 83, Madrid, mayo de 2004, p. 50.

industrial puede seguirse tanto por los cauces del procedimiento abreviado, como por los de los juicios rápidos, la naturaleza de dichos delitos y los requisitos de los juicios rápidos hacen prever que el ámbito de estos quedará reducido, como mucho, a los vendedores del “top manta”, o de los puestos callejeros de ropa y complementos falsificados.

XIII. EVENTUALES CONCURSOS Y SOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

A la hora de analizar la problemática concursal relacionada con los delitos relativos a la propiedad intelectual conviene comenzar por recordar el objeto jurídico de protección y concretarlo en toda su extensión. Los artículos 270 y siguientes del Código Penal protegen los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, que son aquellos derechos de autor concedidos al creador de una obra literaria y los derechos conexos. Este es el único objeto jurídico de protección, pudiéndose afirmar la inexistencia de otros intereses individuales o colectivos de protección más allá del individual del titular del derecho de explotación.

Las consecuencias de esto en el terreno concursal son claras: la afectación mediante la realización del tipo del artículo 270 del Código Penal de cualquier otro bien jurídico, patrimonial o colectivo, distinto de aquél del titular del derecho de explotación, supondrá la realización de una infracción de los derechos de autor y de otra distinta según sea el objeto jurídico de protección afectado y el contenido de injusto realizado⁵⁸⁹. Esta premisa general se ve reforzada en un doble sentido:

1.º Como ha resaltado la doctrina penal, en el momento del estudio de la problemática concursal de estos delitos, la propia Ley de Propiedad Intelectual establece en el artículo 3, la compatibilidad e independencia de los derechos de autor con la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la obra, los derechos de propiedad industrial sobre la obra y los otros derechos de propiedad intelectual, lo cual supone un reconocimiento implícito de la posibilidad de concurso entre el delito contra los derechos de propiedad intelectual y cualquier otro que afecte a derechos distintos a éstos⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal...*, ob. cit., p. 249.

⁵⁹⁰ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho Penal...*, ob. cit., p.

2.º La misma jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras superar aquella más antigua que consideraba existente un concurso de normas entre estafa y delito contra la propiedad intelectual y que resolvía a favor de éste último por el criterio de especialidad⁵⁹¹, ha afirmado la posibilidad de aplicación de concurso de normas entre delito relativo a la propiedad intelectual y delito de estafa, cuando la conducta lesiva del derecho de explotación suponga, además, la afectación de otros intereses patrimoniales de tipo individual. Todo empezó con una sentencia⁵⁹² en la que el alto tribunal no entendía existente un delito de estafa junto al de infracción de los derechos de autor por no acreditarse engaño⁵⁹³, pero ya reconocía una *“separación y autonomía entre la estafa y la defraudación intelectual”*, basándose en que la reforma de 1963 había creado una nueva sección y una nueva regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial conforme a la cual ya no era necesario acreditar daños económicos concretos para la existencia de delito.

Pero fueron dos sentencias posteriores⁵⁹⁴ las que dejaron sentada la doctrina jurisprudencial sobre el concurso de delitos entre estafa y delito relativo a la propiedad intelectual en los supuestos en que se afecte al patrimonio del titular del derecho y, además, al patrimonio de terceros. En la primera (de 14 de febrero de 1984), el Tribunal Supremo desestimó la aplicación del delito de estafa conjuntamente con el apreciado de infracción de los derechos de autor, pero simplemente por no poderse probar el perjuicio típico necesario para que se aplicara aquel tipo, y no porque la estafa quedara consumida en la sanción por el artículo 534 bis del Código Penal.

Al contrario, la sentencia comienza por distinguir entre el plagio y la defraudación, las dos acciones lesivas de los derechos de propiedad intelectual, y considera que ésta última, lesiva del patrimonio, *“presenta doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación”*. A partir de ahí la sentencia se suma a la *“doctrina jurisprudencial que ha venido acentuando*

228.

⁵⁹¹ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, “El tipo básico...”, ob. cit., p. 161.

⁵⁹² Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1979 [RJ 1979\1697].

⁵⁹³ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., p. 351.

⁵⁹⁴ Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero [RJ 1984\1129] y 30 de mayo de 1984 [RJ 1984\3492].

la separación entre la estafa y la defraudación intelectual (cfr. SS. de 8 de mayo de 1971 y de 23 de mayo de 1975), separación confirmada por la reforma penal de 1963 que extrajo de las estafas la defraudación de la propiedad intelectual o industrial, dando a la primera de ellas el nombre (más acorde con el postulado en los Convenios internacionales suscritos por España) de «infracciones del derecho de autor»”.

Aún más clara es la segunda sentencia del Tribunal Supremo (de 30 de mayo de 1984) que se pronunciaba a favor de la coexistencia, en régimen de concurso de delitos, de la defraudación de la propiedad intelectual con la estafa o defraudación en la calidad al público consumidor, siempre que existiese infracción de los derechos de autor y un perjuicio *“logrado a costa del público comprador, que es el que sustentaría el delito concurrente de defraudación en la calidad”*⁵⁹⁵.

La doctrina se ha sumado a dicha opinión jurisprudencial, señalando como conclusión que es posible un concurso de delitos entre el relativo a los derechos de autor y *“cualquiera que tenga por objeto otros distintos, como la estafa, la apropiación indebida o las falsedades”*⁵⁹⁶. La doctrina mayoritaria entiende que estamos ante un concurso ideal⁵⁹⁷, incluso hay quien parece definirlo como un concurso ideal medial en cuanto se trataría de dos infracciones en la que una de ellas es medio comisiva de la segunda⁵⁹⁸.

Otro sector doctrinal también entiende que hay un concurso real, porque, si bien existe unidad de acción, entiende que no hay la identidad de hecho que requiere el art. 77 para el concurso ideal⁵⁹⁹. Sin embargo, parece que el supuesto de quien interpreta y produce canciones de otros sujetos sin permiso de los titulares de los derechos de explotación, y los hace pasar además por canciones de otro intérprete, supone la realización de un único hecho que puede lesionar dos bienes jurídicos patrimoniales distintos, el del titular del derecho de explotación y el del consumidor, por lo que estamos ante un caso claro de concurso ideal de delitos.

⁵⁹⁵ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, “El tipo básico...”, ob. cit., p. 161.

⁵⁹⁶ Cfr. Idem, p. 161.

⁵⁹⁷ Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección...*, ob. cit., p. 371.

⁵⁹⁸ Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal...*, ob. cit., p. 249.

⁵⁹⁹ Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 548.

La doctrina también ha planteado posibilidad de concurso de delitos entre la propiedad intelectual y las falsedades o el delito de apropiación indebida⁶⁰⁰, e incluso, en el caso de que exista un apoderamiento de la cosa en la que está plasmada la obra para el posterior plagio o reproducción ilícita de ésta, con el hurto o con el robo⁶⁰¹. Sobre este respecto, un sector doctrinal entiende, que en los supuestos de falsificaciones realizadas en el curso ejecutivo de estos delitos, al tratarse de un medio para lesionar el derecho del autor, debe considerarse consumida en la sanción a través del art. 270, puesto que son conductas inherentes a la idea de copia⁶⁰².

Quedan por plantear, para finalizar, determinados supuestos problemáticos de concursos de normas. Es decir, casos en los que, cuanto menos a priori, parece posible tanto la aplicación del delito relativo a la propiedad intelectual como otro, y que requieren acudir a criterios legales para la resolución del concurso de normas. Y hay que comenzar analizando el más significativo de ellos, cuanto menos por la cuantía de estudio que a él ha dedicado la doctrina. Hay que referirse al supuesto del creador de una obra intelectual que, tras cederla en exclusiva a un editor o productor, cambia el título de la obra (o no) y cede la misma (en lo esencial) a otro editor para su explotación. En principio, el creador debía ser considerado sujeto activo de un delito del artículo 270 del Código Penal en cuanto distribuye una obra artística, literaria o científica con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero y sin consentimiento del titular de los derechos de explotación (el primer cesionario), y respondería como autor mediato, si el editor no sabe que se trata de una obra sobre la cual el autor no tiene derechos de explotación y que, por tanto, no puede ceder, o como coautor si se ha pactado la realización de la acción con el falso cesionario⁶⁰³.

Sin embargo, estos supuestos de "autoplagio", han sido considerados por un importante sector doctrinal como no susceptibles de aplicación de los preceptos relativos a la propiedad intelectual y, sin embargo, constitutivos de un delito de estafa⁶⁰⁴. Esta cuestión fue

⁶⁰⁰ Cfr. CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley...*, ob. cit., pp. 352 y 353.

⁶⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Delitos contra el patrimonio...*, ob. cit., p. 782.

⁶⁰² Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios...*, ob. cit., p. 960.

⁶⁰³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Protección Penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 156.

⁶⁰⁴ Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección...*, ob. cit., p. 275 y ss.

primeramente tratada por la doctrina considerando que el autor que, tras ceder su derecho de explotación, lo transmitiese posteriormente y de nuevo a otra persona, realizaba el artículo 534 bis a), del antiguo Código Penal, precepto que debía aplicarse de manera preferente al también probablemente aplicable artículo 531 regulador de la estafa de gravamen. Ello lo fundamentaba en que⁶⁰⁵: en primer lugar en la tradición jurisprudencial y doctrinal conforme a la cual el sujeto pasivo de esta estafa debía ser el que adquiere ignorando la existencia del gravamen, y no el titular del mismo; y en segundo lugar en que el artículo 534 bis a), resultaría *lex specialis* frente al artículo 531 del Código Penal.

Para tratar de dar una solución al respecto hay que comenzar por analizar el delito de la estafa de gravamen y los argumentos ofrecidos contra su aplicación preferente al supuesto de hecho planteado. El antiguo artículo 531 del Código Penal regulaba la estafa de gravamen, que sancionaba a quien *“fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare”*; y con la misma pena al que *“dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, y también el que lo enajenare dos o más veces o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado”*.

En la actualidad el artículo 531 del antiguo Código Penal ha pasado como párrafo segundo del artículo 251, el cual incorpora otros dos tipos. Así el Código Penal castiga con la pena de prisión de uno a cuatro años a:

1.º *“quien atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero”*.

2.º *“el que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero”*.

3.º *“el que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”*.

Debido a dicha reforma, el primero de los argumentos negando la

⁶⁰⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Protección...*, ob. cit., p. 81.

aplicabilidad de la estafa de gravamen al supuesto de hecho planteado, consistente en que el creador realiza el atentado tanto si el tercero adquirente conoce de la existencia de la cesión anterior como si lo ignora y ello no concuerda con la concepción jurisprudencial y doctrinal de que el sujeto pasivo de dicha estafa es el que adquiere ignorando la existencia del gravamen, es ya más difícil de sostener, puesto que en los tipos del artículo 251 dicen expresamente “*en perjuicio de éste o de tercero*”, y cabe, pues, que resulte perjudicado el primer propietario o aquél en cuyo favor se haya establecido la carga o gravamen⁶⁰⁶, en cuyo último caso entraría el cesionario como perjudicado.

Pero otro argumento a favor de la tesis de la preferencia del delito relativo a la propiedad intelectual, era que en la relación autor-cesionario el artículo 534 bis a), resultaría *lex specialis* frente al 531 del Código Penal⁶⁰⁷. Frente a ello un sector doctrinal sostenía que “*mantener que el artículo 531 es una ley general del art. 534 bis a), es forzar con mucho la idea de que el art. 534 bis a) es una subclase del artículo 531. El tipo de injusto en ambos delitos no es idéntico, en un caso es la propiedad común y en otro la intelectual o derechos de autor (patrimonial-moral)*”, y por ello entiende que “*desde una perspectiva valorista, el art. 531 contempla el total del desvalor y el art. 534 bis a), sólo lo hace parcialmente*”, por lo que el artículo 531 consume o absorbe el artículo 534 bis a)⁶⁰⁸.

En efecto, es cierto que, en el caso de aceptar que estamos ante un concurso de leyes, no se podría considerar el delito del artículo 251 del Código Penal como un supuesto genérico del cual es especie el artículo 270 del mismo Código. Las conductas del artículo 251 del Código Penal son estafas específicas abiertas a cualquier modalidad comisiva con independencia del objeto material sobre el que recaiga la conducta fraudulenta⁶⁰⁹, y si bien parece claro que el artículo 270 del Código Penal, protector de un derecho patrimonial específico cual es el de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual que recaen sobre la obra artística, literaria o científica exige una característica del derecho y una conducta (reproducción, distribución, comunicación pública o plagio)

⁶⁰⁶ Cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel, *De las defraudaciones*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Comentarios al nuevo código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1.161.

⁶⁰⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Protección...*, ob. cit., p. 81.

⁶⁰⁸ Cfr. LATORRE, Virgilio, *Protección...*, ob. cit., p. 276.

⁶⁰⁹ Cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel, *De las defraudaciones...*, ob. cit., p. 1.160.

que no se requieren para la estafa del artículo 251.1 del Código Penal, no hay que olvidar que el principio de especialidad establece que un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos exigidos por el segundo, otros presupuestos adicionales⁶¹⁰ y, entre los tipos que se analizan no hay una relación absoluta de género a especie de forma que siempre que hay una defraudación de la propiedad intelectual se realice el tipo del artículo 251.

Por tanto, y siempre partiendo de la hipótesis de encontrarnos ante un concurso de normas, la inaplicabilidad del principio de especialidad llevaría, por tanto, a aplicar el principio de consunción del artículo 8 del Código Penal, que supondría la aplicación del delito al que se señale pena superior, que en el caso concreto sería el de la estafa de gravamen. Pero, en el caso que se analiza, no debe plantearse la aplicación del principio de consunción, ni el de especialidad lógica, ni el de subsidiariedad⁶¹¹, puesto que en realidad, no existe concurso de leyes. En efecto, la conducta del creador que se está analizando, no puede subsumirse en el tipo del artículo 251 del Código Penal puesto que el artículo 251 se refiere a “cosas” y no a derechos, que es de lo que se está disponiendo en este caso. Así, señala algún autor que el objeto material del delito del artículo 251 del Código Penal son las cosas que pueden quedar registradas en los registros jurídicos especiales de gravámenes y las cosas sujetas a limitaciones judiciales de disposición, quedando excluidas, “*por tratarse de derechos y no de cosas, los derechos de propiedad intelectual e industrial*”⁶¹².

Además, y teniendo en cuenta que el artículo 251 castiga con más pena que el artículo 270 del Código Penal, una interpretación extensiva al supuesto de la transmisión de los derechos de explotación sería analogía *in malam partem* prohibida en Derecho Penal. Por tanto, el único tipo a aplicar al autor que cede a otro sujeto un derecho de explotación sobre una obra que, en lo esencial, ya ha sido cedido a otro, sería el del artículo 270 del Código Penal⁶¹³.

⁶¹⁰ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 678.

⁶¹¹ Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 158 y ss.

⁶¹² Cfr. LORCA MARTÍNEZ, José, *Las estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pag. 57.

⁶¹³ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *La protección...*, ob. cit., p. 469 y ss.

XIV. RESPONSABILIDAD CIVIL “EX DELICTO”

El Código Penal de 1995, en su art. 116, establece que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente “*si del hecho se derivaren daños o perjuicios*”. Conforme a nuestra legislación penal y procesal tradicional, la víctima del delito hace valer su derecho entablando conjuntamente la acción civil con la penal, salvo que hubiere hecho reserva de la acción civil para su ejercicio autónomo y que se ventilaría en el juicio correspondiente⁶¹⁴.

A. Vías de compensación

Las vías de compensación de dichos daños o perjuicios se recogen en el art. 110 y son: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Su enunciado, por tanto, concreta el contenido de la obligación genérica de resarcir del artículo 109 del Código Penal, que al igual que la responsabilidad civil extracontractual, obedece en principio a una misma finalidad y fundamento: reparar o reponer el daño ocasionado por la comisión de un ilícito (delito o falta) atribuible al sujeto responsable mediante un adecuado criterio de imputación (culpa, riesgo, etc.)⁶¹⁵. Sin

⁶¹⁴ Cfr. SANTA CECILIA GARCÍA, Fernando, *La responsabilidad civil “ex delicto” en el proyecto de código penal de 1992*, en *POLÍTICA criminal y reforma penal: homenaje a la memoria de Juan del Rosal*, EDESA, Madrid, 1993, p. 1017.

⁶¹⁵ Cfr. PANTALEÓN PRIETO, Fernando, *Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada de delito*, C.C.J.C., n.º 1, 1983, p. 116; *id.*, *Comentario al artículo 1902 del Código civil, Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II. Madrid, 1991, p. 1973; MONTÉS PENADÉS, Vicente, *De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Comentario a los artículos 109 a 122 del Código penal*, en VIVES ANTÓN, Tomás (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 575; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Comentario a los artículos 1092 y 1093 del C.c.*, en ALBALADEJO, Manuel, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1.º, Bosch, Madrid, 1989, p. 220.

daño, pues, no habrá obligación de resarcir, aunque haya existido delito. Además, el sujeto obligado al resarcimiento no tiene por qué coincidir con el autor material del delito o de la falta, incluso puede no haber tenido conocimiento de su comisión, siempre y cuando los criterios de imputación así lo determinen. En suma, el delito o la falta no fundamentan la obligación de resarcir, sino el daño causado.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina dan preferencia a la restitución frente a la reparación⁶¹⁶. Por lo demás, ambas son compatibles con el ejercicio de la indemnización. Ello es así, dada su distinta naturaleza. En los dos primeros casos, el resarcimiento de la víctima adopta un contenido básicamente real, mientras que la indemnización juega un papel sustitutivo, en caso de imposibilidad de proceder a la restitución o reparación, o complementario de aquéllas.

1.º La restitución

La restitución puede definirse como resarcimiento consistente en la vuelta de la cosa al legítimo poseedor o propietario, ya se trate de bienes muebles sustraídos o apropiados o inmuebles usurpados. Así lo entiende el Código Penal en su art. 111.1: *“Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien”*.

2.º La reparación

El Código Penal en el art. 112 dice que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer establecidas por el Juez o Tribunal atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable. Así mismo, el mencionado artículo establece que las obligaciones han de ser cumplidas por el mismo o ejecutadas a su costa. Esto constituye una transposición de lo establecido en el Código civil sobre el cumplimiento de las obligaciones en general. De este modo, la responsabilidad patrimonial universal que define el artículo 1911 del C.c. queda configurada en su artículo 1088 en la triple posibilidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

⁶¹⁶ Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios ...*, ob. cit., p. 572.

3.º La indemnización de perjuicios

La indemnización constituye una tercera vía de resarcimiento a la víctima por los perjuicios morales y materiales que se hubieran causado al agraviado, a su familia o a un tercero. El artículo 113 del actual Código Penal tiene como antecedente inmediato el artículo 104 de la anterior redacción, que prácticamente en los mismos términos venía a establecer la indemnización por los perjuicios materiales y morales que se hubieran producido como consecuencia de la realización del delito, y no sólo al agraviado sino también a su familia o a un tercero. Sin embargo, un precedente legislativo más antiguo lo podemos encontrar en los primeros Códigos penales del siglo pasado⁶¹⁷.

La indemnización no puede ser considerada como una pena que se le imponga al causante por los perjuicios ocasionados, sino como el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado. La obligación de indemnizar constituye, uno de los medios que se utiliza para resarcir el menoscabo causado, quizá el más importante debido a su generalidad, puesto que puede ser aplicable a todo tipo de daño y perjuicio sufrido. Actúa siempre por "compensación", puesto que se hace efectiva mediante dinero.

En el Código Penal de 1995, el artículo 272.1, que se corresponde literalmente con el artículo 534.ter del Código Penal anterior⁶¹⁸, establece una remisión a la LPI de 1987/1996 contenida en los artículos 133 a 135⁶¹⁹ [a las normas relativas al cese de la actividad ilícita (art. 134) y a la indemnización de daños y perjuicios (art. 135)], a los efectos de la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual previstos en los artículos 270 y 271 del Código Penal⁶²⁰. Todo ello en lugar de las reglas generales previstas en los arts.

⁶¹⁷ Cfr. PACHECO, Joaquín Francisco, *El código Penal concordado y comentado*, Manuel Tello, Madrid, 1867, p. 495.

⁶¹⁸ En el antiguo Código Penal, la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los arts. 534 bis a), y 534 bis b), se regía por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios (art. 534 ter). Se establecía así un sistema de responsabilidad civil específico, diferente del previsto en el Código Penal, para lo que había que tener en cuenta lo dispuesto en la ley, referente al "cese de la actividad delictiva" (art. 124 LPI) y "daños y perjuicios". Para el daño moral se preveía la indemnización aunque no conllevara un perjuicio económico.

⁶¹⁹ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Código Penal...*, ob. cit., p. 2950.

⁶²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios...*, ob. cit., p. 778.

109 y siguientes del Código Penal, antes expuestas.

De este modo, tanto para la comisión del tipo básico como del tipo agravado, se dispone que la extensión de la responsabilidad civil se regirá por lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, pero sólo para las cuestiones relativas al *“cese de la actividad ilícita”* y *“la indemnización de daños y perjuicios”*, pudiendo aplicarse las disposiciones generales para otras cuestiones como las relativas, por ejemplo, a las personas civilmente responsables (arts. 116 y ss.).

Por tanto, el Código Penal establece expresamente dos vías de compensación. Por un lado el *“cese de la actividad ilícita”*, que a primera vista parecería equiparable a la *“reparación”* del art. 112, donde se dice que la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Y por otro lado *“la indemnización de daños y perjuicios”*, que también parece equiparable a la indemnización del art. 113 del Código Penal, y que constituye una tercera vía de resarcimiento a la víctima por los perjuicios morales y materiales que se hubieran causado al agraviado, a su familia o a un tercero.

Pues bien, hay que aclarar que con la alusión al *“cese de la actividad ilícita”* se está refiriendo a lo dispuesto en el art. 134 LPI que, en realidad, más que de responsabilidad civil establece medidas cautelares que pueden adoptar los Tribunales a petición de los perjudicados (además de las expresamente dispuestas en el art. 136 LPI). El *“cese de la actividad ilegal”* puede consistir en la retirada del mercado de las obras ilegales y su destrucción, la inutilización y destrucción de los moldes y planchas destinados a la reproducción de ejemplares ilegales, etc.

Además la jurisprudencia⁶²¹ ha aclarado que: *“...entre las medidas conducentes al cese de la actividad que se enumeran en el art. 139 de la Ley de Propiedad Intelectual [antigua redacción], Texto Normativo al que se remite el precepto referido [272.1]; no se comprende el cierre del local, resultando que esta medida debe sustituirse por la prohibición expresa de reanudar la actividad por la que se le condena”*.

En cambio, con la alusión a *“indemnización de daños y perjuicios”*

⁶²¹ Vid. SAP de Valladolid de 28 de enero de 2002 [ARP 2002\135].

alude a lo dispuesto en el art. 135 LPI, que para fijar esa indemnización permite la posibilidad de optar o bien por el cálculo del beneficio obtenido por el perjudicado de no haberse producido la utilización ilícita (el lucro cesante)⁶²² o bien la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación⁶²³.

Además, la indemnización del daño moral es independiente del perjuicio económico, y deberá indemnizarse, incluso en los casos en los que el delito no haya causado un perjuicio económico o éste no se haya podido acreditar. En su valoración deberán tenerse en cuenta las circunstancias en las que se ha cometido la infracción, la gravedad de la lesión ocasionada y el grado de difusión ilegal de la obra.

B. Personas civilmente responsables

Como ya ha sido expuesto, aunque la extensión de la responsabilidad civil se rija por lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, para las cuestiones relativas al *“cese de la actividad ilícita”* y *“la indemnización de daños y perjuicios”*, se aplicarán las disposiciones generales para otras cuestiones como las relativas, por ejemplo, a las personas civilmente responsables (arts. 116 ss.), que sean tanto personas físicas como jurídicas⁶²⁴.

Hay que decir, que la situación más frecuente es que el autor del delito o falta responda penal y civilmente. Sin embargo, a veces sucede que el agente, no llega a ser declarado culpable o resulta eximido de su responsabilidad penal subsistiendo la civil. Así ocurre en los casos en los que concurre alguna de las circunstancias que recoge el art. 20 del Código Penal.

Por otro lado nos encontramos con el problema de la responsabilidad civil subsidiaria. Se trata de ciertas personas que sin haber

⁶²² Vid. SAP Málaga de 16 de junio de 1999 [ARP 1999\4705].

⁶²³ Vid. SAP Barcelona de 22 de abril de 2002 [JUR 2002\177051].

⁶²⁴ Vid. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Experiencia, Barcelona, 2005, p. 65 y ss.

cometido ningún delito o falta, aparecen como responsables civiles subsidiarios con el fin de suplir la insolvencia de los responsables del delito o falta. Así pues, frente a la hipótesis de la responsabilidad civil principal por el propio hecho, plasmada en el art. 116 del Código Penal y 1.902 del Código civil, aparece la responsabilidad civil subsidiaria regulada en los arts. 120 y 121 del Código Penal y 1.903 del Código Civil⁶²⁵.

i) El responsable por hecho ajeno y los prestadores de servicios de la sociedad de la información

Las normas generales que regulan la responsabilidad civil derivada de delito o ilícito civil son igualmente aplicables en el mundo real y en el ciberespacio, especialmente cuando el responsable civil es el propio causante del daño. Sin embargo los problemas aparecen en la responsabilidad por hecho ajeno. En ocasiones, podrán aplicarse las normas generales o soluciones jurisprudenciales de nuevo cuño. En otros casos, serán de aplicación las normas especiales que a continuación se señalarán, que han venido a complicar extraordinariamente el problema, al establecerse distintos sistemas de responsabilidad para el medio físico y para el medio digital.

Teóricamente la responsabilidad civil por hecho ajeno viene regulada por los artículos 117 y siguientes del Código Penal, y 1903 y siguientes del Código Civil, pero la aprobación de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información vino a modificar sustancialmente el panorama. Hay que pensar en supuestos de comisión de ilícitos mediante ordenadores propiedad de una sociedad o de una administración pública. O mediante el ordenador del domicilio familiar. Delitos informáticos, transmisión negligente de virus, vulneraciones de derechos de propiedad intelectual, o del derecho al honor, intimidad y propia imagen, cometidos por un trabajador, un funcionario o un menor de edad. La jurisprudencia resolvía estos supuestos, delimitando la interpretación de los artículos citados del Código Penal y el Código civil.

⁶²⁵ Vid. al respecto QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Las personas civilmente responsables: responsable criminal y responsable civil", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 145 y ss.

Todo esto cambió con la llegada de la LSSI: la propiedad de un ordenador, o la titularidad de un acceso a Internet, no va a determinar necesariamente una atribución, siquiera cautelar, de responsabilidad. Pero tampoco una clara exoneración de la misma⁶²⁶. Pero la LSSI, no deja de ser, en teoría, una transposición de la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico. En lo que se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, lo que establecen los artículos 12 a 15 de la directiva, es más que un sistema de imputación de responsabilidades, un sistema de exoneración de la misma, cuando se den una serie de requisitos.

Así, el artículo 12 se ocupa de la mera transmisión de datos, y establece que el prestador del servicio de transmisión en una red de comunicaciones de datos facilitados por el destinatario del servicio o de facilitar acceso a una de red de comunicaciones, incluido el almacenamiento automático y provisional de los datos que se transmiten, no será responsable de los datos transmitidos siempre que el prestador no haya sido quien origine la transmisión, no seleccione el destinatario de la transmisión ni seleccione o modifique los contenidos.

El artículo 13 se ocupa de la denominada memoria tampón, caché o “catching”, excluyendo de responsabilidad al prestador de servicios que almacene automática y provisionalmente la información con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información.

El artículo 14 analiza la actividad de alojamiento de datos, excluyendo de responsabilidad al proveedor de servicios, siempre que éste no tenga conocimiento de que la actividad desarrollada por el destinatario del servicio sea ilícita y que en cuanto tenga conocimiento de esta ilicitud actúe con prontitud para retirar los datos. Todo ello, sin perjuicio de que las autoridades nacionales ordenen la retirada de los datos.

Finalmente, el artículo 15 establece una exoneración del deber de supervisión de los contenidos, al decir que los “*Estados miembros no*

⁶²⁶ Cfr. SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos, *La responsabilidad civil en Internet*, Tercera República, España, Marzo del 2005.

impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que se transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.”

No obstante, se impone a los prestadores de estos servicios un deber de colaboración al decir que los Estados podrán establecer obligaciones tendentes a que se comunique con prontitud a las autoridades los presuntos datos ilícitos, así como, a solicitud de éstas, la información que permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdo de almacenamiento.

Así nos encontramos con que la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico 34/2002, de 11 de julio, precisamente en la línea de mínimos trazada por la Directiva de comercio electrónico, ha determinado como regla general, la ausencia de responsabilidad civil, penal y administrativa de los prestadores de servicios de intermediación por llevar a cabo actividades técnicas de transmisión, almacenamiento o alojamiento de contenidos o informaciones ilícitas de procedencia ajena.

A esta exención de responsabilidad se une la no imposición a los mismos de una obligación general de control o supervisión de tales datos que almacenan o transmiten, siempre que desempeñen una labor de mera intermediación y no hayan contribuido a la creación de contenidos ilícitos. Y, asimismo, tampoco se asienta ninguna presunción de conocimiento de la licitud o no de tales datos por parte de los mismos.

Con esta particular postura en la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación que adoptan la mayoría de las legislaciones, se pretende lograr un justo equilibrio entre los derechos e intereses de los propios prestadores y la de todos los que pueden verse afectados por las conductas infractoras o los contenidos ilícitos que circulan en Internet, de manera que aunque para la difusión de dichos contenidos se utilicen las actividades técnicas de intermediación, no se grave a éstos de forma tan dura que haga poco rentables o atractivos los servicios que prestan, ante la posibilidad de ser constantemente

demandados⁶²⁷.

Habiendo señalado cómo la LSSI establece un régimen de exoneración de responsabilidad, y no pocas obligaciones, respecto de ciertos prestadores de servicios de intermediación, resulta determinante saber si los operadores P2p deben o no ser encuadrados en dicha categoría. Los prestadores de servicios de intermediación dotados de una regulación especial y, más beneficiosa, son: los operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14), los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos (“caching”) (art. 15), los prestadores de servicios de alojamiento (“hosting”) (art. 16) y los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (art. 17).

La mejor ubicación de los operadores P2p es este último precepto⁶²⁸, en el que se encuadran: *“los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos...”*. A pesar del tenor literal de este precepto, si se realiza una interpretación sistemática, las garantías del mismo no pueden extenderse sobre cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información (p. ej., una tienda de libros on-line), sino que solamente alcanzan a los prestadores de servicios de intermediación. Esto es así porque en el párrafo segundo del art. 13, que encabeza la Sección 2.ª “Régimen de responsabilidad”, se establece lo siguiente: *“para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes”*, es decir, los de dicha sección.

La cuestión estriba entonces en determinar si los operadores P2p son prestadores de servicios de intermediación o no. A decir de algún autor, los motores de búsqueda no son intermediarios, pues su función se asemeja más a la de un proveedor de contenidos⁶²⁹. No obstante, sí

⁶²⁷ Cfr. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, “El Comercio Electrónico y la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (ISP’s)”, X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Santiago de Chile, 6 y 9 de septiembre de 2004.

⁶²⁸ Cfr. MASSAGUER FUENTES, José, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas”. *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 13, Madrid, Enero-Abril 2003, pp. 47 y 48.

⁶²⁹ Cfr. *Idem*, p. 48.

tendrán el carácter de servicios de intermediación cuando se presten “poniendo a disposición de los destinatarios motores de búsqueda (*search engines*)”⁶³⁰.

Como ya ha quedado expuesto, los operadores P2p centralizados ponen a disposición del público el software P2p y los servidores que gestionan el instrumento de búsqueda (si se desconecta el servidor, la red P2p desaparece). Mientras que los operadores P2p descentralizados, únicamente ponen a disposición del público el software y, posteriormente, envían publicidad a los usuarios (si se desconecta el servidor, la red P2p continúa). Aquéllos ofrecen un servicio continuado, mientras que estos últimos solamente facilitan un producto. Por tanto, los primeros son prestadores de servicios de intermediación, mientras que los segundos no.

En rigor, los operadores P2p descentralizados ni siquiera son (en el momento relevante, es decir, el del intercambio de archivos) prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por ejemplo, el software P2p se podría comprar en un quiosco y nada cambiaría. Por tanto, incluso en la hipótesis de que se realizara una interpretación literal del art. 17 y se incluyera a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información en su seno, tampoco merecerían los distribuidores de software P2p descentralizado la protección de dicho precepto.

El segundo elemento del art. 17 se refiere a que los prestadores de servicios “*faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos...*”. De acuerdo con esto, los que en su caso estarían protegidos serían los usuarios cuyos ordenadores funcionan, con o sin su conocimiento, como motores de búsqueda⁶³¹.

En consecuencia, para los operadores P2p descentralizados será de plena y directa aplicación lo dicho más arriba respecto a las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto. En cambio, los operadores P2p centralizados estarán exentos de responsabilidad en las condiciones que fija el art. 17 de la LSSI, a saber, cuando: “*a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que*

⁶³⁰ Cfr. CLEMENTE MEORO, Mario E., *Responsabilidad civil ...*, ob. cit., pp. 16 y 103.

⁶³¹ Cfr. Idem, p. 11.

remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente". Solamente cuando no se dé alguno de estos dos requisitos, podrá acudir a las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto.

Un aspecto conflictivo es el concepto de "conocimiento efectivo". La LSSI lo ha definido de forma extraordinariamente restrictiva, por lo que una parte de la doctrina apuesta por una interpretación "expansiva" de la expresión, que admite formas de conocimiento efectivo, distintas del conocimiento de una resolución que declare la ilicitud de los datos⁶³².

No obstante, se ha mostrado con buenos argumentos que la interpretación "expansiva" choca en buena medida con el propósito del legislador y, además, coloca al prestador de servicios de intermediación en la incómoda situación de realizar el juicio sobre la licitud o no de los contenidos, es decir, en la disyuntiva de censurar o correr el riesgo de ser responsable. Por su parte, la jurisprudencia ya ha tenido tiempo de aplicar la doctrina del "conocimiento efectivo" tal y como la quiso el legislador, en el denominado "caso ajoderse.com"⁶³³. En este caso la página *www.ajoderse.com* "contiene una colección de hiperenlaces a otras páginas de Internet (...) relacionadas con la posibilidad de visualizar las señales de TV de pago". Sin embargo, el Juez argumentó que "al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 de la Ley 34/2002, ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa, por lo que (...) procede decretar el Sobreseimiento Provisional de la misma, sin perjuicio de su reapertura si se aportaran nuevos datos que pudieran constituir indicios de la perpetración del delito".

Y también de desatender por completo la existencia de la doctrina del "conocimiento efectivo" como ha ocurrido en el denominado "caso

⁶³² Cfr. PEGUERA POCH, Miguel, *Capítulo I: La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, en MORALES PRATS, Fermín / MORALES GARCÍA, Oscar (coords), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 48.

⁶³³ Vid. Auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, a 7 de marzo de 2003.

edonkeymania.com”⁶³⁴. Aquí la Juez ordenó el cierre temporal del sitio *www.edonkeymania.com* por tener “*alojados enlaces para obtener copias de aproximadamente 21.000 archivos, que (...) corresponden a productos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual*”.

En opinión de un sector doctrinal⁶³⁵, la fórmula adoptada por el legislador no era en general desatinada. Si un titular de derechos quería retirar o bloquear la información, debía pasar por el tamiz del Juez, para que la libertad de expresión no se viera en peligro. Sin embargo, esta solución peca de exceso de celo en algunos supuestos, como se pone de relieve en el establecimiento de enlaces a contenidos ilícitos (recuérdese el funcionamiento de BitTorrent).

Pues bien, ese “tamiz del Juez” por el que debía pasar cualquier pretensión de retirada o bloqueo de información, se encontró temporalmente en peligro durante la tramitación de la hoy vigente Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, ya que durante un tiempo, y por presión de determinados sectores sociales, se pretendió la inclusión de un art. 17 bis, que preveía un procedimiento de notificaciones que procuraba que los prestadores de servicios de alojamiento, los usuarios de redes P2p y los webmasters de páginas webs que presuntamente vulneraran la propiedad intelectual, trabajaran al servicios de las sociedades de gestión y las asociaciones representativas. El procedimiento previsto era lo suficientemente desagradable como para que la mayoría optara por la solución más fácil: no publicar nada que pudiera llegar a considerarse, si quiera remotamente, que vulnera la propiedad intelectual.

Bajo este precepto, si una página web alojara obras intelectuales que pudieran vulnerar derechos de autor, una entidad de gestión o asociación representativa podría dirigirse al prestador de servicios que alojara esa página, identificando la misma así como las obras protegidas que presuntamente estuviera difundiendo sin autorización. Desde ese momento y por sorprendente que parezca, por esa mera comunicación de la entidad de gestión, el prestador del servicio de alojamiento quedaría obligado a dirigir la misma a su cliente en los próximos tres días hábiles. Y

⁶³⁴ Vid. Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Madrid, a 1 de agosto de 2003.

⁶³⁵ Cfr. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, José Javier, “La lucha...”, ob. cit., p. 48.

lo que es aún más sorprendente, el cliente estaría obligado a defenderse ante entidades como la SGAE de la ilegalidad que le estuvieran atribuyendo, en los siguientes seis días hábiles si no quiere ver cómo le bloquean el acceso a esos contenidos que la entidad o asociación señala como ilícitos.

El mero hecho de recibir esa comunicación de la entidad de gestión obligaría a tener que defenderse ante ella. Ni que decir tiene que la mayoría se vería obligada a acudir a un abogado para que le asesore, con los gastos que eso supone, para hacer esa contestación por miedo a dejar por escrito alguna cosa que pudiera perjudicarle en cualquier sentido. No hay que olvidar que esa comunicación de oposición que se remitiría a entidades como SGAE, se haría “bajo la responsabilidad a que hubiera lugar en Derecho en caso de faltar a la verdad”. Y como se puede ver, todavía la palabra “juez” no se ha nombrado ni una sola vez en todo este procedimiento.

Y no sólo eso. Un proceso similar se preveía para el caso de que la presunta vulneración se realizara mediante un programa P2p. Además, no sólo las entidades de gestión estarían legitimadas para iniciar este procedimiento sino que las asociaciones representativas de autores y demás titulares de derechos, también lo estarían⁶³⁶.

Pues bien, finalmente el legislador optó por no incluir dicho artículo y seguir otro camino. Lo que ha hecho ha sido modificar por completo el artículo 8 LSSI, dándole una nueva redacción que es la que sigue: *“Restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitario.*

1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; b) La protección de la salud

⁶³⁶ Vid. BRAVO BUENO, David, en www.hispamp3.com/noticias.

pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; d) La protección de la juventud y de la infancia”.

De este modo, sólo puede interrumpirse la prestación de un servicio de la sociedad de la información cuando atente a los principios concretos que se establecen. El listado tiene carácter de “*numerus clausus*”, es decir sólo por esas razones o cuando estén en juego esos intereses se podrá interrumpir la prestación del servicio. Siendo además el único habilitado para ello el órgano competente en la materia para su protección y en ejercicio de las funciones que tenga atribuidas por ley.

Además se excluye a los órganos administrativos de esta potestad de autotutela en el caso de que se trate de cuestiones relacionadas con la libertad de expresión e información, en cuyo caso quedará vedada la intervención a todos aquellos que no sean los jueces y tribunales. Además la coetilla utilizada en el último párrafo viene a dejar muy claro que las entidades de gestión o asociaciones de gestión de derechos de propiedad intelectual no pueden acogerse a este precepto, puesto que establece a la autoridad judicial como la garante del derecho a la libertad de expresión, derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, precisamente las obras que son objeto de propiedad intelectual según el artículo 1 de la LPI.

Parece que queda de esta manera solventada toda la polémica sobre esta cuestión a favor de los consumidores y en contra de lo solicitado por las entidades de gestión, puesto que tampoco es justificable la interrupción del servicio por causas relacionadas con la vulneración de derechos de propiedad intelectual⁶³⁷.

⁶³⁷ Vid. MAEZTU, David, en <http://derechoynormas.blogspot.com>.

XV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Uno de los propósitos de este trabajo ha sido el de analizar si el Derecho Penal español, en su regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual, cumple eficazmente su voluntad de proteger los intereses patrimoniales de los autores, los editores o los productores, frente a los nuevos comportamientos ilícitos y dañosos de los derechos de propiedad intelectual surgidos a la luz de Internet. Y ello debido a que Internet ha supuesto una revolución al multiplicarse las posibles formas de infracción de los derechos de propiedad intelectual. Se trata de actos de piratería intelectual muy distintos entre sí. En unos, la actividad se realiza con finalidad lucrativa directa, esto es, con la intención de obtener beneficios económicos mediante la reproducción o la difusión de obras protegidas. En otros casos, por el contrario, y éstos suelen ser aún más habituales, no hay un lucro directo obtenido del acto ilícito, pero sí se obtienen ganancias económicas de forma indirecta⁶³⁸.

SEGUNDA.- Algunos estudiosos han planteado la conveniencia de crear una nueva rama del derecho dedicada sólo a las nuevas tecnologías donde el derecho de autor quedaría incluido. Sin embargo, los derechos son conceptos generales vinculados a la persona o a su relación con la sociedad que no deben vincularse al medio en el que se desarrollan. Así, igual que no fue creado un nuevo derecho de autor con la aparición de la radio o la televisión, el medio Internet no supone una redefinición del derecho que obligue al desarrollo de una nueva rama legal.

Lo que es evidente en la actual sociedad de la información, es que resulta cada vez más necesaria la protección de los derechos de propiedad intelectual, dado que proteger estos derechos significa defender a los sujetos individuales que merecen el reconocimiento moral y el beneficio patrimonial por haber realizado el esfuerzo creativo, o por haber

⁶³⁸ Vid. supra. Cap. I. Introducción: A. Planteamiento del problema, p. 13 y ss.

participado de alguna o de otra forma en él, y también tutelar a la propia sociedad y a un instrumento de la misma para la proliferación de bienes cultural y económicamente valiosos para todos. Así, y dada la dimensión que desde un punto de vista colectivo o social han adquirido hoy las obras del ingenio, resulta evidente que este fenómeno merece regulación legal. Sin embargo, de nada servirán las eventuales modificaciones legislativas que se hagan en este ámbito, si no van acompañadas, de la correspondiente dotación material y humana al servicio de la justicia material, con un mayor control policial y administrativo y no apresurarse a cerrar la planta judicial.

TERCERA.- Bajo la institución jurídica de la propiedad intelectual se engloban una serie de intereses individuales y colectivos de gran trascendencia que la explican y legitiman. Para la tutela de dichos intereses es necesario el reconocimiento del Derecho de Propiedad Intelectual pero, también, la articulación de instrumentos jurídicos que hagan posible y eficaz el mismo. Así la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 establece un amplio elenco de acciones jurídico-civiles para la tutela de los derechos de autor y los derechos conexos. De este modo, se puede afirmar que el legislador ha reconocido la importancia de la tutela civil de estos derechos y ha reforzado esta vía de protección mediante la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. Sin embargo, el reconocimiento de que existe una tutela completa por vía civil, en todos y cada uno de sus aspectos de los derechos de propiedad intelectual, no supone inmediatamente negar la necesidad de una tutela por vía penal, aunque resulta evidente que favorece, sin lugar a dudas, el cumplimiento por parte del Derecho Penal de los principios de subsidiariedad e intervención mínima⁶³⁹.

CUARTA.- La actual regulación de esta materia por el Código Penal de 1995 respeta en líneas generales la contenida en los artículos 534 bis a), 534 bis b), 534 bis c) y 534 ter, introducidos en el anterior Código Penal por Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, si bien con algunas modificaciones, como son que se le confiere una Sección propia e independiente de las infracciones contra la propiedad industrial; la incorporación al tipo básico contenido en el artículo 270.1.º de los

⁶³⁹ Vid. supra. Cap. III. Normativa civil de la Propiedad Intelectual: C. Acciones civiles para la tutela de la Propiedad Intelectual, p. 53 y ss.

requisitos de obrar “con ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” y la supresión en el mismo del adverbio “intencionadamente”; la desaparición de las conductas agravadas contenidas en el artículo 534 bis b).1 y reformulación de la primera de las previstas en el artículo 534 bis b).2; y la tipificación de una nueva conducta en el último párrafo del artículo 270 en relación a los programas de ordenador.

Hay que poner también de manifiesto el aumento progresivo de la penalidad que se ha producido en los distintos códigos penales, hasta llegar a la última reforma realizada por la L.O. 15/2003. Esto se puede justificar en base a criterios de política criminal, ya que en la evolución histórica de la Propiedad Intelectual, con el paso de los años, la problemática derivada de los denominados derechos de autor, ha ido en un considerable aumento, lo que ha creado una alarma social que ha justificado, entre otras medidas, el aumento de la penalidad por la realización de determinadas conductas, así como la aparición de agravantes específicas. Resulta así más que evidente que éste no puede ser el único medio de control de los delitos contra la propiedad intelectual, ya que la práctica demuestra que el simple aumento de la penalidad no siempre es eficaz contra el aumento de la criminalidad⁶⁴⁰.

QUINTA.- En el derecho comparado, dentro del ámbito comunitario, existen dos modelos distintos de tipificar los delitos contra la propiedad intelectual, que se configuran en función de la remisión a las normas que definen el contenido y objeto de los derechos: el modelo francés (Francia, Bélgica, Holanda), que es el de norma penal en blanco en sentido estricto y el modelo alemán (Alemania, Italia, Portugal, Grecia), o de remisión normativa mediante la utilización de términos normativos, que define el contenido esencial del injusto, aunque obliga a acudir a las normas “extrapenales” para la interpretación de algunos de los elementos del mismo. El sistema español se asemeja más al denominado sistema alemán, dado que el artículo 270 del Código Penal no se limita a considerar delito la infracción de cualquiera o algunos preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual, sino que define expresamente las conductas punibles y los objetos de protección.

⁶⁴⁰ Vid. supra. Cap. V. Evolución de la regulación penal de la Propiedad Intelectual: B. Evolución actual, p. 93 y ss.

El sistema francés tiene la ventaja de que no plantea problemas interpretativos de lo que es delictivo y de lo que simplemente es ilícito civil, puesto que cualquier ilícito civil podrá ser considerado, inmediatamente, un delito. Además, la utilización de esta fórmula tan abierta de tipificación penal permite que, ante las innovaciones tecnológicas y los cambios en lo protegido o en la forma de infringir los derechos, no será necesario hacer cambios en vía penal para la completa tutela de los intereses. Bastará con modificar las disposiciones civiles respectivas para que cualquier nuevo ilícito sea considerado delictivo y cualquier nuevo interés sea protegido por vía penal.

Con el sistema alemán se es más respetuoso con el principio de intervención mínima, siempre que se utilice una depurada técnica legislativa. Así, y en cuanto a qué es ilícito civil y qué ilícito penal, legislaciones como la alemana, la italiana o la española, delimitan de forma precisa aquellos comportamientos que, además de infringir la legislación civil, resultan delictivos. Ello no impide, además, que se protejan los derechos de forma amplia y frente a cualquier comportamiento actual o nuevo, dado que se utilizan términos normativos que deben ser interpretados según el sentido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Además, considero que habría que tender hacia una más clara y posible armonización de las legislaciones nacionales en cuanto a la propiedad intelectual y en particular a la regulación y sanción de las infracciones al derecho de autor y al denominado copyright, ya que hoy día, es a través de la mayoría de los convenios y Organizaciones Internacionales, tales como el NAFTA, la OMC, la Comunidad Europea, el MERCOSUR, etc, donde se regulan sus respectivas normativas comunes, sin una armonización global del derecho de propiedad intelectual⁶⁴¹.

SEXTA.- La determinación del bien jurídico protegido de este tipo de delitos ha suscitado un amplio debate doctrinal. Al respecto hay que afirmar que el único bien jurídico protegido por los delitos del artículo 270 y del artículo 271 del Código Penal son los intereses patrimoniales del autor y de los titulares de derechos conexos, ya que el artículo 270 no exige para la realización del tipo nada más que la infracción de un derecho

⁶⁴¹ Vid. supra. Cap. VI. Derecho Comparado, p. 99 y ss.

de explotación con ánimo de lucro y con intención de afectar a sus intereses patrimoniales (en perjuicio de tercero), sin que sea necesaria la puesta en peligro del orden socioeconómico ni de ningún instrumento del mismo de carácter supraindividual⁶⁴².

SÉPTIMA.- El art. 270 CP define los sujetos activos de sus conductas con la expresión genérica “quien”, sin exigir posteriormente ningún otro requisito personal. En consecuencia, se constituye como un delito común, sin que se requiera circunstancia específica alguna para la condición de sujeto activo, aplicándose las reglas generales de autoría previstas en el Código penal (art. 28). Esto significa que, en principio, cualquier persona física puede ser sujeto activo de los delitos relativos a la propiedad intelectual, incluido el autor de la obra, siempre que haya cedido sus derechos de explotación en exclusiva a un cesionario.

En cuanto a los usuarios de una red P2p (Peer to peer) que ponen obras a disposición del público, el mayor problema que se plantea y que deben salvar los titulares de derechos, será descubrir quiénes son esos usuarios, y para ello deberán despejar dos incógnitas: desde qué ordenador se comunican (y/o reproducen) las obras y quién está utilizando ese ordenador.

Para la resolución de la primera cuestión existen múltiples caminos, pero considero que sólo dos cumplen todas las garantías legales, y son, por un lado la autorización judicial, que no será concedida si el Juez estipula que se trata de un mero ilícito civil, y por otro la propia participación en la comunicación. Una vez que el titular de derechos tiene la dirección IP del ordenador que realiza el acto ilícito debe ponerle nombre y apellidos, y para ello debe localizar al proveedor de acceso que ha asignado esa dirección IP, y a continuación debe solicitar a dicho proveedor que revele la identidad del usuario que tenía asignada la dirección IP en el momento en que se realizó el ilícito, y ello en base a la Ley 25/2007, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que obliga a los operadores de comunicaciones electrónicas a guardar detalles sobre las llamadas, conexiones a Internet y transmisión de datos realizadas por los ciudadanos a fin de facilitar a los cuerpos policiales información sobre las

⁶⁴² Vid. supra. Cap. I. Introducción: B. Bien Jurídico protegido, p. 20 y ss.

comunicaciones relacionadas con la investigación de delitos graves⁶⁴³.

OCTAVA.- La titularidad del bien jurídico protegido es lo que caracteriza al sujeto pasivo, por lo que hay que considerar al autor como el sujeto pasivo tipo y originario de este tipo de delitos. Sin embargo esto no quiere decir que sea el único que puede ostentar la condición de sujeto pasivo, ya que el autor de una obra puede ceder en exclusiva los derechos de explotación a un tercero (cesionario), siendo este último el que ostentaría entonces la condición de sujeto pasivo de este tipo de delitos. Y todo esto, además de la posibilidad de considerar sujetos pasivos a los titulares de derechos conexos, siempre que sus derechos recaigan sobre el objeto material expresamente citado en el Código Penal. Así mismo, resulta de gran relevancia práctica la consideración de que en aquellos casos en los que el autor realice la obra bajo una relación laboral, será la empresa la titular de los derechos de explotación, y por ende, posible sujeto pasivo de un eventual delito contra dicha obra⁶⁴⁴.

NOVENA.- Los derechos intelectuales provienen de la creación humana y se plasman en algún objeto aprehensible por los sentidos. Esto ha hecho que distinga conceptualmente entre bien inmaterial (la creación) y la concreción física de la idea creadora (el objeto en el que se materializa la misma). Sin embargo, la protección penal debe alcanzar sólo a la primera, pues lo que interesa tutelar es la idea y no el soporte físico de la misma, cuya protección, en su caso, se adecuará a los delitos de apoderamiento⁶⁴⁵.

DÉCIMA.- Para que las conductas de los delitos relativas a la propiedad intelectual resulten típicas, deben realizarse de forma dolosa, debiendo calificarse dicho dolo, como de dolo directo. Sin embargo considero que no sería admisible la forma de dolo eventual, ya que a pesar de la supresión del término "intencionadamente" en la redacción del tipo, este dolo resultaría contradictorio con la exigencia de un "ánimo de lucro" y de un actuar "en perjuicio de tercero"⁶⁴⁶.

DECIMOPRIMERA.- Para la comisión de un delito contra la

⁶⁴³ Vid. supra. Cap. VIII. Tipo Objetivo del art. 270: A. Sujeto activo, p. 141 y ss.

⁶⁴⁴ Vid. supra. Cap. VIII. Tipo Objetivo del art. 270: B. Sujeto pasivo, p. 167 y ss.

⁶⁴⁵ Vid. supra. Cap. VIII. Tipo Objetivo del art. 270: C. Objeto material, p. 190 y ss.

⁶⁴⁶ Vid. supra. Cap. IX. Tipo Subjetivo del art. 270: A. Dolo, p. 251 y ss.

Propiedad Intelectual es necesario que el sujeto actúe con voluntad de obtener una ganancia o ventaja de carácter patrimonial, dado que el único bien jurídico protegido por este tipo de delitos, son los intereses patrimoniales. Pero ello no significa que se restrinja el ánimo de lucro sólo a aquellas actividades directamente relacionadas con la conducta típica de reproducir, distribuir, comunicar públicamente o plagiar. Habrá también ánimo de lucro en aquellos casos en los que la relación entre el lucro y la conducta típica no sea directa sino indirecta, al obtenerse el beneficio no por la actividad sino por otro factor debido directamente a dicha actividad.

Sin embargo, incluir en el concepto de ánimo de lucro a los particulares que no pretenden comerciar con la obra pero sí gozarla sin pagar los correspondientes derechos, no puede ser aceptado, porque es una interpretación contraria al principio de intervención mínima que, además, nunca podría hacerse efectiva en la realidad en la forma de condenar penalmente a todos los usuarios que reproducen para uso propio obras del ingenio en Internet.

Sólo en los casos de usuarios que acceden a programas como el antiguo Napster o de tecnología P2p como Emule o Bittorrent, podría hablarse de altruismo, en cuanto que no se obtiene ningún beneficio económico de la actividad de intercambio de obras protegidas, y ello es así, dado que considerar que el ahorro de dinero por no pagar el auténtico precio de la obra es ánimo de lucro, supondría ampliar en exceso el ámbito de punición, al permitirse de este modo sancionar en vía penal comportamientos que serían lícitos en vía civil. En consecuencia, la conducta de los usuarios que comparten obras protegidas a través de una red P2p sin autorización de los titulares sólo será típica si concurre en su actuación un ánimo de lucro específicamente patrimonial⁶⁴⁷.

DECIMOSEGUNDA.- El requisito de actuar “en perjuicio de terceros”, se ha interpretado tanto en sentido subjetivo, como tendencia interna del autor que debe verificarse mediante su conexión con otros datos externos revelados en los hechos; como en sentido objetivo, según el cual se representa como la idoneidad material de la conducta para causar perjuicios a los titulares de los derechos. Así la presencia del mismo resulta verificable directamente en cuanto debe tratarse de una conducta

⁶⁴⁷ Vid. supra. Cap. IX. Tipo Subjetivo del art. 270: B. Ánimo de Lucro, p. 258 y ss.

capaz de conseguir la lesión de estos derechos.

La consideración como elemento subjetivo del injusto, supone el riesgo de excluir la aplicación del delito en más casos de los deseables, porque lo común en supuestos de esta naturaleza no es tanto que se quiera perjudicar a otro, cuanto que se persiga obtener un lucro para sí, por lo que exigir en el sujeto que la conducta tenga como una de sus finalidades causar un perjuicio ajeno, añadido al ánimo de lucro, podría determinar la impunidad de muchos casos.

Por eso, el “en perjuicio” debe interpretarse como una condición objetiva de la conducta, que, por las circunstancias en las que se produce, tiene la idoneidad suficiente para perjudicar a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual. Lo que comporta, por ejemplo, que no serán típicas, por falta de esa capacidad potencial, las infracciones que se produzcan para mero uso privado por la misma persona que la lleva a cabo, ya que la jurisprudencia preponderante por nuestros Tribunales recoge la exigencia de un efectivo perjuicio al que, además, se reclama una entidad económica de cierta importancia⁶⁴⁸.

DECIMOTERCERA.- El comportamiento prototípico de piratería en Internet y especialmente peligroso para los intereses de los autores, editores y de la propia sociedad, relacionado con las obras del ingenio, es el de los foros de intercambio gratuito de archivos digitales, también denominado “fenómeno Napster”. A la luz de su ejemplo han aparecido otros muchos sitios web basados en la creación de una red para la difusión de archivos, tales como Kazaa, Emule, Morpheus o Bittorrent utilizan la tecnología P2p (Peer to peer) precisamente para evitar los problemas legales que tuvo Napster⁶⁴⁹.

DECIMOCUARTA.- Existen dos sistemas usualmente utilizados para el intercambio de obras protegidas en Internet. En el denominado sistema Napster (sistemas centralizados), utilizado en esta página web y en otras similares, la página web además de facilitar a los usuarios un programa de descarga, les ofrecía un lugar (ubicado en el propio sitio web) donde se ponían a disposición las obras protegidas de todos los usuarios para que

⁶⁴⁸ Vid. supra. Cap. VIII. Tipo Objetivo del art. 270: D. Perjuicio a tercero, p. 203 y ss.

⁶⁴⁹ Vid. supra. Cap. X. Problemática de la Propiedad Intelectual en el ámbito de Internet, p. 271 y ss.

cualquiera pudiera descargarlas. Por su parte, en el sistema P2p (sistemas descentralizados), la actividad de la página web se centra en ofrecer un programa de contacto entre usuarios para el intercambio de archivos, siendo después los propios usuarios los que, utilizando el programa, descargan y ponen a disposición de los demás las obras protegidas.

En los sistemas centralizados la descarga de obras protegidas realizada sin autorización del titular del derecho, se trata de una reproducción, pero la misma será lícita o ilícita dependiendo del uso que se pretenda realizar con la copia. Aquí hay que distinguir dos supuestos: aquellas copias que se realizaron con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley de Propiedad Intelectual (LPI) en agosto de 2006, fruto de la reforma realizada por la Ley 23/2006, y las que se hicieron con posterioridad a esa fecha⁶⁵⁰.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma de la LPI, si se trataba de un uso privado, la reproducción era atípica conforme a lo establecido en el antiguo artículo 31.2 LPI. Si, por el contrario, la reproducción se destinaba a la posterior comunicación pública o distribución, era ilícita y podía ser también delictiva si se hace con ánimo de lucro. Sin embargo, tras la entrada en vigor de la citada Ley 23/2006, de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, la situación ha cambiado. La copia privada ahora exige explícitamente que el original sobre el que se realiza ésta, haya sido adquirido legalmente para uso privado a partir de obras a las que se haya accedido legalmente. La redacción de la nueva LPI, en lo que se refiere a copia privada, es absolutamente ambigua, sobre todo en lo que se refiere a lo del “acceso legal a la obra”, y por lo tanto crea inseguridad jurídica.

En la calificación legal del comportamiento de la puesta a disposición de terceros de obras protegidas por parte de un usuario de uno de estos sistemas, el comportamiento es siempre ilícito, aun cuando se realice sin ninguna voluntad lucrativa. Así, pues, el usuario que “comparte” sus archivos con otros usuarios de Internet está realizando un ilícito civil y, contra él, se podrán aplicar las medidas oportunas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1996. Esto no significa,

⁶⁵⁰ Vid. supra. Cap. X. Problemática de la Propiedad Intelectual en el ámbito de Internet: “Uploading” y “Downloading” de obras protegidas, i) Sistemas centralizados, p. 279 y ss.

sin embargo, que dicho comportamiento sea también delictivo. Para ello será necesario, además, que se realice con ánimo de lucro.

En el sistema Napster la página web servía como intermediario poniendo obras a disposición del público, por lo que debe afirmarse que el titular de una página web que realiza ese tipo de comportamiento, está realizando una comunicación pública ilícita. Si, además, emplea publicidad en la página web o pretende obtener beneficios económicos de cualquier otro modo, su conducta deberá ser considerada delictiva conforme al Ordenamiento jurídico español.

En los sistemas descentralizados las conductas de los particulares que acceden a dichas páginas web merecen la misma calificación legal que en el caso de Napster: la descarga debe considerarse reproducción, la cual dependerá de su calificación o no como de copia privada para resultar ilícita. La puesta a disposición debe considerarse una comunicación pública ilícita dado que se permite al público (y no a un círculo privado de sujetos) el acceso a obras de las cuales no tienen los derechos de propiedad intelectual. Y conforme a este sistema, la página web no se convierte nunca en servidor central, por lo que no puede decirse que realice ningún tipo de acto de puesta a disposición del público de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual⁶⁵¹.

DECIMOQUINTA.- La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico 34/2002, de 11 de julio, ha determinado como regla general, la ausencia de responsabilidad civil, penal y administrativa de los prestadores de servicios de intermediación por llevar a cabo actividades técnicas de transmisión, almacenamiento o alojamiento de contenidos o informaciones ilícitas de procedencia ajena. A esta exención de responsabilidad se une la no imposición a los mismos de una obligación general de control o supervisión de tales datos que almacenan o transmiten, siempre que desempeñen una labor de mera intermediación y no hayan contribuido a la creación de contenidos ilícitos. Y, asimismo, tampoco se asienta ninguna presunción de conocimiento de la licitud o no de tales datos por parte de los mismos. De este modo resulta determinante dilucidar si los operadores P2p deben o no ser

⁶⁵¹ Vid. supra. Cap. X. Problemática de la Propiedad Intelectual en el ámbito de Internet: "Uploading" y "Downloading" de obras protegidas, ii) Sistemas descentralizados, p. 284 y ss.

encuadrados en dicha categoría. La cuestión estriba entonces en determinar si los operadores P2p son prestadores de servicios de intermediación o no.

En rigor, los operadores P2p descentralizados ni siquiera son (en el momento relevante, es decir, el del intercambio de archivos) prestadores de servicios de la sociedad de la información. Por ejemplo, el software P2p se podría comprar en un quiosco y nada cambiaría. Por tanto, incluso en la hipótesis de que se realizara una interpretación literal del art. 17 LSSI y se incluyera a cualquier prestador de servicios de la sociedad de la información en su seno, tampoco merecerían los distribuidores de software P2p descentralizado la protección de dicho precepto.

En consecuencia, para los operadores P2p descentralizados serán de plena y directa aplicación las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto. En cambio, los operadores P2p centralizados estarán exentos de responsabilidad en las condiciones que fija el art. 17 de la LSSI, cuando no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; y si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. Solamente cuando no se dé alguno de estos dos requisitos, podrá acudir a las acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto⁶⁵².

DECIMOSEXTA.- El destino de los sistemas P2p resulta difícil de pronosticar, pues en él influyen variables de carácter social, económico, técnico y, por supuesto, jurídico. Los factores que en mayor medida determinarán la evolución de las redes P2p son los siguientes:

a) la transmisión de archivos protegidos por el Derecho de autor a través de las redes P2p no es algo que esté censurado por la conciencia social. Al contrario, son los intentos por controlar esta actividad lo que es visto como una actuación injusta y egoísta. La única forma de combatir dicho estado de opinión es a través de la educación cívica. En esta línea, tanto el Ministerio de Cultura español como el Ministerio de Justicia

⁶⁵² Vid. supra. Cap. XIV. Responsabilidad Civil "ex delicto": B. Personas civilmente responsables, p. 387 y ss.

alemán lanzaron sendas campañas de información bajo los lemas “Ahora la ley actúa” y “Kopien brauchen Originale” (las copias necesitan originales).

Este método requiere de algún tiempo para dar resultados, aunque si se pretende que éstos sean duraderos, debería apostarse por la información y la concienciación social, que no pasa necesariamente por la criminalización de los ciudadanos (falsa, en buena medida), con frases del tipo: “la difusión de contenidos ilegales en Internet es un delito castigado incluso con la cárcel” o la imputación a las redes P2p de que están fomentando la pornografía infantil.

b) los aspectos jurídicos se manifiestan, por una parte, en las acciones judiciales de los titulares de derechos, y, por otra, en las posibles reformas legislativas. Las primeras tienen un claro efecto disuasorio para los participantes en redes P2p. No obstante, también es cierto que muchos de los usuarios se encuentran en “paraísos” del Derecho de autor, no tanto porque se cuestione la posibilidad de interponer demandas en el país de manifestación del resultado dañoso (cualquiera), y no en el de producción del acto generador (el del infractor), como por la dificultad de que las posibles sentencias condenatorias produzcan efectos en un Estado distinto a aquél en el que fueron dictadas.

c) por último, las medidas legislativas deben servir de colofón a todo lo anterior, pero en ningún caso debe pensarse que por sí solas lograrán regularizar la situación. Las posibilidades de actuación que tiene el legislador inciden en los tres puntos siguientes: en primer lugar, establecer de forma clara la responsabilidad (o irresponsabilidad) de los operadores P2p y de la mera producción del software P2p; prever procedimientos para obligar a los proveedores de acceso a identificar a los infractores; y crear sanciones penales que castiguen a los infractores incluso cuando falte el ánimo de lucro (o lo que es lo mismo, cuando existe ánimo de lucro en sentido amplio).

DECIMOSÉPTIMA.- Las empresas están comenzando a utilizar los “Sistemas de Gestión de Derechos Digitales” o “Digital Rights Management” con el objetivo de poder comercializar nuevos modelos de provisión de contenidos, ya que éstos novedosos sistemas de gestión pueden llegar a definir distintos niveles de derechos sobre obras digitales

que sean susceptibles de ser descargadas desde Internet, todo ello a falta de una regulación pertinente en el sector y con la mirada dirigida a potenciar el mercado digital de forma respetuosa con las respectivas leyes de propiedad intelectual.

Suponen una interesante apuesta de futuro, en lo relativo al desarrollo del comercio electrónico mediante la explotación de obras digitales amparadas por la Propiedad Intelectual, ya que garantizan en la medida de lo posible la consolidación de un adecuado instrumento tanto técnico como jurídico que permite proteger los intereses morales y patrimoniales pertenecientes a los correspondientes derechohabientes de cada obra concreta.

Sin embargo, la utilización de estos sistemas no debe comprometer la adecuada protección de derechos relacionados con los usuarios, especialmente en lo relativo al ámbito de la protección de los datos personales, que no tienen por qué resultar un obstáculo a la consolidación de los mismos, sino que han de servir de medio idóneo para poder alcanzar un adecuado equilibrio entre las partes, y poder aspirar a un completo y libre acceso a la cultura desde y cuando se quiera, sin necesidad de tener que comprometer ninguno de los intereses puestos en juego⁶⁵³.

DECIMOCTAVA.- En la actualidad, tras las modificaciones en la regulación procesal llevadas a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, los procedimientos relativos a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial deben tramitarse, según los casos, bien con arreglo a las normas del procedimiento abreviado, bien como juicios rápidos.

Sin embargo, en la práctica no es fácil aventurar qué porción de delitos contra la propiedad intelectual e industrial son susceptibles de tramitación por el procedimiento rápido. Se viene señalando con acierto que en bastantes ocasiones la comisión del delito contra la propiedad intelectual o industrial no resultará tan evidente para justificar el procedimiento urgente, ya que se requerirá de cierta actividad instructora para determinar la tipicidad del hecho. No tiene por tanto mucho sentido incluir dentro de este tipo de procedimientos el tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual y el delito contra el derecho de patente, porque no siempre la prueba de comisión

⁶⁵³ Vid. supra. Cap. IV. La Propiedad Intelectual en el entorno digital, p. 63 y ss.

del hecho resultará evidente. Por otra parte, el ámbito de la propiedad intelectual es tan amplio que junto a hechos en los que resulta elocuente la comisión del ilícito (venta ambulante de copias ilegales de CD's), nos podemos encontrar en supuestos en que la comisión del delito es más sutil como puede ser, por ejemplo, el plagio de una obra literaria.

En definitiva, si bien es cierto que, con arreglo al tenor de la ley procesal, la tramitación de los procesos por delitos contra la propiedad intelectual e industrial puede seguirse tanto por los cauces del procedimiento abreviado, como por los de los juicios rápidos, la naturaleza de dichos delitos y los requisitos de los juicios rápidos hacen prever que el ámbito de estos debe quedar reducido, como mucho, a los vendedores del "top manta", o de los puestos callejeros de ropa y complementos falsificados⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Vid. supra. Cap. XII. Notas procesales: D. Clases de procedimientos, p.369 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ABARZA, J. y KATZ, J., "Los derechos de propiedad intelectual en el mundo de la OMC", *Publicación de las Naciones Unidas*, Santiago de Chile, enero de 2002.

ALBALADEJO/BERCOVITZ, *Comentario a los artículos 15-16*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

ALGARDI, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Giuffrè, Milán, 1966.

ALVAREZ CID, J. y ALVAREZ CID, T., *El código Penal de 1870*, Juan Font, Córdoba, 1908.

ALVAREZ ROMERO, C. J., *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Centro de Estudios Hipotecario, Madrid, 1969.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., "Delitos relativos a la Propiedad Intelectual: referencia al tipo básico del art. 270 CP", en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 42, ICADE, Madrid, 1997, p. 267 a 282.

ARROYO ZAPATERO, L. y GARCÍA RIVAS, N., *Protección penal de la propiedad intelectual*, en ARROYO ZAPATERO, L. y TIEDEMANN, K., *Estudios de derecho penal económico*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, p. 159 a 182.

BACIGALUPO SAGGESE, S. y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa: perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Experiencia, Barcelona, 2005.

BAJO FERNÁNDEZ, M. y SUÁREZ GONZÁLEZ, C., *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

BENJAMIN, C. y FABIENNE, O., "The installation in the United States of a new Regime of Intellectual Property Rights – Origins, Content, of a new Regime of Intellectual Property Rights – Origins, Content", *IDEE-CEPN*, CNRS, Paris, junio de 2001.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La propiedad intelectual en las autopistas de la información*, en CREMADES, J., *Derecho de las telecomunicaciones*, La Ley, Madrid, 1997, p. 892 a 906.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

- *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

BERROCAL LANZAROT, A. I., "El Comercio Electrónico y la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (ISP's)", *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Santiago de Chile, 6 y 9 de septiembre de 2004, p. 1 a 31.

BOIX REIG, J. y JAREÑO LEAL, A., *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- *De los delitos relativos a la propiedad intelectual*, en VIVES ANTÓN. *Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

BONDÍA ROMÁN, F., "La incorporación de las directivas comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español", *RGD*, Madrid, enero-febrero de 1995, p. 539 a 560.

BOTANA AGRA, M., *Los derechos de explotación de la obra de autor en la Ley española de propiedad intelectual*, ADI, Madrid, 1987-1988.

BUENO ARÚS, F., *Los delitos relativos a la informática*, en *El Código Penal de 1995: Parte Especial*, CGPJ-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996.

BUSCH, C., *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania, Análisis de derecho comparado, Perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*, Serlipost, Barcelona, 1995.

BUSTO LAGO, J. M., "La responsabilidad civil de los «Internet Service Providers» (ISPs) por la infracción en la Red de los derechos de propiedad

intelectual”, *Revista de Derecho y Nuevas tecnologías*, n.º 5, Madrid, 2004, p. 39 a 73.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario a los artículos 1092 y 1093 del C.c.*, en ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XV, vol. 1.º, Bosch, Madrid, 1989.

CABAÑAS GARCÍA, J. C., “Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, procesal y penitenciario*, n.º 6, Madrid, junio de 2004, p. 87 a 93.

CÁMARA ÁGUILA, M. P., *El derecho moral del autor. Con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor*, Comares, Granada, 1998.

CARBAJO CASCÓN, F., “El pulso en torno a la copia privada”, *Revista de propiedad intelectual*, n.º 16, Madrid, 2004, p. 9 a 54.

CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CARMONA SALGADO, C., “El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual”, *Revista de Derecho Público, Comentarios a la Legislación penal, T. XIII*, Edersa, Madrid, 1983, p. 81 a 180.

- *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Montecorvo, Madrid, 1988.
- “Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre propiedad intelectual”, en “Nuevas formas de delincuencia”, *P. J.*, N.º especial IX, Madrid, 1989, p. 335 a 350.

CARRASCO PERERA, A., *Comentario al artículo 133*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

- *Comentario al artículo 5*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Comentario al artículo 7*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Acciones civiles para la protección de la propiedad intelectual*, en V.V.A.A., *Los derechos de Propiedad Intelectual en la nueva sociedad de la información: Perspectivas de Derecho civil, procesal, penal e*

internacional privado, Comares, Granada, 1998.

CARRASCOSA ALVAREZ, V., *El documento electrónico como medio de prueba*, en ROMEO CASABONA, Carlos, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad de La Laguna, Comares, Granada, 1997, p. 187 a 2002.

CASAS VALLES, R., "La fotocopia y su régimen jurídico", *Aranzadi civil*, n.º 11, Pamplona, Junio de 1993, p. 9 a 27.

CAVANILLAS MÚGICA, S., *Comentario al artículo 48*, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

CLEMENTE MEORO, M. E., *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Comares, Granada, 2003.

COBLENZ, M., *Crímenes de Propiedad Intelectuales*, Ciencia & Tecnología, España, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C, *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1997.

CONSENTINO, G, y otros, "Tras los pasos de la seguridad perdida, Delitos informáticos", *Revista Informática y Derecho*, n.º 23 a 26, UNED, Mérida, 1998, p. 1077 a 1216.

CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M., *Comentarios al Código Penal, Parte especial, T. I*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal, T. II*, Ariel, Barcelona, 1976.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Conforme al Código penal, texto refundido de 1944, T. II (parte especial)*, Bosch, Barcelona, 1949.

CUESTA PASTOR, P., *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, Granada, 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, 2001.

DE PABLO CONTRERAS, P., *Comentario al artículo 42*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

DELGADO ECHEVARRÍA, A., *Comentario al artículo 102*, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1995.

- *Comentario al artículo 97*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1995.

DELGADO PORRAS, A., *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Civitas, Madrid, 1998.

DÍAZ NOCI, J., "Derechos de autor y sociedad digital de la información en España: Nuevos retos jurídicos", *The Future of Music, Internet & Copyright*, Amsterdam, 29 de noviembre de 2002, p. 1 a 44.

DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M., "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", *ADPCP*, Madrid, septiembre-diciembre 1990, p. 803 a 858.

DREIER, T., *Copyright in Cyberspace*, Otto Cramwinckel, Amsterdam, 1997.

ERDOZAIN, J. C., *Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet*, Tecnos, Madrid, 2002.

ESPÍN CÁNOVAS, D., *El proyecto de ley de propiedad intelectual de 1986*, La Ley, Madrid, 1986.

FERNÁNDEZ MASIA, E., *Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador*, en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Comares, Granada, 1998.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "Respuesta penal frente a la piratería en Internet: subsunción típica y criterios de imputación objetiva de los ISPs",

Revista de Derecho Penal, N.º 8, Madrid, enero de 2003, p. 31 a 58.

FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. "Delitos contra los derechos de autor", *ADPCP*, Madrid, enero-abril 1991, p. 65 a 95.

FERREIRA, I. S., *La criminalidade informática. Direito e Internet. Aspectos Jurídicos relevantes*, Edipro Sao Paulo, Brasil, 2000.

GARCÍA CANTIZANO, M. C., *Falsedades Documentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA RIVAS, N., *Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995*, en *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995, p. 203 a 250.

- *Los delitos contra la Propiedad Intelectual*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 2369 a 2392.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., "La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos", *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 6, Madrid, 2000, p. 9 a 64.

- *La propiedad intelectual en la sociedad de la información*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 283 a 308.
- *El derecho de autor en Internet: los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, Comares, Granada, 2003.
- "Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2p", *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 16, Madrid, 2004, p. 55 a 104.

GIMBERNAT ORDEIG, E., "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra

la propiedad intelectual”, *Poder judicial*, Madrid, 1988, p. 741 a 748.

- *Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los art. 13 y 15 del Código Penal*, en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 589 a 606.
- “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XV, Madrid, 1995, p. 203 a 237.
- *Las llamadas “importaciones paralelas” y el artículo 270, párrafo segundo, del Código Penal*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 727 a 740.

GOLDSTEIN, M., “Nuevos delitos en Propiedad Intelectual”, *Revista de la contratación electrónica*, n.º 53, Dykinson, Madrid, 2004, p. 3 a 38.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. y QUINTERO OLIVARES, G., *Protección Penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988.

GÓMEZ MARTÍN, V., “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el C.p. de 1995”, *Revista del Consejo General del Poder Judicial* n.º 66, Madrid, 2002, p. 143 a 211.

GÓMEZ POMAR, F., “La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia”, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Vol. 69, n.º 614, Madrid, 1993, p. 165 a 218.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Alcance del control constitucional sobre el dolo y los elementos normativos”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTÉS BECHIARELLI, E. (coordinadores), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 459 a 488.

- “Los delitos contra el patrimonio en la reforma penal de 2003”, en CASTELLANO RAUSELL, P., *Las últimas reformas penales, Cuadernos de Derecho Judicial 2005-3*, CGPJ, Madrid, 2005, p. 215 a 244.

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., “Napster: «copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el

derecho de autor en internet», en *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 6, Bercal, Madrid, septiembre-diciembre, 2000, p. 65 a 83.

- “La lucha de los titulares de derechos de autor contra las redes peer to peer”, *Revista de Propiedad intelectual*, n.º 18, Bercal, Madrid, septiembre-diciembre, 2004, p. 25 a 68.

GONZALEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ LÓPEZ, M., *El derecho moral del autor en la Ley española de Propiedad Intelectual*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ RUS, J. J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte especial I*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*, en *Curso de Derecho Español, Parte Especial, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 547 a 589.
- “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 1, Madrid, 1999.
- *Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual*, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, p. 755 a 772.
- en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios al Código Penal*, Tomo VIII, Difusa, Madrid, 1999.
- *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004.

HERNÁNDEZ GUERRERO, F. J. / ÁLVAREZ DE LOS RÍOS, J. L., “Medios informáticos y proceso penal”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal IV*, Madrid, 1999, p. 471 a 606.

HULKEVYCH, W., “La protección penal de los derechos de autor y conexos en Ucrania”, *Revista Penal La Ley*, n.º 17, Madrid, enero 2006, p. 177 a 192.

JIMÉNEZ FUENTES, E., “Derecho de autor en Internet”, *Artículos jurídicos en Derecho.com*, julio de 2002.

JORGE BARREIRO, A., *Comentario al artículo 270*, en Rodríguez Mourllo,

G., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 762 a 800.

JULIA BARCELÓ, R. y GRIMALT SERVERA, P., "El contenido de los derechos de autor", *XII Encuentros sobre Informática y Derecho*, Aranzadi, Pamplona, 1998-1999, p. 305 a 313.

LABARIEGA VILLANUEVA, P. A., "Algunas consideraciones sobre el derecho de propiedad intelectual en México", *Revista de Derecho Privado del Instituto de investigaciones científicas*, n.º 6, México D.F., septiembre-diciembre de 2003, p. 25 a 59.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, Bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1989.

LACRUZ MANTECÓN, M., "Propiedad intelectual y sociedad de la información", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, Madrid, julio-septiembre de 2002, p. 415 a 445.

LARREA RICHERAND, G., "La nueva ley de derecho de autor en México", *Boletín de Derecho de Autor*, Vol. 32, n.º 4, Editorial UNESCO, Francia, octubre - diciembre, 1998, p. 77 a 85.

LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española, Tomo 5, La codificación penal, volumen I*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 1 a 1296.

LATORRE, V., *Protección penal del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

LEISTNER, M., "Derecho Comparado en la Propiedad Intelectual: importancia técnica y relevancia práctica", *Revista de Derecho Privado*, Reus, julio-agosto 2007, p. 63 a 78.

LEZERTÚA RODRÍGUEZ, M., "El proyecto de Convenio sobre el Cybercrimen del Consejo de Europa", en LÓPEZ ORTIGA, J. J., *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, p. 15 a 62.

LLEDÓ YAGÜE, F., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., "El agotamiento de los derechos de

propiedad intelectual e industrial en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Anuario de Derecho Civil T. XLIV, fasc. I*, Madrid, enero-marzo, 1991, p. 553 a 610.

LOBO MONTERO, O., “Acoso y derribo a las redes P2p”, en *BAQUIA knowledge center*, 2 de enero de 2006.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.), *Códigos penales españoles, recopilación y concordancias*, AKAL, Madrid, 1988.

- *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en BAJO FERNÁNDEZ, M., *Empresa y derecho penal (II)*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 331 a 367.

LÓPEZ QUIROGA, J., *La propiedad intelectual en España*, Madrid, 1918.

LORCA MARTÍNEZ, J., *Las estafas del artículo 251 del Código Penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

LORCA NAVARRETE, A. M., “Acciones y procedimientos en la Ley de Propiedad Intelectual”, *RGD*, Madrid, marzo de 1989, p. 1031 a 1039.

LORENTE, J., “Freenet: la nueva frontera”, en *Sociedad de las Indias Electrónicas*, noviembre de 2003.

MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., *De los delitos relativos a la propiedad intelectual*, en *Código Penal de 1995. Comentarios y Jurisprudencia*, Comares, Granada, 1999.

MARCHENA GÓMEZ, M., “Algunos aspectos procesales de Internet”, en MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, J. J., *Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet, IV Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 45 a 86.

MARCO MOLINA, J., *La propiedad intelectual en la legislación española*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., VIVES ANTÓN, T. S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MASCAREÑAS, C., “Notas para un estudio sobre la defraudación de la propiedad intelectual”, *RJC*, Madrid, 1953, p. 323 y ss.

MASSAGUER FUENTES, J., *El Derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual*, CEFI, Madrid, 1995.

- “La responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito digital. El tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas”, *Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 13, Madrid, enero-abril 2003, p. 11 a 48.

MATA Y MARTÍN, R. M., *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Reppertot, Barcelona, 1998.

MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003.

- *Internet y delitos contra la Propiedad Intelectual*, Fundación Autor, Madrid, 2005.

MISERACHS RIGALT, A., *Delitos contra la propiedad intelectual*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Francisco Seix, Barcelona, 1954.

MONTERO AROCA, J., *La legitimación colectiva de las entidades de gestión de la propiedad intelectual*, Comares, Granada, 1997.

MONTÉS PENADÉS, V., *De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas, Comentario a los artículos 109 a 122 del Código penal*, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1984.

- *Internet: riesgos para la intimidad*, en LÓPEZ ORTEGA, J. J., *Internet y Derecho, Cuadernos de Derecho Judicial 2001-10*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 65 a 81.
- *Internet, derecho penal y derechos fundamentales*, en BELLO PAREDES, S. y MURILLO VILLAR, A. (coordinadores), *Estudios Jurídicos sobre la Sociedad de Información y Nuevas Tecnologías con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de

- Burgos, 2005, p. 41 a 50.
- "La investigación del cibercrimen (II)", *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, n.º 102, Madrid, feb-2006, p. 34 a 36.
- MORETÓN TOQUERO, M. A., *Delitos contra la propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 2002.
- MORÓN LERMA, E., *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- *Derecho penal y nuevas tecnologías. Panorama actual y perspectivas futuras*, en *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NIMMER, M. y NIMMER, D., *Derechos de propiedad literaria*, Chapter 15, Florida, USA, 1999, en
- NOYA FERREIRO, M. L., *La intervención de comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "La autoría conforme al Código penal", *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía 2-2000*, La Ley, Madrid, 2000, p. 1721 a 1728.
- "Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas", en GARCÍA VALDÉS, C. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Vol. I.*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 531 a 558.
- ORTIZ, A., "Apple e iTunes con problemas en Europa", en *www.error500.net*, 1 de julio de 2006.
- ORTS BERENGUER E., *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho Penal*, en FERNANDEZ MASÍA E. y otros, *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información*, Comares, Granada, 1998, p. 149 a 162.
- OTERO LASTRES, J. M., *La inclusión del derecho de autor en el moderno derecho mercantil*, Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo VIII, Madrid, 1982, p. 43 a 56.

PACHECO, J. F., *El código Penal concordado y comentado*, Manuel Tello, Madrid, 1867.

PALLAS LOREN, L., *Digitization, Commodification, Criminalization, The Evolution of Rights of literary property, The infraction and the Importance of the Requirement of Forethought*, 77 *Laundry*, U.L.Q. 835, 879 (1999).

PANTALEÓN PRIETO, F., *Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada de delito*, C.C.J.C., n.º 1, 1983, p. 103 a 116.

- *Comentario al artículo 1902 del Código civil, Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, T. II. Madrid, 1991.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *La protección penal de las patentes a innovaciones tecnológicas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

PEDREIRA, J., "Jamón, vino y páginas de hackers crackers", *El Ideal Gallego*, 7 de enero de 1997.

PEGUERA POCH, M., *Capítulo I: La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, en MORALES PRATS, F. / MORALES GARCÍA, O. (coords), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 25 a 64.

PÉREZ DE CASTRO, N., "Posición del derecho de autor y jerarquía de las normas", *ALAI*, Paris, 2005, p. 1 a 37.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

PHILLIPS, J., "The Concept of author in Copyright – some reflections on the basis of copyright law in the United Kingdom", *Copyright Magazine*, Ginebra, Suiza, año 26 n.º 1, enero 1990, p. 26 a 30.

PIOLA CASELLI, *Trattato di diritto di autore e del contratto di edizione*, Digesto Italiano, T. III, Turín, 1927.

PLAZA PENADÉS, J., *El derecho de autor y su protección en el artículo 20, 1, b) de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- *Propiedad intelectual y sociedad de la información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad civil en la Red)*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

PONS VIVES, A., "Reforma del Código Penal. Protección penal de la marca en la LO 15/2003", *Revista IURIS*, n.º 83, Madrid, mayo de 2004, p. 48 a 57.

QUERALT JIMENEZ, J. J., *Derecho penal español, Parte especial*, Bosch, Barcelona, 1992.

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

- *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Tomo III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, G., *Protección Penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988.

- *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- *De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- "Internet y Propiedad Intelectual", *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 10, Madrid, 2001, p. 367 a 398.
- *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2005.
- "Internet y Derecho penal. Imputación de los delitos y determinación de la competencia", *Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 37, año IV, Madrid, abril de 2007, p. 5 a 24.

QUINTERO OLIVARES, G., CAVANILLAS MÚGICA, Santiago y DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio, *La Responsabilidad Civil "Ex Delicto"*, Aranzadi, Navarra, 2002.

QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Destino, Barcelona, 1984.

RANGEL ORTIZ, A., "Derecho de Autor", en *www.amppi.org*, Méjico, 2004.

RASKIN, J., "Intellectual property crimes", en *www.allbusiness.com*, 1 de julio de 2001.

REAL MÁRQUEZ, M., *La nueva directiva de Derechos de autor en la sociedad de la información*, Universidad de Alicante, Alicante, 2001.

RENGIFO GARCIA, E., "El software y su protección jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. XV, n.º 50, Universidad Externado de Colombia, mayo-agosto de 1993, p. 343 a 367.

REYES GÓMEZ, F. de los, *El libro en España y América legislación y censura (siglos XV – XVIII)*, Tomo 2, Arcolibros, Madrid, 2000.

RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos del Comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ MORO, L. "La nueva protección penal de la propiedad intelectual (análisis de la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003)", en *Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 24*, Madrid, 2003, p. 331 a 358.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*, en RODRÍGUEZ RAMOS, L., COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. y SÁNCHEZ TOMÁS, J., *Derecho Penal, Parte especial, Vol. III*, Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 39 a 65.

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., "La protección de la propiedad intelectual", *Revista de Derecho de Autor*, Madrid, abril de 1994, p. 9 a 33.

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.
- *Comentario al artículo 51*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.
- *Comentario al artículo 8*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHO MENDOZA, N., "Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 17, Madrid, 2007, p. 51 a 61.

ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1984.

- *Comentario al artículo 10*, en ALBALADEJO, Ma. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. V. Vol. 4, Edersa, Madrid, 1994.
- *Comentario al artículo 7*, en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, T. V. Vol. 4, Edersa, Madrid, 1994.
- “La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico”, en *Revista de Derecho Privado*, febrero-1997, p. 83 a 120.

ROMEO CASABONA, C. M., “La protección penal del software en el Derecho español”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, 1988, p. 317 a 338.

- *Poder informático y seguridad jurídica*, Fundesco, Madrid, 1988.

ROXIN, C., *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*, traducido por QUERALT, J. J., en MIR PUIG, S. (ed.), *Jornadas Hispano-Germanas sobre la reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, p. 83 a 103.

SAIZ GARCÍA, C., *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SALELLES CLIMENT, J. R., “La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información”, *Revista General de Derecho*, n.º 675, Madrid, diciembre de 2000, p. 15089 a 15125.

- “La protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información”, en *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de derecho judicial, Madrid, 2001, p. 173 a 234.

SÁNCHEZ ALMEIDA, C., *La responsabilidad civil en Internet*, Tercera República, España, Marzo del 2005.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Blanqueo de Capitales y Abogacía: Un necesario análisis crítico desde la teoría de la imputación objetiva”, *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, Barcelona, enero de 2008, p. 1 a 40.

SANTA CECILIA GARCÍA, F., *La responsabilidad civil “ex delicto” en el proyecto de código penal de 1992*, en *Política criminal y reforma penal*:

homenaje a la memoria de Juan del Rosal, EDERSA, Madrid, 1993, p. 1015 a 1034.

- “La reforma penal supone una necesidad apremiante”, *La Gaceta de los Negocios, Legal y Fiscal*, n.º 33, Año II, Madrid, 20 de enero de 2003, p. 23 y 24.

SEOANE, M. C., *Historia del periodismo en España. 2. El siglo XIX*, Alianza, Madrid, 1983.

SERRANO ALONSO, E., “Sugerencias para una reforma del derecho de autor”, *Actualidad Civil*, n.º 2, Madrid, 1986, p. 57 a 120.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Los delitos contra la propiedad intelectual*, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales*, Manual teórico práctico (II), Recoletos, Madrid, 1996, p. 255 a 313.

SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2000.

- *Los derechos de remuneración de la propiedad intelectual*, Dykinson, Madrid, 2000.
- “Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?”, en *Actualidad Civil*, n.º 31, Madrid, agosto-septiembre 2001, p. 1109 a 1121.

SIEBER, U., *Criminalidad informática: peligro y prevención*, en *Delincuencia informática* (MIR PUIG Comp.), PPU, Barcelona, 1992, p. 13 a 46.

- *Documentación para una aproximación al delito informático*, en *Delincuencia informática* (MIR PUIG Comp.), PPU, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SOMMER SILENZI, C. G., *El derecho de autor y copyright: su protección penal en el derecho argentino y su visión desde el derecho comparado*, COLADIC, Argentina, 2001.

SORIANO SORIANO, J. R., “Los delitos contra la propiedad industrial, en la obra colectiva, *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, Madrid, 1996, p. 13 a 112.

SOTO NIETO, F., "Delitos contra los derechos de los titulares de la Propiedad Intelectual", *Revista jurídica La ley*, Madrid, septiembre de 1989, p. 369 a 402.

STIPA, V. G., *Los delitos de la tecnología de la información*, dirigida por SILVA NICOLÁS, A. I., tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Penal, Facultad de Derecho, leída el 20 de julio de 2006.

SUNSTEIN C. R., *República.com: Internet, democracia y libertad*, Editorial Paidós, Barcelona, 2003.

SUÑÉ LLINAS, E., "Documento digital y firma electrónica", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia n.º 2*, Madrid, marzo-abril 2000, p. 209 a 241.

TEJERO, L., "Las descargas por e-mail, lo último en tecnología P2p", en *Diario del Navegante*, 28 de enero de 2005.

VALEIJE ALVAREZ, I., *Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Universidad de Vigo, Ourense, 2002, p. 575 a 598.

VALLE MUÑIZ, J. M., *De las defraudaciones*, en QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios al nuevo código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1128 a 1174.

VEGA VEGA, J. A., *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990.

- *Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 1999.

VEGAS TORRES, J., *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

VITTONÉ, C., *Software, Microchip y computadoras en la ley norteamericana*, Derechos Intelectuales, Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986.

VIVÓ, C. y GARCÍA, A., "Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas

de Comunicaciones”, *Boletín Legal de KPMG Abogados*, Madrid, octubre de 2007.

XALABARDER PLANTADA, R., “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”, en *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*, Barcelona, 22-23 de noviembre de 2001, en www.uoc.edu.

- “La propiedad intelectual en la era digital”, *FUOC e ICUB*, Barcelona, octubre de 2002, en www.uoc.edu.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Las "consecuencias accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español*, en HURTADO POZO, J. (coord.), *El sistema de penas del nuevo Código penal*, Asociación Peruana de Derecho Penal, Madrid, 1999, p. 325 a 336.

이 논문을

사랑하는 나의 안해 김인숙 과

그녀의 돌아가신 부모님

김성열, 노윤옥 께 바칩니다