



**UNIVERSITAT  
JAUME·I**

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas**

TESIS DOCTORAL

**LA PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
(ANÁLISIS TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015)**

**Doctorando:**

Jesús José Tirado Estrada

**Directores:**

Dr. José Luis González Cussac

Dra. Catalina Vidales Rodríguez

Castellón, noviembre 2015

Índice:

<b>I.- CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS</b> .....	6
<b>I.1.- Preámbulo</b> .....	6
<b>I.2.- Marco internacional y supranacional de tutela de la Propiedad Intelectual</b> .....	12
I.2.1.- Nivel internacional.....	13
I.2.2.- Nivel supranacional .....	20
<b>I.3.- La protección de la Propiedad Intelectual en el ordenamiento jurídico español. Engarce constitucional y ámbitos de tutela civil y administrativa</b> .....	25
I.3.1.- Anclaje constitucional de la propiedad intelectual .....	26
I.3.2.- Ámbitos de tutela civil y administrativa .....	33
I.3.2.1.- La tutela civil .....	34
I.3.2.1.1.- Ámbito de protección: características, contenido, sujeto y objeto de los derechos .....	36
a) <i>Características</i> .....	37
b) <i>Contenido y límites</i> .....	37
c) <i>Sujetos</i> .....	42
d) <i>Objeto</i> .....	43
I.3.2.1.2.- El ilícito civil: identificación y responsables .....	44
I.3.2.1.3.- Acciones y consecuencias: cese de la actividad, indemnización y publicación de la resolución .....	48
I.3.2.2.- La tutela administrativa: La medida Sinde-Wert .....	51
I.3.2.2.1.- Ámbito de protección, naturaleza del procedimiento y carácter no sancionador de las resoluciones administrativas .....	53
I.3.2.2.2.- Ilícito administrativo: precisión, identificación y consecuencias de su apreciación .....	55
I.3.2.2.3.- Zonas de confluencia: interacciones administrativas, civiles y penales. Observaciones críticas sobre la tutela administrativa .....	60
<b>I.4.- Necesidad de la intervención penal</b> .....	71
I.4.1.- La piratería física .....	73
I.4.2.- La piratería digital .....	80
I.4.3.- La dimensión del problema .....	87
I.4.4.- Ineficacia de las vías alternas y reforzamiento de la protección penal ....	93

**II.- LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL. ASPECTOS SUSTANTIVOS .....96**

**II.1.- Evolución histórica y reforma 2015 del Código Penal .....97**

**II.2.- Bien jurídico protegido .....114**

**II.3.- Análisis de las conductas punibles .....122**

    II.3.1.- El tipo básico nuclear del art. 270.1 CP .....126

        II.3.1.1.- El objeto material del delito: obras y prestaciones .....127

            II.3.1.1.a).- Concepto típico de “obra” .....129

            II.3.1.1.b).- Concepto típico de “prestación” .....131

        II.3.1.2.- Los comportamientos típicos: plagiar, reproducir, distribuir, comunicar públicamente o explotar económicamente de cualquier otro modo .....136

            II.3.1.2.a).-El plagio .....143

            II.3.1.2.b).- La reproducción .....149

            II.3.1.2.c).- La distribución .....163

            II.3.1.2.d).- La comunicación pública .....170

            II.3.1.2.e).-La explotación económica de otro modo .....183

        II.3.1.3.-Los sujetos activo y pasivo del delito .....194

            II.3.1.3. a) El sujeto activo .....194

            II.3.1.3. b) El sujeto pasivo .....202

        II.3.1.4.-La ausencia de autorización del titular de los derechos .....205

        II.3.1.5.- Elementos del tipo subjetivo. Dolo y ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto .....208

            II.3.1.5.a) El dolo .....209

            II.3.1.5.b) El ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto .....211

        II.3.1.6.- La actuación en perjuicio de tercero .....225

    II.3.2.- La figura específica del art. 270.2 CP. Tratamiento de los enlaces: experiencia aplicativa y respuesta legal .....232

        II.3.2.1.-Problemática aplicativa del tipo básico tradicional. Corrientes de jurisprudencia menor .....233

        II.3.2.2 La respuesta normativa: la reacción administrativa, el impacto “Svensson” y los antecedentes de la reforma penal .....250

II.3.2.3.-El nuevo tipo del art. 270.2 CP .....	262
II.3.2.3.a).-Relación y elementos comunes con el tipo básico nuclear .....	264
II.3.2.3.b).-Elementos distintivos: sujeto activo y comportamiento típico .....	268
II.3.2.3.c).-Delimitación frente a la responsabilidad extrapenal de los prestadores de servicios .....	276
II.3.2.3.d).-Concurrencia con otras conductas vulneradoras .....	284
II.3.3.- Las medidas (definitivas y cautelares) del apdo 3 del art. 270.3 CP ....	288
II.3.3.1.- Medidas de cese de la actividad infractora: retirada de obras y prestaciones, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo del acceso .....	289
II.3.3.2.- Medidas cautelares .....	292
II.3.4.- El tipo atenuado del art 270.4 CP: la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional .....	302
II.3.5.- Las conductas típicas de exportación, almacenamiento e importación del apartado 5. a) y b) del art. 270 CP .....	311
II.3.6.- Las conductas típicas relativas a la eliminación, alteración o elusión de medidas tecnológicas y a los medios de supresión y neutralización de dispositivos técnicos de protección (arts. 270.5. c y d y 270.6 CP) .....	321
II.3.6.1.- Las conductas sobre las medidas tecnológicas de protección eficaces (art. 270.5. letras c) y d) del CP) .....	324
II.3.6.2.- Las conductas sobre los medios de supresión o neutralización no autorizadas de dispositivos técnicos (art. 270.6 CP).....	329
II.3.7.- Los subtipos agravados del art. 271 CP .....	336
II.3.7.1.- La agravación por especial trascendencia económica del beneficio real o potencial .....	339
II.3.7.2.- La agravación por especial gravedad de los hechos .....	341
II.3.7.3.- La agravación por pertenencia a organización o asociación criminal, permanente o transitoria, con finalidad de realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual .....	348
II.3.7.4.- La agravación por utilización de menores de 18 años .....	356
<b>II.4.- Problemas concursales .....</b>	<b>357</b>

<b>II.5.-La responsabilidad civil</b> .....	<b>370</b>
II.5.1.- El cese de la actividad ilícita .....	373
II.5.2.- La indemnización por daños y perjuicios .....	378
II.5.3.- La publicación de la sentencia condenatoria a costa del infractor .....	383
<b>III.- ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES</b> .....	<b>385</b>
<b>III.1.- El régimen de perseguibilidad</b> .....	<b>386</b>
<b>III.2.- Legitimación de las entidades de gestión colectiva</b> .....	<b>391</b>
<b>III.3.- Medidas cautelares</b> .....	<b>404</b>
III.3.1.- Aspectos y medidas comunes con el resto de los delitos .....	406
III.3.2.- Medidas cautelares específicas .....	411
III.3.2.1- Normativa específica: el art. 143 LPI .....	412
III.3.2.1.a).- Alcance y consecuencias .....	412
III.3.2.1.b).- Especial referencia a las medidas cautelares del art. 141 LPI .....	415
III.3.2.2.- La adopción de otras medidas de protección provisoria .....	438
III.3.3.- Aseguramiento de la responsabilidad civil .....	441
<b>IV.- CONCLUSIONES</b> .....	<b>445</b>
<b>V.- BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>464</b>

## **I.-CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.**

### **I.1.- PREÁMBULO.**

La tutela de los derechos sobre valores o bienes inmateriales ha generado siempre una intensa problemática. Dentro de este marco, el ámbito de la protección penal de la propiedad intelectual ha sido uno de los campos en los que las dificultades dogmáticas y aplicativas de los instrumentos diseñados a tal efecto se han revelado más intensas y floridas. Y si ello ha sido así permanentemente, lo cierto es que en la actualidad la situación ha alcanzado niveles verdaderamente extraordinarios debido a los sobresalientes avances tecnológicos que se han venido produciendo en los últimos tiempos y a la entrada en juego de nuevos factores que han incidido en la tipología y dinámica de la comisión de las vulneraciones de estos derechos.

Los derechos de propiedad intelectual se asemejan a cualquier otro derecho de propiedad en cuanto permiten al creador o a los titulares de derechos de autor y derechos conexos beneficiarse de su obra o inversión. De hecho, nuestro Código Civil (arts. 428 y 429) concibe la propiedad intelectual como una modalidad especial de propiedad por razón del objeto sobre el que recae, las llamadas *creaciones intelectuales*, que se caracterizan por ser fruto del intelecto humano.

No obstante, mientras la tutela penal de la propiedad sobre bienes materiales no es discutida ni en su fondo ni en su forma y los tipos penales en general no ofrecen mayores dificultades dogmáticas y de aplicación que las propias de cualquier tipificación, la protección penal de la propiedad intelectual se revela compleja y es objeto de permanente cuestionamiento desde múltiples perspectivas. En el fenómeno no está ausente la dificultad de valorar derechos que recaen sobre bienes intangibles y que, en muchos casos, resultan independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos sobre la cosa material a la que puede estar incorporada la creación intelectual.

Sobre la tutela jurídico-penal de estos derechos se discute su pertinencia, su sentido, su configuración, su contenido, sus perfiles, su alcance y su aplicación. Y ello se hace a todos los niveles, ideológicos, dogmáticos y pragmáticos, y no sólo en el seno de la

comunidad jurídica integrada por estudiosos y prácticos del derecho, sino también en el de la ciudadanía, de modo que gran parte de los destinatarios de las normas no perciben ni como natural y ni como necesaria dicha tutela.

Toda esta controversia justificaría de por sí el abordaje en la presente tesis de los delitos relativos a la propiedad intelectual. Mediante este estudio se pretende concretar una aproximación certera y actualizada a la enorme problemática que genera su tratamiento y aplicación. Ello ha constituido línea medular y unidad de sentido de buena parte de la actividad de investigación, inquietud profesional, actividad formativa y producción doctrinal emprendida por el doctorando desde, al menos 1998, año en el que inició sus primeras publicaciones en la materia. Desde entonces, uno de los ejes principales en su trayectoria ha sido el estudio de los tipos penales con una particular atención a su problemática aplicativa en la praxis. La materia ha constituido preferente objeto de atención y seguimiento no sólo a través de diversas publicaciones, sino también impartiendo conferencias, formación y docencia específica tanto en España como en el extranjero dirigidas no sólo a operadores del sistema penal (jueces, fiscales, abogados, policías) sino también a estudiantes de postgrado con interés en Derecho penal económico y de la empresa, o en búsqueda de especialización en propiedad intelectual.

Con la presente tesis se acomete, en primer lugar y como prius lógico, la tarea de efectuar un recorrido por el marco internacional y supranacional de protección de la propiedad intelectual, su anclaje constitucional, los ámbitos nacionales de tutela civil y administrativa, la necesidad de la intervención penal, la evolución y el estado normativo actual de los tipos penales, así como su problemática conceptual y aplicativa justo en un momento de entrada en juego de una nueva reforma penal que trae consigo factores de cambio y nuevos paradigmas regulativos. Todo ello desde un prisma, que, sin perjuicio de la toma en consideración de los aspectos dogmáticos, atienda también a las cuestiones prácticas que plantean las modernas tipologías y las dinámicas delictivas que con mayor asiduidad se dan en la realidad contemporánea.

El análisis será preferentemente sustantivo -aunque no ayuno de consideraciones procesales- y estará transversalmente imbuido de un propósito de examen acerca de cómo las categorías penales tradicionalmente establecidas se vienen acomodando o transformando en función de la incidencia de la evolución y revolución tecnológicas, puesto que es obligado efectuar un acercamiento lo más certero posible a cómo los

procesos de tal naturaleza influyen en el modo en que el Derecho Penal trata los derechos de autor y conexos, como una consecuencia más de la interacción existente entre nuevas tecnologías y normas penales. La razón y sentido de la reforma de los tipos de los arts. 270 y 271 CP por la Ley Orgánica núm. 1/2015, en vigor desde el 1 de julio de 2015, está íntimamente relacionada con ello.

La labor está animada por un afán de identificación y descripción analítica del contexto normativo y la experiencia obtenida en su aplicación con el objetivo de evaluar el ámbito y la situación de la intervención penal y obtener constataciones útiles sobre la esencia del ilícito penal, sus elementos diferenciadores frente a la protección civil y administrativa, y, en definitiva, sobre la procedencia, eficacia y optimización de la tutela penal de la propiedad intelectual.

La importancia jurídica del objeto de protección como emanación de la personalidad característica de la condición humana y su relevancia como factor de desarrollo y progreso económico justifican emprender la tarea sin perder de vista su anclaje y proyección internacional.

La trascendencia y valor de la propiedad intelectual tiene directo y esencial reflejo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse<sup>1</sup>, cuyo artículo 27.2 contempla el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de toda producción científica, literaria o artística.

La propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el rango de derecho fundamental a la propiedad intelectual, cuya protección establece en el art. 17.2, justo después de proclamar el derecho de toda persona a disfrutar de sus bienes (derecho de propiedad en general). También nuestra propia Constitución nacional reconoce y protege tanto la producción y creación literaria, artística, científica y técnica en calidad de derecho fundamental (art. 20.1 b CE), como la modalidad de propiedad especial que hace parte del genérico derecho a la propiedad (art. 33 CE).

---

<sup>1</sup> Así lo expresa el Preámbulo de este instrumento madre de todas las modernas declaraciones de derechos fundamentales y libertades públicas, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, con el compromiso de los Estados Miembros de asegurar el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, entre los que se encuentra el referido derecho a beneficiarse de los resultados de la creación intelectual.



De la jerarquía y relevancia de la propiedad intelectual es también muestra el hecho de que en el marco internacional su protección normativa<sup>2</sup> haya sido asumida y administrada a nivel institucional por dos organismos internacionales de tan alto relieve y amplia integración de Estados como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio, que administran numerosos convenios y llevan a cabo una continua actividad de evaluación de los resultados que sus Estados miembros obtienen en su tutela.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual subraya la importancia de la propiedad intelectual destacando, en primer lugar, que el progreso y el bienestar de la humanidad radican en su capacidad de lograr nuevas creaciones en las esferas de la tecnología y la cultura; en segundo lugar, que la protección jurídica de estas nuevas creaciones alienta la inversión de recursos adicionales que, a su vez, inducen a seguir innovando; y, en tercer lugar, que la promoción y la protección de la propiedad intelectual estimulan el crecimiento económico, generan nuevos empleos e industrias y mejoran la calidad y el disfrute de la vida. Y añade que un sistema de propiedad intelectual eficaz y equitativo puede contribuir a que todos los países desarrollen el potencial de la propiedad intelectual como un instrumento poderoso de desarrollo económico y de bienestar social y cultural.

La Organización Mundial del Comercio desde su establecimiento por el Acuerdo de Marrakech, concertado el 15 de abril de 1994, mantiene la propiedad intelectual como pilar y eje de primer orden del sistema de comercio mundial y a sus aspectos relacionados con el comercio se refiere el Anexo IC del propio Acuerdo constitutivo.

La Unión Europea resalta constantemente la contribución de la propiedad intelectual a actividad económica comunitaria y recalca su relevancia para el buen funcionamiento del mercado interior europeo y el comercio exterior.

---

<sup>2</sup> En estrecha conexión con la propiedad industrial, a la que también se alude conjuntamente cuando se emplea internacionalmente el término “propiedad intelectual”. No debe dejarse pasar la ocasión sin precisar ya que, si bien nos estamos refiriendo exclusivamente a la propiedad intelectual en sentido estricto, tal y como es entendida en nuestra legislación nacional, que abarca los derechos de autor y los denominados derechos conexos, afines o derechos vecinos, hay que ser conscientes de que el uso más extendido del término en el ámbito internacional es más amplio, de modo que cuando se habla de “propiedad intelectual” se está haciendo alusión no sólo a los derechos de autor y derechos anexos o afines que constituyen el objeto propio de la propiedad intelectual en España, sino a los derechos sobre otros productos del ingenio humano que en nuestro país son aludidos con la expresión “propiedad industrial”, tales como las marcas y signos distintivos de comercio, las patentes, las indicaciones geográficas, los modelos, dibujos y diseños industriales o las topografías de circuitos integrados.

La trascendencia económica de la Propiedad Intelectual ha sido puesta de relieve por el Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual, que, ubicado en el seno de la Oficina de Armonización del Mercado Interior, fue establecido con los objetivos específicos de facilitar aportaciones empíricas y datos que permitan a los responsables políticos europeos diseñar políticas efectivas de respeto de la propiedad intelectual; proporcionar datos, herramientas y bases de datos para apoyar la lucha contra las vulneraciones de la misma; y diseñar campañas de concienciación pública sobre el valor de la propiedad intelectual y las consecuencias negativas de su vulneración

Concretamente, el estudio de septiembre de 2013 de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI)<sup>3</sup>, concebido precisamente para servir de fuente de información útil para los responsables de la elaboración de las políticas europeas, revela con datos precisos la enorme importancia de la propiedad intelectual -entendida en el sentido amplio e internacional del término-, tomando en cuenta una serie de indicadores económicos, en particular el producto interior bruto (PIB), el empleo, el comercio exterior y los salarios. Los datos más destacables son los siguientes:

- Los sectores intensivos en derechos de propiedad intelectual contribuyen a la economía, medida por el producto interior bruto, generando casi el 39 % del PIB de la UE por un valor de 4,7 billones de euros (un 4,2% sólo los derechos de autor<sup>4</sup>).
- Los sectores intensivos en derechos de propiedad intelectual han generado casi el 26 % de todos los puestos de trabajo de la UE durante el período 2008-2010. Una media de 56,5 millones de europeos, de un total de aproximadamente 218 millones, trabajaron en sectores intensivos en DPI.

---

<sup>3</sup> La Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), que actúa por medio del Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual, y la Oficina Europea de Patentes (OEP) decidieron aunar esfuerzos y llevar a cabo este estudio en colaboración con la Comisión Europea, en particular con la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, y con Eurostat. Se trata del primer estudio que cuantifica la contribución general de los sectores que hacen uso intensivo de los Derechos de Propiedad Intelectual a la economía de la UE en términos de producción, empleo, salarios y comercio, tomando en consideración los principales derechos de propiedad intelectual. A pesar del enfoque conservador, que se refleja en la rigurosa metodología aplicada, los principales resultados son impresionantes. Los sectores intensivos en DPI generan más de una cuarta parte del empleo y más de un tercio de la actividad económica de la UE.

<sup>4</sup> A nivel nacional, los datos vienen a coincidir en este punto. La Exposición de Motivos de la propia Ley 21/2014 de reforma del TRLPI cifra en el 4% la contribución de las industrias de la propiedad intelectual -entendida en sentido estricto- al PIB español.

Asimismo, se generaron otros 20 millones de empleos en sectores que proporcionan bienes y servicios a los sectores intensivos en DPI. Si se tienen en cuenta los empleos indirectos, el número total de puestos de trabajo que dependen de los derechos de propiedad intelectual se eleva hasta los casi 77 millones (35,1 %).

- Dado que los sectores intensivos en derechos de propiedad intelectual generan el 39 % del PIB (valor añadido) de la economía y el 26 % del empleo, el valor añadido por empleado en dichos sectores es superior al del resto de la economía. En efecto, los salarios de estos sectores son superiores a los del resto de sectores. Existe una diferencia del 41 %. Esta «prima salarial» es del 69 % en los de derechos de autor.
- El grueso del comercio de la UE se encuentra en los sectores intensivos de derechos de propiedad intelectual, que representan el 90% de las exportaciones de la UE.

Todo ello verifica la necesidad de su puesta en valor en el actual mundo de economía globalizada y obliga a comenzar el análisis referenciado las claves de su protección internacional y supranacional. Las mismas marcan y condicionan las líneas nacionales de actuación desde un prisma de uniformización que pretende la equivalencia de los niveles de protección, y en tal medida se erigen en instrumento nuclear a manejar para la definición de los contornos propios de las metas a lograr en esta parcela.

España, como Estado miembro de la OMPI, la OMC y la Unión Europea se encuentra vinculada por dichas claves y ha adquirido exigentes compromisos internacionales para acomodar su ordenamiento nacional a un marco homogéneo de elevado nivel de protección a la propiedad intelectual. Su sometimiento a los deberes que se desprenden de los instrumentos regulativos generados, sin embargo, no se detiene ahí, sino que implica la asunción de *obligaciones de resultado* y ello se traduce en la necesidad de que el sistema de tutela se aplique con eficacia.

Naturalmente en la normatividad y efectividad de la protección se halla involucrada la tutela penal, que, como parte, derivación y especie del conjunto global tuitivo nacional, resulta vicaria y tributaria del diseño universal y supranacional del sistema. La propia

definición del bien jurídico protegido en los delitos configurados a nivel nacional se halla transida e incidida por esta dimensión.

## **I.2.- MARCO INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL DE TUTELA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.**

La tutela penal de los derechos de propiedad intelectual no puede examinarse ni aquilatarse sin tener en cuenta el marco internacional y supranacional en el que se desenvuelve. En sus aspectos institucionales y normativos, dicho marco no sólo permite tomar conciencia de la importancia, significado y alcance de la protección a dispensar por los mecanismos estatales de tutela civil o administrativa, sino que resulta determinante para la interpretación, integración y aplicación de los tipos penales nacionales, dada la dependencia conceptual que -como veremos- éstos presentan respecto de la normativa extrapenal nacional, que a su vez no es sino reflejo y concreción de la regulación supranacional e internacional que conforma el sistema en que se insertan.

En muchas ocasiones, determinados elementos normativos de los tipos penales obligan a recurrir a instrumentos internacionales y fuentes regulativas comunitarias para desentrañar y afinar el alcance de normas nacionales que contienen o trasplantan definiciones, conceptos e instituciones procedentes de aquellas. Incluso las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación que ofrezcan al resolver cuestiones prejudiciales que les sean elevadas resultan determinantes y condicionan la exégesis nacional<sup>5</sup>.

En consecuencia, resulta obligada una referencia si quiera breve, a dicho marco, sus actores y los principales instrumentos normativos que conforman su producción regulativa. Para ello conviene distinguirlos en función de su nivel.

---

<sup>5</sup> A lo largo de este trabajo tendremos ocasión de comprobar, por ejemplo, cómo la regulación internacional y supranacional sirve para calificar las conductas enjuiciadas en la jurisdicción penal como autorizadas o no en virtud de la extensión de límites o excepciones a los derechos de explotación (en especial, el de copia privada, sobre el que veremos que la interpretación sostenida por la Circular FGE 1/2006 ignora y contraviene la normativa mundial y de la UE en la materia), o cómo decisiones del TJUE determinan el alcance del concepto de comunicación pública en supuestos controvertidos como el de la actividad de enlazar en internet a contenidos protegidos, y ello precisamente porque nuestra regulación nacional en el art. 20.2.i LPI es traslación de una regulación europea, el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE, a su vez procedente del art. 8 del Tratado OMPI sobre derechos de autor en internet.

### **I.2.1.- Nivel internacional.**

A nivel universal, como ya se ha dicho, la protección normativa está prioritariamente<sup>6</sup> liderada en el plano institucional por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual<sup>7</sup> y la Organización Mundial del Comercio<sup>8</sup>. En sus respectivas parcelas, tales organismos son los administradores de los principales convenios multilaterales elaborados en la materia y ambos llevan a cabo una permanente evaluación de los resultados que sus Estados miembros alcanzan en su tutela.

La OMPI fue creada en 1970 tras ser establecida por el Tratado de Estocolmo de 1967<sup>9</sup>, pero sus orígenes se remontan a 1883, año en el que se produjo la fusión de las Secretarías de las Uniones de París y Berna en el BIRPI<sup>10</sup>. España es Estado parte de la OMPI desde 1970, en continuación de su previa pertenencia desde 1886 a las referidas Uniones de París y Berna nacidas de los convenios matrices generados en el siglo XIX.

La OMPI se convirtió en Agencia Especializada del sistema de Naciones Unidas en 1974 y heredó la administración del original y principal pilar del sistema de protección internacional de la propiedad intelectual en sentido estricto: el Convenio de Berna para

---

<sup>6</sup> Aunque también la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) intervienen en la administración de algunos instrumentos normativos. Así la UNESCO administra la Convención Universal sobre derechos de autor (UCC, Ginebra, 1952) creada para permitir que la URSS y EEUU y algunos países anglosajones del sistema de copyright se adhiriesen a un sistema de protección universal de los derechos de autor; y co-administra, junto con la OMPI y la OIT la Convención de Roma sobre protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (1961).

<sup>7</sup> Conocida por sus siglas OMPI en español o WIPO en inglés (*World Intellectual Property Organization*), este organismo, que cuenta en la actualidad con 188 Estados miembros, administra 26 convenios en la materia -incluyendo el propio Tratado OMPI- y es el principal generador de normas internacionales para la propiedad intelectual.

<sup>8</sup> En cuanto a sus aspectos comerciales. Se trata de la única organización internacional que se ocupa de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. A la misma pertenecen 160 Estados miembros y es habitualmente aludida con las siglas OMC en español o WTO en inglés (*World Trade Organization*). Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. Entre ellos el que más interesa aquí -como veremos- es el denominado Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o ADPIC en español y TRIPS en inglés.

<sup>9</sup> Con entrada en vigor en 1970.

<sup>10</sup> *Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle* (Oficinas internacionales reunidas para la protección de la propiedad intelectual). Las Secretarías de la Unión de Berna y de la Unión de París eran las oficinas de administración creadas respectivamente para la administración de los Convenios de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 y de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886.

la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886<sup>11</sup>. Durante algún tiempo la OMPI se erigió en el principal generador y administrador de normas internacionales en esta materia, asumiendo, entre otros, la gestión relativa a la Convención de Roma sobre protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión de 1961; el Convenio de Ginebra para la protección de productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de 1971; y el Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite de 1974.

Entre los años 70 y 80, los adelantos técnicos aplicados al uso y difusión de obras literarias y artísticas (reprografía, videos, Cds compactos grabables a domicilio, radiodifusión por satélite, televisión por cable, programas de ordenador y creaciones por ordenador y bases de datos electrónicos), pusieron de manifiesto la necesidad de elaborar nuevas normas vinculantes que enfrentaran el especial alcance de los retos aparecidos en relación con las nuevas tecnologías.

A raíz del desarrollo de la tecnología se produjo una ampliación extraordinaria de la demanda en los mercados de productos culturales, del entretenimiento y de la computación, y se generó un paralelo incremento del fenómeno de la piratería con efectos devastadores en las industrias culturales.

Se tomó conciencia de la importancia del impacto económico de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual y de la urgencia de reaccionar ante las dificultades que planteaban diversos factores de elevada incidencia negativa como la revolución tecnológica, el extraordinario aumento de productos falsificados derivado de la ola de piratería, la creciente globalización de los mercados favorecida por la eliminación de barreras en la circulación de mercancías, y los distintos niveles de protección existentes en cada país, en cuanto impedían un sistema homogéneo de protección y observancia<sup>12</sup>.

Algunos países reaccionaron a nivel nacional. La primera acción la tomó Estados Unidos a través de la Sección 301 de la *Trade and Tariff Act* de 1974, establecida a partir de la propuesta efectuada por los principales sectores empresariales del país agrupados en la International Intellectual Property Alliance (IIPA), que habilitó al

---

<sup>11</sup> Objeto de cinco revisiones hasta su redacción actual que es de 1971 (Berlín 1908; Roma 1928; Bruselas, 1948; las dos gemelas de Estocolmo, 1967, y París, 1971).

<sup>12</sup> Lo que constituía un factor de distorsión de la libre competencia.

Gobierno norteamericano para la aplicación de sanciones unilaterales de contenido económico consistentes en restricciones cuantitativas a las exportaciones e importaciones a su territorio contra aquellos países que no brindasen una adecuada y efectiva protección en su país a los derechos de propiedad intelectual cuya titularidad correspondiese a ciudadanos o empresas estadounidenses.

A partir de ahí -especialmente en los años 80- se produjo un paulatino proceso de transferencia de los temas de propiedad intelectual hacia el ámbito de las negociaciones comerciales multilaterales, por más que algunos trabajos de generación de nuevas normas continuasen también en el seno de los “comités de expertos” constituidos en el seno de la OMPI, de modo que la elaboración de las nuevas normas se acometió paralelamente en ambos ámbitos.

A raíz de la percepción internacional de la incapacidad o falta de voluntad de los Estados para afrontar eficazmente las infracciones a los derechos que se habían comprometido a respetar y proteger en virtud de los convenios internacionales, se decidió establecer un sistema homogéneo de protección internacional de la propiedad intelectual y fortalecer los instrumentos y mecanismos disponibles para la observancia de estos derechos.

Dada la trascendencia económica y comercial de la cuestión, la tarea principal fue trasladada al dominio del GATT<sup>13</sup>, en cuyo seno se gestó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPs; Marrakesh, 1994), convirtiendo la propiedad intelectual -en sentido amplio- en uno de los tres pilares de la OMC (junto con el Comercio de Mercancías y el Acuerdo sobre Comercio de Servicios) y en eje crucial del comercio mundial. El propósito era instaurar un sistema legal internacional que asegurase un estándar razonable de protección de los derechos de propiedad intelectual<sup>14</sup>. Aplicable por la mera pertenencia a OMC, se trata del Acuerdo multilateral sobre esta materia más completo y omnicompreensivo (derechos de autor y conexos<sup>15</sup> así como propiedad industrial) y se

---

<sup>13</sup> El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, 1994), que abarca el comercio internacional de mercancías.

<sup>14</sup> Estándar mínimo, pues se trata de un marco común de protección base que permite que los Estados puedan otorgar condiciones de mayor tutela.

<sup>15</sup> Únicamente se excepcionan los derechos morales, al establecer el art. 9 ADPIC la exclusión de derechos y obligaciones respecto de los derechos conferidos por el art. 6 bis del Convenio de Berna. Ello es lógico dado el contenido patrimonial del interés que se encuentra en el marco del comercio mundial.

caracteriza por realizar una auténtica simbiosis entre las instituciones originarias del *droit d'auteur* y las provenientes del *copyright*, resolviendo los conflictos entre las concepciones continentales europeas y las anglosajonas.

A su través, la tutela de la propiedad intelectual pasó a ser parte integrante del sistema multilateral del comercio OMC y, por tanto, el incumplimiento de obligaciones por un país pone en riesgo sus derechos de acceso a los mercados y los beneficios de la pertenencia a la OMC. Su principal contribución es el establecimiento de normas de protección y de reglas de observancia, incluyendo un mecanismo de solución de diferencias de la OMC (ESD<sup>16</sup>) heredado del GATT, que permite que no sólo los titulares privados de derechos, sino los Estados, pueden reclamar y reaccionar frente a las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual. Se convierte con ello -en expresión que ha hallado fortuna- en las “Garras y dientes” de los Convenios de Berna y París<sup>17</sup>. Y ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en detrimento de las obligaciones de los Miembros asumidos en los Convenios de Berna y Roma, ni en el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados), siendo objeto de supervisión por el Consejo de los ADPIC su aplicación y el nivel de incumplimiento por parte de los Estados miembros respecto de las obligaciones establecidas. Con todo ello se trata de superar el mayor punto débil del derecho internacional preexistente: la ausencia de disposiciones sobre ejecución y observancia.

Lo que más interesa destacar de este instrumento mundial para los sistemas judiciales nacionales y, en concreto, para los delitos contra la propiedad intelectual, es que el Acuerdo sobre los ADPIC impone obligaciones de eficacia y expresamente contempla la persecución penal.

La necesidad y exigencia de eficacia es una preocupación permanente en este Acuerdo como puede observarse particularmente en su Preámbulo y en la Parte III, consagrada a la cuestión de la observancia. Constantemente se habla de “*protección eficaz y adecuada*”; “*medios eficaces y adecuados para hacer respetar los derechos de*

---

<sup>16</sup> “Entendimiento sobre Solución de Diferencias”, acuerdo de la OMC que abarca la solución de diferencias. Nombre completo: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

<sup>17</sup> Para una mayor y mejor aproximación al significado y contenido de los ADPIC, debemos remitirnos al completo análisis que puede encontrarse *passim* en LIPSZYC, D., “El Derecho de Autor y los Derechos conexos en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC”, en *Revista Propiedad Intelectual en la integración económica de Centroamérica*, Ed. SIECA, Guatemala. Año 3. Núm. 1, enero-marzo, 1999.



*propiedad intelectual*”; “*la provisión de procedimientos eficaces y ágiles*”; “*la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora*”; o “*recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión*”. De hecho, en el ámbito de la acción judicial, las reglas ADPIC dedicadas a la observancia no se traducen exclusivamente en obligaciones dirigidas a la previsión o instauración meramente nominal de procedimientos y recursos judiciales de salvaguarda, sino que imponen auténticas obligaciones “de resultados” en la aplicación de tales procedimientos y recursos, de modo que se exige que se trate de medidas eficaces y recursos ágiles y disuasorios contra acciones infractoras. Así, entre las obligaciones generales se establece el deber de los Estados Miembros de la OMC de que en su legislación nacional establezcan *procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual* conforme a lo previsto en la Parte III del Acuerdo (en la que las obligaciones sobre observancia figuran en los arts. 41 a 61) *que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual* a que se refiere el Acuerdo, *con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones*. Asimismo se contempla la obligación de instaurar *medidas provisionales rápidas y eficaces* de protección y salvaguarda cautelar dirigidas a evitar las infracciones y preservar las pruebas, a adoptar incluso *inaudita altera parte* (art. 50).

En clave de tutela penal, el Acuerdo ADPIC es especialmente importante, por cuanto contempla por primera vez en un tratado internacional la represión penal en materia de propiedad intelectual (art. 61), instituyendo el deber de establecer “procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de... piratería lesiva del derecho de autor<sup>18</sup> a escala comercial”. En concreción de este punto añade que “Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la

---

<sup>18</sup> En “Nota del Acuerdo sobre los ADPIC” se establece que para los fines del Acuerdo se entenderá por “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor”, cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación.

comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.”

España como Estado miembro adherido al GATT en 1963 y miembro de la OMC desde el 1 de enero de 1995 se encuentra obligada por dichas disposiciones, y, de hecho es evaluada periódicamente en el Consejo de los ADPIC sobre su nivel de cumplimiento tanto en el plano normativo como en el de satisfacción de las obligaciones de resultado.

La labor de creación de normas internacionales en la materia no acabó ahí. Aunque el Acuerdo ADPIC ya trató algunas cuestiones sobre programas de ordenador y bases o compilaciones de datos<sup>19</sup>, lo cierto es que no dio satisfacción a las necesidades de protección de las obras en la era digital y por el progresivo aumento del uso de internet, lo que provocó la convocatoria de la Conferencia Diplomática de la OMPI, que tuvo lugar en Ginebra del 2 al 20 diciembre de 1996 y que acabó por aprobar dos trascendentales tratados: el Tratado OMPI sobre derechos de Autor (WCT/TODA, Ginebra 1996<sup>20</sup>) y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT/TOIEFF, Ginebra 1996<sup>21</sup>), con los que se pretendió dar respuesta a los retos y problemática que para los derechos de autor y conexos presentaban las nuevas tecnologías digitales y especialmente internet. Enmarcados en la denominada “agenda digital”, la renovación del escenario normativo vino, por un lado, de la mano de la generación de nuevas normas y derechos; y, por otro, de una nueva consagración del Convenio de Berna, que “*se rejuvenece*” para el entorno digital<sup>22</sup>. Mediante estos tratados se desarrollaron acuerdos extraordinarios sobre el alcance del derecho de reproducción en el almacenamiento de obras bajo forma digital sobre soporte electrónico<sup>23</sup>; y sobre la concesión a los titulares del derecho exclusivo de autorizar la

---

<sup>19</sup> Asimilando la protección de los primeros (aplicable tanto al código fuente como al código objeto) a la de las obras literarias del Convenio de Berna y las bases de datos a la de las creaciones intelectuales siempre que se den las notas de originalidad en razón de la selección o arreglo del contenido, aunque sin extensión a los datos o material mismo y sin perjuicio del derecho de autor u otra protección precedente para tal material.

<sup>20</sup> En vigor desde el 6 de marzo de 2002.

<sup>21</sup> Vigente desde el 20 de mayo de 2002.

<sup>22</sup> Se trata de “arreglos particulares” en el sentido del art. 20 del Convenio de Berna, de modo que ninguna interpretación de sus normas puede implicar una disminución de la protección acordada en virtud de dicho convenio.

<sup>23</sup> A través del mecanismo de las Declaraciones concertadas relativas al art. 1.1 WCT (“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de

transmisión de obras y prestaciones de derechos conexos por redes digitales, para lo se adoptó la denominada ‘solución global’ o descripción neutra del acto de transmisión digital, sin efectuar calificación jurídica sobre el mismo, dadas las discrepancias sobre la naturaleza del derecho a reconocer como derecho de comunicación pública o derecho de distribución y el distinto alcance de estos dos derechos en las legislaciones nacionales<sup>24</sup>.

Lo que quedaba pendiente era alcanzar un acuerdo referente a las interpretaciones y ejecuciones audiovisuales, y el mismo se hizo esperar hasta que, como fruto de la Conferencia Diplomática de la OMPI sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales que tuvo lugar en Beijing del 20 al 26 de junio de 2012, se adoptó el denominado Tratado OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (TOIEA, Beijing, 2012), que vino a proporcionar una base jurídica más clara para el uso internacional de las producciones audiovisuales, tanto en los medios de comunicación tradicionales como en las redes digitales, contribuyendo asimismo a salvaguardar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes contra el uso no autorizado de sus interpretaciones y ejecuciones en medios audiovisuales, como la televisión, el cine y el vídeo; así como en el entorno internet.

La última producción OMPI es el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, adoptado el 27 de junio de 2013, que supone para las partes contratantes la obligación de establecer en su legislación nacional de derecho de autor una nueva limitación o excepción relativa al derecho de reproducción, el derecho

---

una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna”), y a los arts. 7, 11 y 16 WPPT (“El derecho de reproducción, según queda establecido en los arts. 7, 11 y 16, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos”).

<sup>24</sup> Lo que se plasmó en los arts. 8 WCT y 10 y 14 WPPT, a partir de los cuales, por un lado, sin perjuicio de las disposiciones del Convenio Berna para la comunicación pública, “los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”; y, por otro, tanto los artistas intérpretes o ejecutantes como los productores de fonogramas gozaran “del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas y de sus fonogramas respectivamente, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”. Asimismo a través de una Declaración concertada al art. 8 se precisó la responsabilidad de los proveedores de servicio y de acceso a redes digitales tales como internet (“Queda entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del presente Tratado o del Convenio de Berna...”).

de distribución y el derecho de puesta a disposición del público, tal y como se establece en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), destinada a facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios; limitación o excepción que deberá permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo. En virtud de este nuevo límite en relación a las facultades de reproducción o difusión mencionadas no será necesaria la autorización de los titulares de los derechos en determinadas condiciones

### **I.2.2.- Nivel supranacional.**

En el marco de la Unión Europea, la propiedad intelectual ha venido constituyendo también un objeto preferente de atención y tutela. Aunque su producción normativa viene determinada tanto por su condición de miembro de la OMC -por tanto, sometida a su Acuerdo ADPIC-, como por la pertenencia de sus Estados miembros a la OMPI, la Unión Europea se ha ocupado de la propiedad intelectual sobre la base de una conciencia propia acerca de la trascendencia económica para el mercado interior de establecer un exigente sistema de protección equivalente en sus Estados miembros.

El reforzamiento de la protección de la propiedad intelectual y las industrias relacionadas desempeñan un papel clave en las estrategias “Europa Global”<sup>25</sup> y “Europa 2020”<sup>26</sup>, habilitadas en el seno Unión Europea con objeto de crear una economía más competitiva y con mayores índices de empleo. Se afirma que este proceso depende de distintos factores, pero un sistema eficiente de derechos de propiedad intelectual se encuentra sin duda entre los más importantes, habida cuenta de la capacidad de la propiedad intelectual para fomentar la creatividad y la innovación, en todas sus formas y en todos los sectores de la economía.

---

<sup>25</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 4 de octubre de 2006 «Una Europa global: competir en el mundo» [COM(2006) 567 final.

<sup>26</sup> Vid. Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador».

Dos recientes Comunicaciones de la Comisión Europea -de julio de 2014- insisten en formular planes de acción en dicha dirección tanto en el seno de la propia Unión como en relación con los países terceros<sup>27</sup>.

Particularmente, la *COM/2014/0392: Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE*, marca el camino indicando que “la política de protección de la propiedad intelectual debería centrarse en la lucha contra las actividades que la vulneran a escala comercial, que son las más nocivas”, y subraya que el objetivo es “proponer nuevas herramientas coercitivas”, con un “enfoque que «sigue la pista al dinero» y busca privar a los infractores que actúan a escala comercial de los flujos de ingresos que les incitan a dedicarse a tales actividades”. Se califica a las vulneraciones de la propiedad intelectual a escala comercial como “fenómeno insidioso y escurridizo” y se reconoce que por mucho que se haga para reducir tales actividades, por ejemplo incrementando la oferta legal en línea de bienes y servicios competitivos, la rentabilidad económica de la distribución y venta de productos que vulneran la propiedad intelectual es tal que nunca dejará de haber incentivos para participar en las mismas. Por ello, se apela a la necesidad de contar con sistemas eficientes de detección y respuesta ágil y eficaz. La inquietud por la instalación de la delincuencia organizada especialmente en referencia con los soportes físicos está presente en este documento<sup>28</sup> llegando a recoger el dato de que según los cálculos de un Estado miembro (Reino Unido), el 81 % de los productos que vulneran la protección intelectual están relacionados con la delincuencia organizada.

La Comisión muestra también su preocupación por el hecho de que “Los consumidores, los trabajadores y las empresas no siempre son conscientes ni de la dimensión de las actividades de vulneración de la propiedad intelectual a escala comercial ni de los perjuicios económicos que conllevan”; y refiere “los importantes efectos negativos de tales actividades sobre los ingresos fiscales, los correspondientes costes que suponen para los contribuyentes, el deterioro de la competitividad de las empresas legítimas y los vínculos con la delincuencia a gran escala”.

---

<sup>27</sup> *Vid.* COM/2014/0392: Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE; y Comunicación de la Comisión COM/2014/0389: Comercio, crecimiento y propiedad intelectual. Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países.

<sup>28</sup> Siguiendo la estela del Libro Verde relativo a la lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior, presentado por la Comisión Europea el 15 de octubre de 1998.

La conciencia de la trascendencia económica de la propiedad intelectual para el sistema económico comunitario explica que la producción normativa en el seno de la Unión Europea haya sido prolija y se haya traducido en toda una serie de disposiciones mediante las que se ha pretendido instaurar un sistema uniforme, equivalente y de alto nivel de exigencias en materia de salvaguardia de los derechos de propiedad intelectual.

Las medidas penales no han estado ausentes de la preocupación comunitaria por el refuerzo de la tutela a la propiedad intelectual, como cabe apreciar en diversos documentos elaborados en el seno de la Comisión.

Entre ellos merece ser destacado el *Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derechos de autor que requieren una iniciativa inmediata*, COM 88 (172) Final, publicado el 7 de junio de 1988; que recomendó (2.6.69) la previsión y aplicación efectiva de sanciones penales suficientemente disuasivas, especialmente contra el crimen organizado que se había instalado en las actividades infractoras, insistiendo en que su eficacia no dependía sólo de sus características sino especialmente del grado de certeza sobre que serían aplicadas (punto 2.6.75), y el entendimiento del fenómeno de su vulneración como un delito económico de primer orden no sólo por el daño que ocasiona a los titulares de los derechos individuales sino también a la viabilidad de importantes áreas de la actividad económica y cultural (punto 2.6.76).

Y también, y muy especialmente, son dignas de mención la “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*”<sup>29</sup>, trazada por la Comisión el 30 de enero de 2003; y la Comunicación Com (2005) 276 final-, que articuló una “*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*” y una “*Propuesta de Decisión Marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la Propiedad Intelectual*”.

En justificación de estas iniciativas se manejaron argumentos tales como que “el desarrollo de la utilización de internet permite una distribución instantánea y mundial de

---

<sup>29</sup> Antecedente de la nacida Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE de 30 de abril, L 157), en la que se eliminó todo tipo de referencia a cuestiones penales por ser ésta -al momento de su aparición- materia del Tercer Pilar que no podía ser tratada en este tipo de instrumento jurídico.

los productos pirateados” y que el fenómeno “cada vez se muestra más vinculado a la delincuencia organizada”, pues “la usurpación de marca y la piratería se han convertido en actividades atractivas comparables con otras actividades delictivas organizadas a gran escala como el tráfico ilícito de drogas”, en las que “pueden obtenerse elevados beneficios potenciales sin riesgo de sanciones legales importantes”. La lucha contra este fenómeno se calificó como de “una importancia trascendental para la Comunidad, y en coherencia con ello se propugnó que debían adoptarse “disposiciones penales para reforzar y mejorar la lucha contra... la piratería para completar la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual”, acentuando que aparte de las medidas, procedimientos y recursos de carácter civil y administrativo previstos de conformidad con esta Directiva 2004/48/CE, las sanciones penales constituyen, además, en los casos adecuados, un medio de garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Aunque no se hayan concretado disposiciones para el nivel estrictamente penal, la influencia de la producción normativa que la Unión Europea ha desarrollado en materia de propiedad intelectual es evidente. Las normas supranacionales provocan modificaciones legales nacionales que determinan el tenor de las normativas nacionales ubicándolas en niveles armonizados. Su contenido es garantizado finalmente por el máximo intérprete del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuyas resoluciones sobre las cuestiones prejudiciales que los órganos judiciales nacionales les elevan, acaban resultando decisivas en la interpretación de las normas y las conductas que las vulneran. En dicha medida, tanto sus decisiones como las normas comunitarias que interpretan resultan condicionantes de las interpretaciones de los elementos normativos que conforman los perfiles de la tutela civil, administrativa y penal que se establecen en las legislaciones nacionales.

Las principales fuentes del marco normativo de la Unión en esta materia han sido el cúmulo de Directivas generadas en torno a muy diversos aspectos de los derechos de autor y conexos. Entre ellas cabe destacar -sin ser exhaustivos- la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; la Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; la Directiva 93/83/CEE sobre los derechos de autor,

la radiodifusión vía satélite y la distribución por cable; la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior; la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original; la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual; la Directiva 2006/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre Derechos de Alquiler y Préstamo y Otros Derechos Afines a los Derechos de Autor en el Ámbito de la Propiedad Intelectual; la Directiva 2006/116/CE sobre el plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador; la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2011 por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas; o la Directiva 2014/26/UE sobre gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines<sup>30</sup>.

La implementación de tales normas supranacionales se ha traducido en nuestro país en correlativas modificaciones legales hasta llegar al vigente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI) recientemente modificado por la Ley 21/2014, determinando buena parte del contenido de nuestra normativa nacional y la batería de mecanismos de protección civil, administrativa y penal de la propiedad intelectual.

---

<sup>30</sup> Ésta última aún no ha sido traspuesta en la normativa nacional.



Aunque toda la normativa supranacional acaba teniendo relevancia en algún aspecto para la tarea aplicativa del *ius puniendi*, dentro de ella destaca, por su importancia para la tutela jurídico-penal, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, que está en la base de muchos de los modernos conceptos y elementos normativos que manejan los tipos penales como consecuencia de la técnica de remisión normativa externa que preside su articulación e incluso constituye razón de ser de determinadas tipificaciones específicas y los términos en los que se concretan.

Y se insiste en la referencia a los instrumentos de naturaleza penal puesto que, como antesala de lo que se justificará más adelante- el conglomerado normativo supranacional y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión acaba por influir la aplicación de los tipos penales relativos a la propiedad intelectual, por cuanto, ya se les califique de tipos relativamente en blanco o se les considere plagados de elementos normativos, lo cierto es que su interpretación necesariamente ha de hacerse condicionada por la normativa extrapenal.

### **I.3.- LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ENGARCE CONSTITUCIONAL Y ÁMBITOS DE TUTELA CIVIL Y ADMINISTRATIVA.**

Del tratamiento normativo e institucional de carácter internacional y supranacional, así como de las anteriores constataciones económicas sobre la propiedad intelectual se infiere que la misma constituye un valor cultural y un factor de desarrollo económico que los Estados tienen que proteger jurídicamente con todo tipo de medidas.

La vulneración de los derechos de propiedad intelectual tiene un fuerte impacto no sólo para los intereses jurídico-privados sino para los intereses públicos ya que se pierde tejido industrial, empleos, salarios, cotizaciones a la Seguridad Social, tributos y poder adquisitivo de los ciudadanos con la consecuente contracción del consumo, la economía y la competitividad, lo que genera un tremendo efecto dominó de consecuencias muy dañinas para la calidad y nivel de vida de todos. Lógicamente la pérdida de ingresos para las arcas públicas repercute negativamente en servicios sociales, sanitarios,

educativos y de todo tipo en la medida en que hay menos dinero para dedicar a asistencia social, hospitales, escuelas, etc. En definitiva, menos recursos para sostener el Estado del Bienestar.

Un Estado verdaderamente comprometido con la defensa de estos intereses comunes debe articular y afianzar medidas normativas y estructurales que la hagan posible de una manera eficaz, satisfaciendo las necesidades de tutela que las circunstancias en cada momento demandan y cumplimentando las obligaciones normativas y de resultados que imponen los instrumentos supranacionales e internacionales.

En observancia de los compromisos adquiridos, en España se ha venido asistiendo desde hace casi tres décadas a una continuada e intensa labor legislativa de fortalecimiento de la protección civil, administrativa y penal de los derechos de propiedad intelectual. No cabe duda de que detrás de este impulso se encuentra una honda preocupación por la enorme productividad delictiva generada en este campo y el efecto demoledor que ello provoca tanto en los bienes jurídicos privados como en los bienes e intereses públicos.

Llegados a este punto se hace preciso concretar los perfiles del sistema nacional de protección de la Propiedad Intelectual y para hacerlo el paso necesario es identificar los referentes constitucionales y definir los elementos centrales de las esferas de protección civil y administrativa como antesala de la delimitación del ámbito de la tutela penal.

### **I.3.1.- Anclaje constitucional de la propiedad intelectual.**

Los tres ámbitos de protección en nuestro ordenamiento nacional tienen como referente constitucional la tutela que pueden dispensar los arts. 20.1 b) y 33 de la Constitución.

El art. 20.1 b) CE, dentro de los derechos fundamentales de la persona, establece que *“se reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”*.

El art. 33 CE reconoce el derecho a la propiedad privada, indicando que ésta tiene una función social y que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa

justificada de utilidad social pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización.

Ambos preceptos están dentro del Capítulo II del Título I, si bien el artículo 20.1 b) se encuentra en la Sección 1ª dedicada a los derechos fundamentales y las libertades públicas, y el artículo 33 en la Sección 2ª, que contempla los derechos y deberes de los ciudadanos. Ello conlleva consecuencias dispares sobre el nivel de protección constitucional, puesto que el art. 53 CE establece, en sus apartados 1 y 2, una clara distinción en el régimen aplicable para cada una de estas Secciones<sup>31</sup>.

Pues bien, sobre todo a partir de la STS de 9 de diciembre de 1985 (caso Pedro Serrano), se ha discutido intensamente acerca del nivel de reconocimiento constitucional de la propiedad intelectual, sosteniéndose posturas encontradas entre los partidarios de entender, con el voto particular discrepante, que se está ante un derecho fundamental incardinable en el art. 20.1.b) CE y los seguidores de la posición mayoritaria de la Sala que niega tal condición y se muestra favorable a considerar que es el art. 33 CE el que acoge su protección constitucional.

Sin ánimo de exhaustividad conviene reflejar algunos de sus argumentos para conocer los fundamentos que las sustentan.

La opinión contraria a la consideración como derecho fundamental<sup>32</sup> mantiene que lo que el art. 20.1.b) CE protege es el derecho genérico impersonal a crear y producir obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, pero no el *resultado* de la creación o producción. Esta tesis se apoya en unos argumentos de naturaleza sistemática y otros de tenor histórico. Entre los primeros, se esgrime la conexión del derecho reconocido en el apartado b) con el resto de los derechos protegidos en el art. 20 CE, que constituyen derechos de libertad concebidos en sentido abstracto; la imposibilidad de la efectividad

---

<sup>31</sup> Artículo 53 CE:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

<sup>32</sup> Liderada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en obra en colaboración *En torno a los derechos morales de los creadores*, Coord. ROGEL VIDE, C., Ed. Reus, Madrid 2003, págs. 103 a 107.

de censura previa sobre ellos; e incluso la cita en el 149.1.9 CE de la legislación sobre Propiedad Intelectual como competencia exclusiva del Estado, algo que sería superfluo de tratarse de un derecho fundamental a la vista de que existe reserva de Ley Orgánica para su desarrollo según dispone el art. 81.1 CE. Entre los segundos se blande el hecho de que tanto la Ley de 1987 como el Texto Refundido de 1996 son leyes ordinarias, lo que refleja el nivel de reconocimiento que le brinda el legislador de ambas épocas, pues deberían ser Leyes Orgánicas de haberse tratado de un derecho fundamental.

La posición favorable a la inclusión del derecho de autor en el elenco de derechos fundamentales por su instalación en el art. 20.1.b) CE<sup>33</sup>, destaca la obligación de interpretar este precepto con base en lo dispuesto en el art. 10.2 CE “de acuerdo con la Declaración de Derechos Universales Humanos”, cuyo art. 27.2 establece el derecho fundamental a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de toda producción científica, literaria o artística. En refuerzo de esta postura se manejan argumentos adicionales de carácter gramatical y lógico-sistemático. Los primeros fijan su atención en los términos utilizados para definir el núcleo del contenido esencial “creación” y “producción” y destacan que son sustantivos estáticos que se refieren a actividades ya realizadas y no a conductas a llevar a cabo, como sugeriría el empleo de los correspondientes verbos; y acentúan que ello contrasta con el empleo de verbos dinámicos en las alusiones a las libertades de expresión e información de las letras a) y d) del mismo precepto constitucional, por lo que no resulta procedente circunscribir el ámbito del derecho a la mera posibilidad abstracta de crear o producir una obra sino que ha de extenderse su resultado, a la ya creada o producida. Desde el prisma lógico-sistemático, alegan que la prohibición de censura previa se extiende no sólo a la propia actividad de elaboración sino a su difusión, resultando difícilmente concebible la misma como aplicable a un derecho a producir y crear antes del instante mismo de la creación.

Junto a estas corrientes no han faltado posturas eclécticas que afirman la concepción del derecho de autor como un derecho *sui generis* que tiene una doble vertiente moral y patrimonial. De un lado, el derecho moral de autor constituye un verdadero derecho subjetivo entroncado con el ámbito de la personalidad en cuanto expresión de la

---

<sup>33</sup> De la que es principal valedor OTERO LASTRES, J.M., “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del art. 20.1 b) de la Constitución española de 1978”, en *Diario La Ley*, 1986, págs. 370 y ss.

condición humana y con naturaleza de derecho fundamental cuyo núcleo esencial se extiende no sólo a lo que es el derecho a la creación en su sentido abstracto sino también extendido a la concreción de lo ya creado. De otro, en cambio, los derechos patrimoniales o de explotación no son propiamente inherentes a la persona sino que son de elaboración discrecional del Derecho para incentivar la producción de creaciones intelectuales en beneficio de la sociedad por lo que no pueden encuadrarse dentro del núcleo esencial del derecho fundamental<sup>34</sup>.

La solidez de los argumentos por los que se sustenta que el art. 20.1.b) CE permite acoger en su seno la propiedad intelectual es indudable. Singularmente resulta decisiva la vinculación interpretativa que se desprende del art. 10.2 CE respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y, por tanto, la necesidad de efectuar una exégesis de nuestro precepto constitucional acorde con lo dispuesto en el art. 27.2 DUDH, que reconoce y proclama que *“Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”*; sobre todo si se toman en cuenta los términos del Preámbulo de dicho instrumento internacional, en los que se expresa que *los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.*

No cabe duda que el derecho universal enunciado abarca el derecho a ser protegido tanto en la vertiente moral como material o patrimonial que correspondan por razón de sus producciones intelectuales, lo que desborda la mera tutela a la libertad genérica e impersonal de producir o crear obras. Y la disposición del art. 10.2 CE (a cuyo tenor las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”) es una regla específica de interpretación constitucional que debe ser aplicada con carácter preferente a cualesquiera otras, en la medida en que la Constitución es una norma distinta a las

---

<sup>34</sup> NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “La propiedad Intelectual como manifestación de la personalidad. Nueva perspectiva constitucional del Derecho”, en *Revista de la Asociación de Fiscales*, núm. 15, 2003, págs. 15 y 16.

demás normas del ordenamiento jurídico y requiere de una interpretación especial que responde a métodos y principios propios<sup>35</sup>.

También resulta argumento de peso y nada desdeñable el tenor de los términos empleados en el art. 20. 1.b CE (*se reconoce y protege el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*), en la medida en que son efectivamente sustantivos a diferencia del empleo de verbos que el precepto utiliza en relación con las libertades de expresión e información y ello permite abarcar la protección del resultado producido o creado.

Pero, además, en refuerzo de lo sostenido cabe señalar que los términos *creación* y *producción* coinciden -salvo de la discordancia gramatical por aparecer en número singular en el precepto constitucional- con los empleados para definir e identificar lo que constituye objeto material de protección por parte de los derechos de autor y conexos en la propia LPI. En efecto, el art. 10 LPI afirma que son objeto de la propiedad intelectual “las *creaciones* originales literarias, artísticas o científicas”, y el art. 145 LPI, relativo al régimen de las inscripciones, establece que “1. Podrán ser objeto de inscripción en el Registro los derechos de propiedad intelectual relativos a las obras y demás *producciones* protegidas por la presente Ley”, donde el término “producciones”<sup>36</sup> es identificable con las prestaciones sobre las que recaen los derechos conexos<sup>37</sup>. En consecuencia, en la LPI los términos “creación” y “producción” son empleados para aludir a los resultados de las facultades de crear y producir.

Los argumentos en contra que apelan a la condición de ley ordinaria de la LPI no resultan definitivos. La doctrina constitucional se muestra muy estricta y restrictiva con el alcance de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE y ello tanto en lo que respecta a la locución “desarrollo de los derechos fundamentales” como en lo que atañe a la “materia” objeto de la reserva a fin de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas. El Tribunal

---

<sup>35</sup> Vid, passim, HÄBERLE, P., “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, (versión traducida al castellano por Francisco Balaguer Callejón), en *Revue européenne de droit public*, Vol. 12, número 3, 2000.

<sup>36</sup> Término también empleado para aludir a las producciones editoriales a las que se refiere el art. 129 LPI, disposición en la que se dispensa protección a los editores de *obras no protegidas en el Libro I*, por tanto, que no constituyen creación intelectual en el sentido del art. 10 LPI.

<sup>37</sup> E incluso cabría añadir que el término “producciones” es también empleado en el Código Penal en el art. 270.5 como objeto material de las conductas típicas de exportación, almacenamiento, e importación.

Constitucional viene afirmando reiteradamente (por todas, SSTC 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 4; 135/2006, de 27 de abril, FJ 2; y 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 b) *“que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que “desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho”*. Y ello permite que un legislador que no disponga de la posibilidad de articular mayorías cualificadas en determinados momentos pueda optar por el empleo de leyes ordinarias con un amplio margen. Su consideración al respecto, por otro lado no es decisiva, como tampoco lo es, con ser muy respetable y de autoridad en el ámbito de la legalidad ordinaria, la posición que el Tribunal Supremo pueda sostener sobre ello, puesto que es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC) y muy especialmente la máxima autoridad en materia de garantías constitucionales (art. 53 LOPJ), y aún hoy no se ha pronunciado sobre el fondo de la cuestión<sup>38</sup>.

Finalmente no puede extrañar que, como emanación de la personalidad y el libre desarrollo de la misma, se pueda proteger la propiedad intelectual o determinadas vertientes de la misma, especialmente si se toma en consideración que tanto la creación como la producción intelectual constituyen expresión característica de la condición humana.

En mi opinión, si no fuera por el obstáculo que representa la obligada exégesis del art. 20.1. b) CE en conexión con el art. 27.2 DUDH, en seguimiento de la preferente regla de interpretación constitucional dispuesta en el art. 10.2 CE, sería particularmente aceptable la tesis ecléctica que patrocina la distribución del contenido de la propiedad intelectual, según la naturaleza de sus vertientes moral y patrimonial, en los dos preceptos constitucionales involucrados, respectivamente el art. 20.1. b) CE para los

---

<sup>38</sup> Provocar un pronunciamiento al respecto es tan sencillo como articular una demanda de amparo fundada sobre la vulneración de un derecho de propiedad intelectual derivada de una resolución judicial firme. En caso de inadmisión por Providencia especificando un requisito sustantivo incumplido (posible sin motivación razonada ex. art. 50.3 LOTC), bastaría un recurso de súplica interpuesto por el Fiscal para obligar a su resolución mediante Auto motivado.

derechos morales de autor y el art. 33 CE para los derechos de explotación sobre las facultades patrimoniales de la propiedad intelectual<sup>39</sup>.

En el peor de los casos, al margen del carácter irrefutable como fundamental del derecho a la producción y creación artística o literaria (art. 20.1.b. CE, inserto en la Sección Segunda del Capítulo II), los “restantes” derechos de propiedad intelectual constituyen al menos una modalidad de derecho de la Sección Segunda del Capítulo II del mismo Título (ex. art. 33 CE), al que el art. 53.1 CE asigna el segundo nivel de garantía constitucional. Y en tal supuesto, se estaría, pues, ante auténticos derechos subjetivos invocables directamente ante los tribunales, vinculantes para los poderes públicos -por tanto de eficacia inmediata- y únicamente regulables en su ejercicio por Ley que deberá respetar su contenido esencial -por tanto tutelados a través del control de constitucionalidad de las leyes-.

Sea como fuere, reforzando la importancia de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual también a un nivel de alta exigencia, cabe recordar e invocar, adicionalmente, que la protección de la propiedad intelectual está contemplada en el art. 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dentro de su Capítulo II, dedicado a las “Libertades”, en el que se insertan, en el mismo plano, entre otros (y por citar algunos que pueden relacionarse con aspectos extraordinariamente relevantes) los derechos a la libertad y la seguridad, al respeto de la vida personal y familiar, de protección de datos, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de expresión e información, de reunión o asociación. Y recuérdese también que dicha Carta, proclamada en Niza y ahora ya, tras el Tratado de Lisboa, dotada de carácter vinculante como Derecho originario junto al contenido de los Tratados, en virtud de lo establecido en el nuevo art. 6.1 de la versión consolidada del TUE<sup>40</sup>, representa la síntesis de los

---

<sup>39</sup> Con ello sería conforme la configuración que el Código Civil otorga a la propiedad en general (art. 348) como el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, y a la propiedad intelectual (art. 428) como modalidad especial de aquella que concede a su titular el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad.

<sup>40</sup> Dicho nuevo art. 6.1 TUE dispone: “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*”.../ La virtualidad de la CDFUE y la trascendencia de su contenido no pueden ser despreciadas. Ya antes de adquirir fuerza vinculante la invocación de la Carta, de hecho, era frecuente en la jurisprudencia internacional, comunitaria y nacional incluso en temas no propiamente comunitarios. Aun durante el periodo de carácter meramente declarativo, en la jurisprudencia comunitaria se vio confirmada la potencialidad de la CDFUE para erigirse en parámetro interpretativo jurídico de primer orden, en una forma similar a otros que ya venían siendo tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo.



valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, reuniendo en un solo texto los derechos civiles y políticos clásicos, así como los derechos económicos y sociales, y *“reafirma los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”* y todo ello con el objetivo –según se explica en dicho Preámbulo- de atender, mediante su presencia en la Carta, a la necesidad de *“reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos”*.

En lo dicho cabría, por ello, sustentar la afirmación de que la propiedad intelectual constituye un bien jurídico de notable trascendencia para la colectividad social y, por ello, digno de protección también desde la perspectiva del interés general.

### **I.3.2.- Ámbitos de tutela civil y administrativa.**

La definición de la esfera de protección penal constituye objeto transversal de todo el presente estudio y lógicamente requiere un análisis profundo de la normativa específica de carácter jurídico penal. Pero los delitos relativos a la propiedad intelectual han sido diseñados, desde su moderna formulación a través de la Ley Orgánica /1987, con una técnica de delimitación de los supuestos de hecho constitutivos de ilícito penal con base en el empleo de elementos normativos, lo que supone una suerte de remisión normativa que en este tipo de delitos se revela como externa, en cuanto ajena al Código Penal, y dinámica, en cuanto permite una permanente adaptación o redefinición en función de los cambios que se operen en la regulación extrapenal. Ello erige a la normativa extrapenal en referente esencial para la determinación, alcance y significado de los contornos de la intervención penal, y es en dicha medida que cabe afirmar la dependencia conceptual extrapenal de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Precisamente por eso, a la vez, resulta ineludible perfilar los ámbitos de tutela civil y administrativa. Sus respectivos perímetros de protección sirven de elementos de referencia para identificar la esencia y confines de cada uno de los ilícitos, civil,

administrativo o penal, que pueden significar las infracciones a los derechos de propiedad intelectual. La determinación de su alcance y significación es el sendero que ha de recorrerse para concretar las fronteras propias de la intervención penal.

### **I.3.2.1.- La tutela civil.**

El marco normativo nacional que diseña y determina la tutela civil de la propiedad intelectual está integrado por el Código Civil y la normativa especial contenida en la Ley de Propiedad Intelectual.

En el Código Civil la propiedad intelectual es concebida y tratada como una modalidad especial de propiedad por razón del objeto, dentro del Capítulo III del Título IV (“De algunas propiedades especiales”) del Libro II, a cuya regulación dedica únicamente dos preceptos, los arts. 428 y 429<sup>41</sup>, en los que se limita a establecer tres prescripciones:

- El reconocimiento del derecho de explotación y disposición sobre las obras<sup>42</sup>.
- La remisión regulativa a una ley especial: la Ley de Propiedad Intelectual.
- El establecimiento de un régimen supletorio general para el caso de lagunas (casos no previstos ni resueltos) en dicha normativa especial: las reglas generales establecidas en el Código Civil sobre propiedad.

La moderna regulación especial de la propiedad intelectual arranca de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual que derogó la normativa decimonónica precedente de 1879. Dicha ley sufrió una serie de reformas sucesivas desde 1992 a 1995<sup>43</sup> hasta que mediante el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, se aprobó

---

<sup>41</sup> La escasa regulación que contienen estos preceptos es la siguiente:

Art. 428 CC: “*El autor de una obra literaria, científica o artística tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad*”.

Art. 429 CC: “*La Ley sobre Propiedad Intelectual determina las personas a quienes pertenece ese derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración. En casos no previstos ni resueltos por dicha Ley especial, se aplicaran las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad*”.

<sup>42</sup> Que no es sino una traslación del derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes que constituye el contenido esencial de la propiedad genérica al que se refiere el art. 348 CC.

<sup>43</sup> Entre ellas, mediante las Leyes 20/1992, de 7 de julio, de modificación de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual; 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador; 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el

el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que constituye la actual ley especial en la materia (LPI)<sup>44</sup>, si bien desde su aparición ha sido objeto de varios procesos de reforma en buena parte motivados por la asunción de compromisos por España a nivel internacional (marcos OMPI y OMC-ADPIC) y supranacional (marco Unión Europea por acción de Directivas y Reglamentos comunitarios), hasta llegar al texto actualmente vigente procedente de la última y significativa reforma operada mediante la Ley 21/2014, de 4 de noviembre<sup>45</sup>. En dicha medida, la legislación nacional no puede entenderse sin la evolución del marco institucional y normativo internacional y supranacional al que hemos hecho referencia en el capítulo anterior.

Dividida en cuatro Libros, la LPI se encarga específicamente de la protección de los derechos reconocidos en la misma en el Libro III, luego de regular los derechos de autor en el Libro I y los derechos conexos, afines o vecinos en el Libro II, que contienen las disposiciones a partir de cuyo contenido poder concretar lo que constituyen comportamientos objeto de prohibición civil.

---

ámbito de la propiedad intelectual; 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo, de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines; y 28/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/83/CEE, del Consejo, de 27 de septiembre, 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.

<sup>44</sup> Ley especial que será aludida en adelante con las siglas LPI.

<sup>45</sup> Las sucesivas reformas han tenido lugar a través de la Ley 5/1998 de 6 marzo 1998 (de incorporación al Derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos); la Ley 1/2000 de 7 enero 2000 (nueva Ley de Enjuiciamiento Civil); la Ley 22/2003 de 9 julio 2003, Concursal; la Ley 19/2006 de 5 junio 2006 (que traspuso la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual); la Ley 23/2006, de 7 julio 2006 (que incorporó al derecho español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, con la que la Unión Europea, a su vez, quiso cumplir los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.); la Ley 10/2007 de 22 junio 2007; la Ley 3/2008 de 23 diciembre 2008; la Ley 25/2009 de 22 diciembre 2009; la Ley 2/2011 de 4 marzo 2011; el Real Decreto Ley 20/2011 de 30 diciembre 2011, con origen en motivos puramente nacionales, que derogó el art. 25 LPI modificando el régimen de la denominada “compensación equitativa” por el límite de la copia privada que pasó a ser abonada con cargo a Presupuestos Generales del Estado, separándose del tratamiento supranacional en el resto de los Estados de la UE); y finalmente la reciente Ley 21/2014, de 4 de noviembre.

### **I.3.2.1.1.- Ámbito de protección: características, contenido, sujeto y objeto de los derechos.**

La demarcación de los contornos de protección civil es esencial para la posterior caracterización de la esfera de tutela e intervención administrativa y penal, puesto que sólo mediante un examen comparativo que revele los elementos de diferenciación se podrá llegar a aquilatar los perfiles y perímetros de cada uno de estos ámbitos de protección.

La búsqueda de la esencia del ilícito civil obliga a indagar la condición de lo lícito pues aquél se define por contraste a éste.

En efecto, la esfera nuclear de prohibición civil se concreta en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los titulares de los mismos que se produce por el desconocimiento o ejercicio in consentido, no autorizado y contra legem, de las facultades que dichos derechos comprenden sobre los objetos sobre los que recaen.

Para delimitarla es preciso, por tanto, identificar qué derechos se reconocen y cuáles son las facultades que integran su contenido, cuáles son sus límites temporales y materiales, sobre qué objetos se predicen y quiénes son sus titulares, y en dicha medida pueden resultar sujetos pasivos de las infracciones o, en su caso, brindar autorizaciones válidas para posibilitar un ejercicio no antijurídico de aquellas facultades por otros sujetos.

Una detallada referencia a todos estos componentes y la problemática que suscitan desbordaría las posibilidades de una aproximación como la presente que se pretende focalizar sobre el tratamiento penal de las vulneraciones a la propiedad intelectual.

Sin embargo, resulta necesario tener en cuenta el esquema de diseño básico que articula la LPI sobre aquellos aspectos. Su reseña, aunque sea en términos sucintos y descriptivos, es esencial para comprender la dimensión de la protección penal en la medida en que los términos y conceptos manejados en los tipos penales para articular los supuestos de hecho reproducen los empleados en la normativa civil y de facto implican la necesidad de su comprensión e integración a partir de la misma, ya que en su diseño se han insertado elementos normativos extrapenales que actualizan una técnica de remisión normativa externa y dinámica. Como con ocasión de analizar los tipos penales se podrá comprobar, será necesario profundizar en algunos de los

elementos y disposiciones del esquema de protección civil, cuya exposición, aunque sea somera, es ahora imprescindible por cuanto toda la regulación penal pivota en torno al mismo.

Los aspectos sustanciales de esta regulación pueden esquematizarse<sup>46</sup> sobre la base de una referencia elemental a las características de los derechos reconocidos y la determinación de los contenidos, sujetos y objetos que integran el sustrato esencial de la protección normativa establecida a nivel civil.

*a) Características.*

Las notas comunes que caracterizan la propiedad intelectual o -mejor expresado- los derechos que en conjunto la integran son, principalmente, su intangibilidad, exclusividad y temporalidad.

- *Intangibilidad* porque son derechos que recaen sobre valores o bienes intangibles o inmateriales, y aparecen como independientes, compatibles y acumulables con la propiedad y otros derechos que puedan tener por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual.
- *Exclusividad* porque otorgan un monopolio de explotación a su titular.
- *Temporalidad* porque están sometidos a limitación temporal en su duración.

*b) Contenido y límites.*

El *contenido* de la propiedad intelectual (arts. 2 y 14 a 25 LPI) está integrado por un conjunto de facultades o derechos morales y por una serie de facultades patrimoniales o derechos de explotación económica.

Las facultades o derechos *morales* son irrenunciables, imprescriptibles e inalienables (ni disponibles ni transmisibles) y se reconocen como tales a los autores<sup>47</sup> los siguientes:

---

<sup>46</sup> Pese a ser plenamente consciente de que puede ser tildada de aproximación excesivamente reduccionista.

<sup>47</sup> Sin perjuicio de la legitimación *mortis causa* -y su sustitución- para su ejercicio en determinados casos reconocida en los arts. 15 y 16 LPI.

- Derecho de divulgación (decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma y determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente).
- Derecho de paternidad (exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra).
- Derecho a la integridad de la obra (exigir su respeto e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación).
- Derecho de modificación (modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural).
- Derecho de retirada de la obra (retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación).
- Derecho de 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).

Las facultades o derechos *patrimoniales* se caracterizan por su disponibilidad, de modo que es posible su transmisión por venta, cesión u otro procedimiento, y se concretan en el derecho exclusivo de explotación o ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de una obra o prestación en cualquier forma. Este derecho de claro contenido económico se concreta, a su vez, en toda una serie de derechos de los que la LPI destaca en especial, sin pretensión exhaustiva y por tanto sin que constituyan un catálogo cerrado<sup>48</sup>, cuatro modalidades básicas que conllevan que las correlativas cuatro actividades a las que se refieren no podrán ser realizadas sin autorización del titular salvo en los casos previstos en la ley<sup>49</sup>.

Dichas modalidades son las siguientes:

- Derecho de reproducción de la obra (constituyendo *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).

---

<sup>48</sup> El art. 17 LPI las recoge en una enumeración exhaustiva sin perjuicio de la explotación en cualquier otra forma.

<sup>49</sup> Dado que están sometidos a los límites temporales y materiales establecidos específicamente en los arts. 26 a 40 bis y otras previsiones específicas de la LPI a los que se hace referencia más adelante.

- Derecho de distribución de la obra (considerando *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).

- Derecho de comunicación pública de la obra (entendida la *comunicación pública* 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, sin considerarse pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo).

- Derecho de transformación de la obra (facultad que comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente, así como, cuando ésta sea una base de datos, la reordenación de la misma).

Estas facultades se reconocen en su formulación general a los autores en los arts. 17 y ss LPI y con manifestaciones específicas a lo largo de la LPI, en función del tipo y la especialidad de la prestación sobre la que recaen, a los titulares de los derechos conexos.

Todas estas facultades están establecidas para asegurar el control por los titulares originarios o derivados de los derechos exclusivos de explotación y disposición que les corresponden sobre sus obras y prestaciones.

En desarrollo de dicho control pueden incorporar a obras y prestaciones *medidas tecnológicas de protección eficaz* destinadas a impedir o restringir actos que no cuenten con su autorización, conforme a lo dispuesto en los arts. 160 LPI, para las obras y prestaciones en general, y 102 c) en relación con los programas de ordenador. Asimismo pueden incorporar a las mismas información para la gestión electrónica que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o aparezcan en conexión con su comunicación al público (ex. art. 162 LPI).

Las facultades de explotación, sin embargo, no son absolutas, sino que están sometidas a *límites legales* de carácter temporal y material (principalmente contenidos en los arts. 26 a 40 bis LPI, pero también diseminados en otros preceptos de los Libros I y II LPI).

Sólo constituirán infracción civil las actividades realizadas por terceros que, además de carecer de autorización de los titulares, sobrepasen los perímetros de licitud que marcan tales límites, pues las que éstos abarquen en su seno no necesitan de autorización de los titulares.

En cuanto a los límites temporales, la LPI prevé con carácter general que los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento. Existen reglas especiales de duración y cómputo respecto de obras póstumas, pseudónimas y anónimas, en colaboración, colectivas y publicadas por partes (arts. 26 a 30 LPI), así como plazos de 50 años para los derechos conexos reconocidos a artistas intérpretes o ejecutantes (art.112 LPI), a productores de fonogramas (art. 119 LPI), a productores de grabaciones audiovisuales (art.125 LPI) y a entidades de radiodifusión (art. 127 LPI); y de 25 años para los derechos afines concedidos al realizador de fotografías (art. 128 LPI) y a los editores de obras inéditas del dominio público y obras no protegidas (art. 130 LPI).

Los límites materiales -cuya regulación general se establece en los arts. 31 a 40 bis LPI- implican la posibilidad de que personas físicas o jurídicas distintas de los titulares de los derechos de propiedad intelectual puedan realizar actos afectantes a las facultades patrimoniales o que, de hecho, las integran, sin necesidad de consentimiento, licencia o autorización proveniente de los mismos.

Tales límites se establecen permitiendo, en determinadas condiciones y por concretos sujetos en algunos casos, actividades de reproducción provisional y copia privada (art. 31), utilizaciones con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios; o efectuadas en beneficio de personas con discapacidad (art. 31 bis LPI); usos de cita y reseña e ilustración con fines educativos o de investigación científica, así como los originados para la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento (art. 32 LPI); utilizaciones en trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social y de las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público (art.



33 LPI); las realizadas en empleo de bases de datos por el usuario legítimo y limitaciones a los derechos de explotación de titulares de bases de datos (art. 34 LPI); o por uso de obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas (art. 35 LPI); las referidas a las emisiones por cable, satélite y grabaciones técnicas (art. 36 LPI); las reproducciones de las obras cuando se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación (art. 37 LPI); las utilizations de obras huérfanas (art. 37 bis LPI); las consistentes en la ejecución -sin percepción de remuneración- de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas (art. 38 LPI) y la parodia como límite respecto a la transformación (art. 39 LPI).

Pero ninguno de estos límites puede interpretarse de modo que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de los derechos o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran (art. 40 bis LPI).

De entre todos estos límites destaca, por su alcance objetivo y subjetivo más universal, el límite de copia privada regulado en el art. 31.2 de la LPI.

La nueva regulación procedente de la Ley 21/2014, respecto de las obras ya divulgadas<sup>50</sup> establece que no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, cuando concurren simultáneamente las tres circunstancias de que a) se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; b) la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita; y c) la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio. Se entiende que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil; y cuando se realice una reproducción individual

---

<sup>50</sup> Por divulgación de una obra hay que entender, con arreglo al art. 4 LPI, toda expresión de la misma que, con consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.

de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

Adicionalmente, se contempla el derecho a percibir una compensación equitativa por soportar el límite legal de copia privada establecido respecto de la facultad de reproducción 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, realizada mediante aparatos o instrumentos técnicos no tipográficos, exclusivamente para uso privado, no profesional ni empresarial, sin fines directa ni indirectamente comerciales y de acuerdo con los requisitos legales establecidos (art. 25 LPI).

Junto a esta regulación general existen disposiciones específicas sobre límites respecto de los derechos de explotación sobre determinadas obras y prestaciones, entre las que destacan las relativas a las limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos (art. 34 LPI) los límites existentes en materia de protección a programas de ordenador (art. 100 LPI), las disposiciones sobre límites a los derechos de explotación y el empleo de medidas tecnológicas (art. 161 LPI) y las excepciones establecidas al derecho sui generis reconocido a los fabricantes de bases de datos en favor del usuario legítimo de éstas (art. 135 LPI).

### c) *Sujetos.*

En cuanto a los *sujetos protegidos*, es al autor, por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica, a quién se le reconocen todos los derechos que constituyen el contenido de la propiedad intelectual, existiendo reglas específicas sobre el ejercicio de los derechos en casos de concurrencia de autores en obras realizadas en colaboración y colectivas, así para los supuestos de obras compuestas e independientes. Por autor se entiende a la persona física o natural que crea una obra, aunque de una semejante protección pueden beneficiarse personas jurídicas cuando expresamente lo reconoce la ley ya que las personas jurídicas o morales pueden ser titulares de los

derechos económicos derivados de una obra, en particular si éstos fueron transmitidos mediante algún contrato o instrumento jurídico específico<sup>51</sup>.

Derechos semejantes a los correspondientes a los autores, generalmente<sup>52</sup> comprensivos de ciertas facultades de explotación económica y en especial de reproducción, distribución y comunicación pública, englobados bajo la nomenclatura de “derechos conexos, afines o derechos vecinos”, se reconocen a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales, a las entidades u organismos de radiodifusión, a los realizadores de meras fotografías; a los divulgadores de obras inéditas y a los editores de otras producciones, junto a la protección que se dispensa a los fabricantes de bases de datos como titulares del derecho sui generis sobre las mismas<sup>53</sup>.

Todos ellos serían titulares de derechos de propiedad intelectual. Y debe tenerse en cuenta que, respecto de sus facultades económicas o patrimoniales cabe la transmisión o cesión total o parcial de derechos de explotación comercial en virtud de contrato, adquisición mortis causa como heredero o por legado, e incluso adquisición por disposición de ley en determinados casos<sup>54</sup>.

#### *d) Objeto.*

En cuanto al *objeto* material de protección, lo constituyen tanto 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, como determinadas obras derivadas (tales como traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, arreglos musicales, compendios, resúmenes o extractos, y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica) y las colecciones o bases de

---

<sup>51</sup> Aspectos todos ellos contemplados en los arts. 5 a 9 LPI.

<sup>52</sup> Aunque no únicamente pues, por ejemplo, a los artistas intérpretes o ejecutantes el art. 113.1 LPI les asigna facultades morales, y muy concretamente el goce del derecho irrenunciable e inalienable al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones -excepto cuando la omisión venga dictada por la manera de utilizarlas-, y a oponerse a toda deformación, modificación, mutilación o cualquier atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación.

<sup>53</sup> Derechos y titulares a los que se refieren las disposiciones contenidas en el Libro II de la LPI (arts. 105 a 137) que lleva por rúbrica “De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección sui generis de las bases de datos”.

<sup>54</sup> Con carácter general la transmisión de los derechos de explotación está regulada en el Título V del Libro I de la LPI, arts. 42 y ss.

datos, excluyéndose de la protección las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores (arts. 10 a 13 LPI).

Por consiguiente, las obras que abarca el derecho de autor van, entre otras, desde los libros y cualesquiera producciones literarias, las composiciones musicales, las esculturas, las obras de pintura, los dibujos, las fotografías, las obras dramáticas, las producciones teatrales y las películas u otras obras audiovisuales hasta los diseños arquitectónicos, los programas informáticos, las bases de datos o los videojuegos. Junto a las obras originales se protegen, además, las obras derivadas o transformaciones.

Junto a las obras se protegen lo que la LPI denomina “otras producciones intelectuales” o “prestaciones” como las ejecuciones o interpretaciones artísticas (arts. 105 a 113 LPI); las producciones fonográficas (arts. 114 a 119 LPI); las grabaciones audiovisuales (arts. 120 a 125 LPI); las emisiones o transmisiones de entidades de radiodifusión (arts. 126 a 127 LPI); las meras fotografías que no alcancen la consideración de obras (art. 128 LPI); o incluso determinadas producciones editoriales (arts. 129 y 130 LPI).

#### **I.3.2.1.2.- El ilícito civil: identificación y responsables.**

Del esquema regulativo que establece la ley especial en la materia se deriva una serie de constataciones de enorme utilidad para fijar la esencia del ilícito civil y proceder a la identificación y enunciación de los comportamientos infractores.

La normativa civil otorga a los autores y a los titulares de derechos conexos un haz o conjunto de derechos sobre sus obras y prestaciones por el mero hecho de su generación<sup>55</sup>. Dicho haz de derechos comprende facultades tanto de naturaleza moral como de contenido patrimonial que se reconocen plenamente a los autores, mientras que los derechos conexos permiten ostentar a sus titulares derechos de marcada significación económica patrimonial. En lo que a esta vertiente patrimonial se refiere, la LPI instaura un monopolio de explotación en su favor de los titulares de los derechos de

---

<sup>55</sup> Sin necesidad, por tanto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, cuyo efecto es meramente declarativo y sólo crea una presunción *iuris tantum* ex. art. 145.3 LPI de que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo.

propiedad intelectual, para que sean éstos o quienes ellos designen, los que las rentabilicen; si bien admite una serie de límites o excepciones legales a dicho monopolio. Por consiguiente, corresponde a los titulares o sus cesionarios el ejercicio en exclusiva, “en cualquier forma”, de la explotación de sus obras, extendiéndose sus facultades dominicales a cualquier tipo de explotación de la misma, presente o futura, conocida o por conocer, que no esté expresamente excepcionada o limitada temporal o materialmente en la ley. En su vertiente patrimonial la protección se conecta con el artículo 33 de la CE y con los artículos 348 y 428 del CC: el titular de los derechos sobre obras y prestaciones, en suma, puede ejercer su *ius prohibendi*, sus facultades de dominio, sobre cualquier modo o forma de explotación. Los autores o titulares deberán, por consiguiente, autorizar cualquier explotación o ejercicio de los derechos, a no ser que la actuación esté amparada por alguno de los límites a su contenido que la LPI establece, en cuyo caso no será precisa la licencia, consentimiento o autorización.

De lo dicho se desprende que, conforme al régimen general, el ámbito objetivo de la *infracción-tipo* a los derechos de la propiedad intelectual está en el ejercicio de las facultades que corresponden a sus titulares o cesionarios sin la autorización de éstos cuando dicho ejercicio no esté amparado por las limitaciones temporales y materiales legales establecidas sobre tales derechos.

En tal medida cabe una formulación general de lo que constituye ilícito civil como *todo acto o conducta de infracción de los derechos de autor o conexos reconocidos a quienes los ostentan, como titulares originales o derivados, que implique un uso o ejercicio no autorizado y al margen de los límites legales que lo habiliten, de las facultades morales y patrimoniales de que aquellos dispongan, según los casos, sobre obras y otras producciones intelectuales.*

A nivel subjetivo no se exige, con carácter general, ánimo, móvil o predisposición alguna. La infracción-tipo ilícita civil se produce por la mera acción o actividad in consentida y no amparada por los límites o excepciones legales sin necesidad de que se lleve a cabo por ánimo de lucro o de obtener un beneficio, económico o no, o por cualquier otra propensión, tendencia o inclinación subjetiva.

El uso o ejercicio in consentido y no habilitado por la ley de las facultades que constituyan el contenido de los derechos involucrados es, por tanto, el núcleo de la significación típica de lo ilícito civil.

Será responsable de la infracción civil quién -como autor material- realice dicho ejercicio no autorizado ni por los titulares o cesionarios de los derechos ni por las disposiciones legales que establecen límites a las facultades que éstos ostentan, así como, en virtud de lo expresamente previsto en el párrafo segundo del art. 138 LPI, quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor<sup>56</sup>. El interés económico directo, por tanto, no determina la presencia o no del ilícito civil, sino la responsabilidad personal como partícipe y ello no por su sola concurrencia sino si, además, tiene dominio sobre el hecho.

Como infracciones específicas que precisamente van orientadas a reprochar conductas periféricas preparatorias o favorecedoras de infracción directa al *ius prohibendi* de los titulares originarios o derivados, se contemplan en la LPI comportamientos de elusión o facilitación de la elusión de medidas tecnológicas de protección eficaz y relativas a la puesta en circulación de copias de programas de ordenador (arts. 160 LPI y 102 LPI), así como de supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de derechos o de difusión de obras y prestaciones en las que se haya producido dicha supresión o alteración (art. 162 LPI).

El art. 102 LPI, específicamente referido a los programas de ordenador, contempla como conductas constitutivas de infracción, amén del genérico ejercicio no autorizado y fuera de los límites legales (art. 100 LPI) de las facultades de explotación sobre los mismos (art. 99 LPI), las siguientes:

-La puesta en circulación de una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.

---

<sup>56</sup> Si bien lo establecido en el art. 138 LPI no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los arts. 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación. La misma establece una serie de exenciones de responsabilidad -los llamados puertos seguros- sobre las que volveremos más adelante.

-La tenencia con fines comerciales de una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima.

-La puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.

El art. 160 LPI, en relación a las obras distintas a los programas de ordenador y las prestaciones, contempla dos ilícitos civiles muy concretos, considerando infractores a:

-quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz.

-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.

Los fines comerciales constituyen en algunos de estos comportamientos un componente subjetivo exigible para satisfacer el tipo específico en el que se prevé.

Conforme al art. 162 LPI, concretamente constituirán infracción los actos de supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos, así como de 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, siendo sus responsables, como infractores, quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de los derechos, lleven a cabo tales actos.

### **I.3.2.1.3.- Acciones y consecuencias: cese de la actividad, indemnización y publicación de la resolución.**

La reacción frente a las infracciones es posible conforme a las previsiones establecidas para la protección de la propiedad intelectual reguladas en el Título I del Libro III de la LPI (arts. 138 a 143), donde se prevén como específicas, sin perjuicio de otras, acciones civiles destinadas a instar el cese de la actividad ilícita, exigir una indemnización de los daños materiales y morales padecidos, y procurar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor. Asimismo, se podrán solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el art. 141 LPI.

Para hacer valer los derechos están legitimados sus titulares y cesionarios, así como las entidades de gestión colectiva de los derechos reconocidos en la LPI (art. 150 LPI).

El *cese de la actividad ilícita* está regulado en el art. 139 LPI y puede comprender toda una serie de medidas destinadas a poner fin a la continuidad de la infracción y sus efectos. El catálogo legal contempla las siguientes:

- a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los arts. 160 y 162 LPI sobre las medidas tecnológicas de protección.
- b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.
- c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.
- 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. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.



e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el art. 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el art. 160.

f) El decomiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. E incluso estas mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el art. 160 LPI y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el art. 162 LPI.

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, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El infractor puede solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita; mientras el titular del derecho infringido puede pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La *indemnización por daños y perjuicios* (art. 140) ha de comprender no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a

causa de la violación de su derecho<sup>57</sup>; y se ha de fijar, según elija el perjudicado, o bien conforme a las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita (procediendo si hay daño moral su indemnización atendiendo para su valoración a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra, y ello incluso si no se prueba la existencia de perjuicio económico); o bien con arreglo a la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribe a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

En caso de infracción o incluso cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, los titulares de los derechos reconocidos en la LPI, conforme a su art. 141, pueden instar de la autoridad judicial que decrete las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos, y, en especial, las siguientes:

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 arts. 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 art. 162.2 LPI.

---

<sup>57</sup> E incluso la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

5. El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el art. 25, 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, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

La adopción de las medidas cautelares quedará sin efecto si no se presentara la correspondiente demanda en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En cualquier caso, la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, bien sea como medida cautelar o como medida específica de cesación, pueden solicitarse y adoptarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en la LPI, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, con tal de que dichas medidas resulten objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.

Junto a toda esta batería de instrumentos de reacción cautelar y definitiva en procedimientos donde se ventilen pretensiones principales relativas a la propiedad intelectual, es posible la articulación de acciones civiles declarativas y comunes, así como las relativas a la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que esté incorporada la creación, e incluso acciones heterogéneas como las referentes a cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal.

### **I.3.2.2.- La tutela administrativa: la medida Sinda-Wert.**

Sin desconocer la existencia de funciones administrativas de registro y promoción de los derechos, así como de inspección, control y supervisión sobre las entidades de gestión colectiva, o de mediación, arbitraje y determinación de tarifas, el principal

instrumento de tutela administrativa de la propiedad intelectual con interés de cara a la definición de la esfera de intervención penal se ha sumado a la protección civil y penal en un momento comparativamente reciente y va referido a las actividades de vulneración en internet. Se trata de lo que se conoce popularmente como medida *Sinde-Wert*<sup>58</sup>, y fue específicamente concebida para la salvaguarda de la propiedad intelectual en el ámbito de la prestación de los servicios de la sociedad de la información. En el mecanismo que articula, el ilícito que afronta y las interacciones que genera con la actividad jurisdiccional deben concentrarse los esfuerzos puesto que su alcance presenta un gran potencial de incidencia sobre las parcelas de tutela civil e intervención penal.

El establecimiento efectivo de esta medida en nuestro ordenamiento jurídico tuvo lugar con la aprobación de la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011, de 4 de marzo)<sup>59</sup>, mediante la introducción de la previsión incorporada en su Disposición Final Cuadragésimo Tercera, que operó una serie de modificaciones en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE), en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

A su través se articuló un sistema en el que se atribuyó la competencia para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual a un órgano administrativo inserto en el Ministerio de Cultura, la Comisión de la Propiedad Intelectual y, más concretamente, a su Sección Segunda<sup>60</sup>, y en concreción de tal responsabilidad, a dicho órgano administrativo -cuya actuación ha de ser conforme a los principios de objetividad y proporcionalidad- se asignó la facultad de acordar medidas de interrupción del servicio o de retirada de contenidos vulneradores de los derechos de propiedad intelectual en el curso de un procedimiento administrativo de restauración de la legalidad sobre el que se inicialmente sólo se estableció a nivel legal que se iniciaría a instancia del titular del derecho de propiedad intelectual, que en él comparecerían los

---

<sup>58</sup> Conocida con tal denominación en referencia a los dos Ministros de Cultura, Educación y Deporte responsables de su inicial aparición legal y su posterior desarrollo reglamentario. Ahora con mayor razón, tras la Ley 21/2014, que ha modificado esta medida, puede apellidarse así en reconocimiento a una paternidad responsable compartida en pie de igualdad y al mismo nivel legislativo.

<sup>59</sup> En vigor desde el 6 de marzo de 2011.

<sup>60</sup> Dicha Sección, bajo la presidencia del Subsecretario del Ministerio de Cultura o persona en la que éste delegue, se estableció que se compondría de un vocal del Ministerio de Cultura, un vocal del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, un vocal del Ministerio de Economía y Hacienda y un vocal del Ministerio de la Presidencia.

responsables de los servicios de la sociedad de la información y que estaría basado en los principios de celeridad, proporcionalidad y demás previstos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Posteriormente, dicha regulación legal fue desarrollada a nivel reglamentario por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, que, si bien fue muy cuestionado, obtuvo convalidación judicial en dos Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 2013.

La reforma operada en el originario art. 158 de la LPI a través de la Ley 21/2014 - concretada en el nuevo art. 158 ter LPI- ha introducido algunos retoques sobre la anterior situación que han afectado sustancialmente el diseño originario en algunos aspectos trascendentes.

#### **I.3.2.2.1.- Ámbito de protección, naturaleza del procedimiento y carácter no sancionador de las resoluciones administrativas.**

Con una pretensión puramente descriptiva, cabe señalar que la protección administrativa que encarna esta herramienta tuitiva de los derechos de propiedad intelectual tiene como fin y objetivo hacer frente a cualquier acción o actividad vulneradora de las facultades patrimoniales que corresponden a los legítimos titulares realizada por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información siempre que la conducta del prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

El instrumento instaurado para ello tiene naturaleza de procedimiento de restablecimiento de la legalidad y, por su diseño, va orientado a procurar con preferencia<sup>61</sup> la retirada voluntaria de los contenidos infractores y subsidiariamente, para el caso que no se produzca, la imposición de medidas de restauración del orden jurídico perturbado por la infracción, lo que lo hace plenamente compatible con el

---

<sup>61</sup> De hecho con la denuncia, debe acompañarse por sus promotores una prueba razonable de un previo intento infructuoso de requerimiento de retirada; en su trámite se prevé un primer requerimiento administrativo para que el infractor proceda voluntariamente a la retirada, e incluso una vez adoptada la medida por decisión administrativa se procede a un nuevo requerimiento de retirada de contenidos o interrupción del servicio, que únicamente si se incumple abre la vía a interesar de la jurisdicción contencioso administrativa la autorización para la ejecución de las medidas.

ejercicio de acciones penales, civiles y contencioso-administrativas (art. 158 ter. 2 y 7 LPI).

La singular condición del mecanismo de protección que establece el art. 158 ter LPI y la naturaleza del procedimiento administrativo por el que se vehicula impide hablar de infracción administrativa y sanciones. Ni las vulneraciones a los derechos de propiedad intelectual contra las que se reacciona pueden ser calificadas de infracciones administrativas (por más que en su derredor se prevean determinadas situaciones de incumplimiento de requerimientos producidos con ocasión de la tramitación del procedimiento), ni las medidas que decreta el órgano competente para la salvaguarda en ningún caso pueden considerarse o calificarse como sanciones.

Las resoluciones de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual no son en absoluto resoluciones sancionadoras dictadas en reacción o como consecuencia de infracciones administrativas, ni se adoptan a través de un procedimiento sancionador. La clara conciencia del legislador al respecto la muestra en el cuidado extremo que pone a lo largo de todo el art. 158 ter LPI en referir las medidas y el procedimiento a las “vulneraciones” o “actividades ilícitas” y en no emplear el término “infracciones” más que en dos referencias puntuales a auténticas infracciones administrativas en el apartado 6 del art. 158 ter LPI (donde establece como órgano competente para la potestad sancionatoria al Secretario de Estado de Cultura) y una tercera alusión en el apartado 9 con ocasión del régimen de tratamiento de datos “referidos a la comisión de infracciones penales o administrativas”.

Debe tenerse presente que, siguiendo las SSTC 276/2000, FJ 3; o 132/2001, FJ 3, la función represiva, retributiva o de castigo es lo que distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados).

### **I.3.2.2.2.-Ilícito administrativo: precisión, identificación y consecuencias de su apreciación.**

Pese a no dar lugar a la imposición de sanciones, la utilización del concepto “*ilícito administrativo*” en referencia a la actividad ilícita constitutiva de vulneración de los derechos de propiedad intelectual a las que se refiere el mecanismo Sinde-Wert, viene justificada por su capacidad gráfica y expresiva, la condición de contraria al ordenamiento que concurre en la actividad y su previsión en normas administrativas, por más que éstas se ubiquen en una ley de contenido mayoritariamente civil, como es la LPI.

Pues bien, la esencia del ilícito administrativo que sirve de presupuesto de base a la acción de salvaguarda administrativa es coincidente con el núcleo sustancial del ilícito civil patrimonial: un uso o ejercicio no autorizado y al margen de los límites legales de las facultades patrimoniales correspondientes a titulares y cesionarios de derechos de propiedad intelectual.

El carácter no autorizado o no habilitado por ley de la acción infractora se desprende de la dependencia conceptual jurídico-privada del ilícito administrativo y se comprueba en la regulación del trámite de audiencia al presunto infractor que ha de producirse en el seno del procedimiento administrativo para el caso de que no retire voluntariamente los contenidos, pues se dispone su evacuación para que “*realice alegaciones y proponga pruebas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual.*” La defensa y elusión de las medidas está por tanto vinculada a que el uso o actividad del prestador se encuentre autorizada por los titulares de los derechos o esté dentro los límites legales que deben soportar éstos en virtud de las disposiciones legales.

Importa subrayar, además, que la adopción de las medidas administrativas de retirada de contenidos o interrupción del servicio se condiciona a que el prestador *haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial* (art. 158 ter.4 LPI). Se exige, por tanto, daño efectivo o potencial de carácter económico y en tal medida debe afectar las facultades patrimoniales de explotación. La tutela administrativa no da lugar a indemnización ni alcanza para ser prestada a la cuantificación del daño, pero sí es preciso que la conducta infractora cause perjuicio patrimonial o potencialmente pueda

producirlo, lo que implica la necesidad de una comprobación sobre la capacidad de la conducta para perjudicar económicamente los derechos de explotación de los titulares o cesionarios de los mismos, de modo que la actividad infractora, cuanto menos, debe ser *apta e idónea* para ello. El concepto de daño patrimonial utilizado en el art. 158 ter. 4 LPI habrá de asimilarse, a mi juicio, a la noción “daños materiales” indemnizables que contiene la propia LPI en su art. 138 y que ha de relacionarse con lo dispuesto en el art. 140 LPI y su mención de perjuicio económico, que incluye daño emergente y lucro cesante, con exclusión del daño moral.

No se requiere en el infractor un ánimo de lucro o de obtención de un beneficio económico, ni de ninguna otra propensión, tendencia, motivación o inclinación, de modo que la actuación administrativa abarca las infracciones a los derechos en este entorno al margen de que hayan sido o no realizadas con alguna predisposición subjetiva<sup>62</sup>. La nueva regulación introducida por la Ley 21/2014 ha eliminado la referencia que el anterior apartado 4 del art. 158 LPI contenía al mismo exigiendo que el prestador, directa o indirectamente, actuase con ánimo de lucro. Se trata de un elemento que no es pretendido ni precisa acreditación en la regulación vigente para la imposición de las medidas.

La especialidad respecto de la infracción civil genérica referida a la vulneración de facultades patrimoniales viene de la mano, por tanto y recapitulando, de la condición del sujeto activo, que ha de ser un prestador de servicios de la sociedad de la información; el entorno en que se produce la conducta infractora, que es el de la prestación de servicios de tal naturaleza en internet; y la exigencia de un elemento objetivo de la infracción-tipo administrativa, que consiste en la capacidad, aptitud e idoneidad del comportamiento para ocasionar un daño patrimonial.

Por tanto, el ilícito administrativo se articula sobre el mismo sustrato del ilícito civil genérico, pero presenta elementos diferenciales respecto del mismo por razón del sujeto activo y del ámbito objetivo de la infracción, pero no por sus elementos subjetivos.

---

<sup>62</sup> El actual núm. 4 del art. 158 ter LPI dispone que “*La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulneren los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial*”, sin mencionar el ánimo de lucro ni ningún otro elemento subjetivo que lo sustituya como sí ocurre, por el contrario, en los tipos penales básicos del art. 270 CP empleando la locución “beneficio económico, directo o indirecto”.



La regulación sobre la promoción de la incoación del procedimiento contiene una distinción de tratamiento a través de la cual se revela el mismo designio que ha animado la reforma penal de 2015: contemplar específicamente como ilícita la actividad de enlazar a contenidos protegidos (cuando se cometa *“facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica”*), incluyendo, en particular, *“a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio”*). Frente a la vulneración genérica, en la que el órgano administrativo puede acordar o no el inicio del procedimiento en función del nivel de audiencia en España, y al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio; no se han previsto parámetros para decidir o no la incoación respecto de la actividad de los enlazadores, de lo que parece desprenderse que deberá incoarse en todo caso.

Las decisiones finales del órgano administrativo han de ser adoptadas tras seguir el procedimiento específicamente incoado y tramitado con arreglo a las disposiciones de los apartados 2<sup>63</sup> y 3<sup>64</sup> del art. 158 ter LPI, y pueden comprender, amén de la retirada de

---

<sup>63</sup> Conforme al apartado 2 del art. 158 ter LPI, el procedimiento pueden instarlo los titulares de los derechos o quienes tengan encomendado su ejercicio, así como las entidades de gestión colectiva, que están expresamente legitimadas para ello, contra cualquier tipo de vulneración cometida en el ámbito de la prestación de servicios de la sociedad de la información.

<sup>64</sup> En principio, quien promueva la actuación administrativa debe aportar junto a su denuncia una prueba razonable de un previo intento infructuoso de requerimiento de retirada dirigido al servicio de la sociedad de la información presuntamente infractor en el que se haya solicitado la retirada de los contenidos específicos ofrecidos sin autorización. Basta haber dirigido dicho requerimiento a la dirección electrónica que el prestador facilite al público a efectos de comunicarse con el mismo; pero no se exige el intento de requerimiento si el prestador de servicios no facilita una dirección electrónica válida para ello. El intento de requerimiento se considerará infructuoso si el prestador requerido no contesta o, incluso contestando, no retira o inhabilita el acceso a los contenidos correspondientes en un plazo de tres días desde la remisión del correspondiente requerimiento. Cuando proceda, dicho requerimiento previo podrá considerarse a efectos de la generación del conocimiento efectivo en los términos establecidos en los arts. 16 y 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, siempre y cuando identifique exactamente la obra o prestación, al titular de los derechos correspondientes y, al menos, una ubicación donde la obra o prestación es ofrecida en el servicio de la sociedad de la información. Sin perjuicio de su desarrollo reglamentario, la LPI dispone que el procedimiento ha de estar basado en los principios de celeridad y proporcionalidad, siendo de aplicación y en el mismo los derechos de defensa previstos en el art. 135 de la Ley 30/1992 (LRJAPPAC) para los procedimientos sancionadores. En cualquier caso, expresamente prevé un trámite de requerimiento al presunto infractor para que en 48 horas proceda a la retirada voluntaria de los contenidos infractores (que si se produce pone fin al procedimiento e implica reconocimiento de la infracción) o, en su caso, realice alegaciones y proponga pruebas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual. Si se propone y admite prueba se practicará

contenidos infractores o la interrupción del servicio, la imposición de medidas técnicas y deberes de diligencia específicos dirigidas a asegurar el cese de la vulneración y evitar la reanudación de la misma; y se podrán extender a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

En caso de falta de retirada voluntaria y a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor<sup>65</sup>. Incluso se ha de valorar la posible efectividad de medidas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor. La falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad se considerará como infracción de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet deberá motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance.

En el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, la Sección Segunda notificará los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio, que no podrá ser asignado nuevamente en un periodo de, al menos, seis meses.

---

prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. Transcurrido éste, la Sección debe dictar resolución en el plazo máximo de tres días.

<sup>65</sup> La LPI (158 ter.8) prevé incluso que podrán desarrollarse códigos de conducta voluntarios en lo referido a las medidas de colaboración de los servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad.

En todo caso, la ejecución de la medida de colaboración dirigida al prestador de servicios de intermediación correspondiente, ante el incumplimiento del requerimiento de retirada o interrupción por parte del prestador de servicios de la sociedad de la información responsable de la vulneración, exigirá la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del art. 122 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La LPI establece además una *específica infracción administrativa*<sup>66</sup> con la calificación de muy grave y con sanción de multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros para el caso de reiteración (desde la segunda vez que se produzca) en el incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores que se deriven de las resoluciones finales adoptadas por el órgano administrativo en virtud del apartado 4 del art. 158 ter LPI (tras seguir todo el procedimiento administrativo establecido en el apartado 3 que le precede). Y a tales efectos también se considerará incumplimiento reiterado la reanudación por dos o más veces de actividades ilícitas por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información, entendiéndose por reanudación de la actividad ilícita el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos. Incurrirán en estas infracciones los prestadores que, aun utilizando personas físicas o jurídicas interpuestas, reanuden la actividad infractora.

Cuando así lo justifique la gravedad y repercusión social de la conducta infractora, la comisión de la infracción podrá llevar aparejada la publicación de la resolución sancionadora, a costa del sancionado<sup>67</sup> y/o el cese de las actividades declaradas infractoras del prestador de servicios durante un período máximo de un año<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> A ventilar por el procedimiento establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (arts. 127 a 138), y en su normativa de desarrollo, correspondiendo la imposición de las sanciones al Secretario de Estado de Cultura. El instructor del procedimiento sancionador podrá incorporar al expediente las actuaciones que formasen parte de los procedimientos relacionados tramitados por la Sección Segunda en ejercicio de sus funciones de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>67</sup> En el «Boletín Oficial del Estado», en dos periódicos nacionales o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquélla tenga carácter firme, atendiendo a la repercusión social de la infracción cometida y la gravedad del ilícito.

<sup>68</sup> Medida para cuya efectividad se podrá requerir la misma colaboración que puede demandarse para las medidas del procedimiento de restablecimiento de la legalidad y adoptar el bloqueo en condiciones semejantes. Cuando las infracciones hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, pero cuyos

### **I.3.2.2.3.- Zonas de confluencia: interacciones administrativas, civiles y penales.**

#### **Observaciones críticas sobre la tutela administrativa.**

El régimen de responsabilidad que establece la LPI debe coherenciarse con las reglas de exención de responsabilidad establecidas para los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Y a tal efecto es importante destacar que, como se analizará más detenidamente con ocasión del examen del nuevo tipo penal que castiga la actividad de los enlazadores en internet en el art. 270.2 CP, el régimen de responsabilidad -o mejor de no responsabilidad- de los arts. 14 a 17 LSSICE, se basa en beneficios de exención de responsabilidad articulados con carácter específico para cuando el prestador de servicio actúa neutral, automática y técnicamente, no tiene control y participación en el contenido de los datos que proporcionan terceros y carece de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de actos ajenos o habiéndolo adquirido reacciona diligentemente.

Todo lo dispuesto en el art. 158 ter LPI se entiende sin perjuicio de las acciones civiles, penales y contencioso-administrativas que, en su caso, sean procedentes. Sin embargo, si el principal instrumento de tutela administrativa se somete a análisis crítico, las interacciones con todas ellas son fuente de un alto índice de situaciones problemáticas, incluso si tan sólo se efectúa una aproximación de superficie.

Las esferas de protección civil y penal presentan componentes comunes en muchos aspectos con el ámbito de intervención de la salvaguarda administrativa.

En relación con la esfera de prohibición civil cabe observar que toda infracción de derechos frente a la que se predica la reacción administrativa es a la vez vulneración contra la que cabe el ejercicio de acciones civiles, de modo que el campo de tutela civil es más amplio, sin duda, pero engloba cualquier manifestación de actividad infractora que es contemplada como sustrato de la acción administrativa, si bien ésta se circunscribe al campo de las vulneraciones de derechos que se producen en la prestación de servicios de la sociedad de la información. El entorno digital más acotado, el círculo más restringido de sujetos activos, y la capacidad de ocasionar un daño patrimonial con

---

servicios se dirijan específicamente al territorio español, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquéllos por un período máximo de un año.

incidencia en las facultades de explotación constituyen los elementos diferenciadores de la especie ilícito administrativo frente al género ilícito civil, de mayor amplitud también en los que afecta a las facultades susceptibles de vulneración. En todo lo demás concurre identidad sustancial, con la única matización de que la intervención administrativa puede ser denegada en el caso de que no se valoren como significativos - y por ello no se incoe el procedimiento administrativo- el número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio o el nivel de audiencia en España del prestador del servicio involucrado.

Por lo que respecta a la esfera de prohibición penal, su aquilatamiento más preciso es objeto de desarrollo en los capítulos que suceden al presente, pero puede anticiparse que la articulación de los tipos penales bajo una técnica remisoria a la normativa extrapenal basada en la descripción de los supuestos de hecho con elementos normativos conlleva zonas de evidente confluencia con la esfera civil y, por ende, con el ámbito de protección administrativa.

En principio y por definición, el ámbito de protección penal es más restringido, ya que, a diferencia de la acción de tutela administrativa y la acción civil, exige la concurrencia de ánimo de obtener beneficio económico, directo o indirecto, -y actuación en perjuicio de tercero-, de modo que no toda vulneración que habilite la intervención administrativa o la acción civil permite la penal.

No obstante, no cabe duda de que si la infracción se produce con dicho ánimo todas, intervención administrativa de salvaguarda con fin de restablecimiento de la legalidad, acción civil e intervención penal con objetivo de imposición de sanciones penales, pueden concurrir y hasta colisionar.

A nivel práctico, el ejercicio normalmente conjunto de las acciones penal y civil evitará interacciones jurisdiccionales perturbadoras.

En cuanto a las interacciones entre la acción administrativa y la acción penal, la ausencia de naturaleza sancionadora en la clase de tutela que brinda el mecanismo de restablecimiento de legalidad del art. 158 ter LPI, posibilita la coexistencia de éste y la adopción de sus medidas con el proceso penal por delito y la sanción penal sin violentar

el principio *ne bis in ídem*, pero no cabe duda que las zonas de confluencia abocan a una permanente problemática relacional.

Si se encuentra en marcha la vía administrativa, dado que los delitos relativos a la propiedad intelectual son perseguibles de oficio desde la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, entrará en juego el deber de denuncia establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ex. arts. 259 y ss. y particularmente para el órgano administrativo el art. 262) que es una manifestación del deber de colaboración en la persecución de la delincuencia que corresponde a todo órgano administrativo. De acuerdo con esta obligación, los hechos habrán de ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción o la Policía y ello conllevará la incoación de un procedimiento penal, en principio de tramitación preferente (por más que el art. 13 del Real Decreto 1889/2011 prevea su compatibilidad y la no determinación automática de la suspensión de la tramitación del procedimiento administrativo) o, en el mejor de los casos, problemas de deslinde e interferencias entre el ilícito penal y la acción jurisdiccional penal y la intervención administrativa e incluso jurisdiccional del orden contencioso administrativo.

La identidad o solapamiento al que aludimos tiene el potencial de generar una problemática específica en relación a muy diversas cuestiones derivadas del papel y potestades de la Administración y su actividad en relación con las potestades y papel de la Jurisdicción. Por de pronto hay que partir de que en el diseño constitucional español la Administración es un poder jurídico, dotado de autonomía para la consecución de sus objetivos -e incluso para generar normativa-, y provisto de facultades de autotutela y sanción, así como de competencias en la materia que atiende a la satisfacción de intereses generales, sin perjuicio de su sometimiento a la revisión jurisdiccional de su actividad. La intervención preeminente de la Jurisdicción Penal tiene que producirse en esta materia sin perder de vista estos condicionantes aún sin perjuicio de sus plenas facultades en orden a la determinación final de lo que es objeto de su competencia. En cualquier caso, la principal cuestión se centrará en entrelazar las potestades de Administración y Jurisdicción al constituir buen número de conductas a la vez ilícitos con trascendencia administrativa e ilícitos penales. E incluso la nueva previsión de un auténtico ilícito administrativo específico articulado sobre la conducta de reanudación por dos o más veces de la actividad ilícita civil por el mismo prestador al que alude el art. 158 ter.6 LPI incrementará las posibilidades de fricción con la

intervención penal por su posible incardinación en los apartados 1 ó 2 del art. 270 CP, puesto que de ordinario tal tipo de actividades se llevarán a cabo con ánimo de obtener un beneficio económico y supondrán actos de comunicación pública insertables en el art. 20.2.i LPI y por consiguiente incardinables en las conductas prohibidas de explotación económica del art. 270.1 CP o, si se trata de actividades de enlace que posibilitan el acceso o la localización en internet de obras y prestaciones, en el comportamiento castigado en el art. 270.2 CP.

Así las cosas, resulta inevitable que se planteen cuestiones sobre las situaciones vulneradoras o el momento concreto en que en el curso del expediente administrativo haya de deducirse el tanto de culpa a la Jurisdicción Penal, la adopción de medidas cautelares, o la reanudación de la acción administrativa tras sentencia absolutoria en su caso<sup>69</sup>. De hecho, como en otras materias, la confluencia en estos casos de la potestad administrativa y la judicial, y dentro de ésta entre los diversos órdenes jurisdiccionales, penal y contencioso-administrativo, presenta el potencial de generar notables problemas de colisión a muy distintos niveles: iniciación del proceso, medidas cautelares a adoptar -en el procedimiento administrativo, en el proceso penal o en el contencioso-administrativo, dilaciones por comunicaciones institucionales, y hasta conflictos de jurisdicción, cuestiones de competencia y prejudiciales, etc..., que no favorecen los objetivos de celeridad y eficacia que estuvieron en el origen de su aparición.

Tampoco la preconizada eficacia y celeridad de la herramienta administrativa es posible si el foco de atención se traslada a la interacción del mismo con la revisión ordinaria en sede contencioso administrativa de las decisiones que adopta la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual.

---

<sup>69</sup> Recordemos, por ejemplo, lo dispuesto para procedimientos administrativos sancionadores en el art. 7 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora referido a las vinculaciones con el orden jurisdiccional penal. Dicho precepto establece:

*1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.*

*En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.*

*2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.*

*3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.*

Recapitulando, la decisión administrativa de adopción de las medidas de interrupción de la prestación del servicio o la retirada de contenidos vulneradores de derechos de propiedad intelectual no es ejecutiva sino que se somete a la previa autorización judicial, constituyendo una excepción a las posibilidades de autotutela de la Administración, de manera que su ejecución se somete a un régimen similar al aplicado en el art. 8.6 LJCA, pero asignando la competencia a los Juzgados Centrales Contencioso Administrativos. Conforme a los arts. 56, 94 y 95 de la Ley 30/1992, la regla general es la ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos y su mantenimiento no obstante su eventual impugnación administrativa (art. 111) o jurisdiccional (art. 138), sin perjuicio de las medidas cautelares que el órgano jurisdiccional contencioso administrativo pueda imponer para asegurar la efectividad del recurso de esta clase y de la sentencia que le ponga fin (art. 129 LJCA). Frente a ello, en sí misma considerada la medida Sinde-Wert conlleva una excepción a la ejecutividad inmediata del acto administrativo y una vez agotada la vía administrativa mediante la adopción -con carácter definitivo- de la decisión de imponer la medida por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, se prevé que, en caso de incumplimiento voluntario, inmediatamente se solicite del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo la autorización judicial.

A pesar de la aparente velocidad que imprimirían las previsiones legales, la carga de trabajo a la que se vea sometido el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo podrá influir adicionalmente en los tiempos de este tipo de actuaciones, pero es que, además, aunque ésta fuese adecuada y racional, muchos factores apuntan a la agilidad no sólo no está garantizada sino que será la excepción.

En efecto, la contemplación global del sistema presupone la tramitación de un procedimiento administrativo previo ante el órgano administrativo (como hemos visto, cuya regulación se remite a la norma reglamentaria, en la que el trámite de audiencia ya se revela problemático por las dificultades de identificación de los infractores derivadas de la anonimización que posibilita la laxa regulación existente en la materia y la poca atención que pone la Administración en exigir el cumplimiento del art. 10.a de la LSSICE<sup>70</sup>) que habrá de concluir con una decisión administrativa, contra la que podrá

---

<sup>70</sup> Dicho precepto dispone: *1. Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos*



interponerse (también por los afectados si es que han sido identificados) un recurso contencioso administrativo en única instancia competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el que lógicamente podrán solicitarse y acordarse medidas cautelares de suspensión de la ejecutoriedad cuasi-inmediata (-aún pendiente de autorización judicial-) de la decisión administrativa. Dicho recurso, que -conforme al art. 46 LJCA- podrá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación del acto de la Comisión de Propiedad Intelectual que ponga fin a la vía administrativa, se habrá de ventilar por el trámite ordinario del procedimiento contencioso administrativo, lo que conllevará un tiempo de tramitación que puede ser dilatado, máxime teniendo en cuenta la carga de trabajo de aquél órgano jurisdiccional colegiado, en la revisión de la conformidad a derecho de la actuación y decisión administrativa; o quizás pueda vehicularse como un procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de los arts. 114 y ss. LJCA, supuesto en el que el plazo de interposición es de diez días y en el que pueden alegarse tanto infracciones de legalidad constitucional como ordinaria, siempre que tengan como finalidad restablecer o preservar derechos o libertades fundamentales, y entre aquéllas no cabe descartar que pueda denunciarse vulneración de los derechos y libertades del art. 20 CE. En este caso, salvo que se diga que la afeción de los derechos y las libertades del art. 20 CE sólo pueda examinarse a través del procedimiento especialísimo del art. 122 bis y, por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el curso del recurso de apelación contra la decisión del Juez Central, lo cierto es que el Juez Central puede tener la tentación de necesitar esperar a la resolución del recurso contencioso administrativo de que conoce la Sala o, al menos, imponer caución para autorizar la medida adoptada por la Comisión de Propiedad Intelectual. Por demás, no se prevén especialidades en cuanto a la adopción de medidas cautelares por lo que, mientras tanto, durante la tramitación del recurso contencioso administrativo en única instancia ante la Sala, sería aplicable el sistema del capítulo I del Título IV de la LJCA en un incidente en pieza separada. Es evidente que los afectados, como se ha dicho, pueden solicitar medidas cautelares de suspensión y que durante la tramitación de dicha revisión jurisdiccional puede ser necesario adoptarlas.

---

*competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información:*

*a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.*

Todo ello afectaría a los tiempos para hacer efectiva la pretendida salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

Por tales motivos, aún si se consigue la identificación de los responsables y su notificación, la agilidad de la actuación o intervención administrativa para evitar o minorar los perjuicios que se causen a los titulares de los derechos estará siempre seriamente comprometida. Concorre una deficiencia adicional si se repara en que no se han previsto medidas de bloqueo provisional de la prestación del servicio en sede de procedimiento administrativo, aunque el art. 138 LRJAPPAC ciertamente permita que la resolución que pone fin a la vía administrativa adopte disposiciones cautelares que resulten precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

No se puede obviar que estas observaciones simplemente formuladas sobre el diseño teórico se han visto desbordadas por la realidad práctica. La ralentización temporal no sólo se ha ubicado en el plano de la intervención judicial sino en el previo procedimiento administrativo. Baste el dato de que la media de tiempo que transcurre entre la solicitud y la incoación del expediente ha sido de más de 400 días<sup>71</sup>, cuando los contenidos carecen ya de la novedad y actualidad que los hace atractivos y los perjuicios para los titulares de los derechos han sido sufridos y están agotados.

Por consiguiente, la conclusión a extraer es que la medida Sinde-Wert presenta problemas aplicativos desde múltiples perspectivas. Pese a que muchos de ellos fueron vislumbrados desde su aparición, la experiencia posterior los ha confirmado y multiplicado hasta el punto de poder asegurar que ha fracasado en muchos aspectos, y sobre todo, lo que es lo peor, dista mucho de constituir la reacción ágil y rápida frente a las vulneraciones que constituyó razón y sentido de su implantación<sup>72</sup>.

Debe destacarse que nació de hecho para soslayar la dificultad -frecuentemente denunciada en foros nacionales e internacionales- de obtener de los órganos judiciales civiles y penales la adopción de medidas cautelares que con inmediatez, tras la denuncia

---

<sup>71</sup> Dato éste proporcionado por TOURNÉ, J. M. "La protección de la propiedad intelectual", en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 49, enero 2015, Madrid, pág. 48.

<sup>72</sup> Para una aproximación más detallada al número y entidad de problemas que, en mi opinión, son de difícil solución, *Vid.* TIRADO ESTRADA, J.J., "Consideración crítica sobre la Disposición Final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica", en obra en colaboración *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Coord. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Edit. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 511 a 574.

de infracción, impidiesen la continuidad de la infracción y del perjuicio derivado de la misma. En los procedimientos judiciales se eternizaba la toma de decisiones al respecto siendo que para los titulares de los derechos resulta vital que no se revienten los ciclos de explotación de las obras y prestaciones mediante su reproducción y su difusión ilícitas<sup>73</sup>. Particularmente ello era importante en relación con la comunicación pública

---

<sup>73</sup> La inmediatez en la reacción de protección es crucial dadas las características y ciclos de explotación económica en todo tipo de obras y prestaciones, pero sobre todo en las audiovisuales. Para una buena idea de lo que ello supone, *Vid.* FUENTES SÁNCHEZ, D. en “La intervención de los Poderes Públicos en la defensa de los Derechos de Propiedad Intelectual”, trabajo inédito, presentado en marzo de 2012 en los seminarios sobre “Delitos contra los derechos de autor y conexos en el ámbito audiovisual” impartidos en Bogotá y en Lima. Por lo ilustrativos términos en que se expresan, conviene reproducir -para lo que se cuenta con la pertinente autorización de su autor- algunos de sus pasajes: “Los titulares procederán a intentar rentabilizar su inversión, mediante la comercialización de la misma mediante su explotación progresiva y sucesiva en diferentes ventanas de exposición. Así por ejemplo, el productor de una obra audiovisual suele utilizar como primera ventana de exposición las salas convencionales de cine, permaneciendo la obra para su explotación en la misma un periodo que suele rondar los tres meses. A continuación procederá a explotar la misma en DVD u otro soporte magnético, y de manera simultánea o sucesiva, procederá a autorizar a cambio de contraprestación económica la explotación y puesta a disposición de la obra a través de algún canal de televisión Premium (de acceso condicionado a pago). Esta cesión temporal, hace que el titular de la plataforma de televisión que adquiere la obra, tenga un Derecho exclusivo y excluyente en dicha puesta a disposición a través de los canales que contractualmente se pacten con el productor de la obra (vía televisión de pago, con carácter exclusivo en todo tipo de televisiones de acceso satelital, por ondas hercianas, o cable, a través de la Red Global de comunicaciones, sistemas de V.O.D., etc., incluyendo el o los idiomas en que se autoriza dicha explotación y el ámbito territorial al que se circunscribe dicha cesión). Finalmente se procederá a la explotación de la misma en ventana de televisión comercial en abierto, para lo cual los titulares del correspondiente canal u operador de TV suscribirán un contrato para explotación (emisión) en un determinado territorio geográfico (y un número concreto de pases en un periodo preestablecido y contemplado en alguna de las cláusulas contractuales). El titular de la obra intentará explotar la misma de manera paralela en diversos territorios nacionales siguiendo el mismo esquema de distribución y explotación descrito, y acotando la misma a éstos, por lo que es imprescindible el establecer esas “barreras físicas y geográficas en la explotación descrita” para preservar la comercialización de dicho producto en las ventanas citadas en los respectivos territorios nacionales. De este modo, el titular del operador de televisión que adquiriera, vía contractual, unos derechos para la puesta a disposición de la obra a través de un canal y medio propio, intentará rentabilizar la inversión al máximo, por lo que terceros no podrán hacer uso de la señal generada por éste para realizar una retransmisión de tal contenido, salvo que medie autorización expresa de éste o de una Entidad de Gestión que lo represente, y que obviamente, recaude las correspondientes cantidades al operador retransmisor y liquide las cuantías por tal concepto con el adquirente del citado Derecho. De manera paralela, el productor, que es el titular originario de la obra, siempre que no haya cedido para su explotación conjunta a alguno de los operadores a los que haya cedido la explotación en ventana TV, podrá ceder o comercializar su obra a través de alguno o algunos portales web que permitan el acceso a la misma a través de un sistema de V.O.D. a cambio de contraprestación económica o que genere algún tipo de beneficio al mismo. Tenemos que tener en cuenta que una vez que se ponga una obra a disposición a través de cualquier portal web, se rompen de un plumazo los nichos de distribución preestablecidos por el titular (propietario) de la obra, por lo que de cara a rentabilizar la inversión llevada a cabo en la “construcción” que conlleva la creación y que es realizada por el productor (el empresario) es vital el respeto del carácter de exclusividad que se le da a cada una de las ventanas dispuestas al respecto. Con la suma de las cantidades pecuniarias obtenidas con la explotación de la obra en las diferentes ventanas y territorios geográficos expuestos, es con lo que el productor pretende hacer frente y rentabilizar la inversión realizada para que se pueda llevar a cabo el proyecto que supone tal creación cultural (amén de posibles subvenciones institucionales que se puedan obtener de manera adicional y que supongan una ayuda e incentiven la posibilidad de embarcarse en dicho proyecto).

llevada a cabo en internet dada la difusión instantánea y masiva que posibilita este medio. Por ello, se anunció la resolución del problema con este procedimiento de simple restablecimiento de legalidad, de supuesta tramitación sencilla y muy rápida, en el que el acortamiento de plazos permitiría una reacción de tutela administrativa inmediata, que, podría llevarse adelante y culminar al margen del ejercicio de acciones civiles y penales que podrían llevarse adelante sin mayores problemas en sus respectivos tiempos, en principio más lentos y afectados por la mayor complejidad de las cuestiones a examinar.

Pero nada más lejos de la realidad.

Su manejo práctico posterior no sólo ha confirmado los malos augurios sino que ha estado por encima de las previsiones más pesimistas. La realidad de su funcionamiento desde su aparición pronto confirmó la frustración de cualquier expectativa favorable. Las deficiencias en cuanto a la composición del órgano, por la falta de especialización, conocimiento de la materia e independencia de sus miembros; la ausencia de transparencia de su funcionamiento interno<sup>74</sup>; la absoluta carencia de mínimos medios materiales; las increíbles limitaciones técnicas y tecnológicas del procedimiento electrónico establecido para la instrumentalización de la denuncia-solicitud<sup>75</sup> y su tratamiento; así como las prácticas finalmente implantadas en el cotidiano proceder de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, han conducido a una situación de total inoperancia e inutilidad de la medida.

Si el principal motivo de su aparición fue la pretensión de establecer un mecanismo ágil de respuesta y reacción a vulneraciones actuales que permitiese en pocos días retirar contenidos o interrumpir la prestación de un servicio vulnerador, desde luego el

---

Adicionalmente, el productor, que al fin y al cabo es un empresario que está al frente de una mercantil especializada en un sector concreto que contribuye al PIB del propio país, liquidará las cantidades impositivas establecidas que son consecuencia de la propia comercialización del producto en los mercados citados. También, tal y como se ha citado con anterioridad, generará una serie de puestos de trabajo fijos o estables (dentro de la estructura empresarial propia de la que disponga la productora que le da soporte a sus “inversiones” y proyectos empresariales) y una serie de puestos de trabajo temporales en los periodos que comprenden el proyecto y la propia ejecución de la obra cultural objeto de inversión por parte del mismo.

<sup>74</sup> Hasta se ha constatado el temor de sus componentes a posibles represalias de internautas, lo que llevó a una ocultación inicial y por bastante tiempo de las identidades de quienes componían la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual.

<sup>75</sup> Como muestra baste tener en cuenta que el procedimiento electrónico sólo permitía la solicitud respecto de cinco obras por “denuncia” cuando la actividad de una página de enlaces o un alojador puede referirse a volúmenes que superan en el mejor de los casos las 3.000 obras.

absoluto fiasco de la medida es una realidad innegable. Como ya se ha dicho, la media de tiempo que ha transcurrido entre la solicitud y la incoación del expediente ha sido de más de 400 días, cuando la retirada de los contenidos ya no sirve para proteger nada, pues han perdido la novedad y actualidad que los hace atractivos, de modo que los perjuicios irrogados a sus titulares están consolidados. Y ello, además, se ha hecho sólo respecto de las obras que se citan en la solicitud inicial sin extensión a las demás obras y prestaciones que están siendo ofrecidas por el prestador infractor. De hecho, en muchos casos el expediente se archiva “por desaparición sobrevenida del objeto” en atención a que por el tiempo transcurrido entre la presentación de la solicitud y la incoación del expediente el contenido carece de interés<sup>76</sup>.

Entre las prácticas más censurables que se han atribuido a la Sección Segunda de la Comisión<sup>77</sup> se han destacado las de evitar actuar contra las páginas de enlace desviando los expedientes hacia los alojadores de los contenidos (cyberlockers); las de no acordar nunca la interrupción del servicio, de modo que ni el bloqueo ni el cierre de la página se producen por más que se compruebe una actividad principal y reiterada de vulneración, convirtiendo en inaplicable una previsión legal; y, las de evadir la obligación de resolver sobre el fondo eludiendo el deber de resolución expresa que pesa sobre los miembros de la Sección Segunda de la Comisión.

La actuación del resto de la Administración tampoco ha sido valorada como diligente en los casos detectados en la actividad de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual sobre incumplimiento de obligaciones de facilitación de datos por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información<sup>78</sup>.

Y tampoco este procedimiento singular de restauración o de restablecimiento de la legalidad ha generado en ningún caso comunicación alguna al Ministerio Fiscal o a los

---

<sup>76</sup> Piénsese, por ejemplo en relación con películas o capítulos de series de televisión, al prestador de servicios que vulnera estos contenidos, nada o poco le importa ya retirar algún contenido específico que ya es poco atractivo para sus usuarios por el tiempo transcurrido desde el estreno y por el que ya no recibe visitas pues el interés del público está especialmente dirigido a los estrenos cinematográficos.

<sup>77</sup> Vid. GONZÁLEZ CUETO, T, “La lucha administrativa contra la piratería en internet tras la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”, en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 49, enero 2015, Madrid, págs. 30 a 37; y TOURNÉ ALEGRE J. M. en “Protección de la propiedad intelectual: la “solución Sinde”, en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 49, Madrid, enero 2015, págs. 46 a 51.

<sup>78</sup> Como muestra el dato revelado por TOURNÉ ALEGRE, J. M. en “Protección de...”, *op.cit.*, pág. 40: en 70 casos la Sección 2ª de la CPI ha comunicado a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones (SETSI) el incumplimiento del artículo 10 a) de la LSSICE, pero sólo se han incoado 4 expedientes por infracción leve y no consta aún que se haya impuesto ninguna sanción.

órganos judiciales acerca del conocimiento de hechos delictivos cuando, como es patente y se ha justificado, hay una zona de indudable confluencia común con el substrato fáctico de la responsabilidad penal y dicho procedimiento se estableció y permanece (ex art. 158 ter.7 LPI tras la reforma por Ley 21/2014) sin perjuicio de las acciones penales que resultasen procedentes, simplemente para habilitar mecanismos ágiles de retirada de contenidos e interrupción del servicio, y conforme al art. 262 LECR existe un deber de denuncia de los órganos administrativos ante las autoridades competentes cuando tienen noticia de la existencia de un delito de persecución pública - y éstos lo son-.

Ninguna objeción podía plantearse a ello en la situación regulativa originaria desde la perspectiva del bis in ídem puesto que este procedimiento singular no se articuló un procedimiento administrativo sancionador sino un procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad y, en dicha medida, aparecía perfectamente compatible con el procedimiento penal que conduce a una condena de tal naturaleza. Ello explica que este procedimiento pudiera llevarse a término sin perjuicio de la responsabilidad penal (anterior art. 158 ter.4 LPI) y no tuviera necesariamente que paralizarse en caso de seguimiento de un procedimiento penal por los mismos hechos cuando la propia Sección Segunda los denunciase a la jurisdicción penal por entender concurrentes indicios de delito (art. 13.4 del Real Decreto 1889/2011).

Sin embargo, resulta llamativa la elusión del problema por la vía de facto que los responsables de la actuación administrativa han concretado en su actuación práctica. Que en cuatro años no se haya advertido presencia de elemento alguno de responsabilidad penal en los hechos que han llegado a su conocimiento no puede sino valorarse como, o bien desconocimiento, o bien supuesta estrategia; y en ambos casos sería negativo, pues ni la falta de formación o pericia ni la ausencia del cumplimiento del deber de denuncia son maneras de proceder que resulten admisibles en un órgano que se ha constituido para servir de pieza instrumental del sistema global de salvaguarda y protección de los derechos e intereses individuales y colectivos que están involucrados en esta clase de vulneraciones.

#### **I.4.- NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL.**

La primera cuestión que ha de plantearse y responderse cuando se suscita cualquier aproximación a la persecución penal de un fenómeno es si realmente es necesaria la intervención penal.

El Derecho Penal es un derecho subsidiario, fragmentario y basado en el principio de intervención mínima. En dicha medida, debe entrar en juego cuando las acciones civiles y administrativas se revelen ineficaces, de modo que si con éstas pueden hacerse frente, en la misma medida y con igual eficacia, a un fenómeno, éste no requeriría de la intervención penal.

No cabe duda que el criterio del legislador es claro. Si como afirma la Circular FGE núm. 1/2006 en relación con los delitos relativos a la propiedad industrial, *“El principio de intervención mínima del derecho penal es un factor de selección para el legislador, pero no para el intérprete”*<sup>79</sup>, la cuestión no suscitaría dudas.

Sin embargo, la realidad acredita que muchas resoluciones judiciales en materia de delitos relativos a la propiedad intelectual mencionan o apelan a dicho principio para ubicar extramuros de la persecución penal conductas aparentemente contempladas en los tipos penales. De hecho, la propia Circular FGE 1/2006 afirma, en referencia a los delitos relativos a la propiedad intelectual<sup>80</sup>, que *“la expansión continua del derecho penal en esta materia, criminalizando todo comportamiento que infrinja formalmente los derechos de autor, así como a un amplio sector de la sociedad que utiliza los avances tecnológicos para acceder a las obras protegidas...es contraria al principio de intervención mínima, que rige en derecho penal”*.

Ello obliga a preguntarse por la necesidad de la intervención penal en el concreto campo de la protección de la propiedad intelectual.

Responder certeramente a esta cuestión obliga, a mi juicio, a analizar las coordenadas en las que se manifiesta la vulneración de los derechos de propiedad intelectual en

---

<sup>79</sup> En la pág. 53 del texto original, que puede hallarse y consultarse en PDF en la página web del Ministerio Fiscal español ([www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)).

<sup>80</sup> En la pág. 34 de su texto original.

nuestros días, o, empleando el término más ordinariamente utilizado para referirse a ello, las características y magnitud con las que se presenta actualmente la “piratería”<sup>81</sup>.

Las claves en las que se manifiesta y el escenario actual en que se desenvuelve este fenómeno son cuestiones que pueden ser abordadas desde distintas perspectivas, pero para centrar el análisis parece oportuno distinguir, sobre todo porque cada modalidad se presenta con coordenadas propias, entre lo que viene denominándose “piratería física”, entendiendo por tal la tradicional reproducción y distribución ilícita de soportes físicos o tangibles en los que se incorporan obras o prestaciones protegidas (normalmente copias físicas de libros, contenidos audiovisuales, composiciones musicales, videojuegos, o programas de ordenador); y la “piratería on line, digital o cibernética”, considerando como tal la descarga, distribución o puesta a disposición ilícitas en internet de copias no autorizadas de obras, tales como libros, películas, composiciones musicales, videojuegos y programas informáticos que se puede llevar a cabo mediante redes de intercambio de archivos; sitios web de descarga directa o streaming, foros en internet o redes sociales, o incluso utilizando servidores ilícitos y ordenadores pirateados<sup>82</sup>. Ello, sin desconocer, por un lado, que existen modalidades mixtas en las que internet es meramente utilizado como un gran escaparate o ventana para la comercialización, oferta y distribución masiva de copias de obras intelectuales protegidas que están plasmadas en soportes físicos; y, por otro, que en lo que aquí llamamos piratería digital hay actividades que necesariamente se realizan “físicamente”,

---

<sup>81</sup> Cuando se habla de "piratería" en este marco, según la Unesco, se hace referencia la "actividad de reproducción y distribución de copias de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual sin la autorización de los propietarios legítimos, cuando dicha autorización resulte necesaria legalmente, así como su transmisión al público o su puesta a disposición en internet". La idoneidad de este término ha sido cuestionada desde diversos planos, especialmente por evocar ciertas connotaciones románticas y aventureras sobre una actividad que se asimila más desde el prisma de los titulares de los derechos al robo o depredación de obras y prestaciones protegidas. Se utilizará a lo largo de esta tesis, sin embargo, porque constituye un uso social mayoritario, porque -como hemos visto- se emplea en el Acuerdo sobre los ADPIC precisamente en el artículo dedicado a los procedimientos y sanciones penales (art. 61) y en la Nota del Acuerdo al art. 51 que hace referencia a las “mercancías pirata”; y porque el propio Diccionario de la Real Academia Española (<http://lema.rae.es/drae/?val=pirateria>) desde su 22ª edición establece como tercera acepción la de “Robo o destrucción de los bienes de alguien”, lo que desde la perspectiva de los creadores y las industrias culturales no desmerece la carga peyorativa que debe acompañar al término.

<sup>82</sup> Siguiendo aquí en lo esencial el concepto que a la misma atribuye el Observatorio mundial de lucha contra la piratería de la UNESCO que puede consultarse en [http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL\\_ID=39412&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=39412&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html).



dependiendo del nivel y las funciones diversificadas que desarrollan las personas que integran los grupos organizados que se dedican a ello<sup>83</sup>.

Tal distinción, sin embargo, no puede dejar de lado la importante observación de que en ambas modalidades se verifican unos denominadores comunes: la existencia de una situación de patente fragilidad y vulnerabilidad de los derechos de propiedad intelectual que ha venido fuertemente propiciada por la aplicación de continuos avances tecnológicos que han convertido en más fácil y menos costosa la actividad infractora; y la constatación de que las múltiples formas y la extraordinaria facilidad de comisión, con costes irrisorios, de las conductas vulneradoras y la rápida obtención de sustanciosas ganancias, han atraído el interés de no pocos perseguidores del lucro fácil. Ello, unido a una fuerte demanda por parte de la ciudadanía de productos culturales y de entretenimiento, ha desembocado en un fenómeno de masiva vulneración de los derechos de propiedad intelectual, lo que es calificado frecuentemente como una ingente ola de piratería.

A partir de esta realidad procede efectuar una aproximación -si quiera breve- a las características y alcance de las coordenadas en las que se manifiesta la piratería en ambas parcelas con objeto de poder adoptar criterio.

#### **I.4.1.- La piratería física.**

En lo que respecta a la piratería física (en la que, en definitiva, los productos se materializan en soportes físicos), cabe efectuar dos principales constataciones: la utilización de modos industrializados en las conductas infractoras y la instalación de delincuencia organizada transnacional en esta actividad.

En efecto, la utilización de modos industrializados en la generación, fabricación y distribución de productos falsificados ha venido generado una enorme productividad delictiva en este campo, inundando el mercado con una inmensa cantidad de copias ilícitas de obras y prestaciones intelectuales<sup>84</sup>. La instalación de la delincuencia

---

<sup>83</sup> E incluso la diferenciación puede ser considerada en cierto modo artificial en la medida en que la mezcla de ambas no es algo inusual ni ambas parcelas de la actividad infractora aparecen desconectadas, puesto que el origen puede ser común, por ejemplo, en el modo de consecución de obra.

<sup>84</sup> Probablemente la visualización ciudadana del fenómeno se reduce a la contemplación de la más próxima de sus manifestaciones: la venta callejera, en mercadillos o a través de vendedores ambulantes.

organizada transnacional en amplios sectores de esta actividad infractora ha incidido significativamente en un mayor impacto del fenómeno. Se ha constatado que tanto organizaciones delincuenciales con presencia asentada en la criminalidad mafiosa como nuevos grupos criminales que trabajan e “invierten” en varias áreas del crimen organizado, especialmente motivados por los pingües beneficios que producen este tipo de actividades, se han establecido en esta clase de ilícitos y han desviado una considerable parte de sus esfuerzos a este nuevo campo que ha llegado a ser tan o más productivo que el propio contrabando, el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, la trata de blancas o el tráfico de inmigrantes y trabajadores.

Nos encontramos ante verdaderos tráfico transnacionales de bienes que atentan contra la propiedad intelectual: producción ilícita de mercancías falsificadas, transporte desde las zonas de producción hacia las de consumo a través de redes organizadas, venta de existencias ilegales y reciclaje de las ganancias mediante blanqueo o lavado de activos. Se articulan entramados empresariales ficticios a distintos niveles y en diferentes países que sirven de cobertura a la actividad ilícita, la circulación de los productos y los flujos de dinero que se originan en su derredor; se diseñan operativas de evasión de controles aduaneros y se ejecutan artificios documentales falsarios de fraude fiscal. La propiedad intelectual (e industrial, cabría añadir) se ha convertido así en un campo abonado a la “inversión criminal” que, dentro de la diversificación de actividades delincuenciales, proporciona grandes ganancias con poco coste económico y en términos de una magnífica relación entre lucro y respuesta represiva de las fuerzas policiales y la Administración de Justicia<sup>85</sup>, de modo que los beneficios obtenidos incluso permiten enjugar las pérdidas que en otros campos de la actividad ilícita provoca la acción

---

Pero a ello preceden actividades de grupos organizados con funciones diversificadas y especializadas dedicadas a la obtención de copias no autorizadas que son utilizadas con posterioridad para ser copiadas para su puesta a disposición y distribución masiva e incontrolada. En el entorno físico participan en la actividad los conseguidores, los duplicadores, los almacenadores-distribuidores de primer nivel, y los vendedores finales (incluyendo en esta tipología a los vendedores callejeros en puestos de mercadillos o vendedores ambulantes, y vendedores que realizan dichas ventas en establecimientos comerciales abiertos al público). Las obras son identificadas por los usuarios por la fotocopia de la carátula que identifica a la misma (que también forma parte de la Propiedad Intelectual inherente a la obra a la que va asociada), por lo que la obtención de la misma tiene tanto interés para el defraudador como la propia copia del soporte facilitado al potencial cliente. Por ello proceden a adquirir torres multirregadoras (“politostadoras”) y fotocopiadoras industriales, teniendo que procurarse adicionalmente de soportes vírgenes, papel, fundas plásticas y tóner para poder completar la actividad que mantienen.

<sup>85</sup> La referencia a la respuesta represiva no se hace aquí en coordenadas de una teórica levedad de penas señaladas en abstracto, sino de acciones y sanciones efectivamente impuestas. El prisma no es de contemplación del elemento normativo, sino de su efectiva aplicación por quienes tienen dicha responsabilidad.

policial. Ello ha permitido que incluso se utilice como medio para financiar otras actividades criminales tradicionales que son visualizadas socialmente como de mayor impacto en la calidad de vida de los ciudadanos y menos tolerables desde la perspectiva de la sociedad y el común de los ciudadanos.

La conexión e incluso la financiación respecto de actividades de gran significación para la comunidad como el entrenamiento, los desplazamientos y las acciones de elementos terroristas o la adquisición y tráfico de armas ha sido evidenciada en la persecución efectuada contra dicho tipo de actividades por grupos policiales contra delincuencia especializada y violenta<sup>86</sup>.

La instalación de la delincuencia organizada, por demás, se ha constituido en un vector de crecimiento de delincuencia anexa y conexas de carácter pluriofensivo. Las luchas por el territorio que caracterizan su asentamiento y la acción de acaparamiento de “mercados” vienen generando homicidios, lesiones, secuestros, tenencia de armas, estos, delitos contra bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad, que afianzan la conclusión que, cuando se pretende la lucha contra la piratería física, se acaba enfrentando una actividad delincencial pluriofensiva.

Sea o no visualizado por la ciudadanía e incluso por el común de los profesionales que sirven la acción estatal en materia de intervención penal (principalmente Jueces, Fiscales, y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado), lo cierto es que ello es evidente para los grupos policiales especializados a raíz de las operaciones

---

<sup>86</sup> No obstante, la divulgación al público de esta constatación deja mucho que desear, pese a existir estudios de reconocidos investigadores del fenómeno. *Vid. passim*. PHILIPS, T., *Knockoff: The Deadly Trade in Counterfeit Goods: The True Story of the World's Fastest Growing Crime Wave*, mayo, 2007. En esta obra, sin ir más lejos, se revela, la relación entre el IRA y la piratería. En 1995, Disney lanzó el vídeo de su clásico El Rey León, del que se obtuvieron un millón de copias ilegales. La propia compañía descubrió que el suministrador principal de esas copias era el IRA. Posteriormente, la policía encontró que los grupos paramilitares asociados de Irlanda del Norte obtenían una parte principal de sus ingresos de copias ilegales de música, software y películas. La relación entre organizaciones terroristas y el negocio de las falsificaciones arranca a finales del pasado siglo y en la actualidad se ha consolidado. Las evidencias de financiación con este tipo de actividades son patentes respecto de muchas de estas organizaciones y sus atentados, entre ellas, IRA, FARC, Al Qaeda (donde destacan nombres propios como Mojtár Belmojtár, terrorista con un sangriento historial que fundó el Grupo Salafista para la Predicación y el Combate, que derivaría más tarde en Al Qaeda en el Magreb), Hezbolá, grupos separatistas, la organización del clérigo ciego Sheik Omar Abdel Rahman (sentenciado a 240 años de prisión por terrorismo), el atentado de las Torres Gemelas del 11-S de 2001 y hasta la matanza de Atocha del 11-M en 2004 (financiada en parte con la venta de CDs falsos).

que desarrollan en la lucha contra este fenómeno<sup>87</sup> e incluso es cuestión que ha sido destacada en documentos internacionales.

La cada vez más intensa vinculación entre delincuencia organizada y el fenómeno de la piratería ha sido reconocida y enfatizada en el ámbito europeo tanto en el *Libro Verde relativo a la lucha contra la usurpación de marca y la piratería en el mercado interior* –presentado por la Comisión Europea el 15 de octubre de 1998- como en la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual* –presentada por la Comisión el 30 de enero de 2003 con el objetivo de armonizar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual y de garantizar que dichos derechos disfruten de un nivel de protección equivalente en el mercado interior-. Esta Propuesta de Directiva subrayaba en su Exposición de Motivos cómo “la lucha contra este fenómeno tiene una importancia trascendental para la Comunidad” y calificaba las actividades infractoras de la propiedad intelectual como “una verdadera amenaza para el orden público”, por cuanto “se ha demostrado que...se corresponden en cierta medida a la delincuencia organizada, que encuentra en estas actividades un medio poco arriesgado de reciclar y blanquear fondos procedentes de otros tráfico ilícitos (armas, drogas...)”. Asimismo, tras reflejar que “se han convertido en actividades casi industriales”, destaca cómo de hecho “ofrecen a los infractores perspectivas de notable provecho económico sin excesivo riesgo...”, y constata que “parecen incluso haberse convertido en actividades más atractivas que el tráfico ilícito de drogas porque pueden obtenerse elevadas ganancias potenciales sin riesgo de sanciones jurídicas importantes. Por ello estas actividades, practicadas a escala

---

<sup>87</sup> Baste ahora remitirse a operaciones de la Sección de Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial de la Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta de la Comisaría General de Policía Judicial del Cuerpo Nacional de Policía, como “Prima” (en la que se constató la existencia de un entramado organizativo de varias capas que operaba con flujos de mercancías y de dinero que operaba en tres continentes (Asia, Europa y América) y que, con modos industrializados y teniendo como actividad principal la vulneración de derechos intangibles, conllevaba asimismo delitos anejos de distinta significación e incluso conexión con actividades terroristas. En la misma fueron efectuadas 65 detenciones sobre personas insertas en el esquema de la organización delictiva. En la operación Talgo se detuvo a un total de 32 personas en toda España e intervinieron 300.000 CDs de películas (algunas ni siquiera estrenadas en España) y contenidos musicales ya grabados y 460.000 soportes vírgenes; la organización disponía de grabadoras que trabajaban las 24 horas del día y tenían una capacidad de producción de aproximadamente 150.000 copias diarias. El valor de los efectos intervenidos superó los dos millones de euros.

comercial, resultan ser un vector y un apoyo para la delincuencia, incluido el terrorismo.”

La instalación de la delincuencia organizada transnacional es reconocida igualmente, en el párrafo 9 de su Preámbulo, por la *Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, de 29 de abril de 2004*, que vio la luz como resultado de la referida Propuesta. Igualmente, como ya se ha mencionado, se hizo lo propio enfatizando que “este fenómeno cada vez se muestra más vinculado a la delincuencia organizada” en la justificación de la COM (2005) 276 final-, que contenía una *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual*, y una *Propuesta de Decisión Marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la Propiedad Intelectual*.

Y más recientemente -como también se ha destacado supra- ha vuelto a ser manifestada como factor de honda preocupación en la COM/2014/0392: “*Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE*”, en la que se subraya la estrecha relación con la delincuencia organizada que presenta un ingente porcentaje de los productos que vulneran la protección intelectual.

El propio legislador español tomó conciencia hace tiempo de la vinculación del fenómeno de la piratería con la delincuencia organizada, como lo demuestran las dos importantes previsiones novedosas que ya hace más de una década incorporó la Ley Orgánica 15/2003: el establecimiento de un subtipo agravado tanto en el art. 271 como en el art. 276, ambos del Código Penal, con base en la pertenencia del culpable “a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual” o “industrial”; y la inclusión en la lista de infracciones penales del art. 282 bis de la LECR de “los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal”.

Particularmente, es preciso destacar que el art. 282 bis LECR, dedicado a la regulación de la técnica especial del agente infiltrado, contemplaba por entonces y hasta la propia

Ley Orgánica 15/2003 -que introdujo el art. 570 bis CP<sup>88</sup>-, la única definición que se efectuaba en nuestra legislación del concepto de “delincuencia organizada” como asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que explicita en una lista cerrada. Con plena vigencia desde el 27 de noviembre de 2003 -fecha de entrada en vigor de las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que contempla la L.O. 15/2003-, entre las posibles conductas que la integran -y en las que cabe la utilización del agente encubierto- se encuentran los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.

Con ello, el legislador español ofreció ya apoyos para despejar las dudas sobre las posibilidades de uso en estos delitos de los mecanismos propios de lucha contra delincuencia organizada.

El asentamiento de la criminalidad organizada en este tipo de actividades fue igualmente reconocido en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 en referencia a la venta a pequeña escala de copias fraudulentas amparadas por derechos de propiedad intelectual -e industrial-, el denominado “top manta”, con ocasión de aludir al nuevo tratamiento introducido para los autores de este tipo de conductas en el entonces nuevo párrafo segundo del art. 270.1 CP, significando cómo los mismos frecuentemente son utilizados y explotados por organizaciones criminales. Y ciertamente en un buen número de ocasiones se somete a muchas personas de la cadena de producción y distribución ilícita a condiciones de trabajo y vida infrahumanas e indignas, aprovechando las particulares facilidades de explotación que se producen en el marco de la inmigración ilegal y propiciando una mayor extensión del tráfico ilícito de seres humanos y las redes de inmigración clandestina, así como la dedicación de quienes lo padecen a actividades ilícitas en lugar de consolidar su integración en el mercado laboral legítimo.

La implicación de la delincuencia organizada, en cuanto transnacional, demanda que a la acción nacional se sume la acción internacional, posibilitando la utilización de instrumentos, mecanismos y medidas estructurales que han sido ideados en el marco de

---

<sup>88</sup> Que, recordemos, dispone en el in fine de su numeral 1, lo siguiente: “A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

la cooperación judicial internacional como elementos de intervención frente a la delincuencia transfronteriza<sup>89</sup>.

Por las razones profusamente expuestas, si se quiere disponer de una adecuada batería de instrumentos de lucha contra las mafias y grupos organizados que están en la raíz y la extensión del fenómeno de la piratería es necesario asegurar que en el concreto ámbito de las infracciones relativas a la propiedad intelectual, sea posible el empleo de las vías e instrumentos que permite la lucha contra la delincuencia organizada o grave transnacional gestadas en el ámbito del otrora Tercer Pilar, potenciando la aplicación de las previsiones de todo cuanto en desarrollo del espacio judicial europeo se ha venido haciendo, especialmente a partir del impulso de los Consejos de Viena y Tampere.

Pues bien, en este marco, de enfrentamiento a una actividad que ya en muchos casos presenta las cualidades de industrializada, organizada, transnacional y pluriofensiva, no resulta posible una acción mínimamente eficaz con el empleo de meras acciones civiles, mercantiles y/o administrativas.

La explosión del fenómeno con estos nuevos parámetros ha provocado que la utilización de la vía civil o administrativa sea manifiestamente insuficiente para establecer una adecuada defensa de estos derechos. La acción de tutela necesita de técnicas especiales de investigación y seguimiento policial, intervenciones e interceptación de telecomunicaciones, entradas y registros, mandamientos judiciales sobre cuentas y operaciones bancarias y financieras, en un entorno de cooperación policial y judicial internacional. La vía penal es la única que presenta posibilidades de un cierto éxito como ocurre siempre que el sistema se enfrenta a una actividad propia de delincuencia organizada.

Es evidente que, dadas las coordenadas y complejidad con la que se presenta este escenario, sólo la acción penal ofrece posibilidades de acometerlo con cierto éxito en la medida en que se revela imprescindible el uso de las técnicas e instrumentos de investigación y reacción específicamente ideados e incorporados al ordenamiento

---

<sup>89</sup> Un mayor detalle sobre las razones y alcance de esta afirmación puede hallarse en TIRADO ESTRADA, J.J., “Reformas y propuestas de futuro en materia de delitos relativos a la Propiedad Intelectual”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Volumen IV; Madrid, 2003, págs. 849 a 868; más concretamente tanto en los capítulos “I. Perfeccionamiento del marco normativo interno: sugerencias de reforma”, como “II.- La necesaria acción internacional. Posibilidades de uso de instrumentos y medidas estructurales de la cooperación judicial internacional”.

jurídico nacional e internacional para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Ésta, además, se erige en un problema común al que no cabe enfrentar soluciones nacionales, de modo que resulta absolutamente necesario abordar el fenómeno con cooperación policial y judicial a nivel internacional.

#### **I.4.2.- La piratería digital.**

En lo que atañe a la piratería digital y en el entorno internet, los constantes avances tecnológicos en la era digital y las facilidades que presenta la red global de comunicaciones para la distribución instantánea y mundial de los productos pirateados ha generado igualmente un incremento considerable del impacto de las vulneraciones a los derechos de propiedad intelectual.

También aquí las posibilidades de obtención de un lucro fácil y a costes irrisorios con base en la puesta a disposición de contenidos intelectuales protegidos ajenos -creados, generados y sufragados por sus legítimos titulares en ocasiones con un gran sacrificio económico-, han atraído la atención de perseguidores de la ganancia sin esfuerzo.

Los principales contenidos intelectuales objeto de piratería digital son obras audiovisuales, musicales, videojuegos, programas de ordenador, revistas, periódicos y libros digitales. Los contenidos más atractivos en el momento presente probablemente lo constituyen las obras audiovisuales (películas, series, documentales) cuyas copias fraudulentas son obtenidas a través de diversos mecanismos (telecinado, screening en sala o DVD original o a copia máster conseguida de manera fraudulenta), y son puestas a disposición del público o usuarios de internet mediante subida de archivos a los megaservidores o cyberlockers para su redistribución, vía Redes ED2K o Torrent (sistemas P2P), portales o espacios web (mediante streaming o descarga).

Los grandes beneficiados finales de la actividad infractora son los cyberlockers o megaservidores, tal y como se evidenció, por ejemplo, en el caso Megaupload (mundo Megavideo), pero hay toda una serie de actores intervinientes que acaban siendo imprescindibles para que la defraudación final se produzca. En los e-mails intervenidos en la investigación llevada a cabo por el FBI, alguno de los responsables de Megaupload indican -de una manera que cabría calificar de muy gráfica para dar una



buen idea de su papel- que son “el barco en el que navegan los piratas”. El altísimo nivel de vida de éstos gracias a la actividad fraudulenta apoyada y mantenida por los administradores de Megaworld que ha sido comprobado en este caso da cuenta de las extraordinarias cotas de ganancias que reportan este tipo de actividades<sup>90</sup>.

Por lo general, los administradores de los principales cyberlockers mundiales, comisionan a los subidores de material fraudulento (especialmente audiovisual, que en la actualidad es el que mayor demanda sigue recibiendo) en función del número de descargas o visionados que sufran los archivos de las obras que éstos suban, entrando en acción la figura del subidor o uploader, que obtiene beneficios en función de las descargas o accesos para visionado en streaming de las obras que haya subido. El negocio del megaservidor (cyberlocker) se centra en generar tráfico para obtener mayores ingresos por la explotación de la publicidad que figura en su sitio web, y en el momento que universaliza el uso y genera una alta demanda de los contenidos que pone a disposición, suele proceder a ralentizar la velocidad de la descarga para comenzar a rentabilizar su segunda línea de negocio e ingresos, las denominadas cuentas Premium. Para provocar mucho tráfico y demanda, intentará ofertar contenidos que despierten un elevado interés en los usuarios, por su novedad y calidad, pero no asume costes por inversión en la adquisición legal de los mismos, sino que monta su actividad sobre la base de comisionar a “conseguidores”, que obtienen copias de dichas obras de manera fraudulenta y las suben para su posterior redistribución a través de estos sitios. A cambio éstos reciben en un primer escalón las citadas comisiones por descarga o acceso recibido, pero, para que éstas se produzcan, se necesita, asimismo, que entren en funcionamiento otros actores de este negocio ilícito, que a veces confluyen en la misma persona que ha realizado dicha subida de material, esto es, quienes obtienen la copia, quienes comprimen la grabación antes de ser subida al cyberlocker, y sobre todo, quienes enlazan desde diversas webs de enlaces al archivo subido por el uploader. Estas páginas de enlaces, se convierten en los “escaparates” a través de los que el público puede acceder a la obra colgada en el paraguas que permite el acceso final a la obra,

---

<sup>90</sup> Así se ha hecho patente en la investigación llevada a cabo por el FBI en el caso Megaupload, que afectó al imperio Megavideo que forjó el alemán Kim Schimtz conocido como Kim Dot Com, quien facturó 175 millones de dólares (126 millones de euros) durante sus 7 años de actividad, según la investigación emprendida por la agencia norteamericana que terminó con la clausura de Megaupload en 2012. Su altísimo nivel vida en Nueva Zelanda, donde le fueron confiscados una casa de 24 millones de dólares, un jet privado, 15 vehículos de alta gama (entre ellos un Rolls-Royce) y 8 millones de dólares, ejemplifica cómo el aprovechamiento parasitario de la propiedad intelectual ajena constituye un negocio que brinda enormes ganancias.

pero en la práctica totalidad de las mismas, hay una íntima relación entre los quienes obtienen fraudulentamente el material, quienes los suben a la red y quienes administran las webs que hacen la puesta a disposición de los contenidos citados<sup>91</sup>. Todos los que participan en los diferentes escalones de la dinámica comisiva obtienen su parte del “pastel”<sup>92</sup>.

No puede extrañar que a comienzos de 2012, mientras en España se encontraba sumida en la crisis económica y muchos negocios se hundían, los entonces responsables del mayor portal de enlaces a copias fraudulentas de contenidos audiovisuales que existía en nuestro país (seriesyonkis y peliculasyonkis.com), vendieran su parte en el “negocio” por 10 millones de euros. Dicha web se encontraba en el “top20” de las páginas más vistas de España y era la primera entre las de temática de enlaces a contenido audiovisual. En las Diligencias Previas núm. 4627/2009, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia, seguidas contra los responsables de estas páginas, se ha constatado, a partir de los informes del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil que la mayor parte de los enlaces redirigían a los alojadores “megavideo.com” y “megaupload.com”, con gran capacidad de almacenaje.

La actividad no es ajena al manejo por grupos delincuenciales organizados que operan incluso de manera transnacional, y en los que se dan las notas de permanencia, estructura, jerarquía y distribución de tareas, así como finalidad delictiva que caracterizan a una organización delictiva, satisfaciendo los requisitos de las agrupaciones que constituyen

---

<sup>91</sup> Las investigaciones policiales acreditan la frecuencia de casos en los que una misma persona, dentro de un grupo de individuos que realizan su misma actividad, relacionados entre sí de forma concertada y coordinada y bajo las instrucciones de un ejerciente de mando común, compatibiliza su actividad de seguidor de materiales con la de subidor de los mismos a varios alojadores de contenidos, e incluso ejerce de webmaster o administrador de algunas páginas de enlaces. Así se constató, por ejemplo, en la acción policial que originaron las Diligencias Previas núm. 2289/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante, respecto de individuos que compatibilizaban la consecución de materiales protegidos y sus audios con la subida y la administración de webs de enlaces, bajo el mando de un jefe que dirigía sus acciones y seleccionaba los contenidos a subir y enlazar; o las Diligencias Previas núm. 6729/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valladolid, luego Procedimiento Abreviado núm. 206/2010 (seguido por delitos continuados de los arts. 270.1 y 271 b) así como del art. 286 CP), en el que resultó condenado, por sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid de fecha 25 de marzo de 2015, un internauta de Valladolid que utilizaba el nick-name “Tiplorita”, y en el que confluían las actividades citadas, percibiendo adicionalmente las comisiones de los impactos de publicidad generados por las visitas de usuarios que pretendían acceder a los contenidos puestos a disposición a través de las webs que éste administraba y que previamente habían sido subidos a estos megaservidores por él mismo.

<sup>92</sup> Los usuarios, entretanto, en el mayor número de los casos carecen de una adecuada percepción acerca de cómo contribuyen y en qué medida al enriquecimiento injusto de estos grupos de individuos responsables de la infracción. La falsa apariencia de libre disposición de contenidos atractivos y sin coste les hace participar sin conciencia del grave daño que la actividad genera.

“organización criminal” conforme al vigente art. 570 bis.1 in fine de nuestro Código Penal.

Así se ha podido constatar, por ejemplo, en el caso “Youkioske”, seguido en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, que incoó las Diligencias Previas núm. 181/2011, en las que se abrió juicio oral por delitos contra la propiedad intelectual de los arts. 270 y 271, a) b) y c) CP, y de constitución e integración en organización criminal del art. 570 bis y 570 ter CP; y en el que finalmente, mediante Sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se produjo la condena de dos ciudadanos españoles que actuaban, asumiendo el “rol de dirección”, en connivencia con otros cinco nacionales ucranianos que “se encargaban de subir los contenidos necesarios para la explotación de la página”, albergando los contenidos identificados con algoritmos en un servidor, como responsables de un delito agravado contra la propiedad intelectual de los arts. 270 y 271, b) CP, y de un delito de promoción y constitución de una organización criminal del art. 570 bis.1 CP<sup>93</sup>. En esta Sentencia, el órgano judicial señala que se dan todos los requisitos de organización criminal: agrupación formada por más de dos personas, permanencia con carácter estable o por tiempo indefinido, estructura que de manera concertada y coordinada se reparten varias tareas o funciones, y finalidad criminal. En los hechos probados de la Sentencia se recoge que la página web ([www.youkioske.com](http://www.youkioske.com)) fue creada el 15 de septiembre de 2008 y mediante ella se ofrecía la posibilidad de leer on line las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedente de los usuarios, si bien los acusados y sus colaboradores se lucraban a través de la publicidad existente en dicha página. Las publicaciones se hallaban alojadas en servidores virtuales como [isuu.com](http://isuu.com) (Virginia-EEUU), [Youpublisher](http://Youpublisher.com) (California-EEUU) o [calameo.com](http://calameo.com) (Paris) y eran reproducidas tras seleccionadas en [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com) a través de un menú en el que se podía escoger la revista, periódico o libro, y una vez visualizado desplazarse por sus páginas, ampliar o reducir textos o imágenes y en general acceder a la obra sin ninguna restricción. La página se encontraba alojada en un servidor de la empresa Blitware Technology INC, Victoria (CANADA), cuyo dominio fue registrado a nombre de la

---

<sup>93</sup> El auto de apertura del juicio oral ya justificaba tal calificación con base en las “características de la actividad investigada, desarrollada al menos por los tres investigados, en colaboración con otras personas situadas fuera de España y aún no identificadas, con reparto de tareas entre ellos, actuación prolongada o indefinida en el tiempo, jerarquía y control interno, actividad internacional, uso de estructuras comerciales o empresariales, búsqueda y reparto de beneficios entre los investigados, y utilización de tecnología avanzada para facilitar la comisión de los hechos”.

sociedad MILPORMIL LIMITED domiciliada en Belize (la suit 102, Group Floor, Blake Building, Corner of Eyre and Hutson Street, Belize City), de la que eran directores los condenados. Más adelante, los dos condenados y un tercer individuo que resultó absuelto constituyeron la mercantil NETWORKS BABILONTEC, S.L. para facturar a través de ella la publicidad insertada en [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com) a través de banners y videos “pre roll” que contenían un anuncio publicitario que mediante un reproductor flash ocupaba la pantalla antes de la visualización de la publicación elegida. La actividad de esta organización se desarrollaba de forma diaria, con disposición de las publicaciones a primera hora de la mañana en la web [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com), afectando a publicaciones nacionales, europeas y americanas, de todo tipo de temática, prensa, magazines, revistas de ciencia, motor, etc. La Sentencia afirma todo lo anterior y que los dos condenados gestionaban la página y decidían las publicaciones que se subían a los contenedores virtuales. Por su parte los ciudadanos ucranianos eran los encargados de realizar las copias y subir las publicaciones a dichos contenedores, organizando turnos de cinco personas los días laborables y al menos dos personas los fines de semana, siguiendo siempre las instrucciones que recibían sobre las publicaciones a incorporar a la página y la forma y momento de hacerlo. El número de publicaciones a las que se podía acceder a través de [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com) superaba los 17.000 ejemplares, existiendo además de publicaciones españolas, otras alemanas, italianas, francesas, inglesas, portuguesas, rusas y holandesas. Para acceder a ellas se articuló un menú en el que se distinguía entre prensa, magazines, clasificando a su vez estas entre diversas categorías como revistas femeninas, masculinas, de motor, deportivas, caza y pesca, golf, fitness, acuáticos, nieve, ciencia, salud, ocio, viajes, economía, historia, música, adultos, etc. Por su parte los libros se dividían en cocina, bienestar, autores, manualidades, idiomas, etc. También estaban a disposición de los usuarios comics de distintos tipos y en general cualquier tipo de publicación. Como cantidad procedente de la actividad ilícita ingresada en las cuentas corrientes controladas por los líderes de la organización la Sentencia señala que asciende a 196.280,71 €.

Con el fin de dismantelar por completo el grupo criminal, así como determinar la responsabilidad de los servidores virtuales, según la legislación en materia de propiedad intelectual vigente en sus respectivos países, se precisó de medidas afectantes a derechos fundamentales, tales como interceptación de comunicaciones, así como de cooperación policial y judicial internacional.

Este caso es un buen ejemplo de lo que ocurre frecuentemente en este tipo de actividades. En la generalidad de las ocasiones, el modus operandi de los responsables de todo este tipo de hechos y páginas webs aprovecha la anonimización que permite internet, cuyos dominios pueden residenciarse a nombres ficticios y empleando una maraña de servidores y fórmulas de ocultación en países de regulación laxa (auténticos paraísos digitales), se ubican fuera de la acción puramente nacional, lo que obliga al imprescindible empleo de los instrumentos de cooperación policial y judicial en materia criminal.

La clave frecuentemente está en dónde va a parar el dinero que se abona u obtiene por los diferentes medios por los que los responsables de este tipo de webs obtienen su beneficio<sup>94</sup>.

Principal -aunque no exclusivamente- los mecanismos de obtención del lucro o beneficio<sup>95</sup> son los siguientes:

- La utilización de Banners (imagen publicitaria inserta en la propia página web), pop-ups y pop-under, (publicidad que se visualiza a través de ventanas emergentes), concertadas por el webmaster que generan de igual forma un beneficio económico por la exhibición de dicha publicidad en las diferentes páginas web.
- La publicidad y enlaces a tiendas on line, casinos virtuales, así como a páginas para adultos de contenido pornográfico, permitiendo acceder a los usuarios de forma directa a aquéllas desde las páginas web correspondiente, lo que proporciona una comisión por la utilización de cada usuario desde éstas.
- La cesión de las cuentas de correo electrónicos de sus usuarios (a partir de la exigencia de registro previo para el acceso con aportación de una cuenta de correo electrónico, pudiendo ser el resto de los datos aportados por los

---

<sup>94</sup> La técnica “follow the money”. De ahí lo acertado del moderno enfoque que propone la Unión Europea “que «sigue la pista al dinero» y busca privar a los infractores que actúan a escala comercial de los flujos de ingresos que les incitan a dedicarse a tales actividades”, en su COM/2014/0392: Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE.

<sup>95</sup> Muchas de estas fórmulas de obtención de ingresos pueden confluir en el mismo casos, como ocurrió, por ejemplo, en el caso “bajatelotodo”, sobre el que recayeron las Sentencias condenatorias de 30 de octubre de 2013, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Castellón y de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Castellón, de fecha 12 de noviembre de 2014, que la confirmó.

usuarios ficticios, pero siendo real la cuenta de correo electrónico; dato que se procede a ceder a terceras entidades, que los utilizan como base de datos para la remisión de publicidad, generando un beneficio económico para acusado/s).

- La necesidad de un necesario envío de sms (con expresión de un código al teléfono móvil) para, en su caso, obtener el acceso efectivo a la obra, lo que genera también una comisión/ingreso para el o los responsables de la web.
- El establecimiento de cuentas de acceso Premium con determinadas ventajas para quien las contrata y paga, tales como la ausencia de publicidad o de restricciones o limitaciones temporales, así como una mayor velocidad de descargas.
- El empleo de “videos pre roll” que se muestran justo al comienzo de acceder a un contenido, de modo que se condiciona al usuario a visualizarlo si quiere llegar al contenido que desea (ya sea teniendo que ver el anuncio publicitario por completo o ya sea hasta que pase un determinado tiempo que transcurrido tras el cual puede o saltarse el anuncio e ir directamente a ver el contenido o seguir esperando).

Por consiguiente, la identificación de los responsables únicamente puede hacerse siguiendo las corrientes monetarias o flujos dinerarios nacionales y transnacionales y ello implica la intervención de autorizaciones y mandamientos judiciales y el envío de comisiones rogatorias o solicitudes de auxilio policial y judicial.

Y frecuentemente, como acreditan múltiples actuaciones, para desentrañar las claves de los hechos y descubrir elementos de incriminación para delimitarlos y llegar a los responsables es necesario proceder a intervenciones de las comunicaciones telefónicas o telemáticas, y a entradas y registros mediante los que intervenir los equipos informáticos desde los que operan los autores y partícipes, algo que precisa de la intervención de un Juez penal.

Toda esta realidad y las coordinadas en que se manifiesta la piratería digital revela la manifiesta insuficiencia de la vía civil o administrativa cuyas facultades y potestades no pueden llegar, ni de lejos, a alcanzar a efectuar seguimientos efectivos de corrientes monetarias ni a la persecución internacional de la ingente ola de piratería que

caracteriza la situación. Ante la dimensión que alcanza el fenómeno y las coordenadas en las que se manifiesta, los mecanismos alternativos o sustitutivos de la acción penal simplemente no son efectivos. Ello explica los pobres resultados que para el restablecimiento de la legalidad han arrojado los intentos de empleo de la vía civil o la vía administrativa. La vía civil fracasa ante los intentos y necesidades que genera el acceso a datos o elementos de constatación que están fuera del acceso del Juez civil o la acción particular de los perjudicados. La medida administrativa Sinde-Wert se ha revelado como inoperante en la práctica a pesar de las expectativas que despertó su aparición<sup>96</sup>, por la realidad de las dinámicas comisivas, la dimensión y coordenadas del fenómeno delictivo y las fuertes taras que acompañaban su génesis, asignación y diseño.

Así las cosas, en el mundo moderno, la tutela penal de la Propiedad Intelectual es manifiestamente necesaria si se quiere posibilitar que la reacción frente a las infracciones de los derechos de autor y sus conexos sea efectiva<sup>97</sup>.

#### **I.4.3.- La dimensión del problema.**

Una aproximación a la auténtica dimensión cuantitativa del fenómeno de la piratería y el número de infracciones penales contra la propiedad intelectual se revela como una labor extremadamente compleja.

El tradicional recurso a las estadísticas que se elaboran en el seno del Ministerio del Interior y la Fiscalía General del Estado es obligado, si bien no es posible extraer de ellas datos que reflejen la realidad con la debida exactitud y complitud. Son dificultades añadidas la alteración de criterios que viene produciéndose, según los años, en su tratamiento y cuantificación estadística por parte de las instituciones con competencia en la acción del sistema policial y judicial; así como la incidencia de factores metajurídicos que han venido alejando el número real de hechos producidos respecto de su reflejo oficializado, lo que ha contribuido a aumentar la cifra oscura de estos delitos.

---

<sup>96</sup> Para profundizar en las razones que llevan a esta afirmación, *Vid.* GONZÁLEZ CUETO, T., *La lucha administrativa contra la piratería en internet tras la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 49, Madrid, enero 2015, págs. 28 a 37; y TOURNÉ ALEGRE, J.M., “Protección de...”, *op.cit.* págs. 38 a 51.

<sup>97</sup> En términos expresados por LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*, Ed. Unesco. Cerlacc. Bogotá, Colombia 1993, pág. 551, “una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a estos derechos sería inocua”.

Para exponer los datos disponibles de nuevo hay que acudir a la distinción entre piratería física y piratería en el entorno digital no sólo por la conveniencia de seguir el mismo esquema de exposición sino por el hecho de que tanto los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado como el Ministerio Fiscal se han organizado distinguiendo en su estructura interna unidades especializadas en el tratamiento de la delincuencia que se produce en el entorno de internet permaneciendo separadas las destinadas a la piratería física de las dedicadas a la piratería digital.

Por lo que respecta a la piratería física, las estadísticas publicadas por el Ministerio del Interior sobre infracciones penales contra la propiedad intelectual ofrecen datos cuantificados y los ordenan en función del número de delitos y faltas, número de detenidos imputados, de objetos intervenidos y cuantía estimada del valor de éstos. El cuadro comparativo del periodo 2008 a 2011<sup>98</sup> mostraba los siguientes datos:

	2008	2009	2010	2011	Variación 2010/11
delitos/faltas	2.903	2.570	1.568	753	-52 %
Objetos	2.080.044	1.421.696	619.829	2.528.404 <sup>99</sup>	+307,9 %
valor € <sup>100</sup>	23.763.149	19.888.402	15.193.900	16.725.347	+10,1 %
detenidos/imp	3.339	2.933	1.589	671	-57,8 %

De dicho cuadro se desprendería una tendencia descendente en el número de infracciones penales y de detenidos, pero por contra se detecta un incremento en el número de objetos intervenidos en 2011 respecto de los años anteriores.

El cuadro correspondiente a los años 2012 y 2013<sup>101</sup> sería el siguiente:

	2012	2013	Variación 12/13
Delitos/faltas	703	700	- 0,4 %
Objetos	264.046	240.598	- 8,9 %

<sup>98</sup> Vid. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/1209011/Balance+de+la+lucha+de+los+delitos+contra+la+propiedad+industrial+e+intelectual+2011.swf/0c050cf8-3052-460c-9940-a16db5139d1b>.

<sup>99</sup> De los cuales el 95,3 % fueron CDs y DVDs (preferentemente de contenidos audiovisuales y musicales) y el 75% del total fue intervenido en naves, almacenes o lugares de fabricación. En la vía pública sólo se intervino un 2,2% de esta cantidad.

<sup>100</sup> Valor de lo intervenido no del perjuicio económico irrogado.

<sup>101</sup> Vid. el Balance de la Lucha contra las Vulneraciones de la propiedad intelectual en la hoja Excel accesible en <http://www.interior.gob.es/web/interior/prensa/balances-e-informes/2013>.



Valoración €	6.561.947	51.240.466	+ 680,9 %
Detenidos/imp	442	423	- 4,3 %

A partir de tales datos se confirmaría la tendencia descendente incluso en el número de objetos intervenidos, preferentemente constituido en un 81,6 % (196.403) por CDs, DVDs y otros soportes análogos, si bien su valoración asciende notablemente.

En lo que atañe a la piratería on line, los datos de referencia son aún más complejos de valorar sin acudir a consideraciones metajurídicas.

Desde la creación de la Fiscalía de Sala Coordinadora en materia de la Criminalidad Informática y las Secciones de Criminalidad Informática de las Fiscalías Provinciales establecidas a raíz de la Instrucción 2/2011, con competencia -entre otras muchas infracciones penales más- respecto de los delitos contra la propiedad intelectual de los artículos 270 y 271 del Código Penal sólo y exclusivamente cuando se cometan utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación, las Memorias de la Fiscalía General del Estado reflejan los datos disponibles sobre procesos judiciales incoados, acusaciones efectuadas y diligencias de investigación llevadas a cabo por el fiscal. No estando disponibles los datos referidos a 2014 al tiempo de realizar la presente valoración<sup>102</sup>, las cifras que arrojan las Memorias FGE de 2012, 2013 y 2014, correspondientes a los años 2011, 2012 y 2013 respectivamente, son realmente escasas:

Año real	2011	2012	2013
Procedimientos judiciales	31	40	32
Escritos acusación fiscal	21	21	14
Diligencias Investigación	0	2	0

<sup>102</sup> Lo que es debido a que las Memorias de la Fiscalía General correspondientes a cada ejercicio no se publican hasta bien entrado el año siguiente.

Tales cifras, sin embargo, únicamente reflejan la actividad de la Fiscalía especializada por cada uno de estos años en las 50 provincias españolas y no los números reales del fenómeno. Dicha actividad, en términos de escritos de acusación<sup>103</sup>, supuso en el año 2013 el 1,11% de la acción total en este apartado de la Fiscalía Especial y las Secciones Territoriales (14 escritos de acusación del total de 1.262 presentados en este ejercicio); esto es en clara tendencia a la baja respecto al porcentaje del 1,92 % en 2012 (21 de un total de 1.092); y del 2,32 % en el año 2011 (21 de 906); ello mientras la actividad general de los fiscales asciende en otros tipos de delitos cibernéticos.

Si se compara el número de acusaciones con el volumen de procedimientos judiciales incoados de que da cuenta la Fiscalía Especializada en Criminalidad Informática y las Secciones Territoriales resulta que frente a casi el mismo número de procedimientos judiciales incoados en 2011 y 2013, 31 y 32 respectivamente, los escritos de acusación descienden de 21 en 2011 a 14 en 2013; y que cuando los números de procedimientos judiciales aumentan a 40 en 2012, la Fiscalía mantuvo en el mismo año el número de 21 escritos de acusación del ejercicio precedente, de modo que no incrementó su actividad ni en ese año ni en el siguiente (pese a que algunos de esos procedimientos no habrían fenecido en su fase instructora), sino que disminuyó el ejercicio de la acción penal a 14 acusaciones.

Las estadísticas del Ministerio del Interior en los Balances anuales que van referidas a cibercriminalidad<sup>104</sup>, por su parte, arrojan datos sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en internet por volumen de 222 en 2011, 144 en 2012 y 172 en 2013.

En contraste con las cifras que ofrece la acción de la Fiscalía y las fuerzas policiales, los informes anuales del Observatorio de Piratería y Hábitos de Consumo de Contenidos Digitales arrojan datos que apuntan a una realidad bien distinta. “La piratería digital bate records en España, donde el 87,94 % de los contenidos digitales consumidos en 2014 fueron ilegales frente al 84% registrado el año anterior” fue el comentario más repetido en la prensa del 11 de marzo de 2015 (sobre todo en las informaciones procedentes de la Agencia EFE) a raíz de la publicación del Informe anual de dicho

---

<sup>103</sup> Que constituyen el paso a la llegada al juicio oral y, por tanto, la superación del archivo por sobreseimiento libre o provisional de las diligencias judiciales.

<sup>104</sup> Insertas en los Balances anuales de Criminalidad que pueden consultarse, abiertamente y por años, en la página web del Ministerio de Interior, Secretaría de Estado de Seguridad, o bien en la página <http://www.interior.gob.es/web/interior/prensa/balances-e-informes/2014>.

Observatorio referente al año 2014, en el que se destaca que el acceso ilegal digital a contenidos protegidos ascendió a un total de 4.455 millones tomando en consideración música, películas, series, libros de ocio, videojuegos y partidos de fútbol<sup>105</sup>.

Siendo evidente que, para que se produzca un volumen tal de accesos ilegales a tantos contenidos pirateados, es necesaria una intensa actividad de consecución y ofrecimiento en la red de dichos contenidos<sup>106</sup>, vulnerando los derechos de propiedad intelectual existentes sobre los mismos mediante actividades de reproducción, puesta a disposición y comunicación pública; y que dichos comportamientos se efectúan en la inmensa mayoría de los casos para obtener beneficios económicos, es lógico inferir que los delitos relativos a la propiedad intelectual en el marco de la piratería digital on line o cibernética<sup>107</sup> están muy por encima de lo que las estadísticas del Ministerio Fiscal o del Ministerio del Interior puedan reflejar a partir de la actividad de la Fiscalía o de las unidades especializadas policiales dedicadas a la investigación y lucha contra delitos tecnológicos y telemáticos<sup>108</sup>.

Sin embargo, el número de procedimientos penales incoados por este tipo de hechos es, como hemos visto, muy escaso.

La valoración por un observador apresurado y poco profundo de los datos expuestos conduciría a una apariencia contraria a la realidad. Sin negar la existencia de un evidente descenso de la piratería puramente física que viene mayormente motivada

---

<sup>105</sup> El precedente informe anual correspondiente a 2013 dio cuenta del acceso ilegal en España a 3.192 millones de contenidos pirateados *on line*. El informe sobre 2014, elaborado por la Consultora GfK a instancias de la Coalición de Creadores, desglosa el volumen total de este año de la siguiente manera: música 1.831 millones; películas 877 millones; series 1.033 millones; libros de ocio (no se contabilizan libros de enseñanza ni profesionales): 335 millones; videojuegos: 240 millones; y fútbol 139 millones. En términos económicos ello supone 23.265 millones de euros y un detrimento fiscal para las arcas del Estado que se cifra en 627'8 millones de euros. El resumen ejecutivo de dicho informe 2014 puede ser consultado en <http://lacoalicion.es/wp-content/uploads/resumen-ejecutivo-observatorio-2014.pdf>. Una compilación de la prensa escrita que recoge diversas referencias, noticias, comunicaciones y comentarios publicados en relación con el informe reseñado puede encontrarse en la siguiente dirección: <https://www.dropbox.com/s/quqbg64g3kcjkg/2015-03-11%20-%20PRENSA%20ESCRITA%20-%2010h.pdf?dl=0>.

<sup>106</sup> De lo que es muestra que, según datos del Informe *Traffic Report: Online Piracy and Counterfeiting* (publicado en enero de 2011 por la estadounidense MarkMonitor Inc.), el tráfico generado en 2010 por las webs calificadas como de piratería digital (no incluyendo el tráfico de los sitios webs de bienes falsificados) fue, a nivel mundial, más de 146 millones de visitas por día, lo que representa más de 53 billones de visitas por año.

<sup>107</sup> Como también la denomina la UNESCO.

<sup>108</sup> Preferentemente el Grupo Antipiratería de la Brigada de Investigación Tecnológica -hoy Unidad de Investigación Tecnológica- encuadrada en la Unidad de Delincuencia Económica y Fiscal (UDEP) del Cuerpo Nacional de Policía-; y el Grupo de Delitos Telemáticos creado para investigar, dentro de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil, todos aquellos delitos que se cometen a través de Internet.

porque los contenidos en el entorno internet ofrecen un mayor atractivo -desde muy diversas perspectivas- para los “consumidores” de este tipo de productos y porque se ha incrementado el número de personas con acceso a internet; lo cierto es que, mientras el fenómeno de piratería se mantiene en línea de crecimiento y ha dado un salto cualitativo y cuantitativo, por su intensidad e impacto en cifras de consecución y puesta a disposición ilícitas, manifestándose en modo sistemático, estructural y masivo especialmente en el entorno digital, las estadísticas policiales y judiciales por esta clase de delitos arrojan números decrecientes en los últimos años<sup>109</sup>.

La disociación entre realidad y nivel de acción policial y judicial por estos delitos es patente. De una observación superficial pareciera que el fenómeno delictivo está decreciendo y que la acción estatal está incrementando la eficacia de la lucha cuando lo que ocurre es precisamente lo contrario. Si la cifra de delitos manifestada en tales estadísticas ha disminuido, ello es precisamente porque las actuaciones policiales, fiscales y judiciales han sido cuantitativamente menos, pero no tanto porque haya menos delitos de este tipo, sino debido, principalmente, a factores que, a mi juicio, tienen que ver algo, pero más bien poco, con el marco normativo y mucho con aspectos dinámicos y económicos que van más allá, incidiendo en el proceder jurídico en y ante el sistema de justicia penal.

Así, por mucho que se haya establecido desde la reforma por la L.O. 15/ 2003 la persecución de oficio, lo cierto es que ésta ha brillado por su ausencia, de modo que han seguido siendo los titulares de derechos y las entidades de gestión que representan sus derechos quienes han tenido que seguir tomando la iniciativa en la constatación de la vulneraciones y su puesta en conocimiento de las autoridades policiales. A salvo de algunas actuaciones de oficio en relación con la venta ambulante (y, en consecuencia, contra pequeños distribuidores de copias físicas ubicados en el punto de distribución final, que, por mor de la reforma de la L.O. 5/2010 generan únicamente procedimientos por falta del art. 623 CP frecuentemente concluidos en prescripción por dificultades de localización judicial de los responsables), lo cierto es que es fácilmente constatable que la intervención de la policía judicial y la Administración de Justicia tiene su origen mayoritariamente en la acción de los perjudicados.

---

<sup>109</sup> Un ejemplo, las estadísticas del Ministerio del Interior referidas a cibercriminalidad arrojan datos sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en internet por volumen de 222 en 2011, 144 en 2012 y 172 en 2013, mientras y 4.316 millones en 2014.

Los importantes costes que entraña el emprendimiento de acciones penales (como mínimo, sobre 3.000 € por procedimiento penal en caso de “igualada”) unida a la drástica bajada de ingresos de las entidades de gestión al modificarse el régimen de compensación equitativa por el límite de copia privada<sup>110</sup>, así como la frecuente frustración de las mismas en distintas fases del procedimiento penal y la no obtención efectiva de indemnizaciones por razón de la responsabilidad civil aneja, ha venido constituyendo un serio obstáculo a la acción privada, lo que en un entorno de desaparición en la práctica de la persecución de oficio ha tenido una incidencia decisiva en el descenso de las cifras estadísticas de delitos relativos a la propiedad intelectual sobre todo en el entorno digital.

#### **I.4.4.- Ineficacia de las vías alternas y reforzamiento de la protección penal.**

Ciertamente, si la protección penal de los derechos de propiedad intelectual ha sido siempre necesaria, en la situación actual la intervención penal resulta imprescindible dadas las específicas características que se revelan en el nuevo escenario, especialmente vista -como se ha significado- la enorme vulnerabilidad de los derechos de propiedad intelectual favorecida por los constantes avances tecnológicos de la era digital, las facilidades que ofrece internet para la distribución instantánea y mundial de los productos pirateados, la utilización de modos industrializados en buen número de conductas vulneradoras, y la instalación en amplios sectores de la actividad infractora de organizaciones y grupos criminales que operan con carácter transnacional, lo que ha incidido en un mayor y más severo impacto del fenómeno, no sólo por sus efectos, sino también por constituirse en un vector de crecimiento de una delincuencia aneja o conexas de carácter pluriofensivo.

Los enormes perjuicios patrimoniales para los titulares de tales derechos y para las industrias legales que ostentan derechos de propiedad intelectual -la invasión de productos piratas pone en grandes dificultades la existencia misma de este sector

---

<sup>110</sup> Que pasó a estar y se mantiene, como ya se ha referido, a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, y se ha confirmado en el nuevo art. 25.1 in fine de la LPI tras la reforma operada por la Ley 21/2014. Dicha reducción de ingresos ha generado que los recursos dedicados a la persecución de la piratería se hayan minorado hasta lo testimonial con el consiguiente efecto en un sistema irreal, como es el nuestro, de persecución de oficio.

industrial que sólo en España representa el 4% del PIB<sup>111</sup>-, así como el coste que todo ello conlleva en términos de puestos de trabajo directos e indirectos y contribuciones a la Seguridad Social, su repercusión en el mercado y la economía de los Estados, y el detrimento fiscal que para las arcas públicas supone la sistemática evasión de las obligaciones tributarias que acaba produciéndose por este tipo de comportamientos, ha provocado la reflexión nacional e internacional sobre la dimensión del problema.

Por ello, no puede sorprender que a nivel supranacional e internacional se establezca como una prioridad la protección de los derechos de propiedad intelectual especialmente en unos momentos como los actuales en los que la fragilidad y vulnerabilidad de estos derechos está acentuada por los continuos avances tecnológicos, la globalización y la ingente circulación mundial de productos y contenidos intelectuales ilícitos por distintos procedimientos, modalidades, vías y entornos, tanto físicos y como digitales.

La idea central es que ante esta realidad, la mera acción de las disposiciones civiles o administrativas se muestra profundamente impotente y la intensificación y reforzamiento de la protección penal resulta absolutamente imprescindible. Por ello, no es de extrañar que en el marco de las Organizaciones internacionales (OMPI y OMC especialmente) y supranacionales (Unión Europea en lo que más nos afecta) se sucedan los esfuerzos en la lucha contra la piratería y que se sometan a control los avances y retrocesos de los distintos países en esta cuestión, tal y como se mencionaba con ocasión de hacer referencia al marco institucional y normativo en dichos ámbitos.

Sin embargo, pese a lo necesario e imprescindible de la acción penal, existen diversas circunstancias que condicionan la consecución de una eficaz intervención de los agentes encargados de velar por la aplicación del sistema de justicia criminal. Unas afectan a lo que podríamos denominar el elemento dinámico de la persecución, esto es, la intervención de los actores y agentes estatales que intervienen en la respuesta del

---

<sup>111</sup> Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que comienza reseñando que “*Las industrias culturales y creativas constituyen un sector de gran relevancia en nuestro país, tanto por la singular naturaleza de las actividades que desarrollan, como por su peso económico, ya que las actividades relacionadas con la propiedad intelectual generan cerca del 4 por ciento del producto interior bruto español*”. Llegan a grados, por ejemplo, que no alcanzan, para hacerse una idea, las industrias del sector automovilístico (1,15%) y químico (1,73%) juntos. En ciertos países incluso se supera esta media en algunos años (Suecia: 6.6 en 1978; EEUU: 4,6 en 1982). Fuente de datos: H.C. Jeroham “Critical Reflections on the Economic Importance of Copyright, IIC. vol 20, nº 4/1989. Sirva ello para dar cuenta de la trascendencia económica de la cuestión.

Sistema de Justicia Penal -Jueces, Fiscales y Policía-; otras tienen que ver con el elemento estático, esto es, la situación normativa que condiciona la actuación del elemento dinámico. A la situación normativa histórica y vigente en el orden penal se dedicará el grueso de los próximos capítulos, pero no debe obviarse la incidencia del factor humano y la magnitud del fenómeno que enfrentan.

## **II.- LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL. ASPECTOS SUSTANTIVOS.**

Una vez concretada la necesidad de la intervención penal y efectuada una inicial toma de contacto con la entidad, dinámica y coordinadas en las que se manifiesta la moderna tipología delictiva en la materia, procede entrar de lleno en la concreta tutela que penalmente se dispensa a la propiedad intelectual.

Los delitos relativos a la propiedad intelectual están actualmente regulados en los arts. 270 a 272 del Código Penal dentro de la Sección 1ª del Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y los consumidores”, ubicado sistemáticamente en el Título XIII relativo a los “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.

En ellos se encarna la protección penal sustantiva de la propiedad intelectual, que debe ser completada con la batería de herramientas jurídicas de naturaleza procesal que sirven al mismo propósito tuitivo, integrando conjuntamente el conglomerado normativo que otorga la tutela penal.

La regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual ha sido recientemente transformada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su entrada en vigor el 1 de julio de 2015 implica la ausencia de experiencia práctica sobre la configuración actual de los tipos penales. Sin embargo, tanto la redacción inmediatamente anterior de los arts. 270 a 272 CP y las reformas que la precedieron desde 1987 como la experiencia acumulada en su aplicación permiten conocer las claves de la problemática práctica que ha venido suscitando estos delitos, así como explicar la razón y el sentido de su nueva conformación tras la reforma 2015.

De ahí la utilidad de referirnos inmediatamente a la evolución histórica de la normativa y, aunque sea muy sucintamente, a la razón de las transformaciones que estos delitos han venido sufriendo en este tiempo en función de la experiencia que ha arrojado su aplicación.



Una vez efectuado un breve recorrido por la historia regulativa que ha precedido a la actual configuración de los delitos relativos a la propiedad intelectual, será momento de abordar un primer acercamiento a los aspectos esenciales que han sido modificados en la reforma acometida.

El compendio de innovaciones servirá como visión panorámica y antesala del análisis posterior que se realizará más detalladamente con ocasión de examinar el bien jurídico protegido y los elementos integrantes de los tipos penales en los que se delimita la esfera de protección penal.

## **II.1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y REFORMA 2015 DEL CÓDIGO PENAL.**

La moderna configuración de la regulación de los delitos contra la Propiedad Intelectual arranca de la importante reforma integral en esta materia operada en virtud de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, que acompañó coetánea y armónicamente a la reforma sustancial jurídico-privada que supuso la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual de misma fecha.

La necesidad político-criminal del reforzamiento de la protección jurídico-penal de los derechos de Propiedad Intelectual en nuestro país era ya entonces evidente, máxime si se repara en que la regulación preexistente se limitaba al escaso juego que podía propiciar un tipo en blanco como el entonces art. 534, párrafo 1º del Código Penal<sup>112</sup> que, limitado a establecer el castigo de “El que infringiere intencionadamente los derechos de autor” como tal, debía ser integrado básicamente con una normativa extrapenal decimonónica, la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879 y su Reglamento de 3 de septiembre de 1880, que vieron la luz en una época en la que difícilmente podrían ni siquiera vislumbrarse los avances tecnológicos que han marcado la evolución e intensidad de los comportamientos lesivos de estos derechos a lo largo del siglo XX y comienzos del presente siglo XXI.

Previamente, desde el Código Penal de 1848 hasta la reforma en 1963 del Código Penal de 1944 una semejante situación de ley penal en blanco se había venido derivando de la fórmula también genérica y abierta que se empleaba para describir la conducta

---

<sup>112</sup> Fórmula procedente de la reforma del Código Penal de 1963.

prohibida (“los que cometieren alguna defraudación de la propiedad intelectual”). El art. 533 del CP de 1944 estaba ubicado dentro de la Sección de las estafas y otros engaños, y su caracterización como “defraudación” de la propiedad intelectual y el establecimiento de la cuantía de la pena en función del perjuicio ocasionado era criticado en la doctrina por reflejar una concepción que algunos consideraban excesivamente mercantilista. La reforma del Código Penal en 1963 sacó este delito del lugar común con las estafas y lo ubicó en una Sección propia compartida con la vulneración a la propiedad industrial; le dio nueva redacción, basándolo en la infracción intencionada de los derechos de autor (art. 534 CP) y suprimió la referencia al perjuicio para la determinación de la pena imponible, desconectando así la defraudación de los derechos de autor con la problemática del perjuicio, lo que llevó a calificarlo de delito de simple actividad que no requería de ningún resultado ulterior<sup>113</sup>.

La reforma civil y penal del sistema de protección de la propiedad intelectual de 1987 procuró, por un lado, subsanar el desfase normativo existente entre la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y los cambios de profundo calado producidos en el proceso creativo y en las formas de explotación de sus producciones; y, por otro, hacer frente a los nuevos procedimientos o modalidades defraudatorias de la propiedad intelectual. En el ámbito penal, el nuevo sistema abandonó la técnica de la tipificación en blanco e instauró un catálogo de comportamientos típicos, sin perjuicio de que su vinculación con la normativa extrapenal era de tal calibre que su interpretación necesariamente obligaba a coordinarlos con la novedosa normativa civil establecida en la materia.

En los entonces nuevos arts. 534 bis a) a 534 bis c) y 534 ter del CP, manteniendo la ubicación en una Sección independiente (3ª) en el Capítulo IV de las defraudaciones del Título III (Delitos contra la Propiedad), se articuló un tipo básico nuclear castigando el comportamiento de “quien intencionadamente reprodujere, plagiare, 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”; y se creó

---

<sup>113</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (10ª edición, revisada y actualizada por SERRANO GÓMEZ, A.), Ed. Dykinson, Madrid, 1987, pág.535, para quienes la causación de un perjuicio material o moral sólo tendrá influencia, si llegara a producirse, en la determinación de las responsabilidades civiles.

otro adicional para “quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización” (art. 534 bis a); estableciéndose una serie de tipos agravados de primer nivel para cuando las conductas tipificadas en el artículo anterior se realizaran concurriendo ánimo de lucro; infracción del derecho de divulgación del autor; usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución; o modificación sustancial de la integridad de la obra sin autorización del autor; y un segundo nivel de superagravación para cuando, además de obrar con ánimo de lucro, la cantidad o el valor de las copias ilícitas poseyesen especial trascendencia económica o el daño causado revistiera especial gravedad, supuestos en los que el Juez podría, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado (art. 534 bis b). La regulación se completaba con una disposición sobre la publicación de la sentencia en un periódico oficial y a costa del infractor, en caso de ser condenatoria (art. 534 bis c) y la previsión de que la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis a) y 534 bis b) se había de regir por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

La importante transformación que ello generó en el escenario normativo de estos delitos fue acogida positivamente a nivel doctrinal y práctico por cuanto al efectuar una descripción completa de los elementos esenciales de las conductas típicas implicaba un avance significativo frente al anterior carácter de “ley en blanco” de la normativa precedente, por más que los múltiples elementos normativos precisaban ser integrados con la normativa de la LPI.

Sobre el contenido y significación de la reforma se emitió la *Circular de la FGE núm. 2/1989*, sobre “*precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre*”, que realizó un muy detallado estudio de los nuevos delitos calificándolos en sus modalidades básicas como delitos de mera actividad o de consumación anticipada, al no ser elemento del mismo la producción de un resultado ulterior, entendiéndolos como un tipo mixto cumulativo y considerando inimaginables las formas imperfectas de ejecución. La Circular abordó múltiples aspectos tanto

sustantivos como cautelares y aportó criterios uniformadores sobre el entendimiento de los elementos normativos de los tipos básicos y agravados.

Las mayores críticas doctrinales sobre la nueva regulación se efectuaron desde el prisma del debido respeto al principio de intervención mínima, sobre todo porque en el tipo básico no se exigía ni ánimo de lucro (cuya concurrencia sólo integraba un subtipo agravado), ni perjuicio de tercero, de modo que permitía el castigo de comportamientos que para un importante sector doctrinal deberían ser tratados desde la perspectiva de la tutela civil o administrativa<sup>114</sup>.

La polémica doctrinal más intensa se generó en torno al bien jurídico protegido, y tuvo su origen en la interpretación dada a la propia definición de la propiedad intelectual que contenía y aun contiene el art. 2 LPI, conforme al cual la misma está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial. Partiendo de ésta, las opiniones doctrinales vinieron posicionándose en tesis personalistas, patrimonialistas o mixtas<sup>115</sup>, según se mostraban partidarias de defender respectivamente las primeras que se protegían esencialmente las facultades morales o personales del derecho de autor; las segundas que la tutela prioritaria se establecía respecto de las facultades patrimoniales, y las terceras que la protección se imponía sin relación de jerarquía tanto de las facultades morales como de las patrimoniales. En la discusión incidió la controversia doctrinal añadida sobre la proyección constitucional de la propiedad constitucional, que discutió si el derecho de autor estaba reconocido como derecho fundamental en el art. 20.1.b CE o por el contrario en dicho precepto se encuentra únicamente el derecho “a ser autor” (a la producción y creación artística, científica y técnica), de modo que aquél encontraría su acomodo en el art. 33 CE como modalidad de la propiedad privada, si bien no faltó

---

<sup>114</sup> Vid. GÓMEZ BENÍTEZ/QUINTERO OLIVARES, *Protección Penal de los derechos de autor y conexos*, en Cuadernos Civitas, Madrid, 1988; y CARMONA SALGADO, C., “El tipo básico del nuevo delito contra la Propiedad Intelectual”, en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*. T. XIII, Ed. Derechos Reunidos, Madrid, 1991, pág. 243.

<sup>115</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, ADPCP, 1990, págs. 803 a 857; LATORRE LATORRE, V., *Protección penal del derecho de autor*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994, págs. 35 y ss.; GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual (de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995)*, Ed. Tecnos, Madrid 1998, págs. 82 a 106.

quien llamó la atención sobre que se trataban de cuestiones relacionadas pero distintas que no cabía ni confundir ni sobrevalorar<sup>116</sup>.

Desde el punto de vista práctico, la realidad delictiva sobre la que preferentemente se aplicaban los tipos se refería a supuestos de piratería física y normalmente se centraba en la reproducción y distribución de libros<sup>117</sup>, musicassetes<sup>118</sup> y video-cassettes<sup>119</sup>, si bien comenzaron y fueron incrementándose conductas similares referidas a los programas de ordenador<sup>120</sup>; mientras los comportamientos de comunicación pública se daban sobre todo en supuestos de exhibición o proyección de obras cinematográficas sin autorización de su productor a través de redes de cables desde los conocidos como videos comunitarios<sup>121</sup> o televisiones por cable; todo ello en un marco de vulneraciones preferentemente articuladas sobre obras y creaciones incorporadas a soportes físicos.

El diseño de la reforma penal de 1987 se mantuvo en lo sustancial en el Código Penal de 1995 aprobado por la L.O. 10/1985, de 23 de noviembre para los delitos relativos a la propiedad intelectual<sup>122</sup>, pero se introdujeron algunas novedades respecto de la regulación inmediatamente precedente que vinieron a dar la razón al sector doctrinal más crítico con la intervención penal para cuando no concurría ánimo de lucro.

En la nueva regulación del Código Penal de 1995 destacaron los siguientes aspectos:

En primer lugar, los delitos relativos a la Propiedad Intelectual (plasmados en los arts. 270 a 272 CP) se ubicaron en la Sección 1ª del Capítulo (XI) que lleva por rúbrica “De los delitos relativos a la Propiedad Intelectual e Industrial, al Mercado y a los Consumidores”, inserto en el Título XIII, dedicado a los “Delitos contra el Patrimonio y

---

<sup>116</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 84., para quien “el problema de la constitucionalidad de la propiedad intelectual y el de la determinación del bien jurídico tutelado por los arts. 270 y ss. del CP son cuestiones relacionadas, pero no es conveniente confundirlas ni sobrevalorar las consecuencias de la primera en el campo del Derecho Penal”.

<sup>117</sup> Si bien se daban también conductas de plagio o suplantación de la autoría. *Vid.* STS de 26 de septiembre de 1992.

<sup>118</sup> *Vid.* SAP Zamora de 16 de enero de 1996.

<sup>119</sup> *Vid.* STS de 3 de enero de 1992.

<sup>120</sup> SAP Orense de 16 de febrero de 1998.

<sup>121</sup> *Vid.* SSTS de 30 de mayo de 1989 y 22 de marzo de 1993.

<sup>122</sup> Paralelamente, en materia de delitos relativos a la propiedad industrial, la L.O. 10/1985 acometió una profunda transformación de la situación legal preexistente, mediante la derogación expresa de los preceptos legales sustantivos de la vieja Ley de 16 de mayo de 1902 sobre la Propiedad Industrial (Disposición Derogatoria 1ª, ap. e) del NCP; la exclusión en el Título (XVIII del Libro II) dedicado a las Falsedades, de cualquier artículo o referencia relativa a la falsificación de derechos de Propiedad Industrial; y la nueva regulación de los delitos relativos a la propiedad industrial en los artículos 273 a 277 NCP, abandonando la técnica de la tipificación en blanco, tras los delitos relativos a la propiedad intelectual y dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

contra el Orden Socioeconómico”. La novedad estribó en abandonar la anterior ubicación de estos delitos dentro del Capítulo de las Defraudaciones (Sección 3ª) establecida desde la reforma de 1963. Por contra se mantuvo la idea de la similitud con las infracciones a la Propiedad Industrial, a cuyo lado se siguieron manteniendo; lo que no puede extrañar habida cuenta del propio concepto internacional de Propiedad Intelectual que abarca ambas manifestaciones como similares productos del ingenio humano.

En segundo lugar, específicamente se exigió en el tipo básico nuclear el ánimo de lucro y la actuación en perjuicio de tercero para que las infracciones de los derechos de autor y conexos tuvieran relevancia-jurídico penal. Se acabó así con la regulación de los anteriores arts. 534 bis a) y bis b) del antiguo CP, en los que el ánimo de lucro no se exigía en el comportamiento típico básico y constituía la esencia de un subtipo agravado y una de los presupuestos de los subtipos superagravados. Con ello se contribuyó, por un lado, a delimitar más precisamente la esfera de protección otorgada en la vía penal respecto de la tutela civil y administrativa; y, por otro, a establecer una estructura típica más coherente con la propia de las infracciones patrimoniales.

En tercer lugar, se eliminó asimismo en dicho tipo base -concretado en el primer párrafo del art. 270 CP- el adverbio “intencionadamente”, abriendo la posibilidad a la comisión por dolo eventual<sup>123</sup>. Sin embargo, dicho adverbio se mantuvo en el párrafo segundo en referencia a los comportamientos de importación, exportación y almacenamiento, impidiendo tal posibilidad en referencia a estas conductas típicas. La imposibilidad de comisión culposa se mantenía para ambos tipos básicos dado el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos del art. 12 CP.

En cuarto lugar, se introdujo un párrafo -el tercero del art. 270 CP- específicamente destinado a la protección de los programas de ordenador frente a conductas de copia informática, castigando la fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios de supresión o neutralización no autorizada de dispositivos técnicos habilitados para su resguardo. La razón se ubicó en la protección que demandaba el art. 7.1.c) de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991.

---

<sup>123</sup> Aunque la doctrina no es unánime al respecto, los órganos judiciales así lo han venido entendiendo. Por todas, SAP de Zaragoza de 26 de diciembre de 2000 y SAP de Córdoba de 12 de junio de 2002.

En quinto lugar, desaparecieron los subtipos agravados del art. 534 bis b)-1 del antiguo CP, quedando únicamente dos subtipos agravados determinados por la especial trascendencia económica del beneficio obtenido y la especial gravedad del daño ocasionado rebajando con ello su inicial carácter de subtipos de cualificada agravación.

En sexto lugar, se articuló una relativa elevación de las sanciones penales, asignando al tipo básico la pena de prisión de seis meses a dos años o como alternativa la de multa de seis a veinticuatro meses, frente a las penas de multa que para los tipos básicos y agravados preveían los arts. 534 bis a) y b)-1 del antiguo CP. De mayor relieve se modeló la sanción prevista en el art. 271, que posibilitó la imposición de penas de prisión de uno a cuatro años, de multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un período de dos a cinco años.

Finalmente se sometió la perseguibilidad de estos delitos al régimen de denuncia previa del agraviado o de su representante legal, salvo que la comisión del delito afectase a los intereses generales o a una pluralidad de personas; solución inocua para quienes ponían el acento en constatar que generalmente la actuación de las fuerzas policiales y los órganos judiciales solía iniciarse por esta vía, pero criticable por quienes creían que la complejidad jurídica de la materia y aún de la localización y aseguramiento de las fuentes de prueba y de los responsables del hecho, así como la trascendencia intrínseca de este tipo de hechos y su impacto socioeconómico demandaban la solución de la plena persecución de oficio.

En los primeros años de vigencia del nuevo Código Penal las dinámicas comisivas que se apreciaban continuaron en la misma línea si bien se apreció un notable incremento del fenómeno de la piratería física por el empleo de modos industrializados y la instalación de la delincuencia organizada en la vulneración de los derechos a la propiedad intelectual. En la realidad cotidiana, el top manta era la modalidad más visualizada públicamente, pero se producían intervenciones de grandes cantidades de CDs piratas e instrumentos informáticos de reproducción masiva, las condenas se centraban en conductas de distribución, pero se detectaba cada vez con más fuerza un progresivo aumento en relación con las de comunicación pública. A comienzos del nuevo milenio se empezaron a vislumbrar por los órganos judiciales los primeros fenómenos de piratería digital en el entorno de internet.

Las críticas a la normativa se efectuaban desde distintas perspectivas, pero sobre todo ponían el acento en el solapamiento y yuxtaposición de las regulaciones civil y penal y las consiguientes dificultades de distinción entre el ilícito civil y penal, así como en la necesidad de exigir una significación de gravedad en el hecho para habilitar la intervención penal.

En la práctica, los principales problemas de persecución y acción penal se centraron en la dificultades originadas para el comienzo de actuaciones penales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado sin previa denuncia del perjudicado y la falta de reconocimiento a las entidades de gestión colectiva de legitimación para ser tenidas como representantes de los perjudicados y, en consecuencia, para poner en marcha el procedimiento mediante denuncia, personarse y ejercer la acusación particular, así como reclamar la responsabilidad civil, lo que dio lugar a algunas sentencias que exigían una acreditación exhaustiva de los derechos que representaban so pena de expulsión del procedimiento y archivo del mismo por incumplimiento de las condiciones de procedibilidad al provenir la denuncia inicial de éstas<sup>124</sup>.

Asimismo resultó muy discutida la posibilidad de que obras intelectuales de origen lícito constituyeran objeto material de la conducta de importación intencionada contemplada en el párrafo segundo del art. 270 CP, hasta que la STS de 2 de abril de 2001 resolvió la cuestión en sentido negativo.

La situación normativa jurídico penal permaneció prácticamente invariable -sólo afectada por la previsión a nivel procesal penal sobre la práctica de diligencias a prevención en ausencia de denuncia introducida mediante la modificación del art. 282 LECR por la Ley 38/2002, de 24 de octubre- hasta la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que afectó aspectos tanto sustantivos como procesales de la persecución penal y que expresamente fue concebida con el propósito de incrementar y fortalecer la eficacia e intensidad de la respuesta penal.

La reforma de 2003 se concretó en la modificación de los arts. 270, 271 y 287 del Código Penal, así como los arts. 338, 282 bis.4 d), 771 y 795.1. 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y en lo que se refiere al Código Penal, introdujo

---

<sup>124</sup> Aspectos estos a los que se efectuará una referencia más detallada con ocasión del tratamiento de los aspectos procesales problemáticos.



modificaciones en los cuatro últimos puntos sobre los que incidió la reforma de 1995 y remodeló la formulación del párrafo segundo de la precedente redacción del art. 270 CP. Entre las modificaciones más relevantes, ello supuso:

- La aclaración, en sentido positivo, de la cuestión de la posibilidad de que obras intelectuales de origen lícito constituyeran objeto material de la conducta de importación intencionada contemplada en el precedente párrafo segundo, luego número 2, del art. 270, en contra del criterio sostenido por la STS de 2 de abril de 2001.

- La ampliación del comportamiento típico del anterior párrafo tercero de dicho precepto y del objeto de protección final frente al mismo, incluyendo entre las conductas prohibidas la de importación -que añadió a las ya previstas de fabricación, puesta en circulación y tenencia- y, entre los objetos tutelados, todas las demás obras y prestaciones intelectuales del número 1 del art. 270 CP.

- La modificación del elenco de los subtipos agravados, de manera que, por un lado, se mantuvieron los anteriores (mejorando técnicamente la redacción del anterior 271 b) CP, pues la alusión se efectuó a la gravedad del hecho y no del daño; y se establecieron dos parámetros de referencia más precisos, uno de contenido exclusivamente patrimonialista -valor de los objetos producidos ilícitamente- y otro -especial importancia de los perjuicios ocasionados- en el que el perjuicio moral podría seguir teniendo cabida por las razones ya entonces vigentes), y, por otro, se añadieron dos de nuevo cuño (c, pertenencia a organización dedicada a este tipo de infracciones, y d. utilización de menores-), de los que destacó especialmente el primero por cuanto implicó un reconocimiento de la actividad de organizaciones delictivas en esta materia, de forma concordante con la modificación que se efectuó del art. 282 bis LECR para incluir estos delitos entre las modalidades delictivas en las que se posibilita la técnica del agente encubierto cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. Asimismo eliminó el párrafo in fine del anterior art. 271 CP, desapareciendo la contradicción con la disposición general del art. 288 CP sobre la aplicabilidad de las medidas del art. 129 CP.

- La elevación de la sanción penal, por cuanto las penas de los tipos básicos pasaron a ser cumulativas frente a su anterior carácter alternativo, igualando en esto al régimen de

las infracciones penales relativas a la propiedad industrial. Además, el límite mínimo de la pena de multa se elevó a doce meses frente a los seis anteriores.

- La transformación del régimen de perseguibilidad, pasando estos delitos -por la nueva redacción del art. 287 CP- a ser perseguibles de oficio, lo que constituyó una modificación de alto calado a efectos teóricos y prácticos<sup>125</sup>.

- El establecimiento expreso en estos delitos de la posibilidad de proceder a la destrucción de los efectos intervenidos, con conservación de muestras (art. 338 LECR) ante las dificultades de conservación y custodia en condiciones adecuadas de integridad y seguridad de la ingente cantidad de objetos diariamente intervenidos por las fuerzas policiales<sup>126</sup>.

- La inclusión de la posibilidad de efectuar la información derechos (ofrecimiento acciones) del art. 771.1ª LECR a las personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de derechos de propiedad intelectual, reconociéndolas como legitimadas para intervenir como parte en el proceso penal.

- La inclusión de estos delitos en el elenco de los que, en caso de flagrancia, pueden constituir el ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de los arts. 795 a 803 LECR.

Todos estos cambios, en unión de los efectuados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, revelaron entonces la inquietud del legislador por reforzar la tutela penal e incrementar los índices de la intervención penal y la respuesta punitiva.

Pero vertiginosamente la tipología delictiva fue evolucionando hacia un incremento extraordinario de conductas vulneradoras en el entorno internet, cuya popularización tuvo una incidencia efectiva en el empleo de descargas directas y plataformas de intercambio de archivos para disponer ilegalmente de contenidos protegidos

---

<sup>125</sup> Si bien, en realidad, como ya se ha apuntado y se justificará más adelante, prácticamente ninguna vulneración se persigue actualmente de oficio y casi en la totalidad de los casos es una denuncia de un perjudicado la que ponen en marcha la persecución penal.

<sup>126</sup> Que en la mayoría de las ocasiones se depositan a costa de los propios perjudicados. Sobre la enorme problemática que ello genera y las instrucciones vigentes entre los fiscales *vid.* Circular FGE núm. 1/2006, en la que se ordena impulsar la aplicación del precepto, una vez se den los dos requisitos esenciales, esto es, la práctica de pericial necesaria sobre los efectos fraudulentos, y el reflejo en diligencia que se extienda o en la pericial practicada de todos los datos relativos a la naturaleza, calidad o cantidad de los efectos que resulte necesario acreditar en el juicio oral. Cumplidos tales requisitos, los fiscales, si no se hubiera solicitado o acordado con anterioridad, deben solicitar en sus calificaciones, por medio de otrosí, la destrucción de los efectos intervenidos, sin perjuicio de dejar muestras suficientes.

preferentemente musicales y audiovisuales. Ello forzó y puso a prueba la acomodación de los tipos tradicionales al nuevo fenómeno de la puesta a disposición masiva en internet de obras y prestaciones con infracción de los derechos de propiedad intelectual de sus legítimos titulares.

En una supuesta línea de refuerzo de la acción estatal contra el fenómeno de la piratería, se pretendieron ubicar acciones administrativas como la aprobación, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de abril de 2005, del Plan Integral del Gobierno para la disminución y la eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad intelectual, del que se derivaron la constitución de una Comisión Intersectorial Antipiratería y, por excitación de aquél, la generación de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2006 sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial, documento de enorme trascendencia, cuyos criterios interpretativos tuvieron una incidencia decisiva en la generación de corrientes judiciales hasta el punto de que puede hablarse que determinó una nueva interpretación de algunos elementos esenciales del tipo básico del art. 270 CP con efectos de descriminalización de un buen número de conductas y un enorme potencial de neutralización de algunos instrumentos específicamente dirigidos a la protección frente a las vulneraciones en internet, que se implantaron en el plano civil mediante las Leyes 19/2006 y 23 de 2006, la primera en incorporación de la Directiva 2004/48/CE, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual.

Al tiempo de la aparición de la Circular proliferaban ya contemporáneamente negocios ilegales de puesta a disposición en la red de contenidos protegidos que fueron evolucionando hacia las modernas dinámicas comisivas de piratería digital concretadas en la acción concertada de conseguidores, uploupders, páginas de enlace y grandes cyberlockers.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, pese a que la problemática más intensa se planteaba ya sin lugar a dudas en el entorno de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información, no abordó ningún aspecto de modernización o adaptación de los tipos penales a la nuevas dinámicas comisivas, sino que, apelando a la debida proporcionalidad de la respuesta penológica, se limitó a atemperar el rigor de la punición, creando un tipo atenuado potestativo (castigado con pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días) para la distribución al por menor de copias fraudulentas en función

de las “características del culpable” y la obtención de un reducido beneficio económico (“de reducida cuantía” en la expresión legal), y degradando incluso a falta la infracción (art. 623.5 CP), si dicho beneficio no superaba los 400 €; si bien en ambos casos, la aplicación del subtipo atenuado y de la falta se condicionaron a que no concurriese ninguna de las circunstancias que sirven de base a la apreciación del subtipo agravado del art. 271 CP. Con ello, se introdujo un nuevo tratamiento de la venta al por menor, destinado a atenuar la respuesta penal especialmente en los casos del conocido nacionalmente como fenómeno del “top manta” que viene a ser la venta callejera, en mercadillos, de forma ambulante o itinerante, o en otros lugares concurridos, de copias ilícitas de películas o música en lo que afecta a derechos de autor y conexos se refiere o productos falsificados tales como ropa, relojes, perfumes, bolsos, gafas, carteras..., en lo que a propiedad industrial atañe (ya que paralelamente se introdujo un párrafo similar en el art. 274.2 CP). El Preámbulo de la L.O. 5/2010 justificó la decisión indicando que el agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial había evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia.

Ante la dimensión alcanzada por la piratería digital y la ingente vulneración de los derechos en internet, el legislador, presionado internacionalmente ante los escasos resultados ofrecidos por la Administración de Justicia y temeroso ante posibles restricciones a las exportaciones, decidió reaccionar mediante la introducción, por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, de un mecanismo de restablecimiento de la legalidad destinado a restaurar el orden jurídico perturbado mediante el que poder obtener la retirada de contenidos o la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información.

Pese a toda esta evolución, los tipos básicos y agravados de los arts. 270 y 271 CP en la situación normativa inmediatamente anterior<sup>127</sup> a la modificación operada por la Ley

---

<sup>127</sup> Recordemos, con el siguiente contenido:

Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, se mostraban particularmente inhábiles para afrontar los nuevos retos que planteaba la evolución tecnológica digital e internet, revelándose en su conformación tradicional con claras dificultades para dar respuesta a las nuevas dinámicas comisivas surgidas al socaire de tales progresos.

Sobre esta regulación ha incidido la **reforma de 2015**, introduciendo cambios sensibles que han transformado tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo de la figura base contemplada en el primer apartado del art. 270 CP y, lejos de detenerse en ello, ha implantado nuevas figuras y ha remodelado las preexistentes. Sólo el art. 272 CP ha permanecido invariable.

---

#### Artículo 270

1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

*“No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del art. 623.5.”*

2. *Será castigado 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, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.*

3. *Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga 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 o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.*

#### Artículo 271

*Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el 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 intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.*

En una primera visualización panorámica, las modificaciones más significativas respecto de la situación anterior podrían ser resumidas en el siguiente decálogo:

1.- El incremento punitivo en el nivel de las penas privativas de libertad imponibles, que en los tipos básicos pasan a poder llegar a prisión por cuatro años y en los tipos agravados pasan a oscilar entre un mínimo de dos años hasta un máximo de seis años de prisión. Otro tanto cabe observar en el nivel mínimo y máximo de las penas de multa en los subtipos agravados que pasan a oscilar entre 18 a 36 meses (arts. 270 y 271 CP).

2.- La sustitución, en el tipo subjetivo de la figura básica nuclear del art. 270.1 CP y las vinculadas del resto de los apartados del precepto, de la exigencia de “ánimo de lucro” por el nuevo requerimiento de “*ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*”.

3.- La ampliación del tipo objetivo en la figura base reseñada tanto del catálogo de comportamientos típicos (añadiendo a la mención de las conductas de plagio, reproducción, distribución y comunicación pública, la fórmula abierta a nuevas modalidades de comisión “*o de cualquier otro modo explote económicamente*”), como de la referencia al objeto de la acción prohibida que, según la nueva redacción, puede recaer sobre “obras y prestaciones”.

4.- La explícita criminalización de las conductas de facilitación del acceso o la localización en internet de obras y prestaciones protegidas (art. 270.2 CP), sin duda orientada a aclarar el tratamiento penal de las webs de enlaces.

5.- La específica previsión de medidas definitivas de retirada de las obras o prestaciones vulneradas, e incluso en los supuestos de difusión exclusiva o preponderante de contenidos protegidos a través de un portal de acceso a internet o un servicio de la sociedad de la información, de interrupción de la prestación del servicio y hasta el bloqueo -si bien como excepción- del acceso correspondiente (art. 270.3 CP), con la posibilidad de adopción de cualquier tipo de medidas cautelares en los mismos casos.

6.- La reformulación del tipo atenuado de distribución del anterior párrafo segundo del art. 270.1 CP y la desaparición de la falta del art. 623.5 CP en coherencia con uno de los ejes cruciales de la reforma, la supresión de las faltas, retomando la tradición previa a la reforma de la L.O. 5/2010 que consideró siempre delito cualquier infracción penal a los derechos de propiedad intelectual.

7.- La modificación del parámetro económico determinante tanto de la aplicación del tipo atenuado del párrafo segundo del apartado 4 del art. 270 CP, como del subtipo agravado de la letra a) del art. 271 CP, que, siguiendo la interpretación de la Circular FGE núm. 3/2010, pasa a ser el beneficio real o potencial (“el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener”), frente a la anterior alusión al “beneficio económico” sin más, que fue interpretado mayoritariamente como ganancia efectivamente alcanzada con la actividad ilícita.

8.- La ampliación y perfeccionamiento de los comportamientos punibles en relación con las medidas tecnológicas incorporadas o dispuestas para impedir, restringir o evitar las conductas prohibidas, o con los dispositivos tecnológicos utilizados para proteger las obras y prestaciones (letras c y d del apartado 5; y en apartado 6 del art. 270 CP).

9.- La ampliación de los referentes aplicativos de la circunstancia determinante del subtipo agravado por “especial gravedad de los hechos” del apartado b) del art. 271 CP, antes constituidos por el valor de los objetos producidos ilícitamente y la especial importancia de los perjuicios ocasionados; y ahora determinable en función, además, del “número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición”.

10.- La inclusión de estos delitos entre aquellos en los que el juez o tribunal ha de ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (art. 127 bis.1.f CP<sup>128</sup>).

A la vista de la nueva redacción de los arts. 270 y 271 CP<sup>129</sup> que introduce la reforma del Código Penal del 2015, no cabe duda de que el legislador ha pretendido

---

<sup>128</sup> El denominado “decomiso ampliado” introducido en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en cumplimiento a la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo; cuya reforma en 2015 se justifica en relación con la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Sobre el calado de las modificaciones introducidas en esta materia y sus repercusiones, en sólido comentario de urgencia, *Vid. passim*. VIDALES RODRÍGUEZ, C, “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, en obra en colaboración *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 391 a 414.

<sup>129</sup> Que se concreta en los siguientes términos:

---

Artículo 270:

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.

3. En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el Juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual.

Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.

4. En los supuestos a que se refiere el apartado primero, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días.

5. Serán castigados con las penas previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, quienes:

a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.

d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

6. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”.

Artículo 271.

“Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un



perfeccionar, intensificar, ampliar y reforzar la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual, saliendo al paso de buena parte de los problemas prácticos que se habían planteado en la aplicación de los tipos penales y procurando su acomodación a las nuevas dinámicas comisivas generadas en la era digital y el entorno de la red de redes.

En una primera valoración puede reafirmarse que a partir de estos cambios el diseño de la tutela penal se ha pretendido adaptar a las dinámicas comisivas que mayor impacto están teniendo actualmente en los derechos de propiedad intelectual y no cabe duda de que la experiencia aplicativa previa de los tipos y sus fracasos para adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos han estado en la raíz de la reforma.

Y, en cierto modo, las modificaciones efectuadas pueden valorarse en clave de reacción a cierta indulgencia y tolerancia que en buena parte de la denominada jurisprudencia menor se ha venido otorgando al fenómeno de la piratería, especialmente -aunque no exclusivamente- generada en el hábitat de internet. De hecho, algunos cambios, como se tendrá ocasión de justificar, están íntimamente relacionados con los razonamientos que se han manejado en muchas sentencias absolutorias como *ratio decidendi* de la apreciación de la atipicidad de los hechos.

La inserción de las modificaciones en el estado anterior permite conformar un nuevo diseño de la protección penal que se caracteriza por un claro designio de expansión en cuanto a su alcance objetivo y subjetivo.

Su definición conviene ser abordada examinando las consecuencias que ello conlleva para el bien jurídico protegido y la significación, contenido y alcance de los comportamientos y otros elementos típicos que ahora delimitan la nueva esfera de prohibición penal.

Ello servirá para concretar comparativamente los perfiles de las respectivas áreas de protección civil, administrativa y penal y sus correspondientes ilícitos.

---

*período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.*
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.*
- c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.”*

## II.2.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La identificación de cuál sea el interés concreto objeto de protección jurídica por los delitos relativos a la propiedad intelectual ha sido una cuestión controvertida desde el mismo inicio de la moderna configuración de estos delitos en la reforma de 1987 y ha venido oscilando al socaire del contenido de las sucesivas reformas que han operado sobre el perfil de estas figuras.

La posición que se sostenga al respecto no es en absoluto baladí por cuanto indudablemente la definición de la esfera de intervención penal y la interpretación de más de una de las cuestiones polémicas que puede suscitar y de hecho suscita la aplicación de los tipos y la integración de sus elementos normativos no puede perder de vista lo que realmente se trata de salvaguardar en el plano penal, pues incluso en las modalidades de peligro más extremas que contempla la regulación penal tras la reforma por la L.O. 1/2015 se han de satisfacer las exigencias de potencial ofensividad al bien jurídico protegido, de modo que si el comportamiento de base no las cumple ni siquiera podrá decirse que aquél ha sido puesto en peligro. De ahí la trascendencia de su identificación.

La discrepancia doctrinal sobre el bien jurídico protegido tiene su origen en la interpretación dada a la previsión definitoria de la propiedad intelectual que, también desde 1987<sup>130</sup>, contiene el art. 2 LPI, conforme a la cual *está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial*. Partiendo de la misma, puede decirse, sin dejar de ser consciente del empleo de una actitud en cierto modo reduccionista, que las opiniones doctrinales vinieron posicionándose en tesis personalistas, patrimonialistas o mixtas, según se mostraban partidarias de defender respectivamente las primeras que se protegían exclusiva o esencialmente las facultades morales o personales del derecho de autor; las segundas, que la tutela única o prioritaria se establecía respecto de las facultades patrimoniales; y las terceras, que la protección se imponía sin relación de jerarquía tanto de las facultades morales como de las patrimoniales<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Lo que encuentra fácil explicación en que -como es bien conocido y ya se ha destacado- la actual regulación de los delitos contra la Propiedad Intelectual arranca de la reforma integral simultánea llevada a cabo por la L.O. 6/1987, de 11 de noviembre, para el plano penal, y por la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual de misma fecha, para la materia jurídico-privada, constituyéndose ésta en el referente normativo con el que integrar cualquier cuestión sobre aquélla.

<sup>131</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “Los derechos de autor y conexos...”, *op.cit.*, págs. 803 a 857; LATORRE LATORRE, V., *Protección penal del...*, *op.cit.*, págs. 35 y ss.; GONZÁLEZ GÓMEZ,

La controversia venía favorecida notablemente en los primeros momentos por la inicial conformación de las figuras penales nacida de la reforma de 1987 que perduró hasta la aparición del nuevo Código Penal de 1995, suponiendo un cambio de gran calado sobre la situación precedente. Recordemos que ésta venía caracterizada en el Código Penal de 1944 por la ubicación del tipo en blanco del entonces art. 534 dentro de la Sección de las estafas y otros engaños, distinguiéndose por su configuración como “defraudación” de la propiedad intelectual y el establecimiento de la cuantía de la pena en función del perjuicio ocasionado, lo que llevó a una percepción claramente inclinada por la protección de intereses patrimoniales.

La posterior salida de este delito del lugar compartido con las estafas, su ubicación en una Sección propia, y la nueva redacción brindada por la reforma del Código Penal en 1963, asentándolo en la infracción intencionada de los derechos de autor y desconectando la determinación de la pena imponible del perjuicio, hizo que dicha reforma fuese valorada positivamente en la doctrina como superación de la “concepción mercantilista”, que se consideraba “con toda evidencia, insuficiente”, por cuanto no siempre la labor creadora se destinaba a fines lucrativos<sup>132</sup>; y ello generó una corriente doctrinal y jurisprudencial favorable al entendimiento de que la vertiente moral y patrimonial se protegían por igual<sup>133</sup>.

La nueva configuración de los delitos que trajo la reforma de 1987 abandonando la técnica del delito en blanco e implantando una descripción completa de los elementos esenciales de las conductas típicas, incorporó elementos aprovechables para todo tipo de posiciones sobre el bien jurídico protegido. Particularmente el interés se focalizó en la observación del tipo básico (534 bis a CP) como articulado en torno a un catálogo cerrado de cuatro conductas; y en que no se había establecido como componente subjetivo de dicho tipo básico el ánimo de lucro, sino que éste era contemplado como sustrato de un subtipo agravado de primer nivel junto a otros subtipos en los que, en el mismo plano punitivo, se reprimía la infracción de los derechos de divulgación del

---

A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, págs. 82 a 106; y más modernamente, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Tirant monografías 771, Valencia 2012, págs. 105 a 146. Para este último autor, la clasificación de estas teorías pasa por atribuir la calificación de personalistas y patrimonialistas en función respectivamente, de si la teoría mantiene que lo protegido es exclusivamente la vertiente moral o la vertiente patrimonial de los derechos de autor. Todas las demás serían mixtas, distinguiendo en su seno, entre las que dan idéntica primacía a ambas y las que consideran que se otorga principal o especial tutela a una de las vertientes.

<sup>132</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, *op.cit.*, pág.535.

<sup>133</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, nota 98, pág.107

autor; de usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución; y de modificación sustancial de la integridad de la obra sin autorización del autor.

La concepción exclusiva o preferentemente patrimonialista pudo mantenerse sobre la base de argumentos relativos a la ubicación sistemática y el hecho de que las conductas agravadas relativas a las facultades morales dependían para su aplicación de la previa realización de las conductas de explotación económica del tipo básico<sup>134</sup>.

La corriente personalista que sostenía la prioridad de la tutela de las facultades morales pudo basarse en la tipificación del plagio, la ausencia de ánimo de lucro en el tipo básico, que permitía el castigo de todas las conductas típicas sin fines lucrativos, y en la previsión de subtipos agravados asentados en la afección de aspectos personalistas de carácter no económico, e incluso en la disposición constitucional sobre la propiedad intelectual del art. 20.1.b CE<sup>135</sup>. En la medida en que la situación anterior se percibía caracterizaba por una criticable concepción mercantilista y un exceso de patrimonialización en detrimento de aspectos **no** económicos<sup>136</sup>, no cabe duda de que el contenido de la reforma y dicho precepto constitucional podían dar pábulo a interpretaciones en tal sentido. En el debate incidió, por tanto y no poco, la conexión que se estableció entre la propiedad intelectual y el derecho fundamental a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica que consagra el art. 20.1.b) de la Constitución<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> Vid. POLAINO NAVARRETE, M., “Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española” en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona* (Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain. San Sebastián, 1989, págs. 869 a 872; y GIMBERNAT ORDEIG, E., “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 arts. 13 y 15 del Código Penal)”, en *Estudios penales y criminológicos XV*, Santiago de Compostela, 1992, págs. 596 y 597.

<sup>135</sup> ROLDAN BARBERO, H. “Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, en *La Ley*, T.II, Madrid, 1988, págs. 912 a 922.

<sup>136</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos relativos a la propiedad intelectual”, en obra en colaboración *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Ed. Aranzadi, Navarra 1996, pág. 1215.

<sup>137</sup> Sin embargo, con GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.* págs. 68 y ss., creo que hay que compartir que el problema de la constitucionalidad de la propiedad intelectual y el de la determinación del bien jurídico tutelado por los arts. 270 y ss. del CP son cuestiones relacionadas, pero no es conveniente confundirlas ni sobrevalorar las consecuencias de la primera en el campo del Derecho Penal. Sobre la ubicación constitucional más coherente para los derechos de propiedad intelectual que proporciona el art. 33 CE, como aspecto peculiar del genérico derecho a la propiedad privada, Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los derechos de autor y conexos...”, *op.cit.*, págs. 803 a 857; LATORRE,

Las posturas mixtas podían basarse en la protección penal tanto de facultades personales como patrimoniales que contemplaban los tipos y las interacciones que se daban entre ambas clases de potestades<sup>138</sup>.

El nuevo Código Penal de 1995 mantuvo buena parte de la sustancia de la reforma de 1987, pero introdujo cambios decisivos con clara incidencia en este tema. Sin entrar en mayor detalle sobre los argumentos de sostén de cada una de las posturas mantenidas bajo la nueva situación, lo interesante a destacar es que la nueva regulación introducida, en mi opinión<sup>139</sup>, simplificó y clarificó la cuestión, pudiendo ser interpretada sin mucho esfuerzo como una toma de postura del legislador en favor de -o confirmando- las tesis patrimonialistas<sup>140</sup>, en la medida en que se otorgó protección preferente a los intereses de esta naturaleza. Así se desprendía no sólo del hecho de fijar la ubicación sistemática entre los *delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico* (nueva rúbrica del Título XIII sustitutiva de la referencia a los delitos contra la propiedad), sino muy especialmente de las exigencias en el tipo básico de la necesaria concurrencia del *ánimo de lucro* y de que la actuación se ejecutase *en perjuicio de tercero*, así como de la desaparición de los subtipos agravados de corte moral y personalista de los apartados b), c) y d) del derogado art. 534 bis b)-1 del antiguo Código Penal, quedando únicamente dos subtipos agravados determinados por la especial trascendencia económica del beneficio obtenido y la especial gravedad del daño ocasionado.

Asimismo, el sometimiento de la perseguibilidad de estos delitos en el Código de 1995 al régimen de denuncia previa del agraviado o de su representante legal salvo que la comisión del delito afectase a los intereses generales o a una pluralidad de personas, a mi juicio, supuso una opción en favor de un entendimiento de protección preferente a intereses patrimoniales individuales.

---

LATORRE, V. *Protección penal...*, *op.cit.*, págs. 35 y ss.; GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, págs. 82 a 106.

<sup>138</sup> Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los derechos de autor y conexos...”, *op.cit.*, págs. 803 a 857; LATORRE LATORRE, V. *Protección penal...*, *op.cit.*, págs. 126 a 131.

<sup>139</sup> Como ya sostuve en su momento, Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos a la propiedad intelectual: análisis de los arts. 270 a 272 del Código Penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, T. VIII, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia), Madrid 1998, pág. 33.

<sup>140</sup> Como afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 30, núm. 88, 2009, p. 97 y 98. Para este autor, el CP de 1995 optó por una configuración de carácter netamente patrimonial de estos delitos de modo que las facetas personales o morales de la propiedad intelectual “sólo se protegen en la medida en que su vulneración posea trascendencia económica”.

Ninguno de los cambios sustantivos introducidos por la reforma de 2003 (incremento punitivo, la remodelación de los tipos de los números 2 y 3 del art. 270, la adición de nuevos subtipos agravados o el retoque producido sobre los preexistentes), puede valorarse como un cambio sobre la situación precedente a no ser precisamente para reforzar el carácter patrimonialista por la introducción del castigo de la importación de ejemplares lícitos. Únicamente pudiera apreciarse como un valor añadido la transformación del régimen a la persecución de oficio en todo caso, en la medida en que marca, a mi entender, la consideración de la presencia de intereses colectivos, generales y supraindividuales en la tutela de la propiedad intelectual<sup>141</sup>.

La reforma de 2010 se limitó a establecer un nuevo tipo atenuado para la distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico y una falta complementaria para cuando éste no fuese superior a 400 €, enfatizando la presencia de facultades patrimoniales objeto de protección en el conjunto de los tipos establecidos, por lo que en dicha medida puede valorarse como un reforzamiento de la opción tomada en 1995.

Con estos antecedentes, la reforma operada en estos delitos a través de la L.O. 1/2015 ha acentuado más si cabe, en mi opinión, el carácter exclusiva o eminentemente patrimonial del interés jurídico protegido, sobre todo si se tiene en cuenta la nueva fórmula que se emplea en el tipo básico nuclear del apartado 1 del art. 270 CP que castiga a “*el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente*” obras y prestaciones, con lo que la fórmula legal penal se aproxima extraordinariamente al contenido del art. 17 LPI, relativo al “Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades”.

A mi juicio, el empleo de la fórmula abierta que se añade a las cuatro conductas del anterior catálogo cerrado (“*o de cualquier otro modo explote económicamente*”), permite aseverar sin ninguna duda que se protege la vertiente patrimonial de la propiedad intelectual incluso con carácter exclusivo, puesto que la referenciación del

---

<sup>141</sup> La cuestión es discutible y discutida. No faltan autores, como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, M., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 98, que tras esta reforma siguen considerando que el bien jurídico posee naturaleza individual -lo que se lesionan son los derechos individuales de los titulares de la propiedad intelectual- frente al sector doctrinal minoritario que ha visto protegidos intereses socioeconómicos supraindividuales, ello sin perjuicio de reconocer la trascendencia socioeconómica creciente de estos delitos.

adverbio “económicamente” al verbo nuclear “explote”, por el sentido de éste y por su potencial omnicomprendido respecto del resto de los comportamientos típicos expresamente mencionados con anterioridad, revela bien a las claras la consideración del legislador de las precedentes conductas como *modalidades de explotación económica*, y las reprocha penalmente en cuanto tales, de modo que el referente de protección jurídica cabe ser identificado como el *derecho exclusivo de explotación y sus modalidades*, a las que se refiere el mencionado art. 17 LPI.

En cuanto al plagio<sup>142</sup>, si ya desde 1995 podía mantenerse que exclusivamente se protegía en su *dimensión patrimonial*, en la medida que sólo realizado con ánimo de lucro podía posibilitar la condena por el art. 270.1 CP, la reforma de 2015 permite aseverar que tal proceder -únicamente reprehensible ahora desde la perspectiva penal si concurre ánimo de obtener un beneficio económico<sup>143</sup>- es contemplado y castigado a la postre como una modalidad más que afecta a la *explotación económica de las obras*, y en la medida que pueda considerarse como forma de utilización o aprovechamiento patrimonial. La protección de la facultad moral en todo caso se producirá indirectamente<sup>144</sup> por la íntima vinculación existente con su sustrato personal, pero como consecuencia necesaria de la protección que se dispensa frente a su aprovechamiento económico y de modo adherido e incluso supeditado a ello.

Dicha argumentación se sumaría a las apoyaturas tradicionalmente manejadas en la doctrina para propugnar las tesis patrimonialistas, entre las que han solido ser esgrimidas la ubicación sistemática entre los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, así como argumentos de naturaleza cuantitativa (el mayor número de conductas típicas referidas a facultades patrimoniales), y/o cualitativa (la exigencia de ánimo de lucro y actuación en perjuicio de tercero; la desaparición de subtipos agravados de tenor personalista; el incremento de conductas patrimoniales -sobre todo de distribución o comercialización- en el conjunto de los tipos; o la esencia de las conductas típicas -incluido el plagio por la exigencia de ánimo de lucro- como

---

<sup>142</sup> Conducta -como es sabido- no mencionada en la LPI y tan sólo relacionada con el derecho al reconocimiento sobre la paternidad de la obra.

<sup>143</sup> En este concreto aspecto, la sustitución del ánimo de lucro por el beneficio económico no sería mayormente relevante sin perjuicio de suponer una nomenclatura aún más evidente del interés que constituye el objeto de protección.

<sup>144</sup> Como bien precisó, bajo el CP de 1995, GONZALEZ RUS, J.J., “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, en *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje al Profesor Dr. Ángel Torío López. Dir. ROMEO CASABONA, C.M., Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 759.

supuestos de ejercicio no consentido de los derechos patrimoniales a los que se refiere el art. 2 LPI<sup>145</sup>).

En definitiva, por tanto, debe concluirse entonces que el legislador, en definición de sus potestades político-criminales, ha optado por configurar tanto el tipo básico como los subtipos agravados atendiendo a la prioritaria protección de las facultades o derechos patrimoniales de la propiedad intelectual (ya todas frente al anterior número limitado de ellas en la situación precedente a la reforma de 2015), y, sólo de manera indirecta o secundaria, la tutela puede -subordinada o supeditadamente- extender sus efectos respecto de alguna facultad de tinte moral o personal.

Se protege inmediatamente, pues, el derecho exclusivo de los legítimos titulares a la explotación económica de la obra o prestación en todas sus modalidades.

Sin embargo, no considero que la tutela penal de la propiedad intelectual pueda ni deba detenerse ahí, pues los intereses supraindividuales y colectivos que resultan involucrados en la fenomenología vulneradora que conlleva el ejercicio in consentido de las conductas típicas dotan a aquélla de una dimensión socioeconómica de mayor alcance.

De lo expuesto con ocasión de tratar los fundamentos de la protección supranacional e internacional y de los documentos e instrumentos que la encarnan se desprende que aparecen implicados intereses generales o colectivos que trascienden la dimensión puramente privada y patrimonial del objeto de protección en estos delitos por hallarse estrechamente relacionados con las condiciones de desarrollo económico y leal competencia en el marco nacional y mundial. Particularmente, el hecho de que en el marco OMC sean los Estados -y no los individuos o empresas- quienes puedan reclamar a otros Estados el cumplimiento de las obligaciones de tutela de la propiedad intelectual resulta altamente indicativo de la presencia de intereses generales dignos de protección. No cabe duda, como se subrayaba entonces, de que la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, en las coordenadas y con la intensidad con que se presenta la piratería en la actualidad, tiene un impacto devastador no sólo para los intereses jurídico-privados, sino también en los intereses públicos colectivos, con incidencia directa en pérdida de tejido industrial, empleos, cotizaciones a la Seguridad Social,

---

<sup>145</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal*, *op.cit.*, págs. 138 y 139.



tributos, salarios y poder adquisitivo de los ciudadanos, lo que repercute negativamente en el nivel del consumo, la economía, la competitividad, el mercado interior y el comercio exterior, generando un efecto dominó de empobrecimiento de la calidad y nivel de vida de todos los ciudadanos<sup>146</sup>. La merma de ingresos para el erario público supone disponer de menos recursos para dedicar a asistencia social, hospitales, escuelas, y, en general, todo tipo de servicios públicos. En definitiva -como ya se dijo-, menos recursos para sostener el Estado del Bienestar, y ello no ha pasado desapercibido al legislador.

El propio restablecimiento de la persecución pública de oficio respecto de estos delitos en la reforma de 2003, que se ha mantenido tras las reformas de 2010 y 2015<sup>147</sup>, revela, a mi juicio, en unión de la continua línea de reforzamiento de los instrumentos normativos de intervención penal en las sucesivas reformas habidas desde 1987, una conciencia clara en el legislador sobre la dimensión ultradomínical de los intereses económicos a proteger que se sumaría pluralmente a la protección de lo individual.

De alguna manera, estos aspectos relativos a la afección de intereses dignos de tutela que van más allá de los puramente patrimoniales de carácter individual están comenzando a ser percibidos en nuestra jurisprudencia menor. Como muestra de ello baste citar una sentencia en cierto modo emblemática en el tratamiento penal de la actividad de proporcionar enlaces en internet: la SAP Castellón, de 12 de noviembre de 2014 (FJ 3º. punto 3), que en el caso “Bajatetodo”, señala literalmente que *“En esta materia se viene considerando que el perjuicio más importante que se produce como consecuencia de las conductas descritas en el artículo 270 suele estar vinculado con actividades más complejas, desarrolladas con infraestructuras más perfeccionadas (SAP de Madrid de 27-5-2002). Tiene un bien jurídico plural porque se perjudica no solo a los titulares del derecho de propiedad intelectual sino también a la industria*

---

<sup>146</sup> Sean o no -como es más habitual- conscientes de ello. De ahí que la tolerancia social y de las autoridades implicadas en la persecución constituya un factor de distorsión altamente arriesgado con repercusiones negativas de enorme calado para la economía, el mercado y la competencia. Al respecto comparto las atinadas apreciaciones sobre el bien jurídico protegido y los intereses implicados en la tutela de la propiedad intelectual efectuadas por GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Tirant monografías 851, Valencia, 2012, págs. 74 a 79.

<sup>147</sup> Por más que en la dinámica práctica de fuerzas policiales y operadores jurídicos del sistema penal no suelen ser las actuaciones de oficio las que dan lugar y ponen en marcha los procedimientos penales, tal y como se tratará más adelante.

*correspondiente, los intereses fiscales de Hacienda -que no obtiene determinada recaudación que razonablemente había de percibir- y los intereses de los consumidores -que no tienen asegurada la calidad del producto adquirido- (SAP de Madrid de 23-3-2004 )”.*

No puede sino destacarse el alto nivel de exigencia que impone el hecho de que la protección de la propiedad intelectual esté contemplada, con carácter vinculante, en el art. 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dentro de su Capítulo II, dedicado a las “Libertades”, que representa la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea y donde se reafirman dichos derechos con el objetivo -según explicita su Preámbulo- de atender, mediante su presencia en la Carta, a la necesidad de “*reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*”.

En lo dicho cabría, por ello, sustentar la afirmación de que la propiedad intelectual constituye también un bien jurídico de notable trascendencia para la colectividad social y, por ello, digno de protección también desde la perspectiva del interés general.

### **II.3.- ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS PUNIBLES.**

Los comportamientos típicos básicos están recogidos en el art. 270 CP, trazándose la protección a partir de un tipo nuclear que funciona como referente (apartado 1) y otras cuatro modalidades típicas básicas (apartados 2, 4, 5 y 6) vinculadas con la esfera de prohibición del anterior en relación de especialidad, atenuación o anticipación ejecutiva.

La estructura en seis apartados implantada por la reforma de 2015 en este precepto responde al siguiente esquema:

El primer apartado del art. 270 CP viene a recoger el tipo básico nuclear que ha venido constituyendo la base del diseño de la tutela penal establecida desde 1987, pero ha sido objeto de modificaciones sustanciales tanto en su tipo subjetivo como objetivo, que acaban siendo determinantes, en uno u otro modo, del sentido y alcance del resto de las categorías penales en la medida en que contiene elementos que son comunes al resto de las modalidades típicas.

El segundo apartado del art. 270 CP contiene la mayor novedad de la reforma pues supone una modalidad típica de nuevo cuño orientada a acometer la problemática suscitada en el tratamiento de las webs de enlaces mediante el castigo de las conductas de facilitación del acceso y localización en internet de obras y prestaciones protegidas.

El tercer apartado del precepto no contiene un tipo sino medidas de distinta naturaleza a adoptar por el Juez penal para poner fin a la actividad delictiva y evitar la perpetuación de sus efectos y el perjuicio para los titulares de los derechos que se derivaría de la continuidad y persistencia de la infracción en los supuestos de los delitos de los dos apartados precedentes.

El cuarto apartado del art. 270 CP contiene un tipo atenuado -claramente heredero del establecido en la reforma del Código Penal por L.O. 5/2010- para los supuestos de distribución ambulante o meramente ocasional de obras y prestaciones, que tiene la virtualidad de convertirse en un subtipo de mayor privilegio atenuatorio en función de las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener.

El quinto apartado del art. 270 CP dispone una serie de comportamientos típicos que en sus letras a) y b) se refieren a las conductas de exportación, almacenamiento e importación; y en sus letras c) y d) criminalizan conductas relativas a la eliminación, modificación o elusión de las llamadas “medidas tecnológicas de protección”. En general se trata de actos preparatorios de las conductas mencionadas en los apartados 1, 2 y 4 del propio art. 270 CP.

Finalmente, el sexto apartado del art. 270 CP contiene un tipo destinado a castigar comportamientos preparatorios orientados a la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador, obras, interpretaciones y ejecuciones protegidas.

En una primera valoración puede afirmarse que el diseño que ha animado la entidad de los cambios operados en virtud de la reforma de 2015 es claramente expansivo del alcance de la esfera de protección penal de la propiedad intelectual. Las modificaciones introducidas presentan el denominador común de ir preferentemente dirigidas a ampliar el ámbito típico de la intervención jurídico-penal y, en consecuencia, posibilitar el tratamiento como ilícito penal de conductas cuya tipicidad ha sido cuestionada en buena

parte de las decisiones judiciales recaídas, sobre todo en relación con la problemática de adaptación de los tipos anteriormente vigentes a las nuevas dinámicas y tipologías comisivas surgidas de la evolución tecnológica en el entorno de internet.

La observación de la nueva regulación revela que se continúa en la línea de descripción completa de los tipos que impuso la reforma de 1987, de manera que se satisfacen suficientemente las exigencias del principio de legalidad (art. 25.1 CE) y las necesidades de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en la medida en que se contiene el núcleo esencial de los comportamientos punibles, delimitando suficientemente tanto los supuestos de hecho, como sus consecuencias jurídicas, las sanciones penales imponibles.

Sin embargo, ello no significa la desvinculación de las normas penales respecto de la normativa extrapenal jurídico-privada y administrativa en la materia objeto de protección. El modelo descriptivo remitivo externo y dinámico imperante desde 1987 permanece.

Por consiguiente, no se ha modificado, ni probablemente puede modificarse, la característica sustancial de estos ilícitos penales: su extrema dependencia conceptual respecto de la normativa extrapenal de la propiedad intelectual. Se pueda inferir que en realidad sólo existe un relativo abandono de la técnica del tipo en blanco, o se mantenga -en posición que comparto- que, aunque se está ante tipos penales completos, éstos están plagados de elementos normativos<sup>148</sup>, lo cierto es que permanece la necesidad y obligación de efectuar la interpretación, integración y aplicación de los tipos penales recurriendo constantemente a la regulación jurídico-privada y, en algunos casos, administrativa.

En definitiva, la normativa extrapenal predetermina en gran medida la significación del núcleo de los comportamientos típicos expresados en la norma penal y, en general, las posibilidades de intervención y tutela penal.

---

<sup>148</sup> Las decisiones judiciales no son unánimes en este particular. La STS de 19 de mayo de 2001 se decanta por esta consideración al significar que el artículo 270 CP “no constituye una norma penal en blanco, sino un complejo punitivo integrado por varios elementos normativos que es necesario precisar, en cada caso, acudiendo al auxilio de los técnicos y de los diversos preceptos que regulan, en el campo civil y administrativo, la propiedad intelectual y el derecho de las comunicaciones”. En el mismo sentido se pronunció la SAP de Córdoba de 12 de junio de 2002, pero la SAP Zaragoza de 26 de diciembre de 2000 califica el tipo como norma penal en blanco.

Naturalmente, sin embargo, no cabe olvidar que el Derecho Penal es un derecho subsidiario, fragmentario y basado en el principio de intervención mínima. La subsidiariedad del Derecho Penal no conlleva transferir de forma automática y completa el significado de conceptos o instituciones de otras ramas del ordenamiento jurídico; su valoración ha de hacerse al socaire de los principios que rigen el ordenamiento jurídico-penal, lo que también en esta materia debe conducir en determinados aspectos a una redefinición o revisión crítica de las consecuencias penales de la normativa, principios y procedimientos propios de la normativa extrapenal de referencia. La protección penal de la propiedad intelectual no puede ser, por ello, absolutamente equivalente a la tutela civil por cuanto es, por lo dicho, subsidiaria y fragmentaria respecto de la misma, razón por la que la interpretación a efectos penales de los conceptos propios de la legislación civil debe pasar por el tamiz, entre otros, del objeto de protección penal establecido por el legislador, teniendo en cuenta pues, muy especialmente, la naturaleza del bien o interés jurídicamente protegido por la normativa penal.

Muchas son las cuestiones que suscita la nueva regulación en orden a la fijación de los posibles sujetos activo y pasivo del delito, el objeto material de protección, los comportamientos típicos o los elementos propiamente subjetivos del tipo. Su análisis no puede efectuarse sin tener en cuenta que todos estos aspectos están estrechamente vinculados entre sí de modo que unos determinan el alcance de los otros y que interactúan bajo una fuerte dependencia de los componentes del esquema de protección civil esbozado supra, lo que obligará a profundizar en su singularidad.

Pese a interacciones que presentan, las diferencias entre unas y otras modalidades básicas aconsejan, sin embargo, proceder a su examen distinguiendo las diversas figuras típicas que se han pergeñado por obra de las modificaciones introducidas.

### II.3.1.- El tipo básico nuclear del art. 270.1 CP.

La reforma del Código Penal de 2015 ha introducido cambios muy significativos en el diseño del tipo básico que constituye referente, médula y base principal de la tutela penal de la propiedad intelectual desde las reformas de 1987 y 1995<sup>149</sup>.

La estructura del tipo nuclear sigue recordando la esencia de la configuración tradicionalmente otorgada a la figura desde el abandono de la técnica de la tipificación en blanco, pero las modificaciones introducidas en sus elementos subjetivos y objetivos son sustanciales<sup>150</sup>.

Básicamente, en la vertebración de la figura típica, pueden advertirse -por orden de aparición- tres novedades medulares: a) el reemplazo del requisito de presencia de “ánimo de lucro”, por la exigencia de concurrencia de “un ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”; b) la extensión del elenco de comportamientos típicos con la fórmula “o de cualquier otro modo explote económicamente” que abre el grupo de acciones típicas frente al precedente catálogo taxativo; y c) la ampliación de la referencia al objeto material con los términos “obras y prestaciones”.

Pero la renovación del tipo no se detiene en las consecuencias que directamente se desprenden de ellas, pues las tres en su conjunto presentan el potencial de generar derivaciones en relación con otros aspectos tales como el bien jurídico protegido<sup>151</sup> y la

---

<sup>149</sup> La nueva redacción del art. 270.1 CP pasa a ser la siguiente: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.”

<sup>150</sup> Aunque no han alcanzado los cambios de paradigma de alto calado que se plantearon en el trámite parlamentario y llegaron a ser objeto de aprobación por el pleno del Congreso el 2 de febrero de 1995 antes de su pase por el Senado, pues la conducta típica se definía castigando a “quien explote económicamente, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública” obras y prestaciones, lo que en mi opinión permitía acotar la exigencia de responsabilidad penal exclusivamente a quienes desarrollasen la conducta típica con los caracteres propios de una actividad comercial, algo que ya no queda tan claro, como se comentará, en la redacción aprobada.

categorización del sujeto activo y pasivo del delito.

Ello justifica alterar el orden lógico de análisis y autoriza a tratar dichas innovaciones con cierta prioridad a los elementos no modificados, precisamente porque su jerarquía predetermina el alcance del ámbito típico y, con ello, condiciona el recorrido objetivo y subjetivo de la tutela que se implanta. Sus efectos inciden no sólo en el tipo del apartado primero del art. 270 CP, sino en el resto de los tipos básicos que se establecen en este precepto, por cuanto las alteraciones efectuadas en el tipo nuclear base afectan a elementos que resultan comunes a todas las figuras típicas y porque éstas se encuentran íntimamente conectadas al mismo en unidad de sentido, compartiendo sujetos y objetos de protección, y, en algunos casos, incluso aparecen supeditadas a él.

Con objeto de proceder a una más ordenada delimitación de la esfera de protección penal, conviene abordar las innovaciones de naturaleza objetiva en orden inverso a su aparición en el precepto, ya que el primer paso para ello es conocer *qué se protege y frente a qué se protege*.

### **II.3.1.1.- El objeto material del delito: obras y prestaciones.**

El objeto sobre el que han de recaer las conductas prohibidas es identificado en el art. 270.1 CP como *“una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio”*.

La novedad introducida en la reforma estriba en la inclusión del término “prestación” en la expresión tradicionalmente utilizada para referirse al objeto material del delito desde la reforma de 1987<sup>152</sup>, y en ello cabe entrever un marcado designio de aclaración si no

---

<sup>151</sup> Aspecto anticipado ya en el capítulo anterior y que no precisa de reiteración.

<sup>152</sup> Aunque la inserción del término no puede calificarse de afortunada por las incorrecciones técnicas que suponen aplicar al término “prestación” la expresión calificativa de “literaria, artística o científica”, cuando ello sólo es predicable de las obras; e incluir la referencia a “interpretación o ejecución artística”, cuando ésta no es sino una modalidad más de “prestación” y el objetivo es proteger no sólo este tipo de prestaciones, sino también las producciones fonográficas y audiovisuales, las emisiones de radiodifusión y todas las demás prestaciones del Libro II LPI. Ambas faltas técnicas no fueron corregidas en la redacción final pese a haber sido denunciadas durante el trámite parlamentario a través de la enmienda de modificación planteada en el Senado por el Senador Martínez Oblanca del Grupo Mixto (con el número 3), que propuso una mejora técnica en la redacción conforme al siguiente texto: “Será castigado con la

de ampliación del objeto tanto de la acción como de la protección penal.

La protección típica ha quedado así extendida a las “obras y prestaciones”, algo que resulta más acorde con lo que constituye el objeto de protección de la propiedad intelectual conforme al conjunto de la normativa extrapenal.

En efecto, en la LPI no sólo se protegen los derechos de autor a los que dedica el Libro I y que tienen por objeto natural las denominadas “obras intelectuales”, sino que la normativa que contiene extiende su tutela a toda una serie de derechos conexos o afines que se reconocen en el Libro II, sobre lo que la propia Ley en diversas disposiciones de su Libro III denomina “prestaciones”. De hecho, las expresiones “obras o prestaciones” o incluso “obras y prestaciones protegidas” son empleadas conjuntamente en este Libro III, dedicado a la “*protección de los derechos reconocidos en esta Ley*”, dentro del Título I dedicado las “*Acciones y Procedimientos*”, con ocasión de referirse a las medidas de cese de la actividad ilícita, en los apartados e) y g) del art. 139.1 LPI; así como cuando en el seno del Título V, relativo a la “*Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos*”, se define el concepto de medida tecnológica en el apartado 3 del art. 160 LPI; se regulan los límites a la propiedad intelectual en relación con las medidas tecnológicas, en los apartados 1, 4 y 5 del art. 161 LPI; y se establece la protección de la gestión de derechos, en el apartado b) del número 1 del art. 162, y en el numeral 2 del art. 162, todos de la LPI.

Es importante destacar que esta protección, tanto civil como penal, sobre las obras y prestaciones se dispensa al margen de la inscripción registral, que carece de efectos constitutivos a diferencia de lo que ocurre con los derechos de propiedad industrial. La propiedad intelectual sobre las obras, conforme al art. 1 LPI, corresponde al autor por el mero hecho de su creación, y en esta materia, el art. 145 LPI contempla un régimen potestativo de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual cuyo único efecto es establecer una presunción *iuris tantum* de que los derechos inscritos existen y

---

pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, explote económicamente, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, o una prestación cualquiera protegida conforme al Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual, fijadas en cualquier tipo de soporte o comunicadas a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.



pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo<sup>153</sup>.

En cuanto a la delimitación precisa *qué son obras y qué constituyen prestaciones* amparadas por la tutela penal, su identificación ha de efectuarse, como una muestra más de la dependencia conceptual de estos tipos, en conexión directa con el contenido de la legislación jurídico-privada de la propiedad intelectual, de modo que la referencia típica “*obra o prestación*” ha de ser interpretada e integrada con la normativa que establece la LPI en relación con lo que constituye objeto de protección de la propiedad intelectual. Sin embargo, la LPI contiene normas que expresamente permiten una acotación de lo que han de considerarse o no “obras”, pero no hace lo mismo respecto de las “prestaciones”, término este último para cuya demarcación legal no hay preceptos específicos, de modo que a su preciso concepto sólo puede accederse recurriendo a la doctrina civilista.

#### II.3.1.1.a).- Concepto típico de “obra”.

En cuanto a qué debe entenderse por “*obra literaria, artística o científica, o su transformación*”, la LPI posibilita una delimitación positiva y negativa en las disposiciones en las que concreta qué es y qué no es objeto de la propiedad intelectual. Fundamentalmente, la regulación del objeto de la Propiedad Intelectual se efectúa en los arts. 10 a 13<sup>154</sup> LPI, siendo los preceptos de inmediata referencia, para fijar positivamente lo que constituye *obra literaria, artística o científica o su transformación*, los arts. 10 a 12, en unión del art. 21.1 LPI, aunque éste se ubique entre los preceptos dedicados a la regulación del contenido. Desde un prisma negativo, el art. 13 enumera qué no es objeto de propiedad intelectual.

El art. 10 LPI identifica como objeto de los derechos 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*”, y, a continuación especifica una relación no exhaustiva de lo que ha de considerarse como

---

<sup>153</sup> Apartado 3 del art. 145 LPI.

<sup>154</sup> Que constituyen el contenido del Capítulo II (“Objeto”) del Título II (“Sujeto, objeto y contenido”) del Libro I (“De los Derechos de Autor”) de la LPI.

tal<sup>155</sup> que tiene complemento en algunas otras disposiciones de la LPI en las que se contienen diseminadas referencias concretas a otro tipo de obras, como las radiofónicas (art. 94 LPI).

En esta definición deben destacarse especialmente las notas de originalidad y de expresión. El requisito esencial para que una creación sea considerada objeto de propiedad intelectual es el de la originalidad tanto en su vertiente subjetiva, en cuanto reflejo o derivación de la propia personalidad del autor creador como en su aspecto objetivo caracterizado por la novedad de la obra. Pero, además, es necesario que la creación original se exprese o exteriorice por cualquier procedimiento, medio o soporte, tangible o intangible, que permita su percepción, y es precisamente esta expresión la que es objeto de la protección que otorga la propiedad intelectual, de manera que las ideas no son en sí mismas objeto de tutela y sí sólo su plasmación por algún medio perceptible por los sentidos<sup>156</sup>, de forma que lo realmente protegido es la expresión de la idea.

El art. 11 LPI añade que también constituyen objeto de la propiedad intelectual, sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, las denominadas *obras derivadas*, esto es, las que constituyen *transformación* de una obra literaria, artística o científica<sup>157</sup>, concepto que -ex. art. 21.1 LPI- comprende su traducción, adaptación o cualquier otra modificación en su forma de la que resulte una obra diferente, para cuya

---

<sup>155</sup> “... 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.”

<sup>156</sup> Puede verse un interesante reconocimiento de estas notas en la STS (Sala de lo Civil) de 26 de octubre de 1992, conocida como la de las joyas “Carrera y Carrera”, y su comentario en RODRÍGUEZ TOQUERO Y RAMOS, P., “Propiedad Intelectual: su marco jurídico y organizativo en España”, en *Poder Judicial*, nº 43-44 (1996), págs. 11-32.

<sup>157</sup> Entre las que el art. 11 LPI incluye -de nuevo sin ánimo exhaustivo como resulta de la fórmula abierta con la que concluye la relación- las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

creación -conforme al art. 17 LPI y concordantes- es necesaria la autorización del titular de la obra originaria. También en esta clase de obras existe cierta originalidad, aunque naturalmente en mucha menor medida, pero lo más interesante a destacar es que se configuran como obra autónoma y como objeto de protección independiente de la propia obra originaria, de manera que se reconocen una serie de derechos a quien efectúa la transformación (por ejemplo, los establecidos en el art. 21.2 LPI), como es lógico siempre que se trate de transformaciones lícitas, únicas también a las que podrá dispensarse tutela penal.

Por otra parte, también son objeto de propiedad intelectual las colecciones de obras ajenas, de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos, a las que el art. 12.1 LPI en su vigente redacción considera así *en los términos del Libro I de la presente Ley*, si bien la protección va referida *únicamente a su estructura en cuanto forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos, no siendo extensiva a éstos*.

La precisión legal de lo que en ningún caso es objeto material de propiedad intelectual, mediante la expresa mención de exclusiones al mismo, se contiene en el art. 13 LPI, en el que se dispone que no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores.

#### II.3.1.1.b).- Concepto típico de “prestación”.

Por lo que respecta a qué deba entenderse por “prestación” protegida, lo cierto es que - como ya se ha dicho- no se encuentra en la LPI precepto alguno que nos proporcione una definición expresa, aunque se trata de un término que en varias de sus disposiciones es empleado, siempre junto con el de “obras” y en modo disyuntivo, para referirse a la comprensión de la totalidad del objeto sobre el que recae la protección que dispensa la propiedad intelectual.

Sin embargo, su concepto en la doctrina civilista es pacífico y viene referido a todo aquello sobre lo que se reconocen los “otros derechos de propiedad intelectual” a los que se refiere el Libro II de la LPI que resultan distintos de los derechos de autor sobre las obras intelectuales regulados en el Libro I del mismo cuerpo legal.

El trámite parlamentario y las enmiendas presentadas abundan en dicha consideración como revela la enmienda presentada en el Senado por el Senador Martínez Oblanca del Grupo Mixto, en la que, como mejora técnica, se proponía una redacción alternativa respecto del objeto material incluyendo a continuación de la referencia a la “obra literaria, artística o científica, o su transformación”, la fórmula “*o una prestación cualquiera protegida conforme al Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual*”, indicando en su justificación que no tenía sentido seguir aludiendo, como hace el texto vigente, a “su interpretación o ejecución artística”, porque “el objetivo es proteger no sólo estas prestaciones, sino también las producciones fonográficas y audiovisuales, las emisiones de radiodifusión y todas las demás prestaciones del Libro II LPI”.

En consecuencia, cabe incluir en su concepto, las ejecuciones o interpretaciones artísticas a las que innecesariamente hace referencia explícita el tipo (sobre las que se predicen los derechos establecidos en los arts. 105 a 113 LPI<sup>158</sup>); las producciones fonográficas (respecto de las que se otorgan derechos a los productores de fonogramas en los términos de los arts. 114 a 119 LPI<sup>159</sup>); las grabaciones audiovisuales (en relación con las que se asignan derechos a sus productores conforme a los arts. 120 a 125 LPI<sup>160</sup>); las emisiones o transmisiones (sobre las que se reconocen derechos a las entidades de radiodifusión de acuerdo con lo establecido en los arts. 126 a 127 LPI<sup>161</sup>); las meras fotografías (respecto de las que se atribuyen derechos<sup>162</sup>, si no alcanzan el carácter de obras, a quienes las hayan realizado, según dispone el art. 128 LPI); o incluso determinadas producciones editoriales (en relación a las cuales se arbitran derechos de

---

<sup>158</sup> Básicamente, derechos de fijación, reproducción, comunicación pública, distribución y algunos derechos morales.

<sup>159</sup> Derechos que son de reproducción, comunicación pública y distribución.

<sup>160</sup> Derechos de reproducción, comunicación, distribución y otros de explotación sobre las fotografías realizadas en el proceso de producción de las grabaciones audiovisuales.

<sup>161</sup> Derechos sobre la fijación de sus emisiones y transmisiones en cualquier soporte, reproducción, comunicación pública y distribución de las fijaciones, así como sobre la retransmisión de sus emisiones o retransmisiones.

<sup>162</sup> Derechos sobre la reproducción, distribución y comunicación pública de las mismas.

sus divulgadores y editores conforme a los artículos 129 y 130 LPI<sup>163</sup>).

Qué ha de tenerse por cada una de estas modalidades de prestación es algo que la propia LPI se encarga de definir en la mayoría de las ocasiones o puede deducirse directamente de la regulación que establece o de la normativa internacional o supranacional a la que se hizo referencia *supra* y de la que es claramente tributaria nuestra regulación nacional<sup>164</sup>. Así, conforme al art. 105 LPI, las actuaciones artísticas puede decirse que consisten en la representación o ejecución mediante lectura, canto, recitación, interpretación o de cualquier otra forma de una obra, asimilándose a las mismas las actividades de dirección de escena y dirección de orquesta. Como fonograma, ex. art. 114 LPI, ha de considerarse toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos. Por grabaciones audiovisuales, según dispone el art. 120 LPI, se entienden 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 art. 86 de la LPI. Emisiones y transmisiones, como se deduce del art. 20.2 LPI, son modalidades de producción y difusión alámbrica -por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento- o inalámbrica de signos, sonidos y/o imágenes, comprendiendo el concepto de emisión la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen. Por meras fotografías hay que entender las capturas de la realidad circundante por procedimiento fotográfico o similar que carecen de la suficiente originalidad, carácter artístico y altura creativa como para ser consideradas como obras, según se infiere de lo dispuesto en los arts. 10 y 128 LPI. De los arts. 129.1, 4, 26 y ss. LPI, se desprende que como obras inéditas en dominio público habrán de entenderse las no editadas, publicadas o exhibidas, bajo ningún medio, una vez rebasados los límites temporales de duración de los derechos de explotación. Obras no protegidas por disposiciones del Libro I de la LPI serían las que no entrarían en tal concepto por estar excluidas de tutela, por ejemplo, las referidas en el art. 13 LPI.

---

<sup>163</sup> Derechos que son de reproducción, distribución y comunicación pública. Si bien las mismas pueden considerarse más bien “obras” en el caso de las inéditas que estén en dominio público.

<sup>164</sup> De antiguo, especialmente, la Convención de Roma sobre protección de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión (1961); el Convenio para la protección de productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada (Ginebra, 1971); y el Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite (Bruselas, 1974); y en la era internet, el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT/TOIEFF, Ginebra 1996; y, una vez sea ratificado, el Tratado OMPI sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (TOIEA, Beijing, 2012).

A tenor de su concepto, la inclusión del término “prestación” en la referencia típica al objeto sobre el que ha de recaer los comportamientos típicos zanja cualquier polémica doctrinal sobre su alcance material. La mención anterior en exclusiva a la “interpretación o ejecución artística”, propia del texto vigente desde la reforma de 1987 hasta la reforma de 2015, había generado controversia sobre la extensión o no de la protección típica al resto de las actividades, aportaciones o producciones que no tienen carácter de obra y sobre las que simplemente se reconocen en el Libro II de la LPI derechos afines o conexos a los derechos de autor. Ello permitía cuestionar si alcanzaba a las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales, las emisiones y transmisiones, y las meras fotografías; y, por ende, se había generado una controversia sobre la posibilidad de tener a los titulares de los derechos conexos reconocidos sobre tales actividades y productos como sujetos pasivos del delito. Un sector doctrinal ha venido sosteniendo la atipicidad de las conductas contempladas en el tipo si iban referidas a “simples” grabaciones audiovisuales, “meras fotografías”, producciones editoriales o cualesquiera prestaciones que no mereciesen la consideración de obra, puesto que el tipo se refería exclusivamente como objeto de la tutela penal a las obras y a “su transformación, ejecución o interpretación”<sup>165</sup>. Incluso la distinta extensión del alcance del objeto protegido había sido esgrimida como un elemento delimitador más entre la intervención penal y civil<sup>166</sup>.

Para la Circular FGE 2/89 y otros autores, sin embargo, por el hecho de que sólo se hiciera alusión directa a las facultades de artistas intérpretes y ejecutantes, no había que *excluir al resto de las actividades y productos en los que se condensan las facultades reconocidas a los demás titulares de derechos conexos*, pues era posible *reconducir las actividades o producciones de los restantes titulares de derechos conexos* en la frase típica “*fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio*”, y más concretamente -por un lado- el fonograma, la grabación audiovisual, las meras fotografías y determinadas producciones editoriales tendrían perfecto acomodo como productos fijados en soporte, y -por otra parte- la emisión o transmisión de señales de

---

<sup>165</sup> *Vid.*, por todos, QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos relativos...”, *op.cit.*, pág. 1220, para quien no podrán incluirse por vía de interpretación “otros derechos de propiedad intelectual” que no se mencionan en el Código Penal, como son los productores de fonogramas y grabaciones audiovisuales, las fotografías y las denominadas producciones editoriales.

<sup>166</sup> GÓMEZ RIVERO, M.C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 1.

radiodifusión tendrían encuadre en la comunicación por cualquier medio<sup>167</sup>.

Tras la reforma de 2015, cabe considerar resuelta la cuestión, de modo que se haya ampliado efectivamente el objeto material, desde la perspectiva de los partidarios de la primera posición, o se haya certificado una aclaración sobre lo que ya era objeto de protección, lo cierto es que no cabe dudar de que el objeto material de la tutela penal y el objeto de protección en la normativa civil vienen a coincidir. Por consiguiente tanto las obras originales o derivadas sobre las que recaen derechos de autor en favor de sus creadores o cesionarios, como la totalidad de las actuaciones, aportaciones y producciones sobre las que se reconocen derechos conexos constituyen objeto material de las acciones típicas.

Una vez sentado lo anterior, conviene recalcar que obras y prestaciones no tienen que ir necesariamente vinculadas. Ello es así porque, con arreglo al art. 3.3 LPI, los derechos conexos o afines son compatibles, acumulables e independientes de los derechos de autor y, en consecuencia, las categorías que constituyen su objeto se protegen por sí mismas y de modo independiente. De todo ello se desprende que los derechos sobre las prestaciones son autónomos y pueden existir también al margen de la existencia de una obra o creación intelectual en sentido estricto, lo cual tiene una especial incidencia tanto en lo que respecta a las grabaciones audiovisuales, que son objeto de tutela en la normativa civil independientemente de que sean o no calificables como obra audiovisual de acuerdo con los arts. 10.d), 86 y 120.1 LPI); como en lo que se refiere, sobre todo, a las emisiones y transmisiones sobre las que las entidades de radiodifusión ostentan derechos exclusivos relativos a su fijación, reproducción, puesta a disposición, retransmisión, comunicación pública y distribución.

La consecuencia práctica inmediata es que entre las producciones o prestaciones protegidas no cabe duda de que están incluidas las emisiones y transmisiones de un evento deportivo, tales como un partido de fútbol, baloncesto, tenis o similar que podrán ser objeto material de las conductas típicas. Y, a partir de ello, los titulares de los derechos sobre las mismas podrán ser tenidos como sujetos pasivos del delito del apartado 1 y del resto de las figuras delictivas básicas y agravadas que son

---

<sup>167</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, op.cit., págs. 160 y 161.

contempladas en los arts. 270 y 271 CP.

De hecho, quizás la acogida indubitada en el objeto material de protección de las emisiones, transmisiones y retransmisiones de eventos deportivos, sea el motivo práctico primordial que ha llevado al legislador a la referencia explícita de las “prestaciones” en el texto típico, por más que el caso más importante que judicialmente se ha incoado en referencia a la comunicación pública de retransmisiones de eventos deportivos, que fue el seguido contra la página web “rojadirecta” fuese sobreseído y archivado, mediante el Auto de la AP (Sección 1ª) de Madrid de 27 de abril de 2010, no en razón de la atipicidad del objeto de protección por constituir “prestación” y no obra, sino por razones relativas a la atipicidad de la conducta al no alojar los contenidos y faltar, en opinión del órgano judicial, el ánimo de lucro -al derivarse el beneficio de la remuneración indirecta de publicidad-, y resultar prácticamente inviable la acreditación del perjuicio de tercero, tal y como se afirmaba por el órgano judicial apelando y reproduciendo los términos del precedente Auto de la Audiencia Provincial (Sección 5ª) de Madrid sobre una página ([www.tvmix.net](http://www.tvmix.net)) que también facilitaba enlaces para ver partidos de fútbol emitidos en el extranjero.

En cualquier caso, en cada supuesto práctico concreto, al igual que se verá que ha de hacerse respecto de la delimitación de los sujetos pasivos, la determinación del objeto material de protección del tipo penal debe coherenciarse y ponerse en conexión con las conductas típicas, y, aunque parezca obvio, es preciso resaltar que sólo cuando sobre estos objetos y aquellos sujetos recaiga un comportamiento típico estaremos ante un delito relativo a la Propiedad Intelectual, lo que enlaza con el análisis que ha de efectuarse acto seguido.

### **II.3.1.2.- Los comportamientos típicos: reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente o explotar económicamente de cualquier otro modo.**

La nueva fórmula legal introducida en el art. 270.1 CP por la reforma de 2015 identifica las acciones típicas con los términos “*reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente*”, conductas que han de recaer sobre el objeto material del delito, esto es, las obras y prestaciones, total o



parcialmente (“*en todo o en parte*”).

Frente a la regulación anterior, que recogía un catálogo cerrado o taxativo de comportamientos típicos, la muy trascendente novedad estriba en que a las cuatro conductas tradicionalmente contempladas desde la reforma de 1987 (reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente) se ha añadido una cláusula de cierre de naturaleza abierta que amplía el espectro y alcance de la prohibición penal a cualesquiera acciones que supongan explotar económicamente, de cualquier otro modo, una obra o prestación protegida.

La determinación, la integración y la interpretación de las conductas descritas en el tipo habrá de hacerse necesariamente acudiendo a la normativa jurídico-privada, y más precisamente, poniéndolas en relación con el extenso elenco de derechos reconocidos a los titulares que integran el contenido de la propiedad intelectual y el catálogo de conductas ilícitas que cabe inferir del mismo según lo contempla la LPI (particularmente, en el art. 2 y el Capítulo III del Título III de su Libro II, arts. 14 a 25 para los derechos de autor, y en las previsiones específicamente establecidas en el Libro II, arts. 105 a 129 para los derechos conexos), sin dejar de tener bien presentes los límites materiales que establece la misma (muy especialmente los previstos con carácter general para los derechos de autor en el Capítulo II del Título III de su Libro I que contiene los arts. 31 a 40 y otros específicos que se añaden en disposiciones como los arts. 34, 88, 100 y 161) y las reglas relativas a su duración y cómputo (que con carácter general se prevén en el Capítulo I del mismo Título y Libro, en los arts. 26 a 30, y que específicamente se establecen para los derechos conexos en los arts. 112, 119, 125, 127 y 128<sup>168</sup>).

Así lo obliga la consabida dependencia conceptual del tipo de la normativa extrapenal, puesto que no cabe duda de que, pese a que se abandonó desde 1987 la técnica de la norma penal en blanco, los verbos nucleares en los que se expresan las acciones típicas

---

<sup>168</sup> Recordemos que armonizados comunitariamente en toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento -art. 26 y 98 LPI-, 50 años respecto de los derechos reconocidos a los artistas intérpretes o ejecutantes -art.112 LPI-, a productores de fonogramas -art. 119 LPI-, a productores de grabaciones audiovisuales -art.125 LPI- y a entidades de radiodifusión - art. 127 LPI-; y 25 años para el realizador de fotografías -art. 128 LPI- y para el editor de obras inéditas del dominio público y obras no protegidas -art. 130 LPI-.

reflejan términos de indudable carácter normativo cuya conexión dinámica con la regulación externa al Código Penal en la que se establece la protección del bien jurídicamente protegido es ineludible. Y en dicha medida determinar su alcance y delimitar su ámbito no es posible sin acudir a las disposiciones que específicamente constituyen su referente normativo.

Si así se hace, la primera observación que puede efectuarse es que si bien el legislador penal tipifica conductas que afectan al contenido de la propiedad intelectual, esto es, a las facultades y derechos que la integran, no todo el contenido reconocido en la normativa jurídico-privada es objeto de protección penal, lo cual es perfectamente conforme con el carácter fragmentario y subsidiario de la intervención criminal.

La realidad de tal afirmación puede comprobarse sin esfuerzo si, partiendo de la declaración del artículo 2 de la LPI -“*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial ...*” -, acudimos al Capítulo III del Título II del Libro I, referido al contenido de los derechos de autor, y reparamos en las disposiciones de la Sección 1ª, relativas al derecho moral (especialmente en el art. 14 LPI), y en los preceptos de la Sección 2ª, referentes a los derechos de explotación ( arts. 17 y ss.).

Por de pronto, el término plagio ni siquiera aparece en la regulación de la LPI dedicada a la exposición del contenido de los derechos morales, aunque ciertamente puede relacionarse con el apartado tercero del art. 14 LPI, referido al irrenunciable e inalienable derecho a exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra -e incluso con un derecho similar que se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 113 LPI respecto de sus actuaciones- y, como enseguida se tratará, hasta su propia definición se revela problemática.

En cualquier caso, el resto de los derechos y facultades morales contempladas en el art. 14 LPI (decidir sobre si la obra ha de ser divulgada, en qué forma y bajo qué nombre, con pseudónimo, o anónimamente; exigir el respeto a la integridad de la obra; modificarla; retirarla o acceder al ejemplar único para ejercitar el derecho de divulgación u otro que le corresponda) y las conductas que las contravienen no están

contemplados en la protección penal, de modo que éstas sólo implicarían un ilícito civil.

De manera más correlativa con la normativa civil, aunque no totalmente, se articulaba hasta la reforma de 2015 la protección penal de las facultades patrimoniales otorgada a través de la tipificación de las conductas de reproducción, distribución y comunicación pública, pues en relación a las diversas modalidades del derecho de explotación mencionadas en el art. 17 de la LPI<sup>169</sup> y reguladas con carácter general en los artículos siguientes del referido Capítulo III, la falta de concordancia claramente se observaba respecto de los derechos relativos a la transformación y a los supuestos de explotación “en cualquier otra forma”<sup>170</sup>.

En efecto, pese a que la defectuosa técnica legislativa empleada había venido provocando cierta confusión dando pie a que la Circular FGE 2/89, un importante sector doctrinal<sup>171</sup> e incluso algunas resoluciones judiciales<sup>172</sup> hayan considerado que la transformación, interpretación o ejecución artística referidas en el precepto no forman parte del objeto material del delito, sino que constituyen otras tantas conductas típicas, junto a la reproducción, el plagio, la distribución o comunicación pública, lo cierto es que esta interpretación no podía sostenerse por varias razones<sup>173</sup>: en primer lugar, porque el legislador se sirve siempre de verbos para tipificar las conductas, mientras que los términos transformación, interpretación o ejecución son sustantivos, que es lo que normalmente utiliza para designar el objeto de tutela; en segundo término porque, además, en el segundo párrafo del art. 270 CP se describían una serie de acciones (importar, exportar o almacenar) que tienen por objeto *ejemplares de dichas obras, producciones o ejecuciones*, refiriéndose a las del párrafo primero, de modo de que por coherencia sistemática debían ser objeto material también del primer párrafo de dicho precepto; finalmente porque de interpretarse que se castiga al que efectúa la

---

<sup>169</sup> En cuanto este precepto dispone que: “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”.

<sup>170</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos...”, *op.cit.*, págs. 43 y 44.

<sup>171</sup> Entre ellos, ROMEO CASABONA, C.M., “La protección penal del software en el derecho penal”, en *Actualidad Penal*, Tomo II, Madrid, 1988, págs. 1836 y 1838.

<sup>172</sup> SAP de Zaragoza de 22 de octubre de 1991 que, referida naturalmente al art. 534 bis a) entendió que el tipo sancionaba a quien intencionadamente reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, o efectuare su transformación o una interpretación o ejecución artística. Y antes, en un sentido similar la STS de 13 de octubre de 1988.

<sup>173</sup> GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales*. CGPJ, Madrid, 1995, pág. 223.

transformación, interpretación o ejecución artística de la obra original sin la autorización de su titular, quedarían al margen de la protección penal los derechos de los creadores de obras derivadas que son objetos de tutela autónoma.

En suma, aunque no se advertían razones político-criminales de peso para excluir de la protección penal la transformación de la obra original sin la autorización de su titular, lo cierto es que hay que concluir que consciente<sup>174</sup> o inconscientemente<sup>175</sup> esta conducta no tenía encuadre en la estructura típica de los delitos contra la propiedad intelectual<sup>176</sup>, ni siquiera incluyéndola como se ha pretendido<sup>177</sup> en el plagio<sup>178</sup>, por lo que únicamente generaba responsabilidad civil.

Adicionalmente, la falta de correlación se extendía al resto de las otras modalidades de explotación que en modo abierto contemplaba la normativa civil. Como ya se acentuó al reflejar la protección civil, los cuatro derechos de explotación expresamente mencionados en el art. 17 de la LPI -reproducción, distribución, comunicación pública y transformación- no constituyen un catálogo de *numerus clausus*, de manera que cualquier tipo o forma de explotación, aunque no tenga cabida en alguna de las definiciones y supuestos de los cuatro derechos clásicos explícitamente nombrados en aquél precepto, corresponde en exclusiva a su titular. Con ello se evitan desfases normativos, habilitando la extensión de la protección civil frente a las nuevas utilidades de las facultades patrimoniales que pueda propiciar la evolución tecnológica, como las que han surgido de hecho en el panorama digital; mientras que la penal se ubicaba en una rígida inflexibilidad aplicativa incapaz de reaccionar frente a nuevas modalidades comisivas no fácilmente reconducibles a los cuatro comportamientos clásicos.

---

<sup>174</sup> Por resultar inferior el desvalor de lo injusto respecto de las conductas entonces sí tipificadas, como considera, que podía ser el motivo de la exclusión, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 328.

<sup>175</sup> Vid. MIRÓ LLINARES, F., *La Protección Penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 354 a 360, para quien se trata de un “olvido” del legislador.

<sup>176</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 176 a 178.

<sup>177</sup> BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2ª edición, Edit. Civitas, Madrid, 1993, pág. 682; DELGADO PORRAS, A., *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 118.

<sup>178</sup> En buena medida las razones que se oponen a este intento, avalando la divergencia incoherente entre ambas modalidades pueden encontrarse en GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 224; y GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, nota 214, pág. 164.

Pues bien, la reforma de 2015 ha operado una manifiesta aproximación entre las esferas de prohibición civil y penal en lo que se refiere a la tutela de los derechos y facultades patrimoniales que integran el contenido económico de la propiedad intelectual, de manera similar a la igualación que ha efectuado con el objeto material de protección.

En la redacción vigente desde el 1 de julio de 2015, el paralelismo entre el art. 17 LPI y el art. 270.1 CP se ha acentuado de modo muy acusado.

El precepto civil se refiere al ejercicio exclusivo de los derechos de *explotación...en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación*, que no podrán ser realizadas *sin autorización*, “salvo en los casos previstos en la presente Ley”. El empleo de la expresión “en especial” revela que las formas de explotación a las que el precepto hace referencia explícita no son las únicas existentes y su enumeración no es cerrada.

El nuevo tipo penal, además de mencionar expresamente las cuatro conductas que antes constituían el elenco cerrado taxativo de comportamientos típicos (“*reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente*”), pasa a ampliar la relación de las acciones típicas con la fórmula “*o de cualquier otro modo explote económicamente*”, que recuerda en su esencia a la expresión civil “*explotación...en cualquier forma*”, plasmando también una fórmula abierta en la que las conductas mencionadas no son las únicas modalidades de comisión ya que su relación no es cerrada.

En el art. 17 LPI la utilización no contemplada expresamente debe compartir con las explícitamente mencionadas la característica común que define su esencia: significación o relevancia económica, ya que el precepto es concreción de las facultades patrimoniales a las que se refiere el art. 2 LPI.

En el art. 270.1 CP, el empleo del término “*económicamente*” que califica la cláusula de cierre parece tener razón en un propósito orientado a remarcar el sentido y contexto patrimonialista que prima y constituye la esencia en toda la protección penal de la propiedad intelectual, habida cuenta que son las facultades patrimoniales las que

constituyen el sustrato del bien jurídico protegido. A su utilización en la cláusula abierta que da forma a la enumeración de comportamientos parece obligar la mención previa al plagio que en origen se conecta conceptualmente a una facultad personal. Con la inclusión de aquel adverbio se produciría un efecto análogo al que en la LPI ya se desprende del contexto y su ubicación sistemática: la modalidad de explotación o utilización no contemplada expresamente en el tipo penal debe tener significación económica. Adicionalmente, la inclusión del adverbio económicamente sirve para remarcar que esta caracterización económica es común a todas las formas comisivas, incluyendo el plagio, de modo que éste sólo se protege penalmente en su dimensión patrimonial, algo que queda reafirmado si bien ya podía afirmarse desde 1995 por la introducción en el tipo básico de la exigencia del ánimo de lucro.

La LPI, además, contiene en los artículos siguientes al 17 definiciones auténticas de lo que debe entenderse por reproducción -art. 18-, distribución -art. 19-, comunicación pública -art. 20-, y transformación -art. 21- con lo que, especialmente si se tiene en cuenta la construcción sincronizada de las reformas civil y penal de 1987, se viene a predeterminar por la normativa civil la significación del núcleo de los comportamientos típicos expresados con los verbos *reproduzca, distribuya o comunique públicamente*.

Cada una de estas conductas penales es autónoma, de manera que, al igual que los derechos de explotación a los que afectan son independientes entre sí (art. 23 LPI), cualquiera de ellas puede darse y realizarse de manera independiente respecto de las otras formas comisivas que inciden sobre estas facultades patrimoniales. Así, respecto de una misma obra puede existir reproducción lícita y distribución ilícita; o suceder que la reproducción ilícita la cometa un sujeto y la distribución ilícita otro y cada uno de ellos sea finalmente penado por incurrir en uno de los comportamientos típicos. E igualmente puede haber distribución lícita y comunicación pública ilícita.

Tras la reforma de 2015, el nuevo modelo abierto de definición del ámbito típico que permite abarcar otras formas de explotación económica, requiere plantearse a qué otras acciones puede extenderse el ámbito típico, pero su coincidencia con la esfera de protección civil, dada la identidad sustancial de las fórmulas empleadas en ambos preceptos -art. 17 LPI y 270.1 CP-, permite afirmar que las formas de explotación que

puedan dar lugar a las acciones civiles igualmente podrán dar motivo a las penales siempre que concurran el resto de los elementos exigidos por el tipo penal.

Con ello, siendo ya extraordinariamente importante en relación con los sujetos y objeto material protegidos, la coincidencia entre la legislación civil y la normativa penal se incrementa también en el sentido de las conductas tenidas por ilícitas en los distintos planos de tutela, ello en lo que al contenido patrimonial de la propiedad intelectual se refiere, puesto que ciertamente en lo que respecta al contenido moral de ésta la protección penal es prácticamente inexistente.

El desbroce del contenido de la protección penal ante la dinámica comisiva y la aproximación al alcance de las acciones típicas exige una referencia particularizada a cada una de las conductas expresamente contempladas en el tipo y al ámbito que permite abarcar la nueva fórmula abierta que recoge la redacción legal.

#### II.3.1.2.a).-El plagio.

El plagio carece de definición en la LPI. Ello obliga a un esfuerzo exegético para fijar su concepto y delimitar la esfera de prohibición penal que entraña su mención en el tipo. La tarea no es fácil dada la propia complejidad y diversidad de comportamientos que cabe englobar en esta conducta por los perfiles poco claros que implica de por sí el empleo de un término tan amplio.

Para aproximarnos a su concepto, sin embargo, podemos recurrir, en primer lugar, y puesto que se trata de un vocablo común, al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, según el cual, “plagiar” equivale a “copiar en lo sustancial una obra ajena, dándola como propia”. Conforme a esta definición, podría decirse que plagia quien aprovechando la creación original de otro, la copia o imita sustancialmente y finge o aparenta ser su auténtico autor.

También nos sirve de ayuda la relación entre el plagio tutelado penalmente y los arts. 14. 3 y 113 de la LPI. En el primero, se reconoce el derecho del autor de la obra a exigir el reconocimiento de tal condición; en el segundo, un derecho semejante del artista

intérprete o ejecutante sobre sus interpretaciones o ejecuciones. Precisamente partiendo de esta relación con los preceptos de la LPI<sup>179</sup>, la Circular de la FGE nº 2/1989 define el plagio como *la apropiación ideal de la obra o interpretación ajena*. Todo ello confirma la afección jurídica primordial, por la conducta plagaria, del derecho de paternidad de la obra, interpretación o ejecución.

Especial conformidad con esta base -común y jurídica- de referencia, muestra la definición de SOTO NIETO<sup>180</sup>, para quien el plagio conllevaría “la idea de copia fraudulenta, con desconocimiento, por ocultación, del creador o realizador de la obra o fragmento que se exterioriza”, afirmando engañosamente la propia autoría y negándose la auténtica y ajena, de manera que “se suman dos actos, el de apropiación en todo o en parte del pensamiento o labor creadora de otro, y el de fingimiento de originalidad, haciendo creer que aquel producto de extraña inteligencia pertenece, por derecho de creación, al plaguario”.

Todas estas ideas aparecen, por demás, en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que desde antiguo ha venido conceptuando el plagio como conducta en la que “se suprime y prescinde del creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa la que sufre el atentado perpetrado por el plaguario, al ser aquélla la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume” (STS de 27 de abril de 1979); como comportamiento que “trata de copiar la obra original o auténtica ya sea 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 la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor” (STS de 14 de febrero de 1984); o bien como “todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial, presentándose más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio. Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original,

---

<sup>179</sup> La referencia original de esta Circular se hace al entonces art. 107 LPI cuyo contenido ha pasado al actual art. 113 LPI.

<sup>180</sup> SOTO NIETO, F., “Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual”, en *Revista Poder Judicial*, núm. especial IX, Madrid 1990, pág. 391.



produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales...” (SSTS, Sala 1ª, de 28 de enero de 1995, de 17 de octubre de 1997; 23 de marzo de 1999, entre otras, y SAP Madrid de 6 junio 2007).

De todo lo dicho puede extraerse la coincidencia básica en la configuración del plagio como apropiación de la creación ajena, pero sobre este particular es preciso efectuar matizaciones y destacar a su vez, y especialmente, otra afirmación sobre la que tampoco existe discrepancia y a la que ya se ha aludido en otro apartado anterior: es preciso distinguir “entre *utilización de ideas preexistentes* que no constituye plagio porque las ideas no son susceptibles de apropiación, sino que son la base de la inspiración, y *apropiación de la expresión formal* de las mismas, que puede constituir delito en tanto que la nueva forma creada sea producto de la elaboración de un autor que de ese modo la haya investido con el ropaje que entendió más apropiado para su pública difusión, pues en tal caso la realización producida tendría la consideración de obra intelectual protegida por la ley”<sup>181</sup>.

Asimismo, hay que tener en cuenta que, si bien el plagio puede manifestarse burdamente y de forma descarada, de manera que una simple comparación entre la obra original y la obra del plagiario confirma la infracción de una manera evidente, lo habitual será que la copia o imitación se enmascare lo suficiente como para impedir el reconocimiento de la obra original y su autoría, situaciones de las que también es preciso<sup>182</sup> diferenciar -y a veces no es tan fácil- la simple influencia o la falta de

---

<sup>181</sup> MISERACHS RIGALT, A., “Delitos contra la propiedad intelectual”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. IV, Barcelona, 1954, pág. 682; distinción recogida por GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 227.

<sup>182</sup> Como con acierto se ha apuntado por numerosa doctrina (v.gr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. III, Ed. EDERSA, 2ª edición, revisada por GARCÍA

originalidad, lo que constituye acervo cultural común, y la ausencia de rigor y escrupulosidad, que no ostentan relevancia para ser tenidas como típicamente antijurídicas.

Por ello, a la hora de calibrar cuando se está en presencia de una conducta relevante jurídico-penalmente tendrá que realizarse un análisis casuístico y deberán ponderarse las circunstancias concurrentes, así como la intensidad, gravedad y trascendencia, cualitativa y cuantitativa, de la afección de las facultades patrimoniales que el comportamiento en cuestión haya provocado. Y se dice “patrimoniales” puesto que, sin perjuicio de la trascendencia que pueda haber para la vertiente moral, debe tomarse muy en consideración el marcado tenor económico del bien jurídico protegido y la nueva estructuración típica en la que, además de exigirse ánimo de obtener un beneficio económico, la introducción del adverbio “económicamente” aplicada a la cláusula “o de cualquier otro modo explote” dota, a mi juicio, a todas las modalidades típicas del art. 270.1 CP de la necesidad de compartir la nota común de su significación o relevancia económica, lo que determina que el plagio penalmente relevante sea un plagio “productivo” de cierta significación e impacto económico, pues es la dimensión patrimonial del mismo la determinante de la satisfacción de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sea concebido éste como único o como plural. La protección de la facultad moral en todo caso se producirá indirectamente por la íntima vinculación existente con su sustrato personal, pero como consecuencia necesaria de la protección que se dispensa frente a su aprovechamiento económico y de modo adherido e incluso supeditado a ello. Su represión penal procederá, por tanto, en la medida que pueda considerarse como forma de utilización o aprovechamiento patrimonial. Ésta es la solución más acorde con el bien jurídico protegido y las exigencias derivadas del principio de mínima intervención -y de sus ramificaciones: subsidiariedad y fragmentariedad- que ha de presidir y caracterizar la entrada en juego de los preceptos penales.

La línea del examen casuístico es la que, en letra y espíritu, ha venido manteniendo la jurisprudencia penal desde los orígenes, pues en general ha atendido a las circunstancias

---

VALDÉS, C., Madrid, 1977, pág. 618; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 10ª Edición, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 329; SOTO NIETO, F. “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 393).

concretas del caso para calificar la conducta como punible o no, partiendo de la base de que no puede darse una indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica que se desentienda del debido respeto a los derechos inmateriales, de manera que la conclusión no puede ser otra que la de entender que la atracción a la órbita penal debe quedar reservada para aquellos comportamientos que resulten más graves por su entidad objetiva y subjetiva (por todas, SSTS de 13 de junio de 1987 y 4 de junio de 1992, que reproducen doctrina recogida en otras precedentes).

La jurisprudencia futura debería complementar esta línea a partir de la constatación reseñada de que la nueva redacción típica acentúa la formulación del plagio como una modalidad supeditada al contexto de la explotación económica y que se realiza con la predisposición subjetiva de obtener un beneficio económico en seguimiento del común denominador de significación patrimonial que trasciende todas las modalidades conductuales del ámbito típico.

Han sido muchas las dificultades interpretativas que históricamente se han dado sobre las conductas plagarias a partir de la configuración de 1987. Sobre algunas de las más recurrentes en la práctica influyó positivamente el cambio operado en el Código Penal de 1995 relativo a la nueva construcción de las conductas agravadas. La complejidad intrínseca de la labor de delimitación del concepto de plagio venía complicada en la situación originaria por el establecimiento, añadido a la inclusión de la acción de plagiar como comportamiento del tipo básico del antiguo art. 534 bis a) CP, de un subtipo agravado -en el anterior art. 534 bis b.1 c) CP- consistente en la usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución. Ello originó un intenso debate doctrinal, no exento de cierta confusión, sobre la relación entre ambas previsiones y la delimitación del contenido de cada una de ellas. Aun siendo consciente de la enorme simplificación que supone y que se atiende tan sólo al parecer del sector mayoritario, la cuestión vino siendo resuelta entendiendo que el plagio del tipo básico era una modalidad de menor gravedad que vendría integrada por comportamientos de imitación fraudulenta o copia servil de las ideas contenidas en obras ajenas, mientras en la usurpación de la condición de autor o intérprete -como modalidad de mayor gravedad cualitativa- cabría subsumir los supuestos de reproducción o representación ilícita de una obra original o de parte de ella

sin modificarla o introduciendo, a lo sumo, ligeras alteraciones, haciéndola pasar como propia. El tipo agravado suponía, pues un plus<sup>183</sup> respecto del plagio básico.

En cualquier caso, partiendo del mejor entendimiento del denominado -con una expresión muy ilustrativa<sup>184</sup>- *plagio usurpativo* como especie del género *plagio*, la desaparición en la redacción legal, tras la reforma de 1995, de una previsión semejante a la contenida en el entonces precedente subtipo agravado, terminó con la polémica y hasta la necesidad de la distinción, debiendo concluirse que las conductas anteriormente recogidas como agravadas en el derogado art. 534 bis b.1.c) del antiguo Código Penal pasaron a ser subsumibles en la conducta del plagio del apartado primero del art. 270 del nuevo Código Penal. Esta “reunificación” facilitó, además, la aplicación de la línea jurisprudencial reseñada.

En consecuencia, se impuso, por propia decisión del legislador de 1995, una concepción amplia del plagio<sup>185</sup> que comprendería desde la mera imitación fraudulenta de la obra ajena hasta la simple reproducción total o parcial de la misma con usurpación de la condición o el nombre de autor o intérprete originario, planteamiento que se enuncia con particular precisión y expresividad en la ya clásica definición de plagio de ALGARDI<sup>186</sup>, según la cual éste consistiría en “la simulación de la originalidad de la creación intelectual de una obra derivada, en todo 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”.

Finalmente es preciso, desde un prisma de aproximación negativa, advertir que no constituyen supuestos incluíbles en el plagio las conductas que implican “atribuir a un autor una obra que no es de su creación, con el fin doloso de aprovecharse de su fama y mérito intelectual”.

---

<sup>183</sup> Un sector minoritario mantenía por contra que la usurpación constituía un *alter* y no un *plus* respecto del plagio. Vid. ROLDÁN BARBERO, H., “Personalismo y Patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, en *La Ley*, 8 de abril de 1988, pág. 7; y FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Delitos contra los derechos de autor”, en *ADPCP*, 1991, pág. 91.

<sup>184</sup> Utilizada por ejemplo en la Circular de la FGE nº 2/1989, Memoria FGE 1990, Edición rústica, pág. 417.

<sup>185</sup> En el sentido que ya dio a esta expresión VEGA VEGA, J.A., *Derecho de autor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 208 y ss., recogida también en GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 192.

<sup>186</sup> Según traducción de VEGA VEGA, J.A., recogida en mismas fuentes citadas en la nota inmediata anterior.

Imaginemos el ejemplo de una obra o una ejecución o interpretación artística plasmada en un soporte físico atribuida a un prestigioso autor o intérprete ficticio en el lugar del verdadero y desconocido. En estos casos, como ya advirtió SOTO NIETO<sup>187</sup>, no se atenta contra una titularidad ajena, sino que “el auténtico creador intelectual es el engañador”, pues no se trata de arrancar la obra ajena de su titular, arrogándose el defraudador su autoría, sino, “al revés, verificar una atribución graciosa e infundada de la condición de autor, asegurando así, a la sombra de su prestigio y popularidad, su mejor promoción y lanzamiento”. La protección de los legítimos intereses en juego puede venir en estos casos de la mano de la tutela frente a lesiones de la propia imagen o de la persecución penal de este tipo de comportamientos como modalidades de falsedad o estafa.

También desde esta perspectiva es preciso recordar que tampoco puede ser considerada plagio a efectos penales la transformación incontestada de la obra original, como ya se ha justificado; algo que, en su caso, será punible si es posible su incardinación en el nuevo comportamiento abierto que introduce la reforma de 2015 para castigar a quien de otro modo explote económicamente una obra.

#### II.3.1.2.b).- La reproducción.

Cualquier análisis de la jurisprudencia penal menor revela la importancia cuantitativa de la reproducción ilícita como una de las formas comisivas más frecuentemente empleadas, por sí sola o como paso previo a la distribución o la comunicación pública, para la violación de los derechos económicos de los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual en relación a todo tipo de creaciones intelectuales.

La reproducción ilícita es la primera de las conductas típicas mencionadas en el art. 270.1 CP y frente al plagio, se viene caracterizando en la doctrina mayoritaria por constituir una traslación fiel y exacta de los elementos y características de la obra o la prestación original llevada a cabo sin autorización del titular. La diferencia decisiva la proporciona el hecho de que la misma no atenta contra el derecho de paternidad (art. 14.3 LPI), sino contra el derecho de explotación (art. 17 LPI). En efecto, mientras en el

---

<sup>187</sup>SOTO NIETO, F., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 394.

plagio se oculta o disfraza la verdadera autoría, apareciendo como autor quien no lo es, en la reproducción aparece como autor el auténtico. Como expresivamente dice GARCÍA RIVAS<sup>188</sup> en la reproducción no se niega la labor intelectual del creador, sino que se aprovecha económicamente.

Derechos de reproducción se reconocen a los autores (art. 17 LPI), artistas intérpretes o ejecutantes (art. 107 LPI), a los productores de fonogramas (art. 115 LPI), y a los productores de grabaciones audiovisuales (art. 121 LPI), entidades de radiodifusión (126.1.b LPI), realizadores de meras fotografías (art. 128 LPI) y editores de ciertas producciones (art. 129 LPI).

Conforme al art. 18 LPI, se entiende por reproducción *la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o parte de ella, que permita su comunicación y la obtención de copias.*

Esta definición procede de la reforma operada en la LPI por la Ley 23/2006, que incorporó al Derecho español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; y, en concreto, del art. 2º de dicha Directiva. Su contenido sustituyó a la anterior definición (“*la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella*”) para adaptarla al nuevo entorno digital y que permitiese abarcar las nuevas formas de fijación digital de las obras.

Originariamente, la razón primordial del establecimiento del concepto de reproducción como mera fijación pareció ubicarse en las peculiaridades de las obras expresadas únicamente en forma incorpóral (tales, por ejemplo, como obras recitadas o leídas, plásticas, dramáticas o musicales ejecutadas en público) y en la necesidad de dar también protección a las mismas frente a las posibilidades -enormemente propiciadas por los modernos medios tecnológicos de fijación- de infracción del derecho de reproducción que los titulares o cesionarios de los derechos de autor o conexos ostentaban sobre las mismas. Ello es así, porque si bien en la reproducción de las obras

---

<sup>188</sup> GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 232.

ya expresadas corporalmente pueden ir indisolublemente unidas -y por tanto pueden ser identificadas- la fijación de la obra en un medio o soporte (distinto al original que la expresó) y la obtención de copias ilícitas; en los supuestos de reproducción de una obra expresada sólo incorporalmente hay primero que fijar la obra a un soporte material (normalmente de grabación de imagen y/o sonido) y luego obtener las copias ilícitas.

Inicialmente la idea de reproducción se asoció a la obtención de copias, partiendo de un prisma que no difería mucho del concepto común de reproducción<sup>189</sup>, ni de la definición que proporcionaba antes de la era digital el Glosario WIPO/OMPI que la entendía como la realización de uno o más ejemplares de una obra (copias) o de una parte sustancial de ella, en cualquier forma material, incluidas la grabación sonora y visual, si bien, conforme a esta última, incluso cabía entender la grabación sonora y visual como realización *latu sensu* de copia.

La nueva definición procedente de la Ley 23/2006 adapta el anterior concepto al escenario digital en el que se han multiplicado las formas de *fijación*. Es en este elemento donde se ubica el eje y la clave de atención, pues cada fijación, sea cual sea el formato y cada vez que se cambie de formato, implica reproducción independientemente de la existencia o no de incorporación a un soporte tangible o material. La mera digitalización de un contenido protegido constituye reproducción como también la constituye el mero cambio de medio, formato o soporte en el que se aprecie ésta por más que tal mutación resulte importante.

Como afirma RODRÍGUEZ MORO<sup>190</sup>, dicha fijación es el elemento nuclear y verdaderamente definitorio de la conducta, cualquiera que sea el formato y el medio o procedimiento por el que se haga, ya que puede efectuarse “*por cualquier medio y en cualquier forma*”. De acuerdo con la definición legal, no es necesario que la reproducción haya llegado más allá de lo que supone la propia fijación, en el sentido de haber sido comunicada la obra a una pluralidad de personas o que las copias hayan sido llevadas a cabo. Ni, por ello, mucho menos es precisa la puesta en circulación o a

---

<sup>189</sup> Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la significación común del verbo reproducir consistiría en “sacar copia en uno o en muchos ejemplares, de una obra de arte, objeto arqueológico, texto, etc..., por procedimientos calcográficos, fotolitográficos o mecánicos y también mediante vaciado”.

<sup>190</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 260 y ss.

disposición del público en general. De hecho, una detenida lectura del precepto permite caracterizar esta conducta como potencial, en cuanto es entendida como fijación de la obra que posibilite su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, aunque éstas últimas no hayan sido efectivamente realizadas.

En consecuencia, el delito se puede consumir con la mera actividad reproductora consistente en fijar la obra o la prestación protegida por derechos de propiedad intelectual en un soporte, medio o formato material o digital distinto del utilizado para crearla o expresarla por primera vez, a partir del cual se pueda proceder a comunicarla u obtener ejemplares ilícitos. Por consiguiente, el concepto abarca cualquier fijación ya sea tradicional por fotocopia, imprenta, grabación, fotografía, vinilos, analógica o digital en discos DVD, CDs, en memoria de un ordenador desde un original o desde internet; ya sea primera o sucesiva en el mismo o distintos formatos; ya sea directa o indirecta por requerir un proceso intermedio previo para lograrse la fijación; y ya sea permanente o provisional, de modo que comprende tanto la fijación estable en un servidor alojador (*hosting*) como las que se produzcan de modo temporal (*caching*), por ejemplo, durante el transcurso del tiempo en que se visualizan u oyen en internet, fijándose de manera muy transitoria en la memoria RAM del ordenador, o en computadoras intermedias durante el proceso de transmisión de la información.

La fijación debe ser idónea para permitir, eso sí, o bien su comunicación, de modo que pueda ser percibida por los sentidos a partir del medio, soporte o formato en que se haya producido; o bien la obtención de copias o nuevas reproducciones a derivar de los mismos. Ello de manera alternativa -que no cumulativamente-, pues es posible que la fijación proporcione ambas posibilidades o una sola de ellas y no la otra. En cualquier caso, lo que no es necesario es que la fijación efectivamente haya generado la comunicación o realmente se hayan obtenido o realizado copias.

Desde esta perspectiva, la efectiva comunicación o la obtención de copias ilícitas pertenecerían más a la fase de agotamiento del delito. En esta medida, puede compartirse con GIMBERNAT<sup>191</sup> el entendimiento de que la configuración del castigo de esta conducta en el Código Penal, conforme a su formulación típica, tiene naturaleza

---

<sup>191</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez...”, *op.cit.*, pág. 117.



de delito de peligro.

En cualquier caso, si bien el concepto adoptado por el art. 18 LPI constituye el punto de arranque, no es el único elemento a valorar para aproximarnos a una adecuada delimitación de los comportamientos punibles. La reproducción para ser constitutivo de ilícito civil y penal ha de ser indebida, de modo que ha de ser realizada al margen de la autorización del titular y de lo establecido en la ley, de manera que si aquél o ésta la permiten y autorizan, como es lógico, no podrá ser afrontada ni con acciones civiles ni con acciones penales.

Por ello, a los efectos penales -como también a los civiles- es necesario completar y relacionar el contenido del art. 18 LPI con las limitaciones que al derecho de reproducción impone la propia LPI -especialmente en lo que ahora interesa en el Capítulo II del Título III del Libro I, integrado por los arts. 31 a 40 bis-, pues sólo así puede llegarse al conocimiento de lo que constituye a efectos civiles y penales *reproducción ilícita*.

Se trata de limitaciones al derecho del art. 18 LPI -y en ocasiones también a los derechos de distribución y comunicación pública- que implican la licitud de la realización, en determinadas condiciones y -en algunos casos- por concretos sujetos, de ciertas reproducciones que no requieren la autorización de los titulares originales o derivados de las obras y prestaciones.

Tras la reforma operada por la Ley 21/2014, cuyo efecto de ampliación cuantitativa y cualitativa de los límites ha sido de enorme espectro, se contemplan entre las mismas los actos de reproducción provisional que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita (art. 31.1 LPI); las realizadas como copia privada (art. 31.2 LPI); las llevadas a cabo con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios y las efectuadas en beneficio de personas con discapacidad (art. 31 bis LPI); las calificables como citas y

reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica, así como las originadas para la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento<sup>192</sup> (art. 32 LPI); las de trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social y de las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público (art. 33 LPI); las generadas por utilización de bases de datos por el usuario legítimo (art. 34 LPI); o por uso de obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas (art. 35 LPI); las efectuadas por razón de emisión por cable, satélite y grabaciones técnicas (art. 36 LPI); las reproducciones de las obras cuando se realicen sin finalidad lucrativa por los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico y la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación o conservación (art. 37 LPI); las reproducciones de obras huérfanas (art. 37 bis LPI) y las consistentes en la ejecución -sin percepción de remuneración- de obras musicales en el curso de actos oficiales del Estado, de las Administraciones públicas y ceremonias religiosas (art. 38 LPI).

De entre todos estos límites destaca, por su alcance objetivo y subjetivo más universal, el límite de copia privada regulado en el art. 31.2 de la LPI, cuya utilización en la praxis judicial penal ha sido recurso usual como argumento para sostener la licitud de determinadas conductas en relación con las descargas efectuadas por particulares y los comportamientos de facilitación de las mismas en seguimiento de las afirmaciones de determinados documentos instructivos para operadores jurídicos penales de tal relevancia como la Circular FGE 1/2006 dirigida a los miembros del Ministerio Fiscal.

---

<sup>192</sup>Previsión en su segundo inciso contemplada en el art. 32.2 LPI que conlleva el derecho a una compensación equitativa conocida como la “tasa Google”, introducida con la pretensión de favorecer a los editores de prensa, y que ha sido objeto de una intensa crítica tanto por su alcance, que se considera incumplimiento del Convenio de Berna (excepción del art. 10.1 y 3) y de la Directiva 2001/29/CE (art. 5.3.d) como por su forma, en la medida en que se ha realizado sin previa notificación a la comisión de la Unión Europea con infracción de la Directiva 98/98/34/CEE. *Vid.* al respecto, por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, en *Actualidad Civil, Revista Jurídica de Doctrina Civil, Mercantil y Procesal*, núm. 4, abril 2015, págs. 5 y 6.

Probablemente, en el campo penal operativo de cara a las conductas en la red, la afirmación más trascendente de la Circular FGE 1/2006 es la de que “*Respecto del usuario que baja o se descarga de la Red una obra y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica*”. Ello implicaría, de ser correcto, que la descarga directa de un servidor que aloje de contenidos ilícitos subidos a la red o comunicados públicamente sin la autorización de los titulares de los derechos o sus cesionarios y que el intercambio de ficheros “peer to peer” aún no autorizado, sin más, constituirían actividades plenamente lícitas tanto penal como civilmente, pues la copia privada ni siquiera constituye una actividad ilícita civilmente. El alcance, por tanto, de aquella afirmación excede del vislumbrado por los autores de la Circular pues presenta de hecho el potencial de neutralizar no sólo acciones penales sino también las acciones civiles e incluso medidas cautelares como las del apartado 6 del art. 141 LPI (la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual aun sin que éstos cometan infracción ex. art. 138 LPI, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio), aplicable también en el proceso penal en virtud de lo establecido en el art. 143 LPI.

Sin embargo, lo que expresa la Circular en este punto es más que discutible desde el punto de vista técnico-jurídico. Una toma de postura al respecto requiere una detenida aproximación al auténtico significado y alcance de la copia privada.

Aunque en varios lugares de la Circular, ésta se refiere a la copia privada como derecho, lo cierto es que la auténtica naturaleza de la copia privada es constituir, como establece la LPI, un *límite* al derecho de reproducción y las facultades de explotación exclusiva que ostentan los titulares de los derechos de propiedad intelectual; de manera que no se configura como un auténtico derecho subjetivo.

Como tal límite o excepción a las facultades del titular del derecho se ha configurado históricamente a partir del Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 1886<sup>193</sup>, cuyo art. 9, tras reconocer el derecho de reproducción en su

apartado 1 ( “1.-Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.”), permite, en su apartado núm. 2, el establecimiento facultativo de excepciones en la normativas nacionales, bajo la llamada “regla de los tres pasos” o “test de las tres etapas” (2. “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión<sup>194</sup> la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”).

El art. 13 del Acuerdo sobre los ADPIC recoge esta tradicional regla proclamando que “Los miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”; lo que asimismo pasó al contenido del art. 5 –dedicado a referidos los límites y excepciones- de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, en su apartado núm. 5 (“5. Las excepciones y limitaciones [...] únicamente se aplicarán en determinados casos concretos que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho”).; y también proclama el art. 40 bis de nuestra LPI.

De acuerdo con esta clásica regla, estos límites no son absolutos: cualquier límite o excepción, -y, por tanto, también la copia privada- debe ser objeto de una interpretación restrictiva (*exceptio est strictissimae interpretationis*) y deben aplicarse en casos especiales, debida y correctamente<sup>195</sup>, sin que atenten contra o entren en conflicto con la

---

<sup>193</sup> Convenio de 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

<sup>194</sup> La referencia es a la “Unión de Berna” integrada por los Estados parte, entre los que se encuentra España.

<sup>195</sup> Tal y como expresa FISCOR, M., -a la sazón y al tiempo Subdirector General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual-, “El Acuerdo sobre los ADPIC: sus relaciones con el Convenio de

explotación normal de la obra ni perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular de la obra.

En relación concreta con la copia privada, la Directiva 2001/29/CE reseñada, en su art. 5.2.b) (también dentro del precepto dedicado a los límites) expresa que “*Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 ... en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6.*”

En esta previsión no se plasma una decisión de armonización absoluta de la copia privada en toda la Unión Europea, puesto que del término “podrán” se deduce que establecer la excepción o límite de copia privada no es obligatorio para los Estados miembros.

Lógicamente de no existir ni siquiera puede plantearse que pueda cubrir los supuestos de descargas de obras de Internet ni más ampliamente dar cobertura a las actividades de intercambio de archivos “peer to peer”. De hecho, en Irlanda o Gran Bretaña no existe excepción de copia privada. La ley británica de Copyright, Patentes y Marcas de 1988 (Copyright, Designs and Patents Act 1988(c.48) sólo contempla la llamada *fair dealing defenses*, permitiendo el uso de obras y prestaciones protegidas para investigación, estudio privado, crítica, comentario, noticias, ciertos usos educacionales, y la utilización en librerías y archivos o en la administración pública.

De ser establecida la copia privada, debe ser conforme a las previsiones de la Directiva y si bien cada Estado miembro conserva cierta discreción para establecer su contenido y extensión, el 5.2 b) confirma varias apreciaciones:

- 1.- La naturaleza de la copia privada como límite o excepción a los derechos exclusivos de los autores y demás titulares de los derechos de propiedad intelectual.
- 2.- Como tal límite o excepción, en su aplicación deberá respetarse que no entre en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudique

---

Berna y la Convención de Roma”, en *Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos*, Tomo II, Montevideo 1997, pág. 980.

injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho (por propia aplicación del apartado 5.5 ya visto)

3.- Los titulares han de recibir una compensación equitativa por el establecimiento de este límite (el denominado canon compensatorio).

4.- Deben tomarse en cuenta si se aplican o no medidas tecnológicas, que son perfectamente legítimas y cuyos actos de elusión son ilícitos (en caso positivo ello implica que se restringe o elimina la posibilidad de copia privada).

Presupuesto lógico de la posibilidad de la copia privada es que debe provenir -o realizarse respecto- de un original adquirido legalmente, lo que es deducible de la referida regla de los tres pasos, y es acorde, por definición, con lo que es un límite o excepción a un derecho, puesto que no puede conceptuarse como tal una actividad ilegal -que es una infracción al mismo- y resulta congruente pues, de lo contrario y no exigirse, significaría conceder un beneficio injusto a quien se beneficia de un acto ilegal previo de vulneración del derecho.

En las legislaciones comparadas este requisito puede aparecer expresamente o no. Por ejemplo, en Suecia, la ley 1960:729, de 30 Diciembre de 1960, sobre derechos de autor en obras literarias y artísticas, modificada el 1 de Julio de 2005<sup>196</sup>, y adaptada a la revolución digital, establece que la excepción de copia privada no confiere un derecho a realizar copias de una obra cuando el original ha sido preparado o puesto a disposición del público en violación del derecho de comunicación pública. En Alemania (donde existen condenas por descarga ilegal desde 2004<sup>197</sup>), la Ley de derechos de autor y derechos conexos de 9 de Septiembre de 1965, versión consolidada según la modificación de 13 de Septiembre de 2003, ya estableció que había copia ilícita cuando ésta se realiza a partir de un original que ha sido producido de manera manifiestamente ilícita, y una nueva modificación del artículo 53 consideró ilícita no sólo la copia realizada a partir de un original que ha sido producido de manera manifiestamente ilícita sino también cuando la oferta en sí es manifiestamente ilícita, lo que tuvo por objeto expresamente dejar claro que descargarse copias de obras protegidas a través de

---

<sup>196</sup> *Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*. Una versión consolidada en inglés puede ser consultada en: <http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/01/51/95/69b07709.pdf>.

<sup>197</sup> *Vid.* sentencia del AG Cottbus de 14 mayo de 2004, Az.: 95 DS 1653 JS 15556/04 (57/04). Puede ser consultada en disponible en: [http://www.beckmannundnorda.de/urteil\\_filesharing.html](http://www.beckmannundnorda.de/urteil_filesharing.html).

sistemas de intercambio de ficheros P2P es ilegal. En Austria, la Ley Federal sobre derechos de autor y derechos conexos (versión consolidada según la última modificación de 1 de Julio de 2003) regula la excepción de uso privado con la salvedad de que una copia no se considera privada cuando es realizada con el objeto de poner la obra a disposición del público; de manera que la obtención de copias por P2P es claramente ilícita.

La regulación española de la copia privada respondía -ya al tiempo de aparecer la Circular FGE 1/2006- al esquema clásico del Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y la Directiva 2001/29/CE; y en la actualidad -al margen del discutible y discutido régimen de compensación equitativa de la copia privada<sup>198</sup>- el seguimiento del concepto y las reglas expuestas se ha reforzado.

La nueva redacción procedente de la Ley 21/2014, respecto de las obras ya divulgadas<sup>199</sup> establece que, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el art. 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, cuando concurren simultáneamente las tres circunstancias de que a) se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales; b) la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita; y c) la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

---

<sup>198</sup> Se trata de un régimen peculiar e insólito en el ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea -ningún país lo establece así y sólo -ya fuera de la Unión- se sigue en Noruega- que se ha decidido mantener en el art. 25 LPI con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en continuación de la decisión adoptada mediante la Disposición Adicional 10ª del Real Decreto 20/2011, de 30 de diciembre, en cuyo desarrollo se promulgó el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Esta solución ha sido muy criticada en la doctrina (en la medida en que no satisface la normativa internacional ni europea y es el propio deudor, el Estado quien -sin criterios viables- determina su deuda y su plazo para abonarla, *Vid.* COUTO GÁLVEZ, R. M., “¿La ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?”, en *Actualidad Civil, Revista Jurídica de Doctrina Civil, Mercantil y Procesal*, núm. 4, abril 2015, págs. 20 a 30); y ha sido cuestionada, por un lado, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que en septiembre de 2014 ha planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial sobre si el procedimiento y configuración del sistema de remuneración por copia privada establecido en España, a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, se adecúa a la Directiva 2001/29/CEE.; y por otro ante el Tribunal Constitucional, donde pende un recurso de inconstitucionalidad sobre dicho régimen, interpuesto por el PSOE, basado en la vulneración de los arts. 33 y 31 CE.

<sup>199</sup> Y recordemos que -ex. art. 4 LPI- por divulgación de una obra hay que entender toda expresión de la misma que, con consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma.

La propia ley se encarga de especificar, con verdadero acierto, que se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil; y cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

Junto con la regla general contenida en el art. 40 bis LPI que viene a suponer que los límites y las disposiciones sobre los mismos 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, tal regulación del límite de copia privada viene a satisfacer la tradicional regla internacional y supranacional de los tres pasos.

Con arreglo a todo ello resulta un error técnico jurídico de cierta gravedad calificar de acorde con la normativa y, por tanto lícita incluso civilmente, la conducta de descargas de archivos o contenidos protegidos comunicados públicamente de forma ilícita en internet ya se trate de descarga directa o a través del intercambio de archivos (sistemas P2P). En general y para empezar no hay acceso legal a la obra a partir de una fuente lícita ni un acto legítimo previo de comunicación pública. Adicionalmente, no es posible sostener que una interpretación favorable a su licitud, como la pretendida por la Circular FGE 1/2006 no entre en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudique injustificadamente los intereses legítimos de los titulares originarios o derivados de los derechos. Por consiguiente el art. 141.6 LPI expresamente permitiría suspender los servicios prestados por los intermediarios si los terceros se valen de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual mediante este tipo de comportamientos y ello, conforme al art. 138 in fine LPI, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyeran en sí mismos una infracción.



Hay que añadir que quedan excluidas de lo dispuesto en el régimen anterior del límite de copia privada -ex. apartado 3 del art. 31 LPI- tanto las reproducciones de obras que se hayan puesto a disposición del público conforme al art. 20.2.i) LPI, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y momento que elija, autorizándose, con arreglo a lo convenido por contrato, y, en su caso, mediante pago de precio, la reproducción de la obra; como las bases de datos electrónicas, y los programas de ordenador, en aplicación de la letra a) del art. 99.

Respecto de los programas de ordenador, la reproducción, por cualquier medio y en cualquier forma, permanente o transitoria, incluso para uso personal, requiere autorización del titular del derecho de explotación, con la única excepción de la copia de seguridad, tal y como disponen los arts. 99.a) y 100.2 LPI, lo que implica para algún sector doctrinal<sup>200</sup> que en el caso de los programas de ordenador, la copia o reproducción no autorizada que haga un usuario, incluso si es para uso privado, resulta constitutiva de delito. Tesis ésta no compartida por la SAP -Sección 10ª- de Barcelona de 10 de junio de 1995 que, en base a razones de intervención mínima, rechaza que la vulneración del entonces art. 99.2 LPI -ahora 99 a) LPI-, esto es, de reproducción por obtención de varias copias de elementos de software para uso privado, baste para aplicar el precepto penal y así lo apreció en un caso de posesión de un número considerable de copias ilegales de programas de ordenador, sin constancia probatoria de actos de enajenación o tráfico, considerando inaplicable la protección penal, por entender que ésta *debe reservarse para supuestos más graves de vulneración y perjuicio de la propiedad intelectual*.

La exclusión de la protección civil y por tanto penal de la obra frente al uso privado del copista -en los términos establecidos en el art. 31.2 de la LPI-, parece propiciar que en la práctica sea difícil, especialmente en el ámbito penal y en términos de probanza,

---

<sup>200</sup> Entre ellos, en favor de esta tesis GONZÁLEZ RUS, J.J., “Protección penal de sistemas, elementos, datos, informaciones, documentos y programas informáticos”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal III*, Ministerio de Justicia, CEJAJ, Madrid, 1997; y RIBAS ALEJANDRO, J., Legislación española: Protección Jurídica del software, en I Congreso Internacional de Cuerpos Policiales sobre Delitos de Propiedad Intelectual a través de programas de ordenador, Madrid 1997, pág. 87. En contra, entre muchos, GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, op.cit., págs. 206 a 214, y autores citados por éste en nota 417.

acreditar la necesaria afección o sufrimiento, aún potencial, del bien jurídico protegido por los tipos del art. 270 NCP, al menos en los supuestos de piratería física, sin la existencia de una pluralidad de ejemplares ilícitos que denote la utilización lucrativa y colectiva de la fijación o la copia. Así, por ejemplo, la mera grabación audiovisual no autorizada de un recital de poesía -obra expresada incorporalmente fijada por un sistema de grabación magnética- difícilmente podrá sin más datos sustentar una condena penal por reproducción por mucho que dicha conducta tenga encuadre en el concepto del art. 18 LPI, ya que por la propia esencia de los delitos de peligro y por razones de intervención mínima los Tribunales deben exigir un principio de afección efectiva del bien jurídico protegido: las facultades patrimoniales de los titulares del derecho, y ello viene a suponer la existencia de alguna prueba que acredite la probabilidad del perjuicio, amén de la existencia del ánimo de obtención de beneficio económico sustentador del tipo subjetivo. De hecho, la jurisprudencia menor habida cuando la piratería era eminentemente física vino vinculando las condenas a la existencia de pluralidad de copias (entre otras, SSTS de 13 de enero de 1993; 22 de marzo de 1993 y 23 de mayo de 1994; SAP Zaragoza de 22 de octubre de 1991; o SAP Toledo de 9 de enero de 1995), aunque no exigía que la reproducción fuera numerosa o masiva.

En la era digital la fijación por modos, medios, procedimientos o en formatos intangibles suele ser precursora igualmente de una puesta a disposición instantánea y masiva a través de internet dado que el beneficio económico se obtiene a través de su comunicación pública a los usuarios. Ello hace que también frecuentemente en este plano sea necesario alcanzar una convicción con elementos de prueba directos o indirectos sobre la preordenación de la reproducción a la puesta a disposición de las fijaciones.

Por tanto, aunque cada una de las conductas es autónoma y puede ser considerada ilícita -penalmente hablando- en ausencia de las otras, lo cierto es que normalmente reproducción, distribución y comunicación pública suelen estar vinculadas y se dan conjuntamente en la práctica.

### II.3.1.2.c).- La distribución.

La segunda conducta típica directamente afectante a los derechos de explotación que contempla el apartado primero del art. 270 NCP es la *distribución*, que aparece definida en el art. 19.1 de la LPI como *la puesta a disposición del público del original o copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma*.

Amén de a los autores (art. 17), la LPI reconoce derechos de distribución a los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 109 LPI), a los productores de fonogramas (art. 117 LPI), a los productores de grabaciones audiovisuales (art. 123 LPI), a las entidades de radiodifusión (art. 126 LPI), a los realizadores de meras fotografías (art. 128 LPI) y a los editores de ciertas producciones (art. 129 LPI), remitiéndose en general a la definición precedente.

La protección de todos estos titulares originarios o derivados frente a distribuciones ilícitas de las obras y prestaciones es, por un lado, un imprescindible y eficaz complemento de la protección del derecho de reproducción que les corresponde, y, por otro, un instrumento que posibilita a éstos el dominio y control de la comercialización de la obra o sus copias en el entorno físico.

La definición actual procede de la Ley 23/2006, que añadió al concepto normativo anterior el inciso “en un soporte tangible” con objeto de referir la conducta a la puesta a disposición de ejemplares físicos, dejando para el ámbito de la comunicación pública - con arreglo al art. 20.2.i) LPI- la puesta a disposición sin entrega de ejemplares físicos (por medios alámbricos o inalámbricos y con acceso por cualquier persona en el momento y desde el lugar que elija).

Conforme a la misma, la distribución implica la ubicación de ejemplares originales o copias de una obra o prestación, una vez incorporadas en soportes físicos, al alcance de una pluralidad o generalidad de personas -sujeto indeterminado, pero no necesariamente numeroso-, consistiendo en la puesta en circulación de la obra en el tráfico mercantil, o, dicho de modo más básico, en la comercialización de la obra intelectual.

Así las cosas el elemento central del comportamiento ilícito es la *puesta a disposición* del público, no autorizada, de ejemplares físicos (*corpus mechanicum*) en los que el contenido protegido se halla incorporado.

Por tanto, su marco operativo penal se circunscribe a la que viene conociéndose como piratería física generalmente referida a copias o ejemplares de obras y prestaciones incorporadas a soportes físicos tales en formato libro o discos CDs, DVDs y BDs ó Bluray (como antes lo fueron en cintas de musicassetes o de videocassetes VHS y Beta) con contenidos audiovisuales, musicales, videojuegos, programas de ordenador y creaciones literarias<sup>201</sup>.

Se trata de un fenómeno decreciente en nuestro país y los países más desarrollados por la popularización del uso de internet y la preferencia por acceder instantánea y masivamente a contenidos protegidos en formato digital, lo que asegura normalmente mayor calidad y permite prescindir de procurar espacios en los hogares para los soportes físicos. No ha desaparecido en España, sin embargo, e incluso es muy habitual en países donde el acceso a las nuevas tecnologías no se ha universalizado, tanto su ofrecimiento en establecimientos abiertos al público<sup>202</sup> como su venta callejera o ambulante. Y tanto en nuestro país como fuera del mismo se emplea internet a modo de escaparate como medio de ofrecimiento de aquellos tipos de soportes físicos en los que aparecen incorporados obras y prestaciones, sobre todo películas, series y telenovelas.

Por la autonomía existente entre reproducción y distribución, la conducta prohibida puede consistir no sólo en la comercialización de copias o ejemplares ilícitos (piratas), sino también en la de ejemplares reproducidos lícitamente que han sido puestos en circulación en el tráfico mercantil sin la autorización del titular de los derechos de distribución.

---

<sup>201</sup> La previa fijación en soportes físicos tipos CDs y DVDs se hace empleando instrumentos y sistemas de reproducción masiva como las conocidas como “tostadoras o politostadoras” que son utilizadas a pleno rendimiento las 24 h. del día.

<sup>202</sup> Baste citar la masiva oferta y venta que se efectúa en grandes almacenes comerciales de venta al por menor de CDs, DVDs y BDs, por ejemplo, en países de economía emergente como Perú o Colombia. En Lima, algunos de ellos se encuentran bien cerca de órganos jurisdiccionales a los que corresponde la represión penal de estas conductas, como el conocido “El Hueco” ubicado al pie de la Corte Superior de Justicia de la capital de Perú.

A tales efectos debe tenerse en cuenta que en la delimitación de la extensión del derecho de distribución -y, en consecuencia, también de la esfera de prohibición de este comportamiento típico-, influye decisivamente la regla del denominado agotamiento comunitario del derecho de distribución, inspirada en el principio comunitario de libre circulación de mercancías y establecida en el apartado 2º del art. 19 LPI. Conforme al mismo, cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial. Así pues, el derecho de distribución se agota a partir de la primera venta que se lleve a cabo dentro de la Unión Europea respecto de las sucesivas ventas que se efectúen en dicho ámbito geográfico. Ello implica que las facultades del autor o sus cesionarios para el control del momento y condiciones de la puesta en circulación de la obra o sus ejemplares se extinguen, para el ámbito comunitario, a partir de la primera venta efectuada en el mismo, aunque sólo respecto de las ventas sucesivas que se realicen en dicho ámbito por el titular del mismo o con su consentimiento, por lo que, a *contrario sensu*, el derecho de distribución originario no se agota respecto de las demás formas de distribución, tales como el alquiler o préstamo<sup>203</sup>.

Todo ello (-especialmente el agotamiento únicamente parcial del derecho y el límite territorial en el que juega esta regla-) debe ser tomado en consideración al analizar el carácter típico de las actividades de distribución no consentida en general y especialmente en referencia, como veremos, a las conductas del apartado 5 b) del art. 270, ya que sin perjuicio de constituir éstas a efectos penales comportamientos típicos autónomos, no cabe duda de que mantienen una estrecha vinculación con el derecho de distribución, del que según la Circular FGE núm 2/1989 forman parte, tal y como además se viene a reconocer en la propia LPI, más concretamente en el art. 117.3<sup>204</sup>, que en relación a los derechos de los productores de fonogramas establece que *se considera comprendida en el derecho de distribución la facultad de autorizar la importación y exportación de copias del fonograma con fines de comercialización*.<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, A, *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág.179.

<sup>204</sup> Que reproduce el anterior 109.2 del texto de 1987.

<sup>205</sup> La nueva redacción del art. 270.5.a) CP, sin embargo, permite considerar ampliada la relación respecto del resto de las conductas típicas del art. 270.1 CP como tendremos ocasión de comprobar en su momento.

El principal problema que se plantea en torno al alcance penal de esta conducta gira en torno a la valoración como incardinable en el tipo penal de la simple oferta de reproducciones, copias o ejemplares de las obras y prestaciones. La cuestión suele generarse en la práctica respecto de la no infrecuente aparición en publicaciones (periódicos, revistas, folletos publicitarios, etc), internet u otros medios en los que se inserta o difunde publicidad, de anuncios que ofrecen al público la posibilidad de adquirir copias o ejemplares de obras y prestaciones protegidas, algo que se ha venido dando sobre todo sobre contenidos audiovisuales, musicales, videojuegos y programas de ordenador, incorporados en los soportes que sucesivamente vienen aportando los avances técnicos (históricamente cintas de audio y videocassetes, actualmente discos CDs, DVDs y BDs).

En cuanto que la oferta tiene fácil cabida en los términos de “puesta a disposición del público” -por cualquier forma- empleados en la definición extrapenal del art. 19 LPI, ya que implica sólo la colocación al alcance de una pluralidad de personas de ejemplares de contenidos protegidos, la estricta asimilación del concepto jurídico-privado podría hacer pensar en el carácter típico de la simple oferta. Desde luego a tal conclusión debería llegarse si se parte de que la definición legal del art. 19 LPI abarca la ubicación de la obra o prestación al alcance del público independientemente de que éste la reciba o no mediante venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. De este modo quedaría incardinado en el tipo penal el comportamiento de oferta de contenidos protegidos a potenciales compradores o receptores aunque la entrega efectiva no se produzca.

Sin embargo, en el plano penal se ha acabado por asentar un entendimiento restringido del concepto de puesta a disposición. De hecho, la doctrina mayoritaria suele mantener que en estos casos al menos debe exigirse la existencia de los ejemplares de las obras o prestaciones e incluso no faltan quienes han sostenido que los actos previos a la efectiva entrega del material no pueden calificarse como acción típica, sino como simples actos preparatorios, de más que dudosa punibilidad<sup>206</sup>. Así lo vendría a poner de manifiesto,

---

<sup>206</sup> Sobre todo, esto último, reproduciendo los argumentos de 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*, Ed. Cedecs, Barna, 1995, págs. 133 y ss. Una cumplida referencia actualizada de la situación, argumentos y las distintas opiniones doctrinales al respecto puede encontrarse más modernamente en GÓMEZ RIVERO, C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 198 a 202 (para quien debe respetarse el principio de intervención mínima siendo decisiva la existencia previa de lo ofertado haciendo posible el acto de puesta al alcance para el acto final de recepción o acceso efectivo a la obra;

por demás, la dinámica comisiva de este tipo de ofertas en que normalmente primero se evalúan los pedidos recibidos y luego se lleva a cabo la reproducción efectiva, de manera que la oferta se refiere a productos inexistentes al tiempo de efectuarla. Por ello, en la praxis suele exigirse para la trascendencia penal de este comportamiento que se produzca al menos el envío de los ejemplares de lo ofertado<sup>207</sup>. Las pruebas de “compra” o al menos de “envío” acaban siendo cruciales en los procedimientos penales y de ello son conscientes los perjudicados que normalmente ponen los hechos en conocimiento de las autoridades competentes para la persecución penal.

Ello, en definitiva, conduce a incluir como conducta punible únicamente los supuestos de efectiva comercialización ilícita del original o sus copias -lícitas o ilícitas-, que como dice el art. 19 LPI puede tener lugar mediante venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

En cuanto a lo que ha de considerarse “público”, por tal ha de entenderse una generalidad o pluralidad indeterminada de destinatarios potenciales, lo que no significa que haya de tratarse de un grupo necesariamente numeroso, pues puede concretarse en la colocación de un ejemplar o ejemplares al alcance de cualquier persona indeterminada<sup>208</sup>. Sobre su extensión cuantitativa y cualidades se han ofrecido en la doctrina variadas opiniones en atención a su capacidad para reducir el ámbito típico de prohibición, exigiéndose que concurra una dimensión colectiva significativa y se trate de un círculo indeterminado de personas que exceda de la relación intersubjetiva entre

---

referente que sirve para determinar el tratamiento como formas imperfectas de ejecución de determinados actos previos, como el transporte, y de los actos posteriores como la efectiva adquisición por el destinatario que sería elemento ajeno al injusto del comportamiento realizado); y en RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, págs. 269 a 273 (autor que repasa las distintas concepciones amplias y restringidas del concepto de puesta a disposición por las que se decanta la doctrina civil y penal, acabando por sostener el entendimiento de que, dada la referencia del art. 19.1 LPI a la puesta a disposición del público “del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible”, aquél o éstas deben existir no bastando con que el autor de la actividad tenga la posibilidad real de obtenerlas o el patrón a partir del cual reproducirlas).

<sup>207</sup> Múltiples sentencias se refieren a esta cuestión desde la tipificación de la distribución en 1987 marcando esta tendencia, aunque en supuestos en los que el envío se había producido. *Vid.*, entre las más antiguas, la SJP nº 3 de Málaga de 13 de febrero de 1992, la SAP de Madrid de 22 de febrero de 1994 o la SAP de Orense de 23 de septiembre de 1997.

<sup>208</sup> No necesariamente el número de ejemplares ha de ser cuantioso ni el número de destinatarios potenciales ha de ser elevado. De hecho piénsese en la distribución ilícita del original o copia no autorizada de una obra plástica o pictórica de alto valor asequible tan sólo por un número muy reducido de personal con elevado poder adquisitivo.

dos partes determinadas<sup>209</sup>; que supere ámbitos domésticos, puramente privados o restringidos a familiares, amigos y allegados<sup>210</sup>; o que traspase la *esfera cuasifamiliar* y llegue a terceras personas con las que no se guarde relación familiar o de proximidad personal<sup>211</sup>.

La LPI en los apartados 3 y 4 del propio art. 19 define lo que a sus efectos ha de entenderse por alquiler y préstamo. Por alquiler se considera 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. Por préstamo, se concibe la puesta a disposición de originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo ni indirecto, siempre que dicho préstamo se lleve a cabo a través de establecimientos accesibles al público. La propia ley indica que se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público dé lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento. Con ello se intentan neutralizar los falsos préstamos que encubren verdaderos alquileres onerosos que han venido realizando entidades o asociaciones que se dicen constituir supuestamente con mero interés cultural y sin ánimo de lucro, y aprovechan su forma externa y lo dispuesto en el art. 37.2 LPI<sup>212</sup>, precepto que permite el préstamo de obras sin necesidad de autorización de sus titulares, para lucrarse con el importe de cuotas y alquileres satisfechos por las obras por parte de sus socios. La cuestión problemática es la prueba de que las cantidades abonadas superan los gastos de mantenimiento.

En la expresión “de cualquier otra forma”, cabría encuadrar la permuta, el leasing financiero, etc., y, en principio, cualquier título oneroso o gratuito, que suponga enajenación definitiva o cesión temporal.

---

<sup>209</sup> GÓMEZ RIVERO, C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 198, para quien sólo así la conducta adquirirá la potencialidad lesiva que justifica su sanción civil y penal.

<sup>210</sup> GÓNZALEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 175, quien se base en la aplicación del criterio empleado en el art. 20.1 LPI para excluir la comunicación doméstica en un círculo privado.

<sup>211</sup> BUSCH, C., *La protección penal...*, *op.cit.*, pág. 138.

<sup>212</sup> Conforme a este precepto, los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de los titulares de derechos por los préstamos que realicen.



Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para el castigo penal de la conducta, ésta deberá ser llevada a cabo con ánimo de obtener beneficio económico -directo o indirecto- como antes era exigible el afán de lucro. La puesta en circulación de ejemplares lícitos o ilícitos sin ánimo de beneficio económico y gratuitamente, puede originar un gran daño o perjuicio patrimonial al autor o sus cesionarios, pues éstos pueden dejar de percibir los beneficios que conllevaría su compra, pero no es conducta punible.

Lógicamente, por demás, el análisis de la relevancia penal de las conductas de distribución debe tomar en consideración los límites que también a los derechos de distribución están establecidos -a veces conjuntamente con los previstos para el derecho de reproducción- en la LPI dentro del Capítulo II del Título III del Libro I; entre ellas las realizadas con fines de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios y las efectuadas en beneficio de personas con discapacidad (art. 31 bis LPI); las llevadas a cabo con fines educativos o de investigación científica (art. 32. 3 y 4 LPI); las de trabajos y artículos sobre temas de actualidad difundidos por los medios de comunicación social y de las conferencias, alocuciones, informes ante los Tribunales y otras obras del mismo carácter que se hayan pronunciado en público (art. 33. 1 y 3 LPI); las utilizaciones de obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas (art. 35.1 y 2 LPI); así como la ya referida del art. 37.2.

En la práctica, históricamente la jurisprudencia penal más numerosa sobre la conducta típica de distribución giró en torno a intervenciones policiales de gran número de copias piratas de cintas de audio, películas, videojuegos u otro elementos de software, que se distribuían desde locales comerciales (audioclubs, videoclubs, clubs informáticos) o mediante remisión a los lugares de ubicación del consumidor desde donde, atraídos por diversos medios o instrumentos de publicidad donde se ofertaban, se solicitaban copias (así por ejemplo, entre otras, SJP nº 3 de Málaga de 13 de febrero de 1992, SAP de Girona de 5 de octubre de 1993, SAP de Madrid de 22 de febrero de 1994, STS de 23 de mayo de 1994, SAP de Sevilla de 23 de febrero de 1995, SJP nº 4 de Valencia de 21 de octubre de 1996, SAP de Orense de 23 de septiembre de 1997).

Las sentencias más recientes revelan que, sin desaparecer del todo dichas realidades, en el marco de la piratería física las modalidades más numerosas en la actualidad, sin perjuicio de algunas incautaciones de ingentes cantidades en naves o establecimientos abiertos al público<sup>213</sup>, se dan sobre todo en manifestaciones de venta callejera o ambulante en las que predomina el conocido como top manta, modalidad de distribución a pequeña escala para la que, desde la reforma del CP en 2010, se han establecido previsiones específicas. Su comentario se efectuará con ocasión de las definiciones que ahora se contienen en el apartado 4 del nuevo art. 270 CP que ha instaurado la reforma del Código Penal por L.O. 1/2015.

Lógicamente relacionadas con los comportamientos típicos de distribución se encuentran las conductas de exportación e importación. De hecho, el art. 117.3 LPI incluye en el derecho de distribución las facultades de autorizar la exportación e importación de fonogramas. Las mismas, en unión del almacenamiento, han solido ser conceptuadas como actos preparatorios de la distribución, puesto que se llevan a cabo para proceder con posterioridad a su comercialización. Su regulación, anteriormente contemplada en el núm. 2 del art. 270 CP se encuentra ahora prevista en el apartado núm. 5, letras a) y b) del nuevo art. 270 CP con alguna nueva especificación que será objeto de comentario con ocasión de referirse a los tipos singularmente orientados a sancionar tales comportamientos.

#### II.3.1.2.d).-La comunicación pública.

La tercera conducta relativa a las facultades patrimoniales que constituyen contenido de los derechos de propiedad intelectual y menciona el tipo es la comunicación pública.

La LPI reconoce derechos de comunicación pública a los autores (art. 17 LPI), a los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 108 LPI), a los productores de fonogramas (art. 116 LPI), a los productores de grabaciones audiovisuales (art. 122 LPI), a las entidades de radiodifusión (art. 126 LPI), a los realizadores de meras fotografías (art. 128 LPI) y a los editores de ciertas producciones (art. 129 LPI), remitiéndose en general a la definición precedente.

---

<sup>213</sup> Como las efectuadas en determinados polígonos como el muy conocido “Cobo Calleja” de la localidad madrileña de Fuenlabrada.

La determinación de qué es comunicación pública la aborda el art. 20 de la LPI, proporcionando para su concreción dos criterios de definición: uno positivo y otro negativo, que respectivamente permiten conocer los comportamientos que están incluidos en su noción y las conductas que no están abarcadas por su concepto.

El art. 20.1 LPI concibe la comunicación pública 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*”, delimitándola negativamente con la afirmación de que “*no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*”.

A continuación, en su apartado segundo, cuya redacción actual proviene de la Ley 23/2006, este precepto contiene una extensa relación meramente ejemplificativa y abierta en la que se enumeran diversos actos de comunicación pública.

Conforme a este apartado, “*Especialmente, son actos de comunicación pública:*

- a) Las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales mediante cualquier medio o procedimiento.
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás audiovisuales.
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende la producción de señales portadoras de programas hacia un satélite, cuando la recepción de las mismas por el público no es posible sino a través de entidad distinta de la de origen.
- d) La radiodifusión o comunicación al público vía satélite de cualesquiera obras, es decir, el acto de introducir, bajo el control y la responsabilidad de la entidad

radiodifusora, las señales portadoras de programas, destinadas a la recepción por el público en una cadena ininterrumpida de comunicación que vaya al satélite y desde éste a la tierra. Los procesos técnicos normales relativos a las señales portadoras de programas no se consideran interrupciones de la cadena de comunicación.

Cuando las señales portadoras de programas se emitan de manera codificada existirá comunicación al público vía satélite siempre que se pongan a disposición del público por la entidad radiodifusora, o con su consentimiento, medios de descodificación<sup>214</sup>.

e) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

f) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida.

Se entiende por retransmisión por cable la retransmisión simultánea, inalterada e íntegra, por medio de cable o microondas de emisiones o transmisiones iniciales, incluidas las realizadas por satélite, de programas radiodifundidos o televisados destinados a ser recibidos por el público.

g) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida.

h) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones.

i) 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

---

<sup>214</sup> A efectos de lo dispuesto en estos dos párrafos de la letra d) del núm. 2 del art. 20 LPI, su inciso final establece que por satélite se entenderá cualquiera que opere en bandas de frecuencia reservadas por la legislación de telecomunicaciones a la difusión de señales para la recepción por el público o para la comunicación individual no pública, siempre que, en este último caso, las circunstancias en las que se lleve a efecto la recepción individual de las señales sean comparables a las que se aplican en el primer caso.

lugar y en el momento que elija.

j) 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.

k) La realización de cualquiera de los actos anteriores, respecto a una base de datos protegida por el Libro I de la presente Ley.

De esta relación de modalidades con fórmula de *numerus apertus* del art. 20.2 LPI puede extraerse la conclusión de que el derecho de comunicación pública cubre toda comunicación o puesta a disposición tanto directa (en la que autor, intérprete artista y/o ejecutante y el público coinciden en tiempo y lugar<sup>215</sup>) como indirecta (sin coincidencia ni en el tiempo ni en el espacio), realizada a partir de fijaciones analógicas o digitales en un soporte material (como cintas o discos fonográficos, films, vídeos, CDs, DVDs, BDs, etc...) o a través de un agente o procedimiento técnico de difusión de signos, sonidos y/o imágenes (como internet, radiodifusión y transmisión o retransmisión por cable, hilo, fibra óptica, microondas o los satélites de telecomunicaciones), siempre que reúna las características expresadas en el número primero del art. 20 LPI: accesible a una generalidad de personas -indeterminada, pero no necesariamente numerosa- sin previa distribución de ejemplares físicos y no producida dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Abarca, por consiguiente, tanto las comunicaciones directas o en vivo que se caracterizan por la presencia de los intérpretes o ejecutantes ante un público que se encuentra físicamente presente y por la unicidad de la comunicación; como las indirectas que se particularizan porque no hay coincidencia ni en el espacio ni en el tiempo con el público, de forma que en ellas la comunicación se efectúa por medio de un elemento interpuesto que permite que se lleve a cabo, incluso simultáneamente, a partir de una reproducción o fijación previa, cualquiera que sea su formato, medio o soporte.

---

<sup>215</sup> Como son las efectuadas en vivo, v.gr., de una representación teatral o musical, un recital de poesía o una exposición de una obra de arte.

De estas ideas, dos características se revelan como especialmente interesantes a efectos civiles y penales:

En primer lugar, la ausencia de preordenación a la recepción por parte del público de una copia o ejemplar en soporte tangible del objeto material o inmaterial protegido.

Esta nota singulariza la comunicación pública por su carácter incorporal, como autónoma e independiente, respecto de la distribución, con la que puede coexistir, pero de la que se diferencia conceptualmente porque no se referencia a una entrega de soportes físicos aprehensibles.

Es también la puesta a disposición -o colocación al alcance o acceso potencial- el elemento clave y sustancial sobre el que se predicen el resto de los requisitos, tal y como también ocurre en la distribución, pero a diferencia de ésta, aquélla no recae sobre ejemplares de obras incorporadas a soportes físicos. El acceso a las obras y prestaciones es inmaterial de modo que no se produce previa comercialización física de ejemplares tangibles y aprehensibles.

En segundo lugar, la nota de publicidad, expresada y concretada positivamente en el requisito de su accesibilidad por una pluralidad o número indeterminado de personas y negativamente en la exigencia de que no se produzca en un ámbito estrictamente doméstico sin integración o conexión a una red de difusión de cualquier tipo.

Esta segunda característica nos permite determinar los comportamientos de comunicación directa o indirecta relevantes a efectos típicos, especialmente en relación a las modalidades de perfiles más problemáticos en la práctica.

El carácter público del acto se refiere a la puesta a disposición de la obra en condiciones de colocación al alcance de un número indeterminado de destinatarios potenciales sin que necesariamente se produzca un acceso efectivo. La precisión legal sobre la circunstancia de que una pluralidad de personas “pueda tener acceso a la obra” implica que basta con que las mismas se ubiquen a su alcance y dispongan de tal posibilidad, sin

que sea decisivo que dichas personas la utilicen. Basta, por tanto, con hacer posible el acceso (potencial), aunque no se produzca de manera efectiva.

En principio, esta nota descarta además como típica la comunicación doméstica o estrictamente privada, es decir la que podría caracterizarse como llevada a cabo sin trascender de un ámbito familiar, de convivencia u hogareño, o de un círculo muy restringido de personas con la que se mantengan lazos estrechos de carácter personal. Pero, por la exigencia final, ni siquiera dicha comunicación doméstica o privada estará extramuros del concepto de comunicación pública si existe integración o conexión a una red de difusión de cualquier tipo.

El abordaje de los supuestos de calificación polémica ha de efectuarse sin perder de vista la propia estructura -y el propósito que se desprende- de la definición legal de comunicación pública. Ésta parte de un concepto bastante amplio (*todo acto*), complementado con una extensa relación no cerrada de supuestos, del que sólo se exceptiona la comunicación efectuada en el ámbito estrictamente doméstico, el cual, además, es, a su vez, contraexceptado en caso de encontrarse dicho ámbito integrado o conectado a cualquier tipo de red de difusión.

Dos son, por consiguiente, las notas que singularizan y delimitan la comunicación pública: la colocación de obras y prestaciones al alcance de una pluralidad de personas indeterminada sin circulación de ejemplares físicos y el desborde del ámbito doméstico o de vinculación por lazos personales sin conexión a una red de difusión de cualquier tipo.

De aquella estructura y de estas notas definatorias expresadas con términos tan amplios, se evidencia un deliberado deseo de otorgar la máxima protección posible frente a cualesquiera situaciones de infracción del derecho de comunicación pública, cuya extensión al plano penal se sostiene en el empleo de los mismos términos (comunicare públicamente) en la descripción típica del comportamiento punible. Una vez más, por la propia configuración del tipo, la intervención penal ha de tener justificación en la efectiva afectación de la naturaleza fundamentalmente económica o patrimonial del bien jurídico protegido, pero no cabe duda de la intensa dependencia conceptual del tipo

también en cuanto a este comportamiento típico.

La fórmula empleada en el art. 20 LPI identifica con ello la lógica, naturaleza y características propias de la comunicación pública, lo que permite abarcar tanto los actos y modalidades que ya existen, como los que vayan surgiendo como consecuencia de la evolución constante de la tecnología, sin necesidad de operar cada vez una reforma de la LPI.

La aplicación de estas coordenadas para la solución de realidades históricas y presentes sirve de claro ejemplo de la potencialidad de su alcance y significado como medio para permitir la calificación de casuísticas futuras.

Con tales premisas, por ejemplo, se hubo de abordar en su momento el fenómeno de los llamados videos comunitarios que proliferaron en los años 80 y 90<sup>216</sup>. Y en la actualidad su utilidad para adoptar criterio sobre la calificación de las nuevas actividades permanece en relación con la problemática planteada por todo tipo de actos y modalidades de exhibición o puesta de disposición al público de obras y prestaciones que la aparición de sucesivos avances y desarrollos tecnológicos en formatos, medios, programas, aplicaciones y procedimientos están posibilitando en la era digital y especialmente en el entorno internet a través de toda clase de dispositivos, productos y componentes.

Cabe recordar que la calificación de la actividad desarrollada por los videos comunitarios en su día fue objeto de una gran controversia doctrinal<sup>217</sup>. A tal efecto debía distinguirse entre lo que eran verdaderos vídeos comunitarios que eran los constituidos exclusivamente entre los vecinos de una comunidad de propietarios de edificios colindantes entre sí; y las denominadas televisiones locales<sup>218</sup> que surgieron a partir de aquéllos al ir extendiéndose la implantación de éstos a otras manzanas colindantes e incluso a barrios, urbanizaciones o localidades enteras ante la masiva demanda de nuevos socios y el importante lucro que posibilitaba la actividad.

---

<sup>216</sup> Sobre todo en algunas zonas del territorio nacional como Andalucía, Extremadura y Levante.

<sup>217</sup> Vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 188-190. QUINTERO OLIVARES, G., "De los delitos relativos...", *op.cit.*, pág. 1.222.

<sup>218</sup> Que se estableció que deberán estar inscritas en la Sección relativa a las *Empresas de difusión* del Registro de Empresas Cinema.



Concretamente, la afirmación de que los videos comunitarios implicaban comunicación pública fue discutida alegando que no existía difusión al público, pese a estar conectados a una red de difusión. Ante la ausencia de normativa regulativa al tiempo de su aparición<sup>219</sup>, la jurisprudencia conceptuó inicialmente los vídeos comunitarios indicando que sus actividades consistían “en la distribución, por medio de cable, de emisiones de televisión, procedentes de un aparato reproductor de vídeo conectado a los aparatos de televisión de los domicilios existentes en un bloque o bloques de casas, integrantes de una comunidad de vecinos” (STS - Sala 5ª - de 10 de octubre de 1987), reconociéndolos y amparándolos como una manifestación más del derecho a la libre expresión y difusión informativa.

Sobre esta situación incidió la Ley 31/87, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, que vino a definir los que debían considerarse verdaderos vídeos comunitarios, como consecuencia de señalar en su art. 25.3 que “*no tendrá la consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes, realizadas por instalaciones que, sin conexión a redes exteriores, y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble o en una comunidad de propietarios constituida de conformidad con lo previsto en la Ley 49/60 de 21 de julio*<sup>220</sup>, o en una manzana urbana de fincas colindantes”. A raíz de ello, las emisiones o transmisiones de imágenes, entre ellas también concretamente las de televisión por cable, que superasen los límites de este artículo, o dicho con otras palabras, con extensión fuera de una manzana urbana de fincas colindantes, con conexión a redes exteriores o con utilización de dominio público tenían carácter de televisión y, como expresaron las SSTC 189/199, de tres de octubre, y 31/1994, de 31 de enero, no eran “*ya vídeo comunitario, sino televisión sometida a un régimen de intervención administrativa*”.

Posteriormente, el Real Decreto 448/88, de 22 de abril, regulador de la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales recogidas en soporte videográfico, en su art. 1º.2.c, incluyó en su ámbito de aplicación a “*las comunidades de propietarios que difundan películas cinematográficas y otras obras audiovisuales*

---

<sup>219</sup> Vid. GUERRERO ZAPLANA, J., “Propiedad Intelectual en materia audiovisual: vídeos comunitarios y televisiones locales”, en *Protección Jurídica de la obra audiovisual*, Egeda/FAP, Madrid, 1995, págs. 60 y ss.

<sup>220</sup> Ley de Propiedad Horizontal.

*contenidas en soporte videográfico, a los domicilios particulares, mediante su transmisión desde un aparato reproductor conectado con aparatos receptores de uso privado” y, tanto para estos vídeos comunitarios verdaderos como para las televisiones locales<sup>221</sup> estableció, de acuerdo con el art. 4º.1º de este Real Decreto, que “para llevar a cabo la difusión de películas cinematográficas y otras obras audiovisuales,... será necesario contar con la previa autorización de los titulares o cesionarios de los correspondientes derechos de comunicación pública de dichas obras.*

De este precepto, cabía deducir que la normativa extrapenal admitía que la comunicación pública podía tener lugar tanto en las televisiones locales como en los verdaderos vídeos comunitarios, pues si se tratara de simple comunicación privada no habría que contar con la autorización de los titulares de los derechos de comunicación pública. Sin embargo, este Real Decreto no se aplicaba tampoco a la difusión realizada *en un ámbito estrictamente doméstico que no esté conectado a una red de cualquier tipo* (art. 3), con lo que se confirmaba que la conexión o integración en cualquier tipo de red de difusión era un criterio decisivo, se montase dicha red entre edificios colindantes o no. Con ello se debilitó, como ya expresé en su día<sup>222</sup>, la posición de quienes entendían que dentro de las fincas colindantes se ejercía una mera comunicación no pública, y se reafirmaba la amplia cobertura que ya proporcionaba el art. 20.1 LPI. De esta manera, además de no haber duda de que la difusión llevada a cabo y obtenida por una televisión local es absolutamente pública, sin esfuerzo había de considerarse que la difusión propia del vídeo comunitario sobrepasaba el ámbito “estrictamente doméstico” sin conexión ni integración a una red de difusión -recordemos *de cualquier tipo*- que imposibilitaría la aplicación del entonces art. 270 NCP. En consecuencia, a sabiendas de la impropiedad de la expresión, podía decirse que cabría la comunicación pública en una red de difusión no absoluta o estrictamente pública; lo determinante sería la comunicación a una pluralidad de personas con las que no existiese vinculación familiar, doméstica o personal, o realizada con integración o conexión a una red de difusión de cualquier tipo.

Ello no suponía una extensión indebida de la tutela penal ni incumplimiento de los postulados de la intervención mínima. El interés jurídico protegido con relevancia para dicha intervención que decidió tutelar el legislador no sólo no se oponía sino que podía

---

<sup>221</sup> A ellas alude con una fórmula idéntica a la de los vídeos comunitarios, con la única diferencia de emplear los términos *las personas físicas o jurídicas*, en lugar de *las comunidades de propietarios*.

<sup>222</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos...”, *op.cit.*, págs. 57 a 60.

entenderse que demandaba tal solución. La afección en ambos casos de los intereses y facultades patrimoniales objeto de amparo por el tipo penal con suficiente gravedad estaba fuera de toda duda. Normalmente, la competencia ejercida respecto de los videoclubs de alquiler era directa, pues las cuotas mensuales posibilitaban visionar a los abonados varias películas a un precio notablemente inferior al de su alquiler en aquéllos, y, naturalmente, se impagaban los correspondientes derechos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Incluso el número de receptores podía ser ingente en determinadas comunidades de vecinos y no cabía menospreciar la entidad del fenómeno.

Esta fue, por demás, la solución final que acogió, sin muchas explicaciones, la Circular núm. 2/1989 de la FGE cuando aseveró que el párrafo segundo del art. 20.1 indirectamente confirma que los llamados “vídeos comunitarios” tienen el carácter de comunicación pública.

Naturalmente debían concurrir los demás elementos del tipo y muy especialmente el ánimo de lucro -que era deducible, en la práctica, del pago de una cuota de enganche y del abono de una cuota mensual o de la inserción de publicidad por precio-, pues si el vídeo comunitario era gratuito, orientado a la mera información o al simple entretenimiento e, incluso, sufragado por la comunidad de vecinos, podrán existir ilícitos de otra naturaleza, pero no penal<sup>223</sup>.

En cualquier caso, el examen de resoluciones dictadas al respecto por los órganos jurisdiccionales revelaba que normalmente no se entraba en las sentencias a analizar elementos fácticos relativos a si los edificios en los que se difundían las obras eran colindantes, si se invadían zonas de dominio público o si el cableado se extendía por vías públicas, determinantes desde luego de la absoluta publicidad con arreglo a diversa normativa de intervención administrativa. De hecho estas cuestiones, salvo rara excepción, no atraían la atención del Juzgador que normalmente sí fijaba su interés en la conexión a cualquier clase de red de difusión y el número de socios. Como ejemplo

---

<sup>223</sup> También han existido supuestos de televisiones locales sin ánimo de lucro, habiendo recaído condena sobre sus responsables conforme al tipo básico de la redacción anterior a 1995 (que, como se sabe, no lo exigía), v.gr. SAP de Cáceres de seis de noviembre de 1995, caso Tele-Miajadas, en el que se condenó como responsable a un Concejal de Juventud y Deportes de Miajadas, sin existir publicidad, ni cuota alguna por la recepción de imágenes.

paradigmático, la SAP de Madrid de fecha 6 de febrero de 1998, en una detallada resolución relativa a un sistema que se denomina de vídeo comunitario de la que era titular la Mancomunidad de Propietarios Villajuventus II, de Parla, puso el acento para la condena de los responsables -entre ellos un jardinero de la misma que materialmente alquilaba películas en otra localidad madrileña y copiaba éstas y las emitidas por entidades de radiodifusión, que captaba por antena parabólica, en soporte videográfico y posteriormente las difundía- en que la actividad que se lleva a cabo en la Mancomunidad..., es de comunicación pública y no en un ámbito estrictamente doméstico... ya que precisamente los hogares estaban implicados en una red de difusión (FD 2º), destacando en el apartado dedicado al análisis del ánimo de lucro (FD 7º) que el video comunitario contaba con 600 abonados; posición que reitera la mantenida para supuestos similares en otras sentencias anteriores (SSAP Madrid de 28 de septiembre de 1993 y 16 de junio de 1995).

Fueron por tanto el desborde del ámbito estrictamente doméstico, la pluralidad de personas destinatarias y, especialmente, la conexión a cualquier red de difusión los criterios decisivos.

Los mismos parámetros cabía aplicar a realidades que aún se dan en la realidad como las conductas que se producen en hoteles, lugares y establecimientos de esparcimiento respecto de exhibiciones o difusiones no autorizadas en las habitaciones o en espacios comunes de películas, canales de televisión de acceso condicionado u otros contenidos musicales o audiovisuales que se ofrecen a un público cambiante.

Y las mismas coordenadas son extrapolables a las modernas actividades de puesta a disposición y exhibición de obras y prestaciones de todo tipo, directa o indirectamente obtenibles en la red a partir de los servidores donde se alojan o proporcionados a través de dispositivos reproductores o equipos informáticos conectados a internet, generalmente adaptados con aplicaciones y programas que posibilitan la captación de señales de televisión de acceso condicionado o en abierto, o la paquetización de contenidos musicales y audiovisuales, así como de canales de transmisión y retransmisión televisiva, y permiten a los usuarios la visualización, escucha y/o lectura en todo tipo de dispositivos tales como televisiones, computadoras, tablets, móviles, ya

sean en un determinado ámbito espacial (comunidades de vecinos, urbanizaciones, localidades, comarcas, provincias) o sin restricción territorial.

Todas estas actividades son susceptibles de ser calificadas como de comunicación pública con arreglo a las notas básicas del art. 20.1 LPI y los elementos ejemplificadores del apartado 2 del mismo precepto: la colocación de obras y prestaciones al alcance de una pluralidad de personas indeterminada sin circulación de ejemplares físicos y el desborde del ámbito doméstico o de vinculación por lazos personales sin conexión a una red de difusión de cualquier tipo<sup>224</sup>.

Naturalmente para que todas las conductas mencionadas adquieran relevancia penal es necesario que concurra el resto de las condiciones típicas, pero como paso previo el comportamiento ha de incardinarse en estas coordenadas.

La atención dedicada por el legislador y las fórmulas adoptadas en el art. 20 LPI para definir y ejemplificar la comunicación pública denotan la importancia en el momento actual de brindar a los titulares herramientas para un adecuado control de la circulación de las obras ante el incesante avance de nuevos desarrollos tecnológicos que caracterizan la era digital y el entorno internet. Probablemente en el presente momento para los titulares de los derechos reviste más importancia el control sobre la comunicación pública de sus obras y prestaciones que sobre la distribución física de ejemplares en las que se incorporen, especialmente dado el impacto y trascendencia de las nuevas formas y medios de puesta a disposición por medios alámbricos e inalámbricos, cable, fibra óptica o transmisión y retransmisión por ondas y satelital.

Particularmente, el ámbito que acoge la modalidad del art. 20.2 i) LPI permite una ancha protección a los titulares frente a toda puesta a disposición indirecta -alámbrica o inalámbrica- de las obras y prestaciones ya sea en internet o por otros desarrollos que aparezcan en el futuro permitiendo igualmente el acceso desde dónde y cuándo escoja el consumidor de contenidos protegidos. Esta modalidad tiene su origen en el artículo 8 del Tratado de la OMPI de 1996 sobre derecho de autor y fue implantada en el derecho español por la Ley 23/2006 en cumplimiento del art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE,

---

<sup>224</sup> Ello con las consecuencias derivadas, según la casuística, de posible apreciación de relación concursal entre las figuras de los arts. 270 y 286 CP.

justamente para regular la explotación de obras y prestaciones en internet.

La amplitud de la extensión de dicha tutela ha sido reforzada notablemente en muchas decisiones del máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que en referencia a la noción de acto de comunicación constantemente indica que “*este concepto debe interpretarse de modo amplio [...], con el fin de garantizar, como establecen los considerandos 4 y 9 de la Directiva 2001/29, un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor*”<sup>225</sup>.

Como ejemplo claramente emblemático de esta tendencia, la conocida como Sentencia Svensson, de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, dictada en el asunto C-466/12 así lo reitera como prolegómeno y fundamento de una decisión que ha generado un alto impacto en la realidad española, donde la calificación como comunicación pública de la actividad de enlazar en internet a contenidos protegidos venía siendo una cuestión altamente controvertida a nivel doctrinal y práctico.

El pronunciamiento favorable del TJUE a la calificación de la actividad de los enlazadores como supuesto del art. 3 de la Directiva 2001/29 (“*1. Los Estados miembros establecerán en 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, por tanto, su apreciación como supuesto de comunicación pública, implica la incardinación de tal clase de conductas en el concepto de la modalidad de comunicación pública que prevé el art. 20.2.i) LPI y por tal interpretación han de pasar los jueces nacionales de cualquier orden jurisdiccional que sea (civil, contencioso-administrativo y penal); algo que ya es una realidad como se tendrá ocasión de examinar con motivos de referirse al nuevo tipo penal del art. 270.2 CP, que en dicha medida, no

---

<sup>225</sup> Vid, en ese sentido, las SSTJUE 12.12.2000, C-110/99, Emsland Stärke y otros;(Sala 3ª) de 7.12.2006, C-306/05, SGAE c. Rafael Hoteles; (Gran Sala) de 4.10.2011, Football Association Premier League y otros, C 403/08 y C 429/08; (Sala 3ª) de 24.11.2011, C-283/10, Circul Globus București c. Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România y otros; (Sala 3ª) de 15.3.2012, C-162/10, Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlanda; (Sala 3ª) de 15.3.2012, C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso; (Sala 4ª) de 7.3.2013, C-607/11, TV Broadcasting Ltd y otros c. TVCatchup Ltd.

viene sino a recoger un tipo especial de comunicación pública.

La consecuencia, por consiguiente, es que la corriente judicial que descartó su tipicidad por falta de encuadre en el catálogo cerrado de comportamientos típicos del art. 270 CP ha quedado desautorizada y, por el contrario, las sentencias que modernamente se pronunciaron por su encuadre en la conducta típica de comunicación pública de dicho precepto penal han resultado reforzadas.

Las amenazas a los derechos de los titulares, sin embargo, no se detienen en este tipo de conductas y puede decirse que en la actualidad se diversifican hacia nuevos entornos de vulneración prioritariamente relacionados con el desarrollo de herramientas, aplicaciones, componentes y entornos que posibilitan la paquetización, puesta a disposición, retransmisión no autorizada y, en suma, la comunicación pública de obras y prestaciones de manera fraudulenta, permitiendo al público, cuándo y desde dónde escoja a partir de todo tipo de dispositivos, el acceso final a contenidos protegidos de manera no legal e infringiendo los derechos de propiedad intelectual existentes al respecto.

Para acoger las modalidades vulneradoras que desborden los márgenes hasta ahora precisados y cuya previsión ni siquiera pueda vislumbrarse en el momento presente queda la siguiente conducta comisiva.

#### II.3.1.2.e).- La explotación económica de otro modo.

La inclusión en la redacción típica de la fórmula “o de cualquier otro modo explote económicamente”, implica la ampliación del anterior catálogo cerrado y taxativo de comportamientos típicos a cualquier conducta que sea susceptible de ser valorada como explotación económica de una obra o prestación protegida.

Con ello, por un lado, se acrecienta la correspondencia con las modalidades posibles que integran el derecho exclusivo de explotación del art. 17 LPI y, por otro, se abre la puerta a la acomodación dinámica del tipo a evoluciones y desarrollos tecnológicos que puedan conllevar nuevas formas de explotación económica de contenidos protegidos.

El incremento del paralelismo y correlación entre el art. 270 CP y el art. 17 LPI es evidente si se tiene en cuenta la rúbrica del precepto civil (“*Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades*”) y su tenor literal, ya que, conforme al mismo, “*Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente ley*”.

Las regulaciones civil y penal se han aproximado aún más en la protección de la vertiente patrimonial de los derechos de propiedad intelectual y coinciden también ahora en el reconocimiento de diversas modalidades de explotación adicionales a las expresamente citadas en cada uno de los preceptos (17 LPI y 270.1 CP).

Por consiguiente, además de las acciones de reproducción, distribución y comunicación pública ilícitas expresamente contempladas en el tipo, podrán integrar el ámbito típico acciones que supongan otras modalidades, ya dadas e incluidas en el resto de las formas de explotación a las que se refiere el art. 17 LPI.

Ya se expresó que con su fórmula abierta el precepto civil presentaba el potencial de salvar desfases normativos, posibilitando el alcance de la tutela a las nuevas utilidades de las facultades patrimoniales que han aparecido asociadas a los progresos y avances tecnológicos; mientras que la penal se mostraba, por su rigidez, inhábil para rejuvenecerse dinámicamente ante esta realidad.

La nueva fórmula abierta que en el plano conductual típico adquiere el tipo nuclear del art. 270.1 CP se abona a una similar construcción con el mismo objetivo y, con ello, aunque minora su nivel de certeza jurídica, abre sus contornos a acoger como típicas otras modalidades comisivas que en el futuro puedan surgir por mor de nuevos adelantos y procesos tecnológicos, siempre que compartan la esencia que califica a todas ellas como denominador común: su significación o relevancia económica. Así se deriva de la esencia de la arquitectura del tipo, del bien jurídico protegido, de la indudable conexión con las facultades patrimoniales que constituyen el objeto de su



referente civil (art. 17 LPI), del refuerzo que imprime la inclusión del adverbio “económicamente” y de la predisposición subjetiva que requiere el tipo (la obtención de un beneficio económico).

Una vez más, puede decirse que tras esta ampliación típica está la experiencia adquirida sobre la capacidad de adaptación del diseño tradicional del tipo proveniente de las reformas de 1987 y 1995 a las nuevas dinámicas comisivas surgidas en internet, y ello no sólo -ni en especial- en torno al tratamiento de las webs de enlaces y su incardinación típica como comunicación pública, por más que ciertamente puede adivinarse la influencia de la toma en consideración de la experiencia aplicativa adquirida sobre la realidad y el tratamiento de esta actividad.

Sin perjuicio de profundizar en ello en su momento<sup>226</sup>, cabe ahora traer a colación la observación de que una buena parte de los órganos judiciales sobre los que ha recaído la responsabilidad de enjuiciar el encaje típico de la actividad de las páginas de enlace acabó negando su encuadre en alguna de las cuatro conductas que constituyen acción ilícito-penal -singularmente en el marco de la acción de comunicación pública-; pero resulta indudable que los responsables de dichas webs y quienes colaboran con ellas acababan siendo autores, gestores y partícipes de una modalidad ilícita del enorme negocio ilegal que se mueve en la red a costa de vulnerar los derechos de propiedad intelectual, ocasionando importantes perjuicios a sus titulares. En dicha medida, ha constituido una nueva forma de explotar económicamente obras protegidas sin autorización de los titulares y ello muestra que al hilo de los desarrollos tecnológicos pueden surgir tipologías vulneradoras de derechos de propiedad intelectual, impensables e imprevisibles en un momento dado, frente a las que determinados elementos rígidos del tipo pueden erigirse en obstáculos insalvables, generando zonas de impunidad para acciones y modos de explotación económica que merecen un semejante reproche penal por entrañar en sí un desvalor similar al presente en las típicamente previstas.

Ascendiendo de lo concreto a lo general, de la experiencia se desprende la necesidad de ir efectuando cambios normativos que permitan anticiparse y reaccionar en tiempo real a las transformaciones y desarrollos tecnológicos que puedan generar nuevas formas de

---

<sup>226</sup> Lo que se acometerá con ocasión de tratar el nuevo tipo implantado en el apartado 2 del art. 270 CP tras la reforma 2015 del Código Penal.

explotación de obras y prestaciones protegidas. Y ello al margen y además de que la STJUE Svensson, las más recientes decisiones judiciales nacionales y el nuevo tipo del apartado 2 del art. 270 CP surgido de la reforma de 2015, hayan solucionado el problema particular.

Por consiguiente, a partir de la nueva redacción legal serán punibles otras modalidades de acción o conductas distintas a las calificables de plagio, reproducción, distribución o comunicación pública, que permitan a sus agentes, sin la oportuna autorización y concurriendo los demás elementos del tipo, obtener de obras y prestaciones protegidas cualquier explotación y rendimiento de carácter económico, puesto que sólo corresponden a los legítimos titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Se trata con ello de reforzar el control de los titulares originarios o derivados sobre las facultades de explotación de obras y prestaciones en cualquier espacio, ya sea físico o digital, con plena conciencia de que son los incesantes desarrollos tecnológicos en la era digital el principal factor de debilidad y fragilidad en una sociedad avanzada donde los usuarios demandan cada vez con mayor intensidad el consumo inmediato de productos culturales y de entretenimiento.

A la conducta típica descrita con el verbo “explote” la norma penal ha añadido el adverbio “económicamente” y en el modo en que se hace en los términos legales puede interpretarse simplemente como una reafirmación sobre la dimensión patrimonial de las conductas a las que se abre el tipo, de manera coherente con la preferencial protección que el tipo ofrece a las facultades patrimoniales de la propiedad intelectual y, por tanto, con la naturaleza del bien jurídico protegido. De este modo, como se decía “supra”, el propósito del uso del término “económicamente” calificando la conducta abierta de explotación sería remarcar el sentido y contexto patrimonialista que prima y constituye la esencia en toda la protección penal de la propiedad intelectual. Su empleo iría destinado a no dejar lugar a ninguna duda de que la modalidad de explotación no mencionada expresamente en el tipo penal debe tener significación o relevancia económica, nota común que caracteriza al resto de las modalidades comisivas con las que debe guardar identidad de esencia y fundamento.

Sin embargo, en mi opinión, su efecto puede detenerse ahí o, por el contrario, presentar un potencial añadido en la medida en que la calificación respecto de la conducta de explotación permitiría entender concurrente un matiz de incremento de la exigencia en la delimitación del comportamiento típico que posibilitaría, sobre todo si se acaba predicando de todo el elenco de comportamientos típicos, la interpretación de que la conducta típica debe alcanzar a revelar una actividad en la que pueda advertirse una cierta utilización de la vulneración como medio relevante de obtención de ingresos, aunque no necesariamente la misma se realice con carácter permanente o estable, ni constituya la fuente principal o altamente complementaria de los ingresos de sus agentes. Con ello, indirectamente, se provocaría un efecto de reducción del círculo de posibles sujetos activos, excluyendo a quienes desarrollen cualquiera de estas actividades de una manera puntual y tan insignificante, cualitativa o cuantitativamente hablando, que no pueda considerarse que en su pauta de comportamiento concurra verdadera explotación económica de derechos ajenos. Quedarían excluidos por esta vía, por ejemplo, los meros usuarios o consumidores de contenidos y con ello se reforzaría un designio de persecución tan sólo de quienes articulan una actividad de cierta dedicación o aprovechamiento de estas actividades para procurarse ingresos a partir de una operativa próxima a la ejecución ilícita cuasi-negocial o comercial<sup>227</sup>.

En cualquier caso, la cuestión no está clara y tanto puede defenderse tal interpretación como la contraria, puesto que el legislador, de tener dicho propósito de restricción, si hubiera querido, hubiera podido definir una limitación semejante con elementos más precisos y terminantes, como por ejemplo exigiendo fines comerciales en el obrar del agente o la comisión mediante el desarrollo de una actividad de tipo comercial.

De poco o nada sirve acudir a la tramitación parlamentaria para hallar elementos en los que sustentar esta exégesis. Aparentemente una interpretación en la misma dirección parecería desprenderse de la fórmula para definir el tipo que se empleaba en la versión

---

<sup>227</sup> Este es el efecto que parece atribuir a la nueva configuración del tipo GALÁN MUÑOZ, A., “La reforma de los delitos contra propiedad intelectual e industrial”, en la obra en colaboración *Comentario a la reforma penal de 2015* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 588. Sostiene este autor que habiendo pasado a ser las tradicionales modalidades comisivas meras formas ejemplificativas de la conducta central “explotación económica” queda claro que esta figura sólo castigará aquellas actuaciones infractoras “que tengan carácter económico, esto es, comercial”, zanjando la polémica sobre si la exigencia de ánimo de lucro excluía de su tipo de injusto o no a las actividades realizadas sólo con la intención de disfrutar de la propiedad intelectual ajena sin abonar la contraprestación procedente a su legítimo titular.

de la reforma aprobada por el Pleno del Congreso (al prever castigo para “*el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, explote económicamente, en especial mediante la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte, de una obra o prestación...*”). Ello por erigir como núcleo central de la esfera de prohibición el comportamiento, expresado en verbo, de *explotar económicamente*, articulando como ejemplo de explotación económica las conductas tradicionalmente mencionadas en el tipo -incluido el plagio- y siendo aplicable a todas sin ningún género de dudas el adverbio reseñado. No obstante, no cabe duda de que existirían contrargumentos que neutralizarían esa conclusión pues la comparación de dicha propuesta regulativa con el tenor del art. 17 LPI, revela una articulación estructural de incluso mayor coincidencia entre las fórmulas civil y penal (a salvo de la mención del plagio), lo que podría ser elemento de apoyo para sostener que simplemente hay un reflejo penal de la norma civil sin mayor trascendencia de cara a los sujetos activos del delito.

El problema es que en ambas versiones, la definitiva y su precedente, cabe apreciar este paralelismo, y el elemento diferencial del uso del adverbio no arroja resultados definitivos por las distintas acepciones y calificaciones que permite el término “económicamente”. La clara opción del legislador por no exigir un ánimo, móvil o fin comercial -como propugnó la Circular FGE núm. 1/2006-, sino por admitir para satisfacer el tipo un simple ánimo de beneficio económico, directo o indirecto -que indudablemente implica una opción por un concepto no de restricción, sino de extensión de la predisposición subjetiva exigible como elemento del tipo subjetivo frente a lo que significa el ánimo de lucro, de espectro más reducido- permite difuminar cualquier intento de llegar a conclusiones favorables a aquel entendimiento.

En definitiva, la exclusión de consumidores o meros usuarios de contenidos protegidos respecto de determinadas conductas que podrían entrar en la formulación típica tendría que seguir buscando apoyo de refuerzo en consideraciones sustentadas en las tradicionales razones que maneja la doctrina y alguna jurisprudencia menor sobre el principio de intervención mínima. La insignificancia cualitativa o cuantitativa de la conducta y la carencia de potencial de lesividad para el bien jurídico protegido seguirían siendo los recursos argumentativos. En tal caso, en poco habría avanzado la redacción

legal en dicha dirección.

Naturalmente, la cuestión central en el puro plano de comportamientos típicos es definir qué conductas cabría incluir en la fórmula abierta “de cualquier modo explote económicamente”.

La primera y más aparente consecuencia de la nueva redacción legal es la inclusión como conducta punible de las acciones de transformación<sup>228</sup>. Con la regulación anterior a la reforma de 2015, ya vimos que la obra transformada constituía (como ahora sigue siéndolo) un posible objeto material del delito de protección autónoma, pero -como se mantuvo *supra* y pese a la confusión de la FGE 2/1989, un sector doctrinal y alguna jurisprudencia- la conducta de transformar no podía considerarse típica dada su ausencia en el catálogo de acciones descritas con los verbos nucleares, de modo que plagiar, reproducir, distribuir y comunicar públicamente eran únicamente los comportamientos típicos. Tras la reforma no cabe duda que la transformación es una forma o modalidad específica de explotación económica que la propia LPI contempla expresamente tanto en el art. 17 como en el art. 21 LPI, y que corresponde ejercitar y autorizar en exclusiva al autor o sus cesionarios. Conforme a este último precepto, la conducta de transformación de una obra comprende *su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive otra obra diferente*. Cuando se trate de una base de datos a las que alude el art. 12 LPI se entenderá por tal *la reordenación de la misma*.

Sin embargo, al margen de la anterior constatación resulta difícil aventurar concretas conductas que podrían satisfacer la nueva previsión típica precisamente por el carácter abierto de ésta y su vocación de servir para el encaje de modos de explotación que no resultan concebibles en este momento y que vendrán de la mano de una evolución tecnológica en este momento imprevisible.

---

<sup>228</sup> Se trata del efecto más evidente de la nueva fórmula típica de descripción de los comportamientos punibles que lógicamente constituye apreciación compartida en la primera doctrina aparecida SOBRE Y tras la reforma. *Vid.* por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Novedades de la reforma del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, en *Revista General de Derecho Penal*, número 21, 2014, pág. 12; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs 851 y 852; y GALÁN MUÑOZ, A., *La reforma de los delitos...*, *op.cit.*, pág. 589.

Poca certeza puede ofrecerse sobre ello más allá de insistir en que la utilización o modo de explotación no contemplado nominativa o expresamente deberá tener relevancia o significancia económica. En definitiva, como en la protección civil, la fórmula típica está precisamente empleada para abarcar conductas futuras que a raíz de nuevos avances tecnológicos infrinjan las facultades dominicales de explotación económica que corresponden a los titulares de los derechos.

No sirve como criterio acudir a la práctica y jurisprudencia civil. Aparente y teóricamente la existencia de una similar fórmula abierta en la normativa civil debería hacer dado lugar a la apreciación de vulneraciones de los derechos de explotación de los titulares ajenas a las cuatro facultades expresamente mencionadas en el art. 17 LPI, sobre todo en el entorno digital de internet, donde los avances tecnológicos constantemente pueden plantear nuevas formas de explotación de las facultades patrimoniales, pero la práctica revela que los órganos judiciales no han aprovechado el potencial real del precepto y de hecho el enjuiciamiento de todas las modalidades que llegan a su conocimiento por el ejercicio de acciones civiles acaban siendo sistemáticamente reconducidas a su examen desde la perspectiva de los cuatro derechos básicos. Como expresa RAMÍREZ SILVA<sup>229</sup>, en su aplicación en el tráfico jurídico, “el análisis de los derechos patrimoniales de autor se constriñe y limita, constantemente, a los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, lo que es especialmente dramático en el panorama digital, en el que la evolución tecnológica desfasa y supera constantemente las definiciones de los cuatro derechos patrimoniales clásicos de autor citados y regulados en los artículos 18, 19, 20 y 21 de la LPI”.

Por todo ello estamos en presencia de un comportamiento pendiente de precisión jurisprudencial y cabe aventurar un nuevo escenario de controversia sobre el alcance de la previsión típica y los perfiles de las conductas que pueda abarcar, a menos que el Tribunal Supremo tenga oportunidad de pronunciarse al respecto y consolide algunos criterios de referencia.

En cualquier caso, algunos comportamientos enjuiciados en el momento presente bajo

---

<sup>229</sup> RAMÍREZ SILVA, P, Webs de enlaces y Propiedad Intelectual, Indret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012, <http://www.raco.cat/index.php/Indret/article/viewFile/260815/347996>.

otras coberturas típicas pudieran quizás tenerse como susceptibles de ser incardinados en la nueva previsión.

El principal problema es si pueden considerarse como otras formas de explotación económica acciones que afectarían a derechos también de naturaleza económica que en puridad no constituyen derechos de explotación, pero que tienen un indudable contenido patrimonial relacionado con las modalidades expresas.

Entre ellos podrían, por ejemplo, citarse los supuestos afectantes al derecho de remuneración que se han producido durante el tiempo en que estuvo vigente el régimen en el que el canon de compensación por copia privada debía ser abonado por fabricantes e importadores de materiales o equipos de reproducción, sistema previo a la Disposición Adicional Décima del Real Decreto Ley 20/2011, que lo suprimió y estableció su abono con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, situación consolidada en la regulación del nuevo art. 25 LPI resultante de la Ley 21/2014. Naturalmente las situaciones pasadas no podrían ser acogidas en la nueva fórmula por evidentes razones de irretroactividad, pero una posible vuelta al sistema anterior permite plantearnos la hipótesis, sobre teniendo en cuenta que el régimen actual ha sido cuestionado judicial y constitucionalmente y esa vuelta atrás podría venir propiciada por los pronunciamientos que puedan recaer. Recordemos que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en septiembre de 2014, ha suscitado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial sobre si el procedimiento y configuración del sistema de remuneración por copia privada establecido en España, a cargo de los Presupuestos Generales del Estado, se adecúa a la Directiva 2001/29/CEE.; y que en el Tribunal Constitucional, pende un recurso de inconstitucionalidad sobre dicho régimen, interpuesto por el PSOE, basado en la vulneración de los arts. 33 y 31 CE<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> Vulneración constitucional que se sustenta principalmente en que se ha pasado de un sistema de remuneración compensatoria; con contenido indemnizatorio; con cargo de los fabricantes, importadores y distribuidores de equipos y aparatos idóneos para la reproducción; y con repercusión final en el precio de los productos y, por lo tanto, en el usuario final, a un sistema de remuneración compensatoria; sin contenido indemnizatorio al estar fijada su cuantía a tanto alzado; con cargo al Estado, y sin posibilidad de repercusión alguna; lo que supone convertir en gasto público una obligación jurídico-privada, colectivizando o socializando así una carga privada sin que en ninguna norma o principio de Derecho comunitario o nacional se encuentre amparo para ello, dado que ningún interés público o general puede invocarse para justificar una novación que implica sustituir al deudor de una obligación legal vigente entre sujetos de Derecho privado, transformándola en una obligación legal entre sujetos –al menos el deudor– de derecho público a cargo del Estado.

Se trataría de las conductas que, con perjuicio de los titulares de los derechos de reproducción, han supuesto la apropiación de importantes rendimientos económicos por no satisfacción de la denominada compensación equitativa por copia privada establecida en el art. 25 LPI en favor de los titulares de derechos de reproducción sobre obras y prestaciones. Uno de estos casos fue examinado por la Sala de lo Penal (Sección 3ª) de la Audiencia Nacional en la Sentencia 6/2015, de fecha 6 de marzo de 2015, en la que se condena a diversos responsables de la empresa VERBATIM ESPAÑA S.A. por delitos contra la Hacienda Pública por haber diseñado y ejecutado un artificio basado en las actividades de una trama empresarial e ingeniería operativa cuyo proceder conducía a la ilícita elusión -con la correlativa apropiación en el patrimonio empresarial-, a la par, tanto del Impuesto del Valor Añadido como de la satisfacción de la compensación por el límite de la copia privada correspondiente a la distribución de soportes materiales de reproducción digitales (Cds y DVDs), que se introducían en España en connivencia con responsables de varias sociedades instrumentales portuguesas que éstos pusieron al servicio de aquéllos, simulando operaciones intracomunitarias triangulares exentas de iva. La *notitia criminis* llegó a conocimiento de las autoridades precisamente por la iniciativa de una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual que denunció el fraude del IVA y el impago del canon, pero la Sentencia no aceptó la intervención como acusación particular de las entidades de gestión que reclamaban indemnización civil por las cantidades impagadas por razón del canon<sup>231</sup>.

En el caso de que se restableciera el sistema anterior, supuestos como el reseñado pudieran suponer una conducta a someter a examen de tipicidad. A favor de su encuadre típico podría argumentarse la amplitud de la fórmula típica tras la reforma de 2015 y la estrecha vinculación entre dicho derecho de remuneración y el derecho de reproducción, pero en contra cabría oponer que más que en estos casos lo que hay es un simple

---

<sup>231</sup> La Sentencia niega tal intervención con el argumento de que “las entidades gestoras no son agentes del mercado dedicado a la comercialización de productos informáticos, luego es improcedente que pueda postular el pago del canon digital como perjuicio derivado del delito de colusión, que exige una acción dirigida a alterar precios, en este caso a la baja por el ahorro, y a colapsar el mercado con el producto Verbatim, en detrimento de otros intereses de marca empresarial, que desde luego, no son los de las gestoras; las entidades tienen por objetivo lograr el cumplimiento de la legislación vigente sobre el efectivo cumplimiento del derecho a la remuneración por copia, sobre el precio del producto que soporta el canon, pero no han acreditado que entre sus fines estatutarios se comprenda la vigilancia de los mercados en cuanto a la fluctuación de precio de los productos sobre los que opera su derecho de crédito”.



enriquecimiento injusto o ilícito civil, especialmente dado que en sentido estricto, se trata de la infracción de un derecho que no está regulado en la Sección 2ª del Capítulo III dedicada a los “derechos de explotación” y sus modalidades, sino en la Sección 3ª consagrada a “otros derechos” que disponen de una sección propia distinta de aquella y de la Sección 1ª relativa a los derechos morales. A su vez, sin embargo, el argumento del enriquecimiento injusto podría ser respondido aduciendo que el “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto” se muestra capaz para absorber este tipo de comportamientos que buscan la ventaja patrimonial mediante el mantenimiento en su patrimonio de cantidades que corresponden a los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

En relación a las conductas abarcables bajo la fórmula abierta TOMÁS-VALIENTE LANUZA<sup>232</sup> sugiere que la redacción típica abriría la posibilidad de entender los casos de falsificación -copia- exacta no mecánica de obras originales de autores prestigiosos (con atribución también falsa de la autoría a los mismos), si no se acepta su naturaleza de “reproducción”, al menos como una “transformación” de la obra, ya que ésta pasa a ser típica; o bien como un supuesto de explotación económica “en la medida en que puede argumentarse que con la copia de la obra artística original, resultado del esfuerzo creador de otro (y al margen de que se le atribuya falsamente su autoría), el sujeto pretende extraer de ella un rendimiento económico que sólo corresponde al autor del original”.

Sin embargo, como se decía con ocasión del comentario sobre el comportamiento típico de plagio, en este tipo de supuestos la tutela de los intereses en juego puede acometerse mediante la persecución penal de este tipo de conductas como modalidades de falsedad o estafa. En la medida en que a la copia exacta hay que unir la búsqueda de un beneficio económico, y que la operativa para obtenerlo generalmente precisará de un engaño ínsito en hacer pasar la obra por una autoría ficticia y distinta a la real, es el ámbito de las figuras falsarias y defraudatorias el que mejor se acomoda a este tipo de conductas.

---

<sup>232</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, págs 852 a 854.

### II.3.1.3.-Los sujetos activo y pasivo del delito.

Una vez precisados el objeto material del delito y los comportamientos que definen la esfera de prohibición conductual del mismo, esto es, una vez delimitado *qué* se protege y *frente a qué* tipo de acción se protege, es momento de proceder a definir el círculo de sujetos pasivos y agentes activos de la acción ilícito-penal, es decir, tratar *a quiénes* se protege, y *frente a quiénes* se protege. De lo ya dicho se desprende que, en estos delitos, la cuestión del objeto material está relacionada con la identificación de los posibles sujetos pasivos puesto que lo serán quienes resulten titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre el objeto material, mientras que la determinación de quiénes pueden ser sujetos activos está vinculada a los comportamientos típicos, ya que el modo de tratar éstos condiciona quiénes pueden resultar sus actores ejecutivos. Siguiendo el orden por el que ordinariamente se abordan en el estudio de los elementos de cualquier delito nos referiremos a ellos a continuación tratando primero el sujeto activo y acto seguido el sujeto pasivo.

#### II.3.1.3. a).- El sujeto activo.

La determinación de quién puede ser sujeto activo de estos comportamientos no plantea en términos generales mayores problemas. El empleo de los términos “el que” en el apartado 1 del art. 270 CP, como los de “quien” o “quienes” utilizados en los apartados 1, 2, 5 y 6 de este precepto claramente nos indican que estamos ante delitos comunes.

No se requiere, pues, ningún tipo de cualidad o condición para ser sujeto activo de la conducta y ello es predicable no sólo respecto del tipo básico nuclear sino de todas las modalidades típicas, sin perjuicio de que en algunas de ellas la realización de los hechos, por su conformación o tipología comisiva, necesariamente haya de provenir de sujetos que dispongan de unas determinadas circunstancias o presenten alguna posición concreta<sup>233</sup>. Tal sería el caso del círculo de posibles autores del delito del art. 270.2 CP en la medida en que la dinámica de comisión se ha de producir “en la prestación de servicios de la sociedad de la información” y la conducta es facilitar activamente el

---

<sup>233</sup> En relación a la regulación anterior a la reforma de 2015, *Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., La tutela penal..., op.cit.*, pág. 146; autora que cita el supuesto de fabricación de dispositivos para eludir la protección de las obras del art. 270.2 CP, indicando que en la mayoría de las ocasiones su realización requerirá una infraestructura y medios que condicionan de facto su ejecución en la práctica.

acceso o la localización en internet de contenidos protegidos, lo que implica de ordinario que sujeto activo lo será el webmaster, administrador o responsable efectivo de la página web que proporciona los enlaces. Y otro tanto podría decirse de conductas como la importación o exportación, o, como se ha ejemplificado doctrinalmente, de la fabricación de medios dirigidos a facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de obras y prestaciones.

Por demás, debe dejarse constancia de que este delito es de los que pueden ser cometidos por las personas jurídicas, tal y como se desprende del art. 288 CP, sobre la base de la satisfacción de los supuestos, exigencias y condiciones del art. 31 bis CP.

Sin embargo, pese a la sencillez de este planteamiento general, la complejidad de la materia ha suscitado polémica -sobre todo- en torno a dos cuestiones:

La primera se refiere al planteamiento de la posibilidad de calificación como delito en el ámbito de las relaciones entre autor y cesionario por dinámicas de ejercicio indebido de facultades que le corresponden respectivamente al otro. La opinión mayoritaria ha venido remitiendo la cuestión al plano civil concibiendo este tipo de conductas como un mero incumplimiento de obligaciones contractuales respecto del contrato de cesión mediante entre ambos.

En cuanto a la eventualidad de que el autor o creador de una obra resulte sujeto activo de un delito contra la propiedad intelectual en el que aparecería como sujeto pasivo el cesionario de los derechos o facultades de explotación de la obra creada, han sido diferentes las razones empleadas para negar la tipicidad penal. Entre ellas cabe mencionar la imposibilidad de que un sujeto cometa un delito que afecte a un bien jurídico del que es titular al menos en alguno de sus aspectos (ya que la cesión es de las facultades patrimoniales)<sup>234</sup>; la ausencia de tipicidad en las segundas cesiones, de ordinario, por no realización de las conductas típicas de reproducción, distribución o comunicación pública<sup>235</sup>; argumentos relativos a la esencia de la prohibición penal que

---

<sup>234</sup> CARMONA SALGADO, “El tipo básico...”, pág. 141; y FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 73.

<sup>235</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 124. difícilmente una conducta de vulneración por el autor creador de las facultades patrimoniales que transfirió entraría en las modalidades de comisión descritas en el tipo del art. 270 CP. Partiendo de un supuesto, a modo de ejemplo, en que un

excluyen las relaciones internas entre autor y cesionario como objeto directo de la tutela penal<sup>236</sup>; o -más recientemente- la referencia de la tutela al autor desde la perspectiva dominical que obliga a reservar las infracciones contra el poseedor del derecho al orden civil en la medida en que aquel conserva la posición dominical y sólo cede la titularidad de su ejercicio, y la orientación de la protección penal a la protección de los titulares o cesionarios frente a acciones de terceros, como se deduce de la exigencia de actuación del sujeto activo “en perjuicio de tercero”<sup>237</sup>.

Sin embargo, no ha dejado de defenderse la necesidad de brindar protección penal al cesionario titular del derecho de explotación frente al autor creador, bien como supuesto de delito o falta de estafa, o bien específicamente reconociendo la posibilidad de comisión de un delito contra la propiedad intelectual.

Modernamente, la posibilidad de comisión del delito por el autor creador se ha sustentado sobre la base de que el bien jurídico protegido se centra en la tutela del derecho exclusivo de explotación, de modo que el cesionario que se haya erigido en titular exclusivo de las facultades patrimoniales que constituyen su contenido puede ser perfectamente sujeto pasivo de la acción delictiva por parte del autor si éste lleva a cabo alguno de los comportamientos típicos expresados en el art. 270 CP contra los derechos cedidos y adquiridos por aquél. Por lo tanto, el delito será susceptible de ser cometido por el autor siempre que se den las condiciones de ostentar el cesionario la cualidad de titular exclusivo (no bastaría la cesión no exclusiva o en concurrencia con otros) y que, además o con origen en segundas cesiones, el autor lleve a cabo comportamientos que impliquen reproducción, distribución o comunicación pública en contra de los derechos del primer cesionario<sup>238</sup>.

Personalmente creo que, siempre que se dieran los presupuestos típicos pertinentes, a lo sumo este tipo de comportamientos podrían incardinarse en el delito de estafa; por

---

autor creador cede en exclusiva tales facultades a un primer cesionario y posteriormente las transfiere a un tercero, difícilmente puede estimarse que tal conducta implica actividad de reproducción, distribución, comunicación pública o plagio.

<sup>236</sup> FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 73.

<sup>237</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 148 y 149.

<sup>238</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 336 a 341. En tal caso, cabría que el autor respondiera como coautor o como cooperador necesario si se hubiese pactado la realización de la acción con el segundo cesionario, o como autor mediato si el mismo desconociese la primera cesión.

similitud a la situación de “doble venta” de bienes materiales, pero debe reservarse a la intervención civil la infracción de las facultades patrimoniales de los arts. 17 y ss. de la LPI que no trascienda del mero incumplimiento de obligaciones contractuales.

En lo que atañe a la respuesta a la posibilidad inversa de que sea el cesionario el sujeto activo de un delito contra el autor es posible mantener una solución similar. No cabe duda de que los cesionarios pueden extralimitarse en el ejercicio de las facultades que adquieren contraviniendo las condiciones y limitaciones materiales, temporales o territoriales de explotación establecidas contractualmente sobre los derechos cedidos. El impacto y perjuicio para los autores puede ser incluso extraordinariamente relevante en el caso de tratarse de personas jurídicas o empresas dedicadas específicamente a ello. Sin embargo, tales extralimitaciones encuentran su vía natural de reacción en el ejercicio de las correspondientes acciones civiles, en cuyo marco es perfectamente posible y hasta conveniente actuar con suficientes posibilidades de eficacia, mayor especialización jurisdiccional<sup>239</sup> y menor sacrificio de los derechos individuales.

Por ello, aunque se ha defendido la eventualidad del empleo de la vía penal y, por ende, de la posibilidad de que el cesionario sea sujeto activo del delito<sup>240</sup>, me inclino por la procedencia de relegar a la vía civil este tipo de situaciones en las que la necesidad de la intervención penal es seriamente cuestionable desde muy diversas perspectivas.

Tal solución la estimo como la más adecuada si se tienen en cuenta los argumentos de la doctrina mayoritaria, y especialmente que ya la legislación civil establece una detallada regulación de las relaciones internas autor-cesionario; que la orientación material de la norma penal se dirige a la protección de titulares originarios o derivados como sujetos pasivos del delito frente a la acción de terceros; que concurren en estos casos sobradas razones de política criminal para la exclusión de la esfera de prohibición penal de este tipo de comportamientos; y que, con base en el sentido y características de la protección

---

<sup>239</sup> Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter.2 a LOPJ) y Secciones especializadas de Audiencia Provincial (art. 80.3 LOPJ) allí donde están establecidas y órganos jurisdiccionales civiles habituados al tratamiento de obligaciones civiles.

<sup>240</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 341 a 343. Para este autor, la identificación del bien jurídico inmediatamente protegido como el derecho exclusivo de explotación y, por tanto, de las facultades patrimoniales excluye de plano la tipicidad penal si las facultades afectadas por la acción del cesionario son las puramente personalistas sin dimensión patrimonial. Sin embargo, si el cesionario vulnera los derechos de explotación del autor, no hay obstáculo para apreciar delito si la vulneración se realiza a través de alguna de las modalidades típicas y se cumplen los elementos del tipo; ello por las mismas razones por las que cabe defender la viabilidad de la comisión del delito por el autor contra el cesionario.

penal, en cuanto subsidiaria y fragmentaria, no se puede extender el art. 270 CP a la penalización indiscriminada de cualquier incumplimiento contractual, algo que está siempre en el fondo de las posibles conductas a contemplar en una u otra dirección.

La segunda cuestión generalmente debatida se plantea sobre la aplicabilidad a estos delitos de la responsabilidad en cascada que actualmente prevé el art. 30 del CP a estos delitos. El artículo 45 de la derogada LPI de 1879 contenía un régimen específico para la determinación de la responsabilidad penal que suponiendo una derogación de las reglas comunes de la codelincuencia establecidas en el CP, hacía responder de la defraudación de la propiedad intelectual, en primer lugar, al autor material de la misma y, en su defecto, de modo sucesivo al editor y al impresor. En suma, como expresaba la jurisprudencia (STS 16 de febrero de 1988) la persecución de los autores subsidiarios se supeditaba a la imposibilidad de hallar al principal.

A raíz de la reforma global de 1987, la derogación de la Ley que contenía este régimen especial y la ausencia de otras previsiones similares en la nueva normativa hizo resurgir el sistema común, obligando a acudir a las reglas generales sobre autoría previstas en el CP. Pero la aparente claridad del tema vino empañada por la frecuente comisión de esta clase de delitos por medio de la imprenta u otros medios mecánicos de difusión, lo que ante la existencia de un régimen de responsabilidad en cascada previsto entonces para los delitos cometidos por estos medios en los entonces arts. 13 y 15 del anterior CP, propició la opinión generalizada de que los preceptos legales ideados para estos casos serían siempre aplicables en los delitos relativos a la propiedad intelectual cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite su publicidad. En la actualidad el problema sería trasladable a la situación vigente conforme al sistema de reducción y responsabilidad escalonada establecido en el art. 30 CP para los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos<sup>241</sup>.

Sin embargo, como agudamente puso ya de manifiesto GIMBERNAT ORDEIG<sup>242</sup> respecto de los arts. 13 y 15 del antiguo Código Penal y es trasladable al vigente art. 30 CP, el sistema excepcional de reducción y responsabilidad escalonada presupone la existencia de un autor real “del texto, escrito o estampa publicados o difundidos” -y

---

<sup>241</sup> La infracción del art. 13 CP se planteó y desestimó en la SAP de Córdoba de 24 de junio de 1997.

<sup>242</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ. Madrid, 1995, págs. 215 a 219.

ahora los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate-, persona que en los delitos contra la propiedad intelectual, y más específicamente, en los consistentes en comportamientos de reproducción, no es un delincuente, sino precisamente la víctima del delito. Sin la existencia de este previo autor-delincuente no puede entrar en juego el sistema escalonado del art. 30, por lo que su aplicación en estos delitos, donde el autor real no es delincuente sino precisamente el sujeto pasivo, está muy restringida y sólo es imaginable en algunos casos de plagio insertado en un medio de circulación lícita -como una revista o un periódico-<sup>243</sup>. Para los restantes supuestos en los que el objeto son copias íntegramente plagiarias o ilícitamente reproducidas, la exclusión del art. 30 la propiciaría el propio art. 270 que contiene -como se refería en la argumentación originaria el art. 534 bis a)- reglas específicas de determinación de responsabilidad en virtud de las cuales se aplican las penas correspondientes a los autores materiales de la reproducción sin autorización de obras protegidas también a quienes dolosamente distribuyen los ejemplares ilícitos o intencionadamente los importan, exportan o almacenan. En consecuencia, la determinación de la responsabilidad penal en estos casos se regiría por estas reglas específicas que contienen el tipo del art. 270 y los arts. 28 y 29 del CP<sup>244</sup>.

En mi opinión, un nuevo argumento que refuerza la exclusión del art. 30 CP es la novedosa precisión introducida por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre en el art. 138 LPI en la que se concreta quiénes se consideran responsables de las infracciones civiles. Además del autor material, se desprende del párrafo segundo de este precepto civil que ha de entenderse como tal “quien induzca a sabiendas la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor”, si bien esta previsión no afecta a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los arts. 14 a 17 de la LSSICE. Existe, por tanto, un régimen específico de determinación de responsables de las infracciones o

---

<sup>243</sup> No falta quien sustenta que incluso las conductas de plagio están fuera del ámbito aplicativo del art. 30 CP por razones de proscripción de esquemas reproductores de responsabilidad objetiva. *Vid.* GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 159 a 161.

<sup>244</sup> Una interesante acotación de la circunscripción de las reglas de autoría del art. 30 NCP al plagio que se incorpora a una obra lícita se sostiene por GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, págs.135 y 136.

vulneraciones y no puede actuarse en el orden penal al margen del mismo, en la medida en que toda infracción penal contiene una vulneración civil que con algunas características diferenciales -la satisfacción de los elementos del tipo- es contemplada como infracción penal y los regímenes de exigencia de responsabilidad personal, en consecuencia, no pueden ni deben diferir.

Una interesante cuestión adicional, normalmente rehuida o al menos no habitualmente tratada en relación con este tipo de delitos es la responsabilidad de quienes adquieren ejemplares de obras y prestaciones protegidas. No cabe duda que en la práctica no son materialmente perseguidas y hasta se consideran impunes, pero como pone de manifiesto GÓMEZ RIVERO<sup>245</sup>, dos son las calificaciones jurídico-penales bajo las que, en principio, podrían considerarse subsumidas: como un acto de receptación y como un acto de participación. Y cabe compartir con esta autora que la opción por una de estas posibilidades viene a depender de la posición que se adopte sobre el momento en que se entienda consumado el delito, de modo que si ello se considera producido desde el momento de la puesta a disposición al público del contenido protegido con carácter previo a la efectiva adquisición procede la apreciación de un delito de receptación, mientras que si la consumación se entiende sólo con la efectiva adquisición se estaría ante un acto de cooperación necesaria a la venta y por tanto al acto de distribución típica del art. 270 CP, del que serían sujeto activo, en tal condición, los adquirentes.

Pues bien, creo que en ningún caso es posible atribuir la condición de sujeto activo del delito del art. 270 CP a tales adquirentes por cuanto todos los comportamientos típicos relacionados con la distribución contemplados en este precepto están diseñados como delitos de mera actividad o de peligro sin necesidad de producción de un resultado material específico (ni siquiera la producción de un perjuicio), de modo que se consuman por la simple realización de los comportamientos típicos; y, específicamente, todas las formas de puesta a disposición al público, ya sean de ejemplares físicos que incorporen obras y prestaciones (distribución ex. art. 19 LPI), como de contenidos digitales sin incorporación a soportes tangibles y llevada a cabo de manera que cualquier persona pueda acceder a ellos eligiendo tiempo y lugar (comunicación pública

---

<sup>245</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 151 y ss., quien aborda el tema en relación con la distribución de ejemplares piratas llevada a cabo en mercadillo o en el top manta y los adquirentes de estos productos.



ex. art. 20.1 y 2.i LPI) satisfacen dichas actividades ilícitas (civil y penalmente) y, por tanto, se consuman con la mera colocación in consentida de los ejemplares o los contenidos protegidos al alcance o acceso del público aunque éste no haga uso de esa posibilidad de manera efectiva<sup>246</sup>.

Por consiguiente, dichos comportamientos serían calificables únicamente como delito de receptación y concretamente del art. 298 CP (receptación de delito, en cuanto, con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio y el orden socioeconómico -como es el del art. 270 CP- en el que no ha intervenido ni como autor ni como cómplice adquiere un efecto del mismo), ya que tras la reforma de 2015 ha desaparecido la falta relativa a la propiedad intelectual del anterior 623.5 CP, de modo que no es posible la aplicación del art. 299 CP y de la exigencia de la habitualidad en la conducta receptadora.

La reforma de 2015 pareciera haber dejado sin apoyo legal las consistentes razones que GÓMEZ RIVERO<sup>247</sup> esgrimía para reforzar y abundar en su posicionamiento a favor de la inoportunidad -que comparto- de criminalizar este tipo de conductas. En efecto, se venía a argumentar que si el legislador concedía a la conducta de los vendedores de una suma de ejemplares -tras la reforma por L.O. 5/2010- la calificación de falta, se comprendía que “la participación del comprador en esa infracción aún degrade más la necesidad de su castigo”, y más si la compra se limita a un solo ejemplar pues “pierde su relevancia debido a su *insignificancia*”; y a ello añadía, en relación con la opción por la calificación como autoría por cooperación necesaria, el argumento relativo a las exigencias subjetivas del entendimiento del lucro del art. 270 CP como lucro comercial, que faltaría en el comprador que adquiere el efecto para su uso personal o el de personas próximas a él.

La reforma de 2015 ha afectado ambos argumentos. Por un lado, ha desaparecido la falta y sólo hay un tipo atenuado para la distribución ambulante o meramente ocasional (art. 270.4) castigado exactamente con la misma pena que la del art. 298.1 CP y otro muy privilegiado aplicable en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio real o potencial, cuya pena determinaría la aplicación del apartado

---

<sup>246</sup> Así lo considera el TJUE, sin ir más lejos, en la Sentencia Svensson (Sala 4ª de 23 de febrero de 2015).

<sup>247</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal...*, op.cit., pág. 153.

3 del art. 298 CP para ajustar la proporción del castigo al de la conducta receptada. Por otro lado, el ánimo de lucro ha sido sustituido por el ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto, de modo que no sólo no se ha optado por una concepción restrictiva del ánimo de lucro exigible, como preconizaba la Circular FGE núm. 1/2006, sino que el espectro de la nueva predisposición subjetiva es interpretable como de mayor alcance y extensión.

Por ello, entiendo que para sustentar la ausencia de persecución de dichas conductas como delito de receptación sólo resta acudir a puras razones de conveniencia y falta de oportunidad político-criminal.

#### II.3.1.3. b).- Sujeto pasivo.

La determinación precisa de quienes puedan ser sujetos pasivos de los delitos relativos a la propiedad intelectual ha venido revistiendo históricamente una especial trascendencia práctica en dos aspectos concretos. En primer lugar, porque permite precisar de quienes puede emanar la autorización que eliminaría la propia antijuridicidad e incluso tipicidad de los comportamientos descritos en la norma, y, en segundo lugar, porque con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 15/2003 y desde la aparición del nuevo Código Penal de 1995 posibilitaba identificar a quienes podían poner en marcha, mediante la interposición de denuncia, los procedimientos por estos delitos, de acuerdo con el régimen de perseguibilidad dispuesto por entonces en el art. 287.1 NCP. Establecida la persecución de oficio su identificación permite perfilar la esfera de protección penal y sirve para precisar lo que constituye ejercicio in consentido del contenido de la propiedad intelectual tutelado penalmente desde la perspectiva del sujeto receptor de la infracción.

Para referirse a los sujetos pasivos, el propio tipo del art. 270 CP -reproduciendo los términos ya empleados desde la reforma de 1987 en el art. 534 bis a)- utiliza la expresión *los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios*.

Conforme a la propia redacción típica es posible agrupar en dos categorías estos sujetos pasivos protegidos civil y penalmente. Los *titulares de los correspondientes derechos*

*de propiedad intelectual* por un lado y *sus cesionarios* por otro. Ello ha permitido distinguir entre sujetos pasivos principales (titulares) y sujetos pasivos secundarios (cesionarios) e incluso dicha distinción ha sido tomada por GONZÁLEZ GÓMEZ<sup>248</sup>, como punto de partida para subdividir los primeros entre *principales de primer grado* haciendo referencia a las personas físicas y jurídicas a quienes se les reconocen derechos de autor propios, siendo portadores de éstos a título originario, en los Libros I y II de la LPI, y los *principales de segundo grado*, entendiéndose como tales las personas físicas y jurídicas que se relacionan en el Libro II de la LPI como portadores, también a título originario, de los *otros* derechos de propiedad intelectual: los denominados derechos conexos, afines o vecinos. Subdivisión que también se efectúa respecto de los cesionarios o sujetos pasivos secundarios agrupándolos en tres niveles: el primero, integrado por quienes en virtud de un vínculo contractual reciben del titular originario y para su explotación comercial determinadas facultades de explotación; el segundo, conformado por los que adquieren por presunción *ope legis e iuris tantum* ciertas facultades de explotación; y el tercero comprensivo de quienes adquieren o le son transmitidas tales facultades mortis causa.

De todas las categorías posibles de sujetos titulares de derechos de propiedad intelectual, habiendo sido unánime el reconocimiento como sujetos pasivos de la protección penal de los sujetos titulares de los derechos de autor y de todos los cesionarios exclusivos, la discrepancia doctrinal se ha centrado casi únicamente en los sujetos titulares de derechos conexos y no de todos, pues prácticamente no se ha cuestionado la extensión de la protección a los artistas intérpretes o ejecutantes en la medida en que la configuración del objeto material del delito menciona expresamente la interpretación o ejecución artística de las obras, sino sólo respecto de los titulares de derechos conexos que, aportando su iniciativa empresarial, actúan como intermediarios entre el autor y el público, y de una forma muy concreta la polémica se ha generado en relación con los productores de fonogramas, de los productores de grabaciones audiovisuales y de las entidades de radiodifusión.

Sin embargo, han sido minoritarias las posturas que han venido propugnando la

---

<sup>248</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, op.cit., pág. 139 y ss.

exclusión de estos últimos sujetos con base en la posibilidad de distinguir entre víctimas -auténticos sujetos pasivos del delito- y perjudicados -quienes soportan las consecuencias económicas del delito para los que el ordenamiento dispensa exclusivamente la protección civil establecida en la LPI-<sup>249</sup>; el tenor del objeto material del delito que únicamente menciona a las obras, su transformación o su interpretación o ejecución artística<sup>250</sup>; o razones de intervención mínima que focalizarían la protección tan sólo de intereses primarios y no indirectos o derivados<sup>251</sup>. La opinión mayoritaria ha venido sosteniendo, por el contrario, la equiparación absoluta en el plano de la protección penal entre derechos de autor y derechos conexos.

La fórmula típica, desde luego, ya antes de la reforma del CP de 2015 permitía una interpretación amplia y generosa de quienes sean los sujetos pasivos protegidos penalmente. Su concreción podía ya efectuarse en dicha dirección tomando en consideración la propia descripción de las conductas punibles, el objeto material y el interés jurídico tutelado por el tipo y, sobre todo -y muy especialmente- atendiendo a las disposiciones de la normativa extrapenal con la que ha de integrarse dicha expresión.

En cualquier caso, la controversia debiera pasar a la historia. La reforma del CP operada por L.O. 1/2015 ha significado una aclaración definitiva en dicho sentido puesto que la identificación del objeto material se efectúa ahora con una expresión que no permite lugar a dudas al referirse a “obras y prestaciones”. Como más detenidamente se ha dicho con ocasión del abordaje de las cuestiones que se suscitan sobre el objeto material del delito, el término *prestaciones* hace referencia a todo aquello sobre lo que se reconocen los “otros derechos de propiedad intelectual” regulados en el Libro II de la LPI, que se conceden a intérpretes, artistas o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, entidades de radiodifusión, realizadores de meras fotografías y editores de obras inéditas en dominio público y no protegidas; y que resultan distintos de los derechos de autor sobre las obras intelectuales reconocidos en el Libro I del mismo cuerpo legal.

---

<sup>249</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos...”, pág. 1220 y en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (8ª edición, Thomson-Aranzadi), 2009, Navarra 2009, pág. 774.

<sup>250</sup> FERRÉOLIVÉ, J.C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 76.

<sup>251</sup> LATORRE LATORRE, V., *Protección penal...*, pág. 272.

#### **II.3.1.4.-La ausencia de autorización del titular de los derechos.**

Desde la reforma de 1987, siguiendo el patrón de los delitos patrimoniales, el tipo requiere que los comportamientos que describe se efectúen “sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”. El ejercicio “inconsentido” de los derechos es, por tanto y lógicamente, elemento esencial también del ilícito penal -tanto como lo es del ilícito civil- siempre que sea precisa la licencia, autorización o consentimiento del titular o cesionario de los derechos por no hallarse la utilización habilitada *ope legis*.

En la redacción vigente, el art. 270 CP efectúa en prácticamente todos sus números una referencia explícita a este requisito negativo, que formula con aquella expresión en sus números 1, 2, y 5, letras c) y d); y con los términos “sin la referida autorización” en el número 5, letra a) y “sin dicha autorización” en el número 5. b). En el apartado 6 está implícito en tipo y explícitamente mencionado en la expresión “supresión no autorizada”.

La ausencia de autorización se constituye así en un elemento -negativo- requerido por el tipo respecto de todos los comportamientos básicos y -por natural extensión- agravados. En consecuencia, la existencia de dicha autorización del titular o de los cesionarios de los derechos de propiedad intelectual excluye la responsabilidad penal.

De concurrir la autorización en los términos expuestos, ésta operará como causa de exclusión de la tipicidad<sup>252</sup>, impidiendo la generación de responsabilidad penal. La consolidación que supone la reforma de la L.O. 1/2015 de la vertiente patrimonial de la propiedad intelectual -plenamente disponible por su legítimos titular o cesionario- como bien jurídico protegido en estos delitos refuerza aún más la consideración como atípica de las conductas que disponen de autorización válida en la medida en que está ausente

---

<sup>252</sup> Esta es la opinión mayoritaria, aunque ROMEO CASABONA, C.M., *Poder Informático y seguridad jurídica*, Ed. Fundesco, Madrid 1988, págs. 163 y ss., entiende que habría de distinguirse entre el consentimiento otorgado sobre los derechos de explotación, en cuyo caso estaríamos ante una causa de exclusión del tipo y la autorización prestada sobre los derechos o facultades morales, supuesto en que nos encontraríamos ante una causa de justificación, solución que sustenta en la condición de irrenunciables e inalienables de los derechos morales. Rebatendo esta tesis, Vid. GARCÍA RIVAS, N., “*Los delitos contra...*” *op.cit.*, págs. 241-243 y GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, págs. 243-246.

cualquier puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido.

Naturalmente, la existencia o no de dicha autorización y su validez e incluso su necesidad deberá analizarse a la luz de la regulación jurídico-privada de los derechos en cuestión, por lo que, una vez más, habrá que integrar o interpretar el significado de este elemento típico acudiendo a las concretas disposiciones vigentes en la normativa extrapenal al valorar la concurrencia o no, en cada caso, de la licencia, conformidad o consentimiento de los titulares o cesionarios, o, en su caso, la existencia de límites temporales o materiales a los derechos que la hagan innecesaria. Bien entendido que, a salvo de las situaciones de error que quedarán sometidas al régimen común del art. 14 del CP en relación -en su caso- con el art. 12 CP, para producir el efecto excluyente será necesario que se den todos los requisitos exigidos por la normativa extrapenal, única pauta a seguir en los supuestos dudosos, como, por ejemplo, aquellos en los que la titularidad es compartida de manera que no corresponde tan sólo a un único sujeto (sobre todo obras en colaboración<sup>253</sup> y obras colectivas<sup>254</sup>). Dependerá por tanto de la clase de obra o prestación y las disposiciones establecidas en la LPI.

Especialmente, hay que tener en cuenta los límites temporales y materiales que *ope legis* afectan los derechos de propiedad intelectual para identificar los supuestos en los que no es necesaria la autorización y, por tanto, en los que los terceros distintos a los titulares y cesionarios pueden hacer uso de los derechos sin tener que pedir autorización.

---

<sup>253</sup> Conforme al art. 7 LPI, los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos; y para divulgar y modificar la obra se requiere el consentimiento de todos los coautores. En defecto de acuerdo, el Juez resolverá. Una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó; y a reserva de lo pactado entre los coautores de la obra en colaboración, éstos podrán explotar separadamente sus aportaciones, salvo que causen perjuicio a la explotación común. Los derechos de propiedad intelectual sobre una obra en colaboración corresponden a todos los autores en la proporción que ellos determinen. En lo no previsto en esta ley, se aplicarán a estas obras las reglas establecidas en el Código Civil para la comunidad de bienes.

<sup>254</sup> Según dispone el art. 8 LPI, se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y 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. Salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre, por lo que en principio habrá de entenderse que a esta corresponderá emitir la autorización.

Los límites temporales se refieren al periodo de duración de los derechos que, una vez superado, determina el pase de las obras o prestaciones al dominio público y posibilita un ejercicio no necesitado de consentimiento. Ya se ha visto que están regulados para los derechos de autor en los arts. 26 a 30 de la LPI que integran el Capítulo I del Título III del Libro I de dicho cuerpo legal, donde se establece con carácter general que los derechos de explotación de la obra durarán toda la vida del autor y 70 años después de su muerte o declaración de fallecimiento. Sin embargo, existen reglas especiales de duración y cómputo respecto de obras póstumas, pseudónimas y anónimas, en colaboración, colectivas y publicadas por partes (arts. 26 a 30 LPI), así como plazos de 50 años para los derechos conexos reconocidos a artistas intérpretes o ejecutantes (art.112 LPI), a productores de fonogramas (art. 119 LPI), a productores de grabaciones audiovisuales (art.125 LPI) y a entidades de radiodifusión (art. 127 LPI); y de 25 años para los derechos afines concedidos al realizador de fotografías (art. 128 LPI) y a los editores de obras inéditas del dominio público y obras no protegidas (art. 130 LPI).

Las disposiciones generales sobre los límites materiales se encuentran establecidas en los arts. 31 a 40 bis conformando el Capítulo II del mismo Título e idéntico Libro y prevén una relación taxativa de supuestos específicos en los que en referencia a alguno o algunos de los derechos de explotación (reproducción, distribución o comunicación pública) cabe el ejercicio concreto de determinadas facultades al margen y sin necesidad de autorización del titular o cesionario de los derechos. Junto a la regulación general han de tomarse en cuenta las disposiciones específicas relativas a los derechos de explotación sobre determinadas obras y prestaciones, entre las que cabe resaltar las referidas a las limitaciones a los derechos de explotación del titular de una base de datos (art. 34 LPI), los límites existentes en materia de protección a programas de ordenador (art. 100 LPI), las utilizaciones que deben asegurarse si se emplean medidas tecnológicas (art. 161 LPI) y las excepciones establecidas al derecho sui generis reconocido a los fabricantes de bases de datos en favor del usuario legítimo de éstas (art. 135 LPI)

En ambos casos las conductas realizadas son lícitas tanto en el plano civil como en el

penal, donde es patente la inexistencia de afección del bien jurídico protegido puesto que ni se lesiona ni se pone en riesgo.

En caso de ser necesaria, la autorización ha de ser concedida por el sujeto titular o cesionario del derecho o derechos sobre los que se brinda, siendo, por tanto, los sujetos idóneos para emitirla los titulares de los derechos y sus cesionarios (sobre los derechos cedidos) en coincidencia con los que menciona el tipo como sujetos pasivos del delito de modo que cabe remitirse a la identificación y clasificación que se ha realizado en el apartado precedente.

### **II.3.1.5.- Elementos del tipo subjetivo. Dolo y ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.**

La reforma del Código Penal de 2015, amén de los significativos cambios operados en el tipo objetivo del art. 270 CP, ha tenido una importante incidencia en el tipo subjetivo: la sustitución del “ánimo de lucro” por el “ánimo de obtener un beneficio económico directo e indirecto”. De nuevo la experiencia práctica en la aplicación del art. 270 CP en su redacción vigente desde 1995 está en el origen del cambio por las dificultades y la polémica desatada sobre la capacidad del anterior concepto de “ánimo de lucro” para abarcar situaciones en las que la vía de reporte de ganancias patrimoniales para los agentes de las conductas infractoras procedía de fuentes relacionadas sólo indirectamente con el desarrollo de la actividad ilícita. Más concretamente cabe señalar que la problemática se presentó con especial crudeza en relación con la publicidad insertada en las webs facilitadoras del acceso o la localización de contenidos protegidos en internet.

Por consiguiente, el examen del tipo subjetivo como ha quedado conformado tras la reforma operada en el art. 270 CP en 2015 obliga a referirse al menos a dos elementos: el dolo y el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. Y se dice *al menos* porque sobre el elemento típico que determina la exigencia de actuación “en perjuicio de tercero”, no está -como se verá- clara su naturaleza como requisito objetivo o subjetivo del tipo, lo que determina su tratamiento en un apartado autónomo.



### II.3.1.5.a).- El dolo.

El mantenimiento en la redacción típica, desde la reforma de 1963 hasta la situación inmediata anterior a la redacción del nuevo Código Penal de 1995, del adverbio “intencionadamente”, dio lugar a la generalización de la opinión de que en estos delitos quedaban excluidas tanto la comisión culposa como la dolosa eventual, requiriéndose, en consecuencia el dolo directo.

En torno al dolo exigible en estos delitos se generó bajo la redacción de 1987 una polémica sobre si dicho dolo abarcaba el conocimiento de la ausencia de autorización del titular de los derechos, requiriéndose para la perfección de estos delitos que el sujeto activo actuara con conciencia de lesionar o vulnerar tales derechos, lo que equivaldría en la práctica a exigir una especial predisposición subjetiva del agente a infringirlos; o, por contra, la nueva referencia de este adverbio a los verbos nucleares, y no como antes al objeto -los derechos de autor -, implicaba la inexigencia de tal requisito. La primera tesis alcanzó reflejo en la jurisprudencia (v.gr. vid. STS de 4 de junio de 1992 o SAP Guadalajara, de 18 de noviembre de 1991) por el seguimiento en la misma de los postulados causalistas en torno al dolo que incluían en el mismo la conciencia de la antijuridicidad de la conducta (dolus malus). Pero la recepción de las nuevas concepciones del dolo que lo entendían como conciencia y voluntad de los hechos integrantes del tipo (dolo natural) -vid. STS de 13 de junio de 1987- acabó diluyendo esta cuestión, sin perjuicio del juego en cuanto a la exclusión o atenuación de la responsabilidad criminal que posibilitaba, por otra vía, el error sobre un elemento del tipo -en el que podría tener cabida el producido en relación al elemento negativo de la falta de autorización del titular- o sobre la ilicitud de la conducta, que debía ser puesto en relación con el criterio acogido por el nuevo Código de la excepcionalidad del castigo de las infracciones culposas.

En la redacción del párrafo primero del art. 270 CP instaurada el nuevo Código Penal de 1995, se suprimió el adverbio “intencionadamente” y en su lugar, se introdujo la exigencia de ánimo de lucro y la actuación en perjuicio de tercero.

La desaparición del adverbio intencionadamente no cambió las cosas respecto de las posibilidades de comisión imprudente, por cuanto, establecido en el art. 12 CP, el reseñado criterio de excepcionalidad del castigo de las infracciones penales culposas y

no previstas expresamente modalidades imprudentes, no es posible su castigo en los delitos relativos a la propiedad intelectual<sup>255</sup>. Sin embargo, su supresión sí tuvo efectos respecto del dolo eventual, pues con ella se desvaneció el obstáculo absolutamente impeditivo de la comisión de estos delitos a dicho título<sup>256</sup>.

La posibilidad de comisión de las conductas típicas a título de dolo eventual ha sido aceptada judicialmente, por ejemplo y sin ir más lejos, en las dos sentencias que se mencionaban<sup>257</sup> al inicio de este capítulo: la SAP de Córdoba de 12 de junio de 2002 y la SAP Zaragoza de 26 de diciembre de 2000. También la doctrina suele admitirla<sup>258</sup>, si bien algunos autores únicamente consideran admisible el dolo directo<sup>259</sup>, sobre todo con base en que la comisión por dolo eventual es incompatible con la exigencia conjunta de ánimo de lucro y la actuación “en perjuicio de tercero” entendida como un elemento subjetivo del tipo, ya que difícilmente puede darse aquélla si se requiere en el sujeto un móvil o ánimo tendencial dirigido a causar el perjuicio y una predisposición subjetiva a obtener un enriquecimiento o ventaja patrimonial.

Esta situación es la que ha permanecido en el tipo nuclear base de los delitos relativos a la propiedad intelectual en el art. 270.1 CP tras la reforma de 2015; y, con la jurisprudencia menor y doctrina mayoritaria considero que la comisión de estos delitos es también ahora posible tanto a título de dolo directo como de dolo eventual. La naturaleza subjetiva de la exigencia de actuación “en perjuicio de tercero” no está clara y, en principio, son imaginables situaciones en las que concurriendo ánimo de obtener un beneficio económico se lleven a cabo las conductas típicas con conciencia de la ajenidad de los derechos involucrados y de la falta de autorización sobre la utilización sobre los mismos, y con representación consciente de la posibilidad y/o probabilidad de ocasionar perjuicio a sus titulares o poner en riesgo (de lesión) el bien jurídico

---

<sup>255</sup> Tesis y argumento mantenidos también tras el CP de 1995 por QUINTERO OLIVARES, G., en “De los delitos...”, *op.cit.*, pág. 1224.

<sup>256</sup> Naturalmente sin perjuicio de que el mantenimiento desde entonces en el párrafo segundo de la redacción vigente hasta 2015 y tras ésta del adverbio “intencionadamente” en relación a las conductas de importar, exportar o almacenar ha venido sosteniendo la imposibilidad en estos supuestos de la comisión dolosa eventual.

<sup>257</sup> En nota y -recordemos- con motivo de su distinto criterio sobre el carácter de las figuras penales como complejo punitivo integrado por elementos normativos o tipos en blanco.

<sup>258</sup> Por todos, QUINTERO OLIVARES, G., “De los delitos...”, *op.cit.*, pág. 1225; y RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, pág. 406.

<sup>259</sup> SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., *Derecho Penal, Parte Especial* (15ª edición), Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 490; y JORDANA DE POZAS, L., “De los delitos relativos a la propiedad intelectual” en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Trivium, Madrid, 1997, pág. 2.948.

protegido, y -pese a ello- se realice la acción en tales circunstancias y de tal modo que pueda concluirse que lo acepta, consiente, le es indiferente o cuenta con ello como derivación o consecuencia natural de su proceder.

#### II.3.1.5.b).- El ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

El reemplazo, como exigencia típica, del “ánimo de lucro” por el “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto” constituye la novedad principal que establece la reforma de 2015 en el plano subjetivo.

La importancia de la nueva exigencia es evidente por cuanto ha sustituido al ánimo de lucro como elemento esencial, junto a la actuación en perjuicio de tercero, para la delimitación del ámbito de intervención penal, y, por ende, como aspecto clave para la demarcación de los perímetros de lo que constituye ilícito penal frente a las esferas de protección civil y administrativa.

Comprender su adecuado alcance y significado es más factible partiendo del camino recorrido en la interpretación y efectos del precedente “ánimo de lucro”; y, por ello, conviene recordar el sentido de su aparición y la problemática práctica que ha venido suscitado su concepto y aplicación en los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Haciendo caso a las críticas vertidas contra la ausencia del ánimo de lucro en la configuración del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual, el legislador de 1995 suprimió el subtipo agravado del derogado art. 534 bis b) 1. a) “*Obrar con ánimo de lucro*”, e implantó la necesidad de su concurrencia como indispensable para el castigo de los comportamientos típicos. Tal decisión constituyó un cambio de indudable valoración positiva. En primer lugar porque contribuyó a delimitar más precisamente la esfera de protección otorgada por la intervención penal respecto de la tutela civil y administrativa de los derechos de propiedad intelectual. En segundo término porque corrigió la falta de congruencia que suponía no establecer este elemento subjetivo como integrante del tipo básico de unos delitos con estructura propia de infracciones patrimoniales, que habían aparecido insertos en las defraudaciones y los delitos contra el patrimonio, y en los que primordialmente se castigan conductas afectantes a derechos patrimoniales. Por demás, con ello se recogió a nivel legal lo que era ya una realidad

práctica, pues escasas<sup>260</sup> eran las sentencias en las que se condenaba sin existencia de ánimo de lucro, dado lo inhabitual de la comisión -e incluso de denuncia de comisión- de estas infracciones sin finalidad lucrativa.

A partir de su implantación como elemento subjetivo, para que se diera el tipo penal era necesaria la concurrencia de una voluntad o predisposición subjetiva orientada a obtener el lucro propio o de tercero, al margen de que finalmente se lograra o no, pues su consecución o materialización efectiva no era necesaria.

En cualquier caso, siendo el elemento clave decisivo para delimitar lo que constituye delito o no, se acabó por generar una viva polémica sobre su concreto alcance en estos delitos tanto en lo que respecta a su entendimiento como al grado de conexión que debía presentar con las conductas típicas.

En lo que atañe al primero de estos aspectos, la situación inmediatamente anterior a la reforma de 2015, se caracterizaba, en la praxis y en la doctrina, por la discrepancia en torno a si el ánimo de lucro debía exigirse conforme a la noción que tradicionalmente había venido manejando el Tribunal Supremo sobre el mismo, o, por el contrario, debía interpretarse con la significación que más modernamente preconizó la Circular FGE núm. 1/2006, entendiéndolo como “ánimo de lucro comercial” o a escala comercial.

En los delitos relativos a la propiedad intelectual, partiendo de la interpretación general que se había impuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de los múltiples delitos contra el patrimonio en los que también se exige, el ánimo de lucro se consideró durante mucho tiempo como propósito de obtener cualquier tipo de enriquecimiento, ganancia, beneficio, provecho, utilidad o ventaja incluso de finalidad meramente contemplativa o de ulterior beneficencia o liberalidad (por todas, SSTS 21 de diciembre de 1990 y de 21 de julio de 2006). Con tal tendencia subjetiva habían de ser llevados a cabo todos los comportamientos descritos tanto en el tipo básico del art. 270 como en los supuestos agravados del art. 271, ambos del CP. En el art. 270 CP, porque aunque su mención expresa se contenía únicamente en el primer párrafo, se consideraba que debía entenderse implícito también en sus párrafos segundo y tercero,

---

<sup>260</sup> Aunque no inexistentes, como lo acreditan la SJP nº de Málaga de 3 de febrero de 1992, la STS de 26 de septiembre de 1992, que castiga un plagio sin ánimo de lucro, la SJP de Segovia de 11 de enero de 1995, y la SAP Cáceres de 6 de noviembre de 1995, que confirmando la SJP nº 1 de dicha capital castiga la comunicación pública llevada a cabo por una televisión local que emitía sin publicidad ni pago de cuotas por los receptores de la señal.

en atención a la naturaleza propia del bien jurídico protegido (las facultades patrimoniales); y en el art. 271 CP, por evidente concatenación lógico-estructural como tipos agravados respecto del básico.

En la jurisprudencia y decisiones judiciales generadas sobre el derogado subtipo del anterior 534 bis b)1. a) CP, su concurrencia se había venido infiriendo de diversos datos objetivos, tales como la existencia de infraestructura negocial (STS. de 27 de diciembre de 1992), la titularidad de sociedades y establecimientos dedicados a la distribución de cintas de vídeo (SAP de Sevilla de 23 de febrero de 1995), el cobro de cuotas de conexión y abono mensual (entre muchas, SAP de Madrid de 6 de febrero de 1998), o el incremento de ventas por la oferta de productos con precios más bajos y competitivos (entre muchas, la SJP nº de Málaga de 3 de febrero de 1992 y la SJP nº 3 de Valladolid de 21 de mayo de 1998, referida a un hecho anterior a la vigencia del nuevo CP de 1995).

La Circular FGE núm. 1/2006 supuso, sin embargo, un punto de inflexión por cuanto, frente al criterio que seguía manteniendo por entonces el Tribunal Supremo (por todas, STS de 21 de julio de 2006<sup>261</sup>), propugnó para los delitos contra la propiedad intelectual un entendimiento restringido del concepto de ánimo de lucro como “ánimo de lucro comercial”, con la pretensión práctica de evitar la criminalización de conductas infractoras seguidas por un ingente número de usuarios en internet que para su provecho particular se descargaban obras musicales y audiovisuales, o las obtenían utilizando programas y redes P2P. Para ello la referida Circular acudió a una argumentación que apoyó en cuatro pilares: el principio de intervención mínima; la naturaleza distinta de los derechos que recaen sobre bienes inmateriales que, según sostenía, demandaba una distinta valoración del ánimo de lucro que la doctrina del Tribunal Supremo venía considerando en relación con los delitos patrimoniales; la necesidad de un régimen de equivalencia con el de los delitos de propiedad industrial; y las referencias a la “escala comercial” que se realizaban en el Acuerdo sobre los ADPIC y en la entonces Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, de 12 de julio de 2005,

---

<sup>261</sup> En la que se insiste en que *"el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita"*

sobre medidas para el aseguramiento del respeto de los derechos de propiedad intelectual en el seno de la Unión Europea.

Sobre todos estos argumentos, a mi juicio, podía efectuarse una intensa crítica. En cuanto al principio de intervención mínima, lo cierto es que la propia Circular llegaba a emplear un criterio contradictorio. En efecto, mientras en la pág. 53 de la Circular, dentro de la parte destinada a los delitos relativos a la propiedad industrial, se afirmó que “El principio de intervención mínima del derecho penal es un factor de selección para el legislador, pero no para el intérprete”; en la pág. 34, en referencia a los delitos relativos a la propiedad intelectual, asevera que la expansión continua del derecho penal en esta materia, criminalizando todo comportamiento que infrinja formalmente los derechos de autor, así como a un amplio sector de la sociedad que utiliza los avances tecnológicos para acceder a las obra protegidas, es contraria al principio de intervención mínima, que rige en derecho penal; lo que parece implicar un ejercicio de la selección por el intérprete que descarta para los delitos relativos a la propiedad industrial. Tampoco se revelaba muy consistente la afirmación sobre la distinta naturaleza de estos derechos y su demanda de una distinta valoración del elemento de ánimo de lucro que la doctrina del Tribunal Supremo viene considerando en relación con los delitos patrimoniales, puesto que estos delitos están conceptuados como delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y no se aportaba razón adicional más allá de la afirmación apodíctica que justificase el tratamiento diferenciado del ánimo de lucro como comercial más que por referencia a la equivalencia con los delitos relativos a la propiedad industrial y los instrumentos internacionales aludidos. Pero tampoco estos argumentos resultaban suficientemente sólidos. Por lo que se refiere a la pretendida uniformidad y equivalente tratamiento en relación con los delitos de propiedad industrial, lo cierto es que los tipos de los arts. 273 y 274 CP han venido exigiendo, explícitamente desde su instauración en 1995, la realización de las conductas “con fines industriales o comerciales”, lo que efectivamente justifica su exigencia en los mismos en consonancia con la naturaleza de los objetos de protección (marcas, patentes, modelos de utilidad, dibujos industriales, etc...); pero tal elemento subjetivo no aparece de ningún modo en el art. 270 CP, de modo que lo que hace la Circular es requerir un elemento subjetivo de lo injusto adicional y “distinto” en estos delitos, igualando lo que el legislador no ha querido igualar, pues si en 2003 éste reformó los delitos relativos a la propiedad intelectual, equiparando las consecuencias penológicas en ambos delitos y los

subtipos agravados, no cabe derivar de ello la igualación de otros elementos del tipo con tan escaso apoyo como la simple alegación de la común naturaleza inmaterial de los derechos. Cada tipo de ilícitos tiene su propia estructura y no guardan similitud entre sí<sup>262</sup>, más que por ser productos del ingenio humano; siendo muy distinta su naturaleza y régimen jurídico. En consecuencia, cabe estimar que la Circular no podía añadir a la dicción legal del art. 270 CP la finalidad comercial o industrial con tan poca base en la misma medida en que no puede igualar en otros elementos, como la necesidad del conocimiento del registro de la obra (lógicamente inexigible dado el carácter meramente declarativo de la inscripción en materia de derechos de propiedad intelectual). Cuando el legislador de 1995 introdujo el ánimo de lucro en el art. 270 CP -antes determinante de un subtipo agravado- lo hizo para delimitar la esfera de protección penal, destinando la atipicidad conductas que antes sí estaban incluidas, potenciando que el bien jurídico protegido lo fueran las facultades patrimoniales, y al mismo tiempo diseñó los delitos contra la propiedad industrial exigiendo una muy distinta predisposición subjetiva, la de obrar “con fines industriales o comerciales”, no equiparable ni en expresión ni en alcance al “ánimo de lucro”, de modo que desde el principio construyó distintos elementos subjetivos para cada grupo de delitos. Si el legislador de la L.O. 15/2003 no retocó más de lo que hizo los elementos del tipo de ambos tipos de infracciones, no parece posible que un intérprete añada requisitos adicionales por más que la finalidad perseguida de no criminalizar en masa conductas aceptadas socialmente pueda ser legítima. Existían otros argumentos más consistentes que la alusión a una equivalencia inexistente que posibilitarían la misma conclusión sin necesidad de acudir a alterar el tipo. La alteración de significado sobre la exigencia de ánimo de lucro comercial afectaba a muchas otras conductas insertables en los arts. 270 y 271 CP distintas a la descarga de contenidos en internet y por ello constituía un factor de distorsión en su persecución no suficientemente meditado en sus consecuencias. Y tampoco el contenido los ADPIC y de la Propuesta de Directiva y Decisión Marco era más significativo a efectos interpretativos. Amén de lo discutible de utilizar como argumento de apoyo elementos que al tiempo de su redacción no constituían sino una propuesta de Directiva, lo cierto es que no puede desconectarse la alusión a la escala comercial con el hecho de que los ADPIC constituyen un instrumento nacido en y para la Organización Mundial del Comercio y, por tanto, ni debían ni podían en ningún caso referirse a un ámbito

---

<sup>262</sup> Diferencias que se han acrecentado con la reforma de 2015 como se puede comprobar mediante la observación comparativa de las redacciones de los dos nuevos arts. 270 y 274 CP.

distinto al propiamente comercial o industrial; y, dicho Acuerdo establece obligaciones de mínimos (“al menos” son los términos del art. 61 dedicado a procedimientos y sanciones penales), de modo que cuando los Estados establecen la protección nacional pueden introducir instrumentos de mayor alcance tuitivo como de hecho era el caso. En cuanto a una Propuesta en el seno de la Unión Europea no cabía esperar otra cosa a su referencia comercial habida cuenta de su condición de miembro de la OMC y la preeminente preocupación de la Comisión Europea por las condiciones del mercado interior y el comercio exterior.

Pese a todo ello, la exigencia de ánimo de lucro comercial, tras la Circular fue empleada inmediatamente como argumento de autoridad añadido en la corriente de decisiones judiciales (sobre todo, autos de sobreseimiento y archivo<sup>263</sup>) que sostuvo la atipicidad de la actividad de las webs de enlace; y también obtuvo acogida en cierto sector doctrinal que ha venido manteniendo hasta la reforma de 2015 una interpretación restrictiva del ánimo de lucro por la diferencia en la naturaleza de los derechos de explotación protegidos, de carácter inmaterial, respecto del derecho de propiedad común tutelado en los delitos patrimoniales de apoderamiento<sup>264</sup>, e incluso no han faltado autores que, en plena coincidencia con la Circular FGE 1/2006, han exigido el afán de lucro comercial como delimitador de la intervención penal, relegando al ámbito civil -como aquélla- las vulneraciones animadas por un propósito de obtener algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial, argumentando que esta interpretación era la que mejor se ajustaba al sentido de la norma y al bien jurídico protegido, además de que dotaba a las conductas de una mayor lesividad, desde el prisma de la realidad social, y la condición del Derecho Penal como última ratio del Ordenamiento Jurídico, llegando a afirmarse su identificación con la búsqueda de un beneficio patrimonial de naturaleza comercial, proveniente -por ende- de una actividad destinada al comercio, lo que dejaba fuera del alcance de la órbita penal los supuestos de vulneraciones animadas por una intención de ahorro del valor del precio, por ejemplo, las descargas por usuarios desde webs o

---

<sup>263</sup> Uno de los primeros ejemplos fueron las resoluciones judiciales adoptadas en el caso “Sharemula.com”, seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, donde se denegaron las medidas cautelares en Auto de fecha 20 de diciembre de 2006), se acordó el sobreseimiento libre en Auto de fecha 28 de septiembre de 2007 y se confirmó el archivo definitivo mediante el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de fecha 11 de septiembre de 2008. Y en el mismo sentido, entre muchas, la SAP Cantabria de 18 de febrero de 2008.

<sup>264</sup> FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos, Los delitos cometidos a través de internet- Estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la red-*, Constitutio criminalis carolina, 2007, pág. 100.



plataformas de intercambio P2P, incluyendo no sólo a los downloaders, sino también a los “uploaders” que suben a la red, esto es, colocan copias de obras o prestaciones protegidas en las plataformas de intercambio o en servidores que las alojan para que los usuarios las descarguen o accedan a ellas on line”, si lo hacen sin pretensión comercial; así como a los vecinos de videos comunitarios que se conciertan para entretenerse y disfrutar colectivamente de obras o canales de televisión de pago, salvo si se pretenden obtener ganancias con la explotación de derechos ajenos, por ejemplo con una remuneración por gestionar el servicio<sup>265</sup>.

Junto a la modalidad de lucro directo, tanto los órganos judiciales como la doctrina<sup>266</sup> vinieron admitiendo la materialización del lucro producida de forma indirecta, esto es, no directamente conectada a una conducta de reproducción, distribución o comunicación pública. Sin embargo, se plantearon dificultades prácticas para abarcar bajo el tipo la obtención de ingresos asociada a publicidad o ligada a la prestación de servicios de hostelería y esparcimiento.

Modernamente, sobre todo tras la irrupción de internet como principal escenario de las vulneraciones, el supuesto problemático más habitual pasó a ser la obtención de ingresos derivados de diversas fórmulas de la publicidad insertada en páginas web que sin autorización facilitaban el acceso a obras audiovisuales y musicales protegidas para su descarga o visualización on line. A la discusión sobre la tipicidad de las conductas en estos casos según se alojasen o no las obras en un servidor ajeno o en el ciberespacio, se unió la controversia sobre si la publicidad insertada se relacionaba realmente con una conducta infractora, pues los ingresos por publicidad no se vinculaban directamente al número de descargas o de visionados on line, sino que eran independientes de ello por conectarse al número de visitas recibidas, los clickeos sobre las ventanas publicitarias, los redireccionamientos a otros servicios en la red, o a la aparición de videos pre-roll.

Supuestos también controvertidos doctrinalmente fueron y siguen siendo las conductas de titulares de bares, pubs, y hoteles que proporcionan a sus clientes, como servicio

---

<sup>265</sup> Por todos, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 414 a 419.

<sup>266</sup> Entre muchos, PUENTE ABA, L.M. “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Revista Penal La Ley*, nº 21, enero 2008, pág. 108; y FARALDO CABANA, P., *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 174 y 175; o más recientemente y mencionando supuestos prácticos y sus soluciones desde la perspectiva del ánimo de lucro indirecto, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 429 a 434.

adicional y con el objetivo de aumentar su clientela, proyecciones de videos musicales, películas, o simplemente música, sin cobros adicionales<sup>267</sup>; así como los casos de grabación ilícita sonora o visual de películas, conciertos u obras de teatro, realizadas en la propia sala donde se comunican al público<sup>268</sup>.

Frente a las opiniones doctrinales más restrictivas y el criterio de la propia Circular FGE 1/2006, algunos órganos judiciales vinieron manejando coetáneamente en estos delitos el concepto tradicional de ánimo de lucro, tal y como ocurrió en la emblemática Sentencia núm. 530/11, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011, que expresamente indicó -como ya hemos visto- en referencia a la publicidad obtenida en una web de enlaces, como *“Cabe recordar en todo caso que el concepto del ánimo de lucro ha sido entendido de una manera muy amplia por los tribunales y puede citarse en tal sentido la STS de 21 de julio de 2006 que nos recuerda que "el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita"*. E incluso algunas resoluciones condenatorias, como la sentencia anterior y la sentencia núm. 453/13 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Castellón, de 30 de octubre de 2013, lo aplicaban a los supuestos de webs de enlaces que no alojaban obras y cuyos ingresos estaban vinculados a la inserción de pop-ups, banners, enlaces a tiendas on line, de juego o de contenido pornográfico, cesión de cuentas de correo electrónico de los usuarios, o al envío de sms requeridos para acceder a los contenidos protegidos.

Un ejemplo de apreciación del ánimo de lucro en un caso de ingresos asociados al número de descargas de obras y publicidad es la Sentencia del Juzgado de lo Penal N° 2 de Valladolid, de fecha 25 de marzo de 2015, en la que se condena a un “uploader”, que usaba el nick name “Triplorita”, y que, tras obtener copias de películas de reciente estreno en cines, transfería el fichero de video a los servidores de almacenamiento Hotfile y Uploading, desde los cuales se podían descargar las películas de modo

---

<sup>267</sup> Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 861; GÓMEZ RIVERO, M.C., *La Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 130 a 132.

<sup>268</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 433.

gratuito, percibiendo él un centavo de dólar USA por descarga, obteniendo de dichos servidores, por Pay Pal, el pago de 1.536 dólares en el periodo de cuatro meses, desde el 6 de julio de 2009 hasta el 16 de noviembre de 2009, por lo que las descargas de las películas se cifraron en alrededor de 153.684; y, por ingreso en una cuenta bancaria, la cantidad de 1.264,79 €, desde marzo de 2009 hasta febrero de 2010. Asimismo el condenado era administrador de la web [www.adictosdd.com](http://www.adictosdd.com) donde se anunciaba e introducía la carátula de las películas almacenadas en Hotfile y Uploading y una sinopsis de las mismas, facilitando un enlace para realizar las descargas. Una empresa de publicidad insertaba banners publicitarios en la referida página, percibiendo el acusado una remuneración no acreditada. También se anunciaba y facilitaba enlaces a través de [www.descragassinlimite.net](http://www.descragassinlimite.net); y [www.taringa.es](http://www.taringa.es).

En cuanto a las situaciones de comunicación pública o difusión de obras musicales o audiovisuales en bares, pubs y otros locales públicos sin autorización de los titulares de los derechos de autor y conexos, en la praxis no han sido extrañas ni acusaciones fiscales ejercitadas por el Ministerio Público ni condenas judiciales por parte de órganos judiciales del orden penal, en no pocas ocasiones contando incluso con la conformidad de los propios acusados, quienes han venido a admitir los hechos y la calificación como delito contra la propiedad intelectual de sus acciones. Buenos ejemplos de ello son los casos resueltos por las Sentencias núm. 411/2004 del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid; núm. 144/2005 del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid; núm. 400/2006 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de La Coruña; núm. 423/2008 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de La Coruña; y núm. 412/2010, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres. La referencia a sus supuestos de hecho avala la constatación de la tipicidad del denominado *lucro indirecto*.

La Sentencia núm. 411/2004, de 21 de octubre de 2004, del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid fue dictada en un caso en que dos individuos que eran socios y trabajaban en el bar de copas de su propiedad, efectuaban comunicación pública de obras musicales sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual a partir de un total de 134 CDs que utilizaban para ambientar musicalmente el referido bar y habían reproducido con dicho objeto. Ambos socios reconocieron los hechos y fueron condenados por los hechos -anteriores a la reforma del CP de 2003- a sendas penas de 6

meses de multa tras lograr una conformidad con la acusación, mostrándose de acuerdo con la calificación de los hechos como un delito del art. 270 CP español.

La Sentencia núm. 144/2005, de 12 de abril de 2005, del Juzgado de lo Penal núm. 13 de Madrid se pronunció condenando al dueño de un bar de Madrid, que para ambientar musicalmente su establecimiento comunicaba públicamente (la sentencia afirma que “ponía en un tocadiscos”, aunque debía tratarse de un lector al efecto) CDs que eran reproducciones efectuadas desde sus originales sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. También en este caso el condenado admitió los hechos y se mostró conforme con las acusaciones que fueron vertidas en su contra, por lo que el Juzgador dictó sentencia de conformidad con condena por un delito del art. 270 CP a pena de prisión por tiempo de seis meses.

La Sentencia núm. 400/2006, de 13 de diciembre de 2006, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de La Coruña tuvo por caso un comportamiento consistente en que para ambientar con música un pub de aquella ciudad, el encargado del establecimiento utilizaba discos grabados en soportes CDs, comunicando públicamente obras protegidas sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, por lo que fue condenado por un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP a pena de multa de seis meses también previa conformidad del responsable de los hechos, que ocurrieron antes de la reforma operada en 2003.

La Sentencia núm. 423/2008, de 19 de noviembre de 2008, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de La Coruña, se refirió a un caso en el que el condenado fue el titular de un pub de esta ciudad, en el que para ambientar musicalmente el local y captar así mayor clientela se reproducía música, a partir de una CPU de un ordenador, en formato MP3, ello desde un archivo MP3 llamado “Peep Lurpel”, interviniéndose 104 discos con contenidos musicales grabados en soporte CDR. En este caso, la condena a pena de seis meses de prisión se produjo por un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP sin concurrir conformidad por parte del acusado.

La Sentencia núm. 412/2010, de 31 de diciembre de 2010, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres condenó por delito relativo a la propiedad intelectual a pena de un año y seis meses de prisión y dieciocho meses de multa al administrador único de una mercantil, que explotaba distintas máquinas del tipo "gramola-hucha" o "jukebox", que

eran utilizadas para la reproducción de fonogramas y videogramas musicales (procedentes bien de descargas ilegales de internet, bien de discos "master" debidamente transformados en un formato reconocible por una computadora y fácilmente actualizables a través de un dispositivo de memoria externa tipo "pen-drive"), sin autorización alguna de los titulares de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a los productores de las correspondientes creaciones musicales o videográficas. Las máquinas estaban instaladas, con el permiso de los titulares de los establecimientos, en distintos locales y clubs de alterne de la provincia.

La Sentencia núm. 149/2012, de 11 de octubre, de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Badajoz confirmó en apelación la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal núm. 1 de dicha ciudad de 30 de marzo de 2012, por la que se condenó a dos acusados por un delito del fraude en las telecomunicaciones en concurso ideal con un delito relativo a la propiedad intelectual, a la pena, para cada uno de ellos, de diecisiete meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de veinte meses con una cuota diaria de nueve euros (9,00 €) y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago (con imposición al propietario del hotel de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de Director de Establecimientos Hoteleros y Administrador de Sociedades Mercantiles, durante un período de tres años) en un caso en que un hotel de la ciudad, mediante un decodificador de Canal Plus obtenido con ocasión de un contrato para domicilio particular y el aprovechamiento de una red de cable, facilitaba a sus huéspedes en las habitaciones programas de televisión de pago de dicho canal con comunicación pública de obras audiovisuales y prestaciones como partidos de fútbol, todo ello sin contar con la correspondiente autorización. En este caso se alegó específicamente que el hotel no incluía en su publicidad la oferta de visión de Canal Plus, pero el tribunal respondió que ello no era “en modo alguno prueba o indicio de la falta de intencionalidad o dolo, por cuanto, en pura lógica nadie en sus cabales podría publicitar la comisión de una infracción delictiva, siendo más bien algo a mantener en secreto o con la mayor discreción posible”.

En todos los anteriores supuestos, la percepción de ingresos se producía directamente por las consumiciones de bebidas y alimentos o el precio del hospedaje, pero la

captación de clientes con el aliciente del plus de entretenimiento y servicio que ofrecían se producía en relación con la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Con estos antecedentes en la praxis judicial y en el debate doctrinal, la reforma de 2015 ha acabado por prescindir del ánimo de lucro y ha optado por superar los posibles problemas de atipicidad penal a los que podían conducir ciertas interpretaciones restrictivas del mismo mediante la exigencia del ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

De los concretos términos en los que se ha producido la sustitución del ánimo de lucro por el ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, pueden desprenderse las siguientes observaciones:

1ª) El legislador de 2015 no se ha decantado por la exigencia del “lucro comercial” o a escala comercial, ni por la fórmula “con fines comerciales o industriales” que emplea y mantiene en los delitos contra la propiedad industrial, de modo que ni de lejos ha pretendido igualar en este aspecto el tipo subjetivo con estos delitos por su semejante condición de propiedad especial sobre bienes inmateriales o la naturaleza inmaterial de los derechos en que se encarna<sup>269</sup>. Ni el criterio de la Circular FGE 1/2006, ni la opinión doctrinal de quienes la consideraban la mejor solución desde el prisma de la intervención mínima o la naturaleza de los derechos concernidos, ni las resoluciones judiciales que seguían estas pautas pueden considerarse que han inspirado o influido positivamente la opción del legislador. Más bien, todo lo contrario. La nueva conformación legal del art. 270 CP sólo exige “finalidad comercial” en su apartado 6 referido a los medios facilitadores de la supresión o la neutralización de los dispositivos técnicos de protección, lo que la descarta para el resto de modalidades típicas.

2ª) Por “beneficio”, si acudimos al Diccionario RAE, se ha de entender provecho, utilidad, o ganancia. Como heredero del elemento subjetivo que sustituye y al igual que

---

<sup>269</sup> Ello pese a que de *lege ferenda* así se había propuesto en la doctrina. Así, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 419, argumentando que “*así se conseguiría una protección uniforme de las dos categorías de delitos, cuando ambas tutelan derechos de propiedad especial sobre bienes inmateriales*”. Este autor se muestra partidario de que la intervención del Derecho Penal sólo se produzca cuando la actividad ilícita está orientada al “comercio de las obras”, sea en su dimensión amplia o reducida, y por tanto “esté inspirada por un ánimo de lucro comercial”. También se acoge a la interpretación restrictiva como “ánimo de lucro comercial” GÓMEZ RIVERO, M.C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 130 a 132.

este, por su naturaleza, su concurrencia es necesaria, pero no es preciso que el beneficio se actualice efectivamente, y puede buscarse para sí o para un tercero.

3ª) Con la adjetivación de “económico” se acentúa el carácter patrimonialista de estos delitos porque no bastará con cualquier ventaja, utilidad o provecho, sino que será preciso que se trate de un beneficio de carácter y naturaleza patrimonial. En dicha medida se restringe el tipo de ventaja o beneficio a sólo aquéllos que tengan contenido económico, lo que descarta la búsqueda de la ventaja puramente contemplativa o de liberalidad. La cuestión servida para la polémica es si la exigencia de beneficio económico implica o no un entendimiento exclusivo como ganancia o ingreso abiertamente contrapuesta al mero ahorro. Pese a que ya existen opiniones doctrinales que descartan que el nuevo elemento sustitutivo abarque la ventaja patrimonial por simple ahorro<sup>270</sup>, la cuestión no parece tan diáfana. En realidad, en términos populares y jurídicos, un beneficio o provecho económico puede ser obtenido tanto por ingreso o ganancia como por ahorro del gasto. El término “económico” que califica al beneficio es entendido por el Diccionario RAE como “perteneciente o relativo a la economía” y entre las acepciones de “economía” se encuentra, según el mismo, la acepción “ahorro de trabajo, tiempo o de otros bienes o servicios”. En consecuencia, en puridad y sólo por el empleo del calificativo económico no cabe descartar el beneficio, provecho, utilidad o ganancia por ahorro, puesto que la expresión legal no se contrapone a ello de modo unívoco. La exclusión del beneficio por ahorro puede hallar fundamento en el principio de intervención mínima o la insignificancia del hecho o en la interpretación de la conducta de “explotación económica” como exigencia de actividad comercial o comercial<sup>271</sup>.

4ª) Con la fórmula “directo o indirecto” se ha pretendido superar los problemas sobre el grado de conexión exigible entre las conductas típicas vulneradoras y el provecho que se espera lograr, solventando cualquier controversia sobre la tipicidad si el beneficio no

---

<sup>270</sup> Conclusión a la que parece llegar, tras la reforma de 2015, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 859.

<sup>271</sup> Lo cierto es que en ocasiones el ahorro puede tener un alto contenido económico. Para ilustrar en este sentido valga la remisión a la ingente cantidad de dinero que en el caso Verbatim España se ahorró esta compañía mercantil no satisfaciendo la compensación por copia privada. Otra cosa es la posibilidad de acudir a criterios justificativos de una intervención mínima por la insignificancia del hecho cuando se trate de usuarios o consumidores finales de contenidos protegidos que simplemente se ahorran el coste directo de acceso (puesto que coste indirecto habrá por el abono mensual a la operadora que proporciona el servicio de internet, por un importe que, según las encuestas especializadas no se pagaría por buena parte de los abonados si no existiese la posibilidad de acceder a contenidos ilícitos).

se produce en conexión inmediata con algún tipo de conducta típica como el plagio, la reproducción, la distribución, la comunicación pública u otro modo de explotación económica de las obras o prestaciones.

Durante algún tiempo, como se reflejará con detalle al dar cuenta de las corrientes judiciales existentes sobre el tratamiento de los enlaces, la percepción de ingresos en cuanto no vinculada directamente a las descargas o el visionado *on line* dio lugar a resoluciones judiciales que entendían que el ánimo de lucro requerido en el tipo no concurría. La opción por su sustitución y el empleo de los términos ya empleados en la normativa civil y administrativa de protección de la propiedad intelectual es sin duda un acierto que permitirá hacer frente a todo tipo de modalidades de obtención de ingresos que se produzcan por razón o con ocasión de las conductas objetivamente típicas o de modo asociado a ellas. Particularmente, en el entorno internet que es el preferente campo de la mayoría de las vulneraciones masivas contra los derechos de propiedad intelectual, no cabrá duda de la inclusión para integrar el tipo subjetivo del ánimo de obtención de ingresos por cualesquiera fórmulas publicitarias (por visitas a la web, inserción de banners, pop-ups, pop-under, videos pre roll, enlaces a otras páginas o elementos no visualizables que posibilitan la aparición de publicidad al navegar por internet); o por otros sistemas (venta de datos registrados, números de móviles, comisiones por sms, etc). Constituye por ello una aportación de indudable valor añadido a la situación anterior.

Cabe aventurar que si bien desaparecerá por completo la controversia sobre la satisfacción del tipo cuando el ánimo es obtener ingresos por publicidad que originan indirectamente la facilitación del acceso o localización de obras o prestaciones protegidas, persistirán las diferencias interpretativas sobre supuestos en los que la conexión indirecta entre las conductas vulneradoras y el beneficio buscado sea más tenue. Por más que se haya exigido en la doctrina la necesidad de una “relación estrecha” entre el lucro pretendido y la actividad vulneradora aunque sea indirecta<sup>272</sup>, lo cierto es que se trata de una cuestión valorativa desde muy diversos planos. La apelación al principio de intervención mínima seguirá siendo un lugar común en la

---

<sup>272</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 429; y haciéndola suya en cierto modo GÓMEZ RIVERO, M.C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 132 y 133. Ambos coincidían antes de la reforma en dejar fuera del ámbito penal los supuestos de ofrecimiento de música y películas en pubs, locales de copas o de esparcimiento similar, así como en hoteles para los clientes donde la obtención del lucro se produce por las consumiciones y servicios prestados.



doctrina y la jurisprudencia para definir espacios de la esfera de lo ilícito penal frente a al ámbito de lo ilícito civil, de modo que la insignificancia o no de la entidad cualitativa y cuantitativa del hecho o del beneficio se va a erigir de nuevo en un problema de valoración abierta.

5ª) Todo ello, en su conjunto, aunque por un lado evidencia una cierta voluntad de circunscripción a un componente subjetivo de sentido patrimonial, revela sobre todo un criterio de extensión más que de restricción en cuanto al ánimo o propensión subjetiva exigible para satisfacer este elemento del tipo subjetivo, y, por lo tanto, contribuye a una clara expansión del tipo, máxime si se tiene en cuenta que se está ante el elemento subjetivo clave para distinguir el ilícito penal del ilícito civil.

Tal expansión, en unión de la extensión objetiva que implica la ampliación del objeto material y el incremento de posibles conductas típicas, conlleva el riesgo de que una interpretación excesivamente amplia del nuevo componente subjetivo acabe por difuminar cualquier frontera entre lo ilícito civil y lo ilícito penal al menos en cuanto se refiere a la tutela de las facultades patrimoniales que integran el contenido de la propiedad intelectual.

Sería deseable que futuras reformas de nuestra legislación procesal penal en materia de competencia posibilitaran la llegada de estos casos, aunque sólo fuera en interés de establecimiento de doctrina, al Tribunal Supremo con el objeto de obtener al menos una aplicación uniforme. Entretanto cabe esperar de la FGE una Circular de urgencia que se ocupe de fijar criterios uniformes de actuación al menos dentro, del Ministerio Fiscal.

#### **II.3.1.6.- La actuación en perjuicio de tercero.**

Concatenado con el ánimo de lucro, se introdujo en el Código Penal de 1995 el presupuesto de que los comportamientos típicos fuesen llevados a cabo por el sujeto activo del delito *en perjuicio de tercero*, erigiéndose ambos elementos típicos en los principales referentes delimitadores de la intervención penal frente a la esfera de prohibición civil.

Son varias las cuestiones suscitadas sobre este segundo elemento delimitador de la intervención penal. Cabe teóricamente la discusión sobre a qué clase de perjuicio y

respecto de qué tipo de terceros se refiere, si ha de darse como resultado efectivo o basta que sea potencial, y hasta si constituye un elemento subjetivo o un elemento objetivo del tipo.

Los referentes que poder emplearse para resolver estas cuestiones interpretativas son variados y algunos arrojan resultados definitivos y otros no tanto.

El tipo de perjuicio exigible puede inferirse del bien jurídico protegido. Dado que primordialmente son las facultades patrimoniales y el derecho exclusivo sobre las mismas que corresponde a los titulares originarios o derivados de los derechos de propiedad intelectual lo que constituye el objeto inmediato de tutela, cabe exigir que se trate de un perjuicio patrimonial.

En cuanto a la identificación de los terceros a quienes se refiere el perjuicio, es indudable que, como se ha afirmado en la doctrina, de la literalidad del precepto puede llegarse a cierta perplejidad acerca de la aparente toma en consideración de personas distintas a los titulares de los derechos como receptores potenciales del daño patrimonial cuando lo razonable es entender que el elemento típico del perjuicio debe tener como referencia precisamente a dichos titulares, y resulta un sinsentido que no sea así. Sin embargo, la cuestión admite la interpretación sugerida en la doctrina<sup>273</sup> de que el legislador habría manejado aquí un concepto amplio de perjudicado que abarcaría no sólo a los titulares sino también a otros afectados comercialmente ya que en el proceso de comercialización de las obras y prestaciones se ven afectados y perjudicados, además de los titulares, quienes por ejemplo, las venden, distribuyen, alquilan, difunden o exhiben legalmente. En cualquier caso, en la práctica no existen problemas en torno a esta cuestión y raramente se alega, cuantifica, trata e indemniza el perjuicio ajeno a los titulares de los derechos, siendo éstos o sus representantes (generalmente las entidades de gestión colectiva) quienes acceden al proceso y aparecen en él con la condición de perjudicados.

Sobre la necesidad de concurrencia o no de perjuicio efectivo, pese a algunas posturas doctrinales minoritarias<sup>274</sup> y la confusión al respecto de alguna sentencia reciente<sup>275</sup>,

---

<sup>273</sup>Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La tutela penal, op.cit.*, pág. 137, citando a GÓMEZ TOMILLO, M., cuya obra identifica en nota 137.

<sup>274</sup> ARMENGOT VILLAPLANA, A., “La piratería musical: derechos defraudados y medios de tutela judicial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 7, 2002, págs. 1581-1593.

sobre todo el empleo de la preposición “en” que dista de lo que fácilmente habría podido disponer el legislador con el uso de la preposición “con” u otras expresiones o técnicas determinantes de su exigencia, así como la incardinación sistemática al margen de las defraudaciones, permiten asegurar y compartir la apreciación mayoritaria de que el tipo básico se satisface con suficiencia sin necesidad de la concreción y existencia de un perjuicio real para tercero. Si éste se produce como resultado de la acción pertenecería a la fase de agotamiento del delito. En la práctica, la consecuencia inmediata es la inexigibilidad de la demostración de la existencia de un perjuicio económico efectivo y concreto para los tipos básicos. Algo que sólo se requiere, y eso sí, dotado de especial importancia, como elemento integrador de uno de los parámetros de la apreciación de la especial gravedad del subtipo agravado del art. 271.b CP.

La inexigibilidad de la constatación de un perjuicio efectivo ha permitido la calificación de las modalidades básicas de las infracciones penales relativas a la propiedad intelectual como delitos de peligro abstracto, en los que no es necesaria la constatación de un resultado lesivo material, pero al que naturalmente tienden las conductas tipificadas<sup>276</sup>, que el legislador ha decidido castigar adelantando las barreras de protección como delitos de consumación anticipada<sup>277</sup>, o en la terminología de MEZGER, configurando un delito de intención o de resultado cortado, en el que el legislador procede a “recortar” el tipo objetivo, exigiendo una conducta de eficacia probada para alcanzar la lesión del bien jurídico y, además, la concurrencia del dolo del autor en esta misma dirección.

Partiendo de la constatación nuclear de que para la consumación del delito no es preciso que se produzca un perjuicio efectivo, de modo que éste no integra el tipo y pertenece, no a la fase de perfección del delito relativo a la propiedad intelectual, sino a la de su agotamiento, dos han sido, pues, las opciones que sobre su naturaleza, alcance y significado se plantean y manejan en la doctrina moderna: la calificación de la actuación “en perjuicio de tercero” como elemento subjetivo de lo injusto integrador de un ánimo

---

<sup>275</sup> Por ejemplo, la SAN de 5 de marzo de 2015, dictada en el caso Youkioske, que literalmente afirma al examinar el cumplimiento de los elementos del delito del art. 270.1 CP que “*Se requiere que se produzca el perjuicio de un tercero. Se trata de un perjuicio patrimonial, aunque exista también un perjuicio moral o personal, que no será, sin embargo suficiente. Será necesario que el perjuicio se produzca como resultado material lesivo del tipo penal para que el delito se consume, no siendo suficiente el peligro de producirse el perjuicio.*”

<sup>276</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., “Otra vez...”, *op.cit.*, págs. 105 y 106.

<sup>277</sup> Así los conceptuaba ya la Circular FGE núm. 2/1989.

tendencial de causarlo, o como elemento objetivo del tipo consistente en la aptitud o idoneidad de la conducta para ocasionarlo.

En favor de la consideración como elemento subjetivo de lo injusto puede esgrimirse haber sido concatenado en la configuración de la estructura típica al elemento subjetivo del ánimo de lucro (ahora de obtención de beneficio económico) mediante su ubicación inmediatamente posterior al mismo y el empleo para ello de la conjunción “y”, integrando ambos componentes la misma frase desde la perspectiva sintáctica. Pero el argumento más sólido ha venido sustentándose en el tratamiento jurisprudencial de la locución “en perjuicio” empleada en el delito de alzamiento.

En efecto, fue el legislador de 1995 quién introdujo este requisito típico y con ello pareció otorgar al tipo una estructura muy similar a la del tradicional delito de alzamiento de bienes, que también incluye la misma expresión “en perjuicio”, lo que hizo dirigir las miradas hacia la interpretación jurisprudencial de este delito para calificar la naturaleza del nuevo elemento introducido en los delitos contra la propiedad intelectual. Y por entonces dos eran los pronunciamientos más relevantes de la jurisprudencia histórica que se relacionaban con esta cláusula: la concepción del alzamiento como delito tendencial en atención al empleo de la locución finalística “en perjuicio de los acreedores” y el descarte de la necesidad de que existiese un perjuicio efectivo para la consumación del delito con base en que el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento (por todas, SSTS -Sala Segunda- 10 de marzo y 27 de noviembre de 1987; 29 de marzo de 1988; o de 18 de septiembre de 1989; 26 de marzo y 20 de abril de 1993; 20 de febrero y 21 de noviembre de 1996). Y lo cierto es que si se acude al mismo referente -ante la ausencia de resoluciones modernas del TS relativas a los delitos sobre la propiedad intelectual por razones competenciales- la misma línea se ha venido reiterando después en la aplicación del art. 257 CP, pues la expresión “en perjuicio” del art. 257.1 CP ha sido mayoritariamente calificada como un elemento subjetivo del tipo y ha continuado la configuración de este tipo penal como delito de tendencia en el que basta la conducta de ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo (por todas, SSTS, de fechas 27 de noviembre de 2001; 14 y 15 de 2004 y 27 de diciembre de 2007). Incluso la más reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre este delito (STS de 18 de febrero de 2015, FJ 2) confirma esta corriente como la más

seguida, si bien se manifiesta en términos más descriptivos y menos comprometidos, ya que parte de “este entendimiento mayoritario de la expresión "en perjuicio de sus acreedores" que contiene el texto del art. 257 CP, “como la exigencia de un ánimo específico de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores (SSTS. 2068/2001 de 8.11, 440/2002 de 13.5, 1716/2003 de 17.12, 7/2005 de 17.1, 1522/2005 de 20.12, 1117/2007 de 28.11, 538/2008 de 1.9, 557/2009 de 8.4), ánimo específico que en algunas resoluciones es conceptualizado jurisprudencialmente como un elemento subjetivo del injusto (SSTS. 667/2002 de 15.4, 974/2002 de 27.5, 590/2006 de 29.5, 557/2009 de 8.4); pero también recuerda que “en otras sentencias se argumenta que el tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir el dolo, por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (SSTS. 2170/2002 de 30.12, 161/2003 de 6.2, 944/2004 de 23.7, 1564/2005 de 4.11, 234/2005 de 24.2)”.

Ello ha provocado que un buen número de sentencias de la jurisprudencia menor entiendan este elemento del tipo de los delitos relativos a la propiedad intelectual en este sentido y como muestra baste citar, la SAP Castellón, de 12 de noviembre de 2014, del caso Bajatetodo, que en el apartado 3 de su FJ 3º, señala que “*El perjuicio de tercero se contempla precedido de la preposición "en" lo que lo califica como requisito tendencial, sin necesidad de que produzca resultado*”.

El gran problema que ello plantea en la práctica es el apuntado por la mencionada STS de 18 de febrero de 2015, FJ 2: la exigencia de un elemento subjetivo del injusto viene a complicar probatoriamente el elemento subjetivo del tipo, ya que si difícil es verificar en muchos casos el dolo básico, más lo es todavía discernir en términos empíricos entre dos niveles de dolo atendiendo a la intensidad anímica del autor del hecho. En estos delitos el móvil, muy a menudo, no será ni única ni prioritariamente el perjuicio de tercero sino obtener el beneficio económico, de modo que desde la perspectiva tendencial la acción no irá directa y específicamente dirigida a ocasionarlo, sin perjuicio de que esté abarcada en el dolo la consecuencia necesaria o la aceptación de su producción potencial, en buena parte anudada a la conciencia de la ajenidad del contenido protegido.

La tesis de la exigencia de una capacidad objetiva de la acción como apta o idónea para generar el perjuicio se ha abierto camino sobre todo dogmáticamente como presupuesto

de la creación de un riesgo real de lesión al bien jurídicamente protegido poniendo en peligro los intereses económicos que se derivan de los derechos exclusivos de explotación<sup>278</sup>. Frente a la opción anterior presenta una ventaja probatoria indudable, puesto que ni es necesario probar la existencia del perjuicio efectivo porque éste pertenece a la fase de agotamiento del delito, ni resulta precisa la constatación del ánimo tendencial de perjudicar a los titulares de los derechos ya que no se está ante un delito de tendencia. Basta con que de las circunstancias en que se desarrolle la conducta típica y los objetos materiales sobre los que recaiga quepa desprender su idoneidad o aptitud para generar peligro de lesión al bien jurídicamente protegido de modo inmediato, esto es, de la vertiente patrimonial de los derechos de propiedad intelectual. La dificultad interpretativa en tal caso, como en todo delito de aptitud, pasa a ubicarse en qué debe exigirse para entender apta o idónea una conducta en términos de ser capaz para generar lesión o peligro de lesión al interés jurídico protegido. Los criterios ensayados sobre la insignificancia del hecho, por su escasa entidad, o las apelaciones al principio de intervención mínima y sus componentes de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal son loables como intentos de evitar una aplicación sin medida de los contornos típicos cuando su formulación es demasiado amplia<sup>279</sup>, pero sin mayores referentes objetivos, presentan el riesgo de la subjetividad y la discrepancia de criterios judiciales sobre las conductas a excluir del tipo, cuando no son determinados por posicionamientos ideológicos o convicciones extrajurídicas conducentes a escenarios de cierta inseguridad jurídica.

Es éste un problema común de interpretación que puede suscitarse en relación a otros delitos en los que se ha venido empleando una locución idéntica o similar (arts. 197, 243, 248, 251, 252, 257, 277, 283, 291, 292 y 399 CP), que cabe esperar y desear que obtenga una mejor solución una vez el Tribunal Supremo aborde decididamente una posición más definida en torno a ésta o a locuciones semejantes. Sin embargo, hay que

---

<sup>278</sup> En seguimiento de esta posición, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial* (2ª Edición), Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 162; y más modernamente RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal, op.cit.*, págs. 348 y ss.

<sup>279</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal, op.cit.*, págs. 350 y ss., en justificación de los criterios utilizados para evitar una desmesurada aplicación del Derecho Penal. Este autor propuso, de lege ferenda, que el art. 270.1 CP debería dejar constancia de que el perjuicio fuese grave (a través de la exigencia en la redacción legal de un actuar “en perjuicio grave de tercero” o “de modo que pueda causar un perjuicio grave a tercero”. Sin embargo, la reforma de 2015 se ha limitado a mantener la locución actual y prevé una atenuación del rigor punitivo limitada a casos de distribución ambulante o esporádica cuyo espectro aplicativo es incluso menor que el anteriormente establecido.

ser conscientes de que la actual asignación competencial sobre las situaciones más gravemente penales no lo favorece, pues en concreta relación con los delitos relativos a la propiedad intelectual resulta difícil que el máximo intérprete de la jurisdicción ordinaria se pronuncie más allá de optar por una u otra calificación, puesto que de ordinario sólo entrará a enjuiciar si se dan los subtipos de agravación del art. 271 CP, sobre la base de una previa apreciación de la especial trascendencia económica del beneficio obtenido o de la gravedad de los hechos (entre ellos cuando se aprecie la especial importancia de los perjuicios ocasionados), o de la pertenencia a una organización criminal (no decimos de empleo de menores porque en la práctica no se produce); y ello, por lo general, ocurrirá en casos en que la aptitud para la generación de perjuicio para los sujetos pasivos del delito será muy evidente.

La exigencia de actuación “en” (que no “con”) perjuicio de tercero permanece ahora, tras la reforma de 2015, sin alteración alguna junto a la relativa al ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. En consecuencia, las anteriores observaciones son predicables de la situación vigente.

Sin embargo, en mi opinión, en favor de la segunda opción, cabe efectuar dos aportaciones.

El argumento que sustenta la primera opción (elemento subjetivo) basado en la similitud estructural con el delito de alzamiento por emplear la misma locución “en perjuicio de” no suele tomar en cuenta que en el delito de alzamiento dicha expresión puede interpretarse más consistentemente como ánimo tendencial en la medida en que la locución “en perjuicio de” que se emplea en el número 1 del art. 257 CP en la frase “El que se alce con sus bienes *en perjuicio de sus acreedores*” es calificada legalmente como “fin” en el número 2 del mismo precepto al decir que “Quien *con el mismo fin*, realice cualquier acto de disposición...”, algo que no sucede en los delitos contra la propiedad intelectual y, como elemento diferencial, permite distanciar a éstos de aquél referente.

La reforma por Ley 21/2014, como ya hacía la regulación original<sup>280</sup>, condiciona la tutela administrativa de la medida Sinde Wert a que la conducta ilícita *haya causado o haya podido causar un perjuicio patrimonial*, lo que implica, como en el delito, que no

---

<sup>280</sup> Aunque a diferencia de ella no alude ya al ánimo de obtener beneficio económico.

es necesario que el perjuicio se haya concretado de manera efectiva, pero sí obliga a que la conducta presente aptitud e idoneidad para ocasionarlo. Y la debida conexión y concatenación entre los ilícitos de las tres parcelas de protección permite erigir a la exigencia administrativa en un referente de primer orden para la protección penal, que ha de poder embeber el ilícito administrativo y suponer un plus respecto del mismo.

Debe en cualquier caso exigirse a los comportamientos típicos del art. 270.1 CP, la necesidad de potencialidad lesiva, de manera que si bien no es necesario que aquellos causen a un tercero el perjuicio patrimonial, quedando éste relegado a la fase de agotamiento del delito, sí es preciso que la conducta realizada sea capaz de ocasionarlo. Sólo así se cumplimentaría el necesario requisito de existencia de un principio de ofensividad al bien jurídico protegido, pues si la conducta es absolutamente incapaz de ocasionar el perjuicio no habría peligro y se impondría su atipicidad.

### **II.3.2.- La figura específica del art. 270.2 CP. Tratamiento de los enlaces: experiencia aplicativa y respuesta legal.**

La problemática que ha venido originándose en cuanto a la aplicación del tradicional tipo del apartado primero del art. 270 CP sobre las actividades desarrolladas a través de las páginas webs de enlaces ha sido resuelta por el legislador mediante la previsión específica de un nueva figura básica específicamente orientada a tipificar las actividades de facilitación del acceso o localización en internet de obras y prestaciones protegidas<sup>281</sup>.

La iniciativa se enmarca en la necesidad de articular nuevos instrumentos jurídico-penales centrados en la lucha contra la vulneración en el entorno digital en línea que se adapten a la realidad de la revolución tecnológica que es consustancial a internet. El

---

<sup>281</sup> El nuevo tipo se establece en el art. 270.2 CP en los siguientes términos: “2. *La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.*”



legislador es consciente de que internet se ha convertido en el entorno preferente para la vulneración masiva de los derechos de propiedad intelectual y con esta medida orienta la intervención penal en este campo dotando al sistema penal de una herramienta específica que se suma al perfeccionamiento de las anteriormente disponibles.

La especificidad y diseño del nuevo tipo responde a la experiencia aplicativa acumulada sobre el tipo base tradicional y su capacidad para servir de instrumento de respuesta a la problemática práctica suscitada en el tratamiento de la piratería digital. De ahí que para la adecuada comprensión de su sentido y alcance resulte conveniente un detalle sobre la realidad que ha venido constituyendo el substrato de la tipología comisiva que se pretende afrontar y la evolución que ha sufrido su tratamiento jurídico-penal.

### **II.3.2.1.-Problemática aplicativa del tipo básico tradicional a la facilitación de enlaces. Corrientes de jurisprudencia menor.**

Probablemente una de las mayores problemáticas con las que se ha enfrentado la persecución penal de la piratería en internet es la que tiene que ver con la actividad que quienes, desde determinadas páginas webs y movidos por un afán de lucro y aprovechamiento parasitario de la creatividad y propiedad ajena, han facilitado una masiva puesta a disposición del acceso multitudinario a un ingente volumen de contenidos protegidos por parte del público en general que, a través de las descargas o la visualización o audición on line (streaming<sup>282</sup>) de contenidos audiovisuales, fonográficos, informáticos o escritos -particularmente libros, revistas, periódicos digitales o digitalizados-, dispone de los mismos a coste cero o sensiblemente inferior al de la oferta legal en el entorno digital, salas de exhibición o tiendas y centros comerciales de distribución autorizados, generando todo ello un fenómeno de vulneración sistemática de los derechos de propiedad intelectual de los legítimos titulares, quienes sufren un perjuicio patrimonial de muy alto impacto.

El concreto acceso no autorizado en la red a contenidos protegidos se produce, pues, vía descarga por sistemas en las que se utilizan redes ED2K (P2P), megaservidores de

---

<sup>282</sup> *Streaming* es el término que se emplea para referirse a ver u oír un archivo directamente en una página web sin necesidad de descargarlo antes al ordenador. Este tipo de tecnología permite que se almacenen en un búfer -almacenamiento temporal de información digital- lo que se va escuchando o viendo.

descarga directa (tipo Hotfile, Uploading o Megaupload), o vía streaming (residiendo los contenidos en servidores de gran capacidad o de portales que facilitan la visualización de eventos y contenidos en tiempo real -del tipo Justin o Ustream-). Los contenidos vulneradores, una vez subidos al servidor, son anunciados con posterioridad por terceros en portales y blogs que ponen a disposición del público en general los mismos mediante enlaces ordinarios (que insertan referencias a otro lugar de la red al que redireccionan) o profundos (que incluyen en una página web el contenido de otra como si fuera propio) a los primeros archivos.

La experiencia acredita que hay una diversidad de responsables en todo este fenómeno que, no en pocas ocasiones bajo concierto común, contribuyen al resultado final con un entramado articulado sobre la base de una diversificación de tareas, actividades y cometidos.

En este enorme y lucrativo nicho de negocio confluyen alojadores o administradores responsables de servicios de alojamiento y almacenamiento de archivos (“cyberlockers”) que se erigen en auténticos megaservidores, y que comisionan y premian económicamente la actividad de los conseguidores del material fraudulento<sup>283</sup>, de los subidores de los contenidos protegidos (“uploaders”), así como de los enlazadores (“realasers”)<sup>284</sup>, que, desde diversas webs, enlazan a los archivos subidos

---

<sup>283</sup> Entre ellos, los screeners -o grabadores de obras cinematográficas en sala- y ripeadores que copian los datos de audio y vídeo de un dispositivo multimedia, como un CD, DVD, o HD DVD, a un disco duro, así como quienes obtienen los contenidos a partir del telecinado o la copia máster a la que se ha tenido acceso.

<sup>284</sup> Diversas investigaciones han demostrado que en muchas ocasiones varias de estas actividades vulneradoras -particularmente consecución, subida y enlace- son realizadas por los mismos sujetos o bien por grupos de individuos que se distribuyen entre sí las respectivas tareas en actividad a la que sigue el alojamiento de los archivos en los megaservidores. El caso Megaupload en el que el FBI desarticuló el inicial imperio Megavideo, es, desde luego, el mejor y más conocido ejemplo de ello; pero no faltan casos nacionales como acreditan las actuaciones seguidas como Diligencias Previas núm. 2289/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante, respecto de individuos que compatibilizaban la consecución de materiales protegidos y sus audios con la subida y la administración de webs de enlaces, bajo el mando de un jefe que dirigía sus acciones y seleccionaba los contenidos a subir y enlazar; o las Diligencias Previas núm. 6729/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Valladolid, que han acabado en la condena plasmada en la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid de fecha 25 de marzo de 2015, que sanciona por delito del art. 270.1 CP a un internauta que utilizaba el nick-name “Triplorita”, en el que confluían las actividades de seguidor de materiales protegidos, subidor (“uploader”) y administrador (“webmaster”) de una página de enlace, percibiendo simultáneamente ingresos por la publicidad insertada en ellas (“banners”) y comisiones directas de los servidores de almacenamiento (los “cyberlockers” hotfile.com y uploading.com), desde los cuales los usuarios podían descargarse películas de modo gratuito a velocidad lenta o en modalidad “premium” a alta velocidad. En la web de la que era administrador introducía la carátula de las películas almacenadas en Hotfile y Uploading y una sinopsis de las mismas, facilitando un enlace para realizar las descargas. Asimismo facilitaba enlaces y se anunciaba a través de otras cinco páginas dedicadas a similares actividades.

por los uploaders a los grandes servidores de alojamiento, en connivencia con éstos y percibiendo ingresos procedentes de los mismos y/o con base en diversos sistemas de obtención de beneficios económicos por inserción de publicidad, establecimiento de cuentas “premium”, venta de datos personales, comisiones por mensajes de texto “sms” de alta tarificación, y cantidad de accesos a las webs; e incluso, últimamente -en las modalidades más modernas- sin percepción aparente de publicidad para el público, mediante la inserción de programas ocultos a la visualización y conciencia del usuario que la hacen aparecer con ocasión de navegación por éste en otras páginas de internet.

Pues bien, el principal problema que se ha generado en España en la lucha contra la piratería digital ha sido el tratamiento que se ha dispensado, dentro de este entramado, a la actividad que desarrollan los enlazadores. Esto es, particularmente de quienes en internet han venido facilitando enlaces avanzados a las obras protegidas.

La actividad de los “enlazadores” consiste principalmente en ofrecer y facilitar, desde sus páginas web, la localización o el acceso a contenidos y prestaciones protegidas mediante enlaces referenciados, ordenados y clasificados en listados y directorios<sup>285</sup> respecto de los que se desarrolla una labor activa y no neutral de mantenimiento y actualización u otra que alcanza un efecto equivalente en relación con la facilitación del acceso a dichos contenidos.

En efecto, dichos listados se sistematizan de forma atractiva para el público a través de la selección, ordenación e información de los títulos disponibles y la facilitación a los usuarios que lo precisen de los medios técnicos adecuados para efectuar, en su caso, la transferencia de archivos. Frecuentemente el propio webmaster<sup>286</sup> de la página pone a disposición de los usuarios los medios o elementos necesarios para realizar las descargas, la transferencia de archivos, buscadores de títulos, guías prácticas de actuación, foros de resolución de dudas y otras herramientas tecnológicas o utilidades que revelan un especial interés por el empleo preferente de sus páginas para proporcionar el mejor acceso a los contenidos de mayor calidad, patentizando con ello

---

<sup>285</sup> Y normalmente para su tratamiento sistematizado de forma atractiva para el público, dichos listados contienen imágenes de las carátulas o contenidos que también constituyen material de propiedad intelectual protegido e incluso sinopsis de los contenidos de las obras a las que se facilita la localización y acceso.

<sup>286</sup> De acuerdo a la definición del Diccionario de Oxford, el webmaster es la persona responsable de un servidor de internet, sin embargo en la jerga informática se puede indicar que el webmaster es el dueño del sitio web o el encargado de la operatividad, programación y mantenimiento de la disponibilidad de un sitio web.

una actividad característica de una explotación económica en toda regla. Así se constata en las diligencias judiciales abiertas por este tipo de hechos, que acreditan que, en generalidad de los casos, los responsables de la página seleccionan los enlaces a las copias más adecuadas y de mejor calidad técnica, los filtran protegiendo a sus usuarios de virus y contenidos que no se corresponden con los títulos<sup>287</sup> y realizan en sus webs una labor de ordenación y resumen de cada obra (normalmente obras audiovisuales o musicales, pero también escritas), acompañando a veces una “carátula” de la mismas obtenidas de las creaciones originales (por ejemplo, en los contenidos audiovisuales, un fotograma de la obra). Con ello acompañan la relación de enlaces con contenidos propios que ellos mismos introducen por propia intención, algunos de los cuales -como las carátulas o imágenes de las obras- ya de por sí constituyen elementos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Toda esta tipología de actuación revela un tratamiento no neutral ni meramente técnico pues no se está ante meras aportaciones técnicas de carácter inocuo.

Estas páginas de enlaces, se convierten en los “escaparates” a través de los que el público puede acceder a la obra colgada en el paraguas que permite el acceso final a la obra, pero en la práctica totalidad de las mismas, hay una estrecha relación entre los quienes obtienen fraudulentamente el material, quienes suben los archivos ilícitos y quienes administran las webs que concretan la puesta a disposición de los contenidos citados<sup>288</sup>.

Pues bien la práctica de tratamiento de estos enlaces en la realidad española ha generado una gran problemática sobre la calificación de este tipo de conductas que, desde la perspectiva de la acción penal, ha oscilado entre su conceptualización como actividad de mera o simple intermediación al margen de la esfera de prohibición jurídico penal y sólo sometida a las reglas de responsabilidad deducibles del régimen de protección civil y administrativa de la LPI y de la Ley 34/2002 de los Servicios de la Sociedad de la

---

<sup>287</sup> Pues a menudo se insertan contenidos pornográficos bajo títulos de obras destinadas a público infantil.

<sup>288</sup> En efecto, como en el caso “TRIPLORITA” de la SJP núm. 2 de Valladolid de 25 de marzo de 2015, y en el de los integrantes del grupo de release “XklusiveDD”, que empleaban los nicknames “SONICFRAN” y “ARKONADA (Diligencias Previas núm. 2289/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante) ya aludidos, cada vez con mayor frecuencia las investigaciones policiales vienen acreditando que lo ordinario es que existan relaciones de supervisión, colaboración o concierto previo entre los distintos sujetos agentes de la consecución, subida, enlace y alojamiento. Si inicialmente no se detectaban era porque el foco de atención policial se ubicaba en la página de enlaces.

Información y del Comercio Electrónico (LSSICE), o su valoración como actividad de auténtica “comunicación pública” contemplada en el tipo básico del artículo 270.1 CP.

En la reforma del derecho de comunicación pública que se llevó a cabo por la Ley 23/2006, el art. 20.2., en su apartado i), incorporando el art. 3º de la Directiva 2001/29/CE<sup>289</sup>, se recogió como modalidad de la misma 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. Comunicar públicamente con ánimo de lucro sin autorización era ya desde 1987 -como lo sigue siendo ahora- un comportamiento típico penal expresamente contemplado en relación con contenidos protegidos de propiedad intelectual.

El problema era que la actividad de enlazar no era calificada unánimemente como de auténtica comunicación pública ni en la doctrina ni en el ámbito judicial civil, mercantil o penal. De hecho, no existiendo pronunciamientos jurisprudenciales al respecto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>290</sup>, se generaron en la jurisdicción penal dos corrientes judiciales que mantuvieron simultáneamente posiciones contrapuestas y han venido conviviendo prácticamente hasta hace no mucho tiempo.

Desde las primeras causas criminales seguidas por este tipo de conductas -en general abiertas tras una acción policial contra páginas de enlaces por parte de unidades o grupos especializados que persiguen acciones tecnológicas y telemáticas<sup>291</sup> en supuestos de sistemas, redes y enlaces P2P centralizados -con obras puestas a disposición previo alojamiento en un servidor central, tipo Napster- y descentralizados -en los que la

---

<sup>289</sup> Recordemos que se trata de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, de armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

<sup>290</sup> Lo que es debido a que las penas ni siquiera por aplicación de los tipos agravados del art. 271 CP superan los cinco años y tampoco han llegado al Tribunal Supremo casos por la vía de la conexidad de este tipo de delitos con otros que sí las superan. En la actualidad, sin embargo, existe ya un caso, el seguido como Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 180/2011, en el Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional núm. 5 contra los responsables españoles de la página web [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com), donde ha recaído Sentencia condenatoria de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de marzo de 2015, por delitos de los arts. 270 y 271.b), así como por delito de promoción y constitución de organización criminal del art. 570 bis del CP, posibilitado con ello una resolución contra la que el recurso precedente es el de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

<sup>291</sup> Sobre todo de la anterior Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) -hoy UIT: Unidad de Investigación Tecnológica de la Brigada Central de Seguridad Informática, Grupo Antipiratería- del Cuerpo Nacional de Policía y del Grupo de Delitos Telemáticos de la Guardia Civil, en operaciones subsecuentes a las denuncias de titulares de los derechos o las entidades de gestión de los mismos.

página web no funciona como servidor central<sup>292</sup>-, los responsables de este tipo de webs vinieron alegando frecuentemente que lo único que hacían era facilitar enlaces, en definitiva copiar una URL<sup>293</sup>, de manera que se limitaban a proporcionar una dirección donde se podía descargar una obra (algo similar a un anuncio en un periódico) y que es cada usuario quien activa -pinchando en el enlace- la descarga o visualiza y escucha on line los contenidos protegidos, sin que el archivo se deposite o pase siquiera por su web, de manera que ésta no hace la descarga ni la comunicación ni el intercambio; y que, conforme al art. 17 LSSICE, los prestadores de servicios de la sociedad de la información que facilitasen enlaces a otros contenidos o incluyeran en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no eran responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que 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, entendiéndose que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo únicamente 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 resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Incluso, tales responsables alegaron adicionalmente que la actividad de descarga que favorecían no era constitutiva de delito conforme a lo que la propia Circular FGE 1/2006 establece, en la medida en que en ella se afirma que *“En cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como*

---

<sup>292</sup>Si bien estas páginas realmente no llevan realmente a un sistema de intercambio, sino que permiten una descarga o un acceso directo a un archivo, en la medida en que el enlace es extraído de una página de intercambio de archivos que albergan en un servidor.

<sup>293</sup> Acrónimo de *Uniform Resource Locator*; o lo que es lo mismo, la “dirección de internet”. Hay que significar que, en realidad, muchos administradores de estos blogs y webs proceden a “tunear” el enlace, individualizándolo y firmando con la URL de su web algunos fotogramas de la obra pirateada

*ilícito civil. Respecto del usuario que baja o se descarga de la Red una obra y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica*". Y ello implicaría, en definitiva, que tan sólo estarían favoreciendo una conducta lícita, tanto penal como civilmente hablando, de los usuarios, puesto que la copia privada es un límite lícito a los derechos de explotación de los titulares de las obras. Incluso en relación con tales afirmaciones se alegaba adicionalmente que grabar obras sin ánimo de lucro y para uso privado entraba dentro del art. 31 de la LPI y por ello los titulares de los derechos ya eran resarcidos a través del canon regulado en el art. 25 de dicho cuerpo legal (compensación equitativa por copia privada).

A la constatación de los elementos presentes en la actividad que revelaban la obtención de beneficios económicos por los enlazadores, se vino objetando que los actos de selección, ordenación y facilitación de enlaces no son sino actos de intermediación, que la inscripción o registro de los usuarios (por más que en la práctica actuase de facto como *conditio sine qua non* en muchas ocasiones) es independiente de las descargas o el visionado o audición on line de los archivos; que la retribución que obtienen los administradores de la página web derivaba de la publicidad y del acceso a páginas de contenido sexual y lúdico, no directamente de las descargas o el visionado o la audición on line (en suma, desvinculando la publicidad de que la visita a la página se produce fundamentalmente por el atractivo de enlaces a obras intelectuales-); y que los programas de descarga pueden obtenerse en otros lugares y a través de buscadores generales de la red.

Tales alegaciones fueron inicialmente acogidas en algunas de las resoluciones judiciales -dictadas tras la Circular FGE núm. 1/2006 y con expreso apoyo en la misma- que marcaron una primera corriente judicial favorable al tratamiento no penal de las webs y portales de enlaces.

Emblemático ejemplo de esta corriente son las resoluciones judiciales adoptadas en el caso "Sharemula.com"<sup>294</sup>, llevado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid, en

---

<sup>294</sup> Diligencias Previa núm. 1089/2006 del Juzgado de Instrucción Núm. 4 de Madrid y Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 2ª, Auto de 11-9-2008, nº 582/2008, rec. 135/2008.

En este último auto incluso se hacía remisión a la Sentencia de la AP (Civil) Navarra de 20 de diciembre de 2007, en la que se descartaba que los enlaces simples o de superficie cometieran infracción de la

el que se denegaron las medidas cautelares solicitadas por los perjudicados (Auto de fecha 20 de diciembre de 2006), se acordó el sobreseimiento libre -por no constituir delito- a petición del Ministerio Fiscal (Auto de fecha 28 de septiembre de 2007) y se confirmó éste mediante Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2ª, de fecha 11 de septiembre de 2008.

Siguiendo su estela fueron posteriormente apareciendo otras decisiones de sobreseimiento y archivo generalmente provisional, tales como los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de la Sección 5ª, de 3 de noviembre de 2008 (sobre un caso de enlaces al visionado de partidos de fútbol de la Liga Nacional a través de la web [www.tvmix.net](http://www.tvmix.net)); de la Sección 1ª, de 27 de abril de 2010 (referido una página "[www.rojadirecta.com](http://www.rojadirecta.com)" que posibilita el acceso a partidos de fútbol, en el que reproducía argumentos del auto pronunciado en el caso "Sharemula.com"<sup>295</sup> y del precedente Auto del caso "tvmix"); de la Sección 23ª, de 11 de mayo de 2010; de la Sección 2ª, de fecha 8 de marzo de 2011 (que remedaba literalmente el auto pronunciado en el caso "Sharemula.com" para un supuesto referido a facilitación de acceso a archivos musicales, audiovisuales y de videojuegos en el caso "spanishare.com" y "comunidadspanishare.com"); y de la Sección 29ª de 30 de junio de 2011. En la misma línea, se dictaron resoluciones similares en otros lugares del territorio nacional, como los Autos de sobreseimiento provisional de 8 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial de Cantabria; de 24 de enero de 2011 del Juzgado de Instrucción núm. 3 de El Ferrol (Diligencias Previas núm. 518/07, caso "estrenosdivx.com"), dictado con base en los arts. 17 y 16 de la LSSICE, luego confirmado por el Auto 22/2013, de 8 de enero, de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de La Coruña; el Auto de 18 de noviembre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia e

---

propiedad intelectual distinguiéndolos de la distinta problemática que se producía en relación a otros tipos de enlace más complejos, como aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta, sin pasar por su página principal (enlaces de profundidad); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de las cuales se ponen contenidos de una página web distinta ("marcos" o frames); los enlaces involuntarios, en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario, u otros más complejos, como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí. En algunos de estos casos -decía dicha resolución- sí existe una reproducción de la página web ajena dentro de la propia que podría quizás suponer una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Pero, como queda dicho, no es el caso de autos, en que el link a [www.iurarech.com](http://www.iurarech.com) es un simple enlace de superficie, sin reproducción de la página ajena en la propia, no supone, así, una comunicación pública de dicha página, sino una indicación de dónde se realiza dicha comunicación pública.

<sup>295</sup> Lo que no ha de extrañar pues el Magistrado ponente de este Auto (Eduardo Porres de Urbina) es el mismo que dictó el Auto del caso Sharemula como Juez de Instrucción núm. 4 de Madrid.



Instrucción núm. 1 de Mislata (Diligencias Previas núm. 21/2011, caso “zonaemule.com”), éste a petición del Ministerio Fiscal sustentado en que “*la web en cuestión...probablemente no albergara las obras en su servidor*”; e incluso el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de León de 13 de enero de 2014.

En muchas de ellas, la tesis nuclear para sostener la atipicidad partía de la Circular FGE núm. 1/2006 y de sus observaciones centrales sobre el juego del principio de intervención mínima, el carácter de copia privada de las descargas efectuadas por los usuarios, el concepto de ánimo de lucro como “lucro comercial” o “a escala comercial”, y el tenor del régimen de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de información establecido en la LSSICE. En referencia a éste, las resoluciones judiciales de esta primera corriente judicial insistían en que se estaba ante actividades no constitutivas de comunicación pública y en que, por un lado, el art. 16.1.a) de la LSSICE regulaba la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, estableciendo que “*no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización (...)*”; y en que, por otro, el art. 17.1 a) de la misma ley hacía lo propio con la de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que facilitasen enlaces a otros contenidos o incluyesen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, señalando que “*no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: a) 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 que en los casos enjuiciados no constaba fehacientemente el referido conocimiento efectivo, puesto que había que entenderlo existente sólo y exclusivamente “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 resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”.

En algunas ocasiones, como en el Auto de 8 de junio de 2010 de la Audiencia Provincial de Cantabria (sobre la página web [www.cinegratis.net](http://www.cinegratis.net)) para sostener la improcedencia del procedimiento penal se afirmaba que no se trataba de aplicar el principio de intervención mínima que es propio del Derecho Penal, o de aludir al carácter fragmentario del ordenamiento punitivo, *“sino de acudir al principio de tipicidad del artículo 4.1 del Código Penal y considerar que la conducta imputada no ha sido objeto de tipificación expresa por el legislador”*, ya que la página no alojaba contenido alguno *“sino que se limita a facilitar el acceso a las páginas en las que efectivamente se alojan los contenidos supuestamente protegidos, ello mediante la inserción de enlaces o “links”, lo que aun siendo “un claro acto de favorecimiento de las conductas que se tipifican por el artículo 270 del Código Penal, ello en el caso de que las páginas a las que remiten los enlaces alojen datos o contenidos protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual”, sin embargo no es una conducta que se encuentre tipificada.*

Como ejemplo también paradigmático de Sentencia de esta orientación favorable a la atipicidad, la Sentencia núm. 49/11, de 11 de febrero de 2011, del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Baracaldo absolvió a quienes eran acusados del delito contra la propiedad intelectual por realizar actividades de enlace a través de las páginas webs "fenixp2p.com" y "mp3-es.com" que aquellos administraban. Básicamente la misma negó la tipicidad de la conducta con base en dos motivos, argumentando, en primer lugar, que "internet es un sistema de enlaces entre ordenadores a través de una gran red electrónica virtual de información y que lo que tal sistema ha venido a permitir ha sido el superar el intercambio tradicional entre particulares de soportes físicos para llegar a un intercambio entre internautas usuarios mucho más rápido y con alcance general de archivos de todo tipo..."; y, en segundo lugar, que "las páginas a que se refiere nuestro procedimiento no alojaban archivos como tales sino enlaces, ni realizaban directamente la descarga de los mismos", por lo que concluyó que el comportamiento enjuiciado no encajaba en las conductas del art. 270 CP. Como elementos novedosos, la sentencia planteaba, por un lado, la posibilidad de hablar de cooperación necesaria o facilitación para desarrollar una actividad de particulares, la de intercambio de descargas, pero afirmaba que ésta no era delictiva como recogía la Circular FGE núm. 1/2006; y, por otro, se refería a la responsabilidad en calidad de partícipe en el supuesto de connivencia con el servidor que contuviese la “totalidad” del archivo completo, si bien

ello se descartaba para el caso concreto por entender que no se había acreditado. La fundamentación jurídica incluso hacía referencia a la tramitación parlamentaria de la conocida como Ley Sinde<sup>296</sup>, como argumento para sostener la irrazonabilidad, injusticia y desproporción de dotar de trascendencia y consecuencias penales a la conducta enjuiciada.

Sin embargo, esta sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Baracaldo, fue dejada sin efecto en apelación por la Sentencia núm. 530/11, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011<sup>297</sup>, auténtico punto de inflexión que se constituyó en una de las resoluciones más significativas de la corriente judicial que sostuvo la tipicidad penal de este tipo de conductas en el art. 270 CP por entender la conducta de enlazar como constitutiva de comunicación pública.

De esta segunda corriente judicial son también ejemplos, entre otros, la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Cantabria núm. 40/2008, de 18 de febrero de 2008; el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Barcelona núm. 732/2009, de 11 de noviembre de 2009; el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 5ª, Cartagena) de Murcia núm. 201/2009, de 16 de septiembre de 2009; el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 2ª) de Álava, de 30 de septiembre de 2009 (Rollo de apelación 241/2009); el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Valencia, de 26 de octubre de 2010; el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Baleares -Palma de Mallorca- de 20 de octubre de 2011; la Sentencia núm. 313/2013 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia, de 24 de junio de 2013; el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2013; la Sentencia núm. 453/13 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Castellón, de 30 de octubre de 2013, y -más

---

<sup>296</sup> Nacida al ordenamiento con posterioridad a esta Sentencia a través de la Disposición Final 43ª de la Ley núm. 2/2011, de Economía Sostenible.

<sup>297</sup> En ella, tras recoger en los hechos probados que los acusados realizaban actividades de enlace a través de las páginas webs "fenixp2p.com " y "mp3-es.com" que ellos administraban, "donde sistematizaban, ordenaban y hacían una reseña de la obra correspondiente, incluyendo los enlaces a los archivos de páginas de intercambio, siendo la relación de enlaces lo que albergaban en su propio servidor" y que "Cuando el usuario accedía a ese enlace lo hacía a través de tales páginas de intercambio de archivos, pero obtenía una descarga directa de la obra en cuestión.", el órgano judicial destacaba que los acusados llevaban a cabo esta actividad "con la intención de obtener ganancias a través de la publicidad que ofrecían en ambas páginas, calculándose los ingresos obtenidos en tal concepto mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas". Para ello contrataron con las empresas Net Real Solutions Group S.L. e Impresiones Web S.L., habiendo abonado NRS Group por la publicidad alojada en fenix p2p.com la cantidad de 6.022,47 euros y por la publicidad alojada en mp3-es.com 25.950,96 euros; y habiendo abonado Impresiones Web S.L. por la publicidad alojada en fenixp2p.com 3.600,12 euros y 4.969,55 euros por la publicidad de la página mp3-es.com.

recientemente- las Sentencias de la Audiencia Provincial (Sección 4ª) de Valencia de 20 de enero de 2014; de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Castellón de 12 de noviembre de 2014; y de la Sala de lo Penal (Sección 2ª) de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2015.

Los argumentos favorables a la tipicidad se articularon en estas resoluciones judiciales, por lo general, separándose claramente de la Circular FGE núm. 1/2006, con base en el descarte del juego -en estos casos- del límite de copia privada, la presencia de una utilización colectiva de las obras y, sobre todo, el encaje de estas conductas en el concepto de comunicación pública<sup>298</sup> del art. 270 CP por satisfacer tanto las exigencias del tipo objetivo en la medida en que concurre una auténtica puesta a disposición de las obras, como las del tipo subjetivo por constatarse el ánimo de lucro que requiere el art. 270 CP.

Las concretas bases de argumentación que sostienen la *ratio decidendi* de esta segunda línea judicial se aprecian emblemáticamente en los razonamientos favorables a la tipicidad empleados en las Sentencias núm. 530/11, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011; núm. 313/2013 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia, de 24 de junio de 2013; y núm. 453/13 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Castellón, de 30 de octubre de 2013<sup>299</sup>.

Así, la Sentencia núm. 530/11, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 27 de septiembre de 2011 -auténtico referente de esta tendencia y cambio de paradigma en el tratamiento de las páginas de enlaces-, en su Fundamento de Derecho 4º, subrayó cómo el hecho de que internet tenga unas características concretas como plataforma de comunicación y de transmisión de datos (entre las que puede destacarse la ausencia de controles expresos, el favorecimiento del anonimato, o la facilidad o rapidez en la conexión y en la comunicación), no podía justificar que se lesionasen derechos o que se

---

<sup>298</sup> En ocasiones, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Cantabria núm. 40/2008, de 18 de febrero de 2008 y Auto de la Audiencia Provincial (Sección 5ª, Cartagena) de Murcia núm. 201/2009, de 16 de septiembre de 2009 -con referencia de aquella- apelando a la cita de la STS (Sala Segunda) de 19 de mayo de 2001 en la que se expresaba que la modalidad de comunicación pública, integradora del tipo, podía llevarse a cabo por cualquiera de los medios descritos legalmente e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, “por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro”.

<sup>299</sup> Más adelante nos referiremos a los de las Sentencias de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Castellón de 12 de noviembre de 2014; y de la Sala de lo Penal (Sección 2ª) de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2015, en las que cabe encontrar un elemento argumentativo adicional y diferencial por haber sido dictadas tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 (la conocida como Sentencia Svensson).

atentase contra bienes de otras personas, ni que, en definitiva, se llevasen a cabo conductas ilícitas; y concluyó que, aun considerando que los archivos no eran descargados en el servidor de los acusados, y entendiendo que lo que ofrecía la página eran meros enlaces, la conducta sí constituye comunicación pública y en tal sentido es típica con arreglo a lo dispuesto en el art. 270 del CP sobre la base de que el enfoque correcto no era valorar si el contenido al que se accede es ilícito o no, sino atender a la “actividad” que desarrollaban los acusados, lo que desplazaba la aplicabilidad del art. 17 LSSICE.

Literalmente, la sentencia afirmó:

*“Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en "descargar" realiza un acceso a la página p2p correspondiente, pero sólo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en "descargar" accedan a la película o la música correspondiente. En nuestra opinión, esta labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad.”*

Y pretendiendo analizar la cuestión desde las perspectivas de la LPI y la LSSICE, más adelante señaló, por un lado, que:

*“El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaban a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación*

*la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que esta actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP”.*

Y, por otra parte, que:

*“...desde la perspectiva de la LSSI que ha venido aplicándose a estos supuestos, y dado que no consideramos adecuada la aplicación a la acción de los acusados del art. 17 citado arriba, considera la Sala que sería más adecuada la aplicación del art. 15 de ese texto legal. Se refiere este artículo a "los prestadores de servicios de intermediación que transmitan datos facilitados por un destinatario y que con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal." Creemos que éste es el caso que nos ocupa porque lo que hacen los acusados es crear una página con diversos enlaces ("datos" en un sentido informático) que alojan en sus servidores y lo hacen de forma temporal. Y señala este artículo 15 que estos prestadores de servicios no son responsables "por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:*

*b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplen las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.*

*Y como hemos dicho arriba, es precisamente éste el caso que nos ocupa, puesto que lo que hacen los acusados es permitir el acceso directo a los archivos, al contenido de esos enlaces (o datos) sin cumplirse las condiciones de una página de intercambio de archivos y creando con su acción una página de descarga directa. Y siendo esto así y según la LSSI, estos prestadores de servicios sí serían responsables por esta actividad que en definitiva es de comunicación pública de una información que lesiona derechos de propiedad intelectual de terceros”.*

Acabando por concluir que:

*“En definitiva, tanto desde la perspectiva del LPI como de la LSSI entiende el Tribunal que la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y*

*reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno”.*

Finalmente sobre la concurrencia del tipo subjetivo, y en concreto el ánimo de lucro, el segundo gran caballo de batalla tras la aplicabilidad del art. 17 LSSICE, la Sentencia destacó que:

*“...también se dan el resto de los elementos previsto en el art. 270 CP y en concreto el ánimo de lucro que ha sido cuestionado por las partes. Los acusados siempre han reconocido en todas sus declaraciones que obtenían ingresos en concepto de publicidad y así queda acreditado documentalmente de manera profusa en las actuaciones. Y en este sentido han reconocido que los ingresos por publicidad dependían del número de accesos a las páginas que administraban, y añadimos nosotros, ello está directamente unido al contenido que ofrecían (la posibilidad de descarga directa y gratuita de archivos). No cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro cuestionado.*

*Cabe recordar en todo caso que el concepto del ánimo de lucro ha sido entendido de una manera muy amplia por los tribunales y puede citarse en tal sentido la STS de 21 de julio de 2006 que nos recuerda que "el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita".*

La Sentencia núm. 313/2013 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Valencia, de 24 de junio de 2013, fue dictada en un caso de facilitación de descargas y visionado on line de contenidos audiovisuales a través de las páginas [www.divxonline.info](http://www.divxonline.info), [www.estrenosonline.es](http://www.estrenosonline.es), [seriesonline.es](http://seriesonline.es) y [maspeliculas.com](http://maspeliculas.com), en el que, empleando una página intermedia [www.messenger.com](http://www.messenger.com), se recuperaban películas y series televisivas de los servidores de Megavideo, facilitando el visionado on line (*streaming*) en [www.divxonline.info](http://www.divxonline.info); e incluso se proporcionaba a los visitantes de la web un software para posibilitar el visionado sin limitaciones para el caso que existieran restricciones de tiempo por imposición por parte de los servidores donde se alojaban las obras, obteniendo ingresos derivados de publicidad por inserción de banners.

En este caso, los hechos se examinaron partiendo de las bases reseñadas de la Sentencia 530/11 de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Bilbao, reproduciendo pasajes de la misma, y recordando el contenido del art. 13 LSSICE, para luego referirse a la posición contraria a la tipicidad reflejada en el Auto núm. 309/2011 de la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 30 de junio (que reprodujo a su vez los argumentos del Auto de 27 de abril de 2010 de la Sección 1ª de Madrid), pero acaba por acogerse a las tesis del Auto de fecha 26 de octubre de 2010, de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de Valencia que había sido dictado en el mismo caso [divxonline.info](http://www.divxonline.info), y acabó por considerar la práctica de *streaming* como incardinable en la comunicación pública del art. 270 CP.

La Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 4ª, en su Sentencia núm. 40/2014 de 20 de enero de 2014, confirmó la decisión anterior sobre la base de entender la conducta como un supuesto de cooperación necesaria de la comunicación pública de obras protegidas, señalando que:

*"La naturaleza penal de la conducta del acusado, en los límites contenidos en la sentencia de instancia, es acorde con lo dispuesto en el art. 13 de la LSSI, que establece la sujeción a la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de información, regulándose en la Ley tanto el almacenamiento de información en sus servidores como el facilitar enlaces, reflejando todas las formas de acceso a los contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, en las que se incluye el mero reenvío a otra página web o la exhibición directa desde el propio servidor -art. 17-, considerando enlazador*



*tanto a quien facilita el enlace como a quien incluye en sus propios contenidos de la página web los directorios de otros, (...) Por tanto, es evidente que la conducta del acusado excede de la mera actividad de enlace que sería impune, incidiendo en cooperación necesaria respecto de la conducta de comunicación pública que realizaba, quien tenía las películas o audios en su poder y las pone a disposición de los usuarios, sin estar en posesión de las pertinentes autorizaciones de los titulares de la propiedad intelectual, con conocimiento efectivo para exigirle la responsabilidad del proveedor del servicio de alojamiento, tal y como se razona cumplidamente en la Sentencia de instancia”.*

En el mismo sentido se decantó la Sentencia núm. 453/13 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Castellón, de 30 de octubre de 2013<sup>300</sup>, que fue emitida en el caso seguido contra el administrador de las webs “www.bajatelotodo.com”, “www.bajatelotodo.es” y otras asociadas, que ponían a disposición fonogramas, películas, series, programas y juegos de ordenador. La argumentación para la condena -de quien aseguraba que tan sólo había creado como “hobby” un foro para hablar de todo tipo de temas- se apoyó en este supuesto, por un lado, en las afirmaciones de la Sentencia 530/11 de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Bilbao que, poniendo el acento en el tipo de actividad desarrollada, descartaban la aplicabilidad del art. 17 LSSICE; y, por otro, en la apreciación del ánimo de lucro exigido en el tipo, interpretado como genéricamente mantenía el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de julio de 2006<sup>301</sup>, sobre la base de la constatación de la obtención de ingresos que se materializaba, primero, por la cesión de cuentas de correo electrónico de los usuarios (que para acceder a los contenidos debían registrarse y facilitar una serie de datos que podían ser ficticios salvo en este aspecto) a empresas que abonaban por ello una contraprestación y las utilizaban para la remisión de publicidad; segundo, la utilización de banners y pop-ups que generaban ingresos por publicidad; tercero, la publicidad y enlaces a tiendas on line, así como a páginas para adultos de contenido pornográfico que permitían acceder a las mismas desde las páginas webs del acusado y análogamente generaban una comisión

---

<sup>300</sup> Luego confirmada por la SAP de Castellón de 12 de noviembre de 2014, a la que nos referiremos más adelante.

<sup>301</sup> Sentencia que recuerda que “el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o ventaja de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita”.

para el mismo; y cuarto, un sistema de sms para disponer de un enlace sin el cual el usuario no podía localizar el archivo o contenido que deseaba.

Por consiguiente, en general y en síntesis, esta corriente judicial vino teniendo como ejes centrales, de un lado, un posicionamiento contrario al juego del art. 17 LSSICE con focalización del punto de mira en el tipo de actividad que se desarrolla, y, de otro, un tratamiento del ánimo de lucro como el genéricamente apreciado como tal por el Tribunal Supremo, si bien no faltan resoluciones en las que incluso partiendo del enfoque de la Circular FGE núm. 1/2006 como ánimo de lucro “comercial” o “a escala comercial” lo consideran concurrente en este tipo de casos.

Así sucedió, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 5ª, Cartagena) de Murcia núm. 201/2009, de 16 de septiembre de 2009, en el que se señala que:

*“aun siguiendo el criterio de la Circular 1/2006 de la FGE, que considera tal ánimo como expresivo de una intención de lucro “comercial” o “a escala comercial”, relegando al ámbito civil los supuestos de vulneración de derechos en los que pueda estar implícito un propósito de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial, resulta que ...el mantenimiento de la web por los imputados no se realiza de forma desinteresada, sino que tal web aparece con un auténtico negocio que les reporta importantes beneficios económicos que se rentabilizan, principalmente, a través de la publicidad insertada en la misma y cuyos beneficios se incrementan en función del número de visitas. Interesante resulta, aunque sólo sea a fines interpretativos la referencia al... apartado 8 del art. 256 LEC en su redacción dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, en cuanto establece que “a los efectos de los números 7º y 8º de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos”.*

### **II.3.2.2 La respuesta normativa: la reacción administrativa, el impacto “Svensson” y los antecedentes de la reforma penal.**

El dispar tratamiento penal en la jurisprudencia menor<sup>302</sup> de la conducta llevada a cabo por los “enlazadores”, unas veces como impune y otras como incardinable en el concepto de “comunicación pública” posibilitando la condena de sus agentes como

---

<sup>302</sup> Algo que también cabía apreciar en el posicionamiento acusatorio o no del Ministerio Fiscal.

autores de un delito del art. 270.1 CP, se convirtió en una situación insostenible y acabó por provocar la toma de decisiones a distintos niveles normativos, especial y sucesivamente, tanto en el plano de la acción administrativa como en el de la acción penal.

La acción normativa fue abordada en un primer momento en el plano administrativo.

Bajo la percepción de que la postura mayoritaria era la de la atipicidad y, de que sea como fuere, lo cierto es que la acción -o más bien la inacción- judicial no satisfacía las necesidades de protección urgente y eficaz de los derechos de los titulares y sus contenidos protegidos, se pretendió afrontar administrativamente el gran problema que suponía atajar este tipo de estas conductas y los enormes perjuicios económicos que ocasionaban tanto a los titulares de derechos de propiedad intelectual como a los intereses públicos.

La conciencia de la necesidad de establecer mecanismos ágiles y eficaces que al menos posibilitaran soluciones rápidas de protección dirigidas a evitar la continuidad de las infracciones a los derechos de propiedad intelectual en un escenario en que la reacción frente a las vulneraciones que se actualizan tenía que ser inmediata, eficaz y disuasiva<sup>303</sup> (algo que se entendía que los órganos judiciales no habían venido proporcionado dada su resistencia a la adopción de medidas cautelares tanto en el seno de los procesos civiles como en el de los procesos penales) llevó a la introducción de una nueva medida: la conocida entonces como Ley Sinde, emparentada en cierto modo con las iniciativas emprendidas en EEUU (Digital Millennium Copyright Act), Reino Unido (Digital Economy Act) y Francia (Ley Hadopi), pero alejada de ellas en la medida en que en ningún caso podía ser dirigida contra los usuarios, sino contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

La nueva medida de tutela administrativa asignada a la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual inserta en el Ministerio de Cultura fue implantada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible<sup>304</sup> y modificó la LSSICE, la LPI y la LJCA para instaurar un procedimiento de adopción y ejecución de las medidas de interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o de

---

<sup>303</sup> Así ocurre especialmente con contenidos audiovisuales, fonográficos, videojuegos, cuya novedad constituye un valor económico y un atractivo de primer orden.

<sup>304</sup> Concretamente contenida en la Disposición Final Cuadragésimo Tercera de esta ley.

retirada de contenidos vulneradores de la propiedad intelectual como mecanismo de reacción frente a la acción infractora de los derechos de explotación correspondientes a los titulares por parte de un prestador con ánimo de lucro, directo o indirecto, que haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial.

La regulación legal fue desarrollada a nivel reglamentario por el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, que, aunque fue cuestionado desde diversas perspectivas -incluida la constitucional- fue convalidado por el Tribunal Supremo en dos Sentencias de fecha 31 de mayo de 2013<sup>305</sup>. La aprobación efectiva de este Reglamento fue lo que en 2012 sacó a España de la denominada lista de observancia (“wach list” de la Special 301 USTR<sup>306</sup>) donde estaba incluida desde 2008 a causa de los altos niveles de piratería digital y la escasa acción que se atribuía a los operadores del sistema de justicia<sup>307</sup>.

Al desarrollo, contorno, naturaleza, características, deficiencias y ejercicio práctico de esta medida ya se hizo referencia con ocasión de tratar el ámbito de la tutela administrativa que el ordenamiento jurídico nacional dispensa a la propiedad intelectual

---

<sup>305</sup> Frente al recurso interpuesto por la Red de Empresas de internet (REI) y la Asociación Española de la Economía Digital (ADIGITAL), el Tribunal Supremo señaló que la libertad de expresión no impide “crear un órgano administrativo, diseñar el correspondiente procedimiento y adoptar una serie de medidas para restablecer la legalidad de la red, siempre que se respeten las garantías constitucional y legalmente establecidas”, afirmando que si bien “Es cierto que están en juego derechos fundamentales”, eso no impide la intervención administrativa pues “en no pocos ámbitos sectoriales de la actividad administrativa también se encuentran afectados o comprometidos derechos fundamentales” y eso no implica que solo sean los jueces los llamados a intervenir. En casos como estos, se admite que la administración puede actuar si respeta las garantías constitucionales y, así, “para acordar la interrupción del servicio” o retirar contenidos “basta la decisión administrativa”. Sin embargo, añade, esto será “sin perjuicio de que la ejecución de tales medidas precise de autorización judicial” en caso de que no se cumpla el requerimiento administrativo. Lo único que no ha aceptado el alto Tribunal es que si el responsable de la web retira voluntariamente los contenidos o interrumpe el servicio ello tenga “valor de reconocimiento implícito”.

<sup>306</sup> La Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos (en inglés: Office of the United States Trade Representative, USTR) es la Agencia del Gobierno de los Estados Unidos responsable de recomendar y desarrollar una política comercial del país para el Presidente de los Estados Unidos, conduciendo negociaciones comerciales a niveles bilaterales y multilaterales, y en coordinación con el Trade Policy Staff Committee (TPSC) y el Trade Policy Review Group (TPRG). Es parte de la Oficina Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos, y tiene oficinas en Ginebra (Suiza) y Bruselas (Bélgica).

<sup>307</sup> Hay que recordar que la inclusión de España en 2008 en la lista de observancia (“wactch list”) conocida como Special 301, con importantes efectos nocivos para nuestro comercio exterior, fue justificada -entre otras afirmaciones- con el argumento de que “Frente a algunas acciones policiales positivas, los Fiscales no persiguen los casos contra la piratería de las webs, los jueces no han impuesto sanciones disuasorias contra las infracciones de los derechos de P.I.”; y que cuando se sacó a nuestro país de dicha lista -y de forma condicionada- en 2012 con base en la aprobación de este Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, incluso en ese momento se manifestó que “Los EEUU mantienen su seria preocupación con respecto a la persecución penal de la defraudación de la P.I., particularmente en relación con la Circular del Fiscal General del Estado de 2006... y urge a España a adoptar medidas para remediar este grave problema”, según el informe especial 301 de 2012.

y ello excusa efectuar mayores consideraciones al respecto. No obstante, de lo dicho entonces interesa rescatar ahora las ideas de que con el nuevo instrumento normativo se pretendió establecer un mecanismo de restablecimiento de la legalidad para casos de vulneración de derechos de propiedad intelectual en internet que constituyera “una actuación ágil y efectiva frente a las vulneraciones realizadas mediante la puesta a disposición de contenidos en la web” que operase al margen y sin perjuicio de las acciones penales y civiles procedentes, y de que, sin embargo, su funcionamiento y manejo práctico posterior frustró cualquier expectativa positiva y ha constituido un estrepitoso fracaso desde la perspectiva de dicho objetivo. La actuación administrativa no ha sido ágil ni efectiva, sino lenta, inútil, inoperante y hasta contraproducente. Lenta porque los tiempos de duración media del procedimiento han estado presididos por dilaciones superiores al año, e inútil e inoperante porque las medidas, o no se imponen o si se imponen, sólo se hace parcialmente respecto de pocas obras y en determinados casos<sup>308</sup>, así como cuando los ciclos de explotación de las obras están agotados y las obras carecen de atractivo e interés, lo que priva de toda utilidad al mecanismo. De hecho, en muchos casos el expediente se archiva “por desaparición sobrevenida del objeto” en atención a que por el tiempo transcurrido entre la presentación de la solicitud y la incoación del expediente el contenido carece de interés<sup>309</sup>. Contraproducente porque la mera existencia de la medida Sinde-Wert, sirvió para engrosar la batería argumental de las posiciones de algunos órganos penales en favor de la atipicidad de la conducta de enlazar, sosteniendo que el ordenamiento jurídico había arbitrado un procedimiento específico para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a la actividad de los proveedores de servicios, procedimiento que debía utilizarse antes de acudir a la jurisdicción penal, sirviendo el principio de subsidiariedad del Derecho penal un elemento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Recordemos que entre las malas prácticas atribuidas a la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual están las de evitar actuar contra las páginas de enlace desviando los expedientes hacia los alojadores de los contenidos; no acordar nunca la interrupción del servicio, de tal manera que jamás se adoptan ni el bloqueo ni el cierre de la página por más que se constate una actividad principal y reiterada de vulneración, con lo que se convierte en inaplicable una previsión legal; y, las de eludir la obligación de resolver sobre el fondo, incumpliendo el deber de resolución expresa que pesa sobre todo órgano administrativo.

<sup>309</sup> Piénsese, por ejemplo en relación con películas o capítulos de series de televisión, al prestador de servicios que vulnera estos contenidos, nada o poco le importa ya retirar algún contenido específico que ya es poco atractivo para sus usuarios por el tiempo transcurrido desde el estreno y por el que ya no recibe visitas pues el interés del público está especialmente dirigido a los estrenos cinematográficos.

<sup>310</sup> Y ello incluso tanto desde su tramitación parlamentaria, en la Sentencia núm. 49/11 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Baracaldo (aunque fue dejada sin efecto después por la SAP Vizcaya 530/2011), como

La continua defraudación de las expectativas despertadas condujo a los titulares de derechos y las entidades de gestión que los defienden a una auténtica huida o fuga de este procedimiento específico y a intentar otras vías para la defensa de sus derechos que resultase efectiva<sup>311</sup>.

En el plano penal, la acción normativa se generó a iniciativa de la Fiscalía General.

Entretanto se sucedían los problemas interpretativos en los procedimientos penales y la medida administrativa arbitrada por la Ley 2/2011 y el Real Decreto 1889/2011 confirmaba su ineficacia más absoluta, los operadores jurídicos encargados del ejercicio de la acción penal pública, a partir de la experiencia acumulada, tomaron conciencia de la dimensión y tipología infractora, así como del modelo y volumen del negocio de los infractores y el enorme impacto sobre los legítimos intereses públicos, colectivos e individuales que provocaban las modalidades comisivas en internet.

Anunciada e iniciada una reforma global del Código Penal, la situación de patente inseguridad en la persecución penal de las páginas de enlaces generada por las diferencias interpretativas sobre su tipicidad llevó a la Fiscalía General del Estado -en el Informe del Consejo Fiscal de fecha 8 de enero de 2013 presentado al Anteproyecto de Ley Orgánica reforma a la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal- a proponer y promover que la reforma penal en ciernes contemplase expresamente el castigo en el art. 270.1 CP de la conducta de “facilitar el acceso” a obras intelectuales.

Como expresó en dicho Informe, se propugnaba abordar una reforma más profunda del precepto en la que se ampliaran las conductas típicas del art. 270.1 CP con el fin de

---

una vez insertada en el ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, en el Auto de la Audiencia Provincial (Sección 3ª) de León de 13 de enero de 2014.

<sup>311</sup> La reforma en la LPI que se ha operado a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, contiene algunos elementos que pudieran valorarse como positivos tales como la posibilidad, introducida en el párrafo 2º del art. 158 ter 4 de extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras y prestaciones protegidas distintas a las inicialmente objeto de la solicitud; el requerimiento de colaboración de prestadores de servicios de intermediación, servicios de pagos electrónicos y de publicidad para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor, y la imposición de sanciones por el incumplimiento de los requerimientos de retirada de contenidos o interrupción del servicio (lo que en definitiva es una sanción por desobediencia que no convierte el procedimiento en sancionador), pero la inquietud y la desconfianza permanece en la medida en que hasta en los aspectos positivos no dejan de requerirse condicionantes específicos de indeterminada apreciación y no dejan de aportar elementos distorsionadores que hacen descansar en la actividad de los solicitantes de las medidas un cúmulo de deberes y cargas de cumplimentación dificultosa. Al respecto *Vid. passim* GONZÁLEZ CUETO, T., “La lucha administrativa contra la piratería en internet...”, *op.cit.*, págs. 28 a 37. Adicionalmente cabe señalar que alguna de estas previsiones tiene un potencial negativo al complicar la naturaleza del procedimiento y con ello generar una problemática añadida en la interacción con los procedimientos penales.

acoger sin lugar a dudas las conductas de “los responsables de las páginas de enlace” que posibilitaban un “acceso irregular a obras protegidas a través de un redireccionamiento desde una página de internet a otro sitio web” donde se encuentran las mismas. En su informe, la Fiscalía General del Estado aludía al debate doctrinal y jurisprudencial existente sobre si dicha conducta era incardinable en los vigentes términos del art. 270.1 CP o constituía una rechazable interpretación extensiva del tipo penal y sugería zanjar la polémica proponiendo incluir el comportamiento típico “*facilite el acceso*” en adición al resto de las conductas prohibidas -descritas por los verbos nucleares “reproduzca, plagie, facilite el acceso, distribuya o comunique públicamente”- contempladas en aquél<sup>312</sup>.

La FGE justificó la necesidad de tal adición indicando que la actividad que se realizaba por los responsables de estas páginas de enlace, cuando lo hacen a sabiendas de que el acceso que facilitan lo es a sitios que carecen de autorización para difundir las obras audiovisuales protegidas, facilitaba sin duda la ejecución de las conductas expresamente previstas en el Código Penal, potenciaba además la posibilidad de llevarlas a efecto y generaba a unos y a otros importantes beneficios económicos. A su vez, resaltaba cómo la frecuencia con la que los usuarios de internet utilizaban este sistema como medio para la descarga o visionado de obras audiovisuales estaba determinando que a través de estos procedimientos se estuviesen causando graves perjuicios tanto a los titulares directos de derechos de propiedad intelectual como a la industria cultural y creativa relacionada con ello, considerada como sector clave por el Ministerio de Cultura que cifraba que las actividades relacionadas con estos derechos generan en España cerca del 4% del producto interior bruto.

La versión del Anteproyecto de L.O. de reforma del CP de 3 de abril de 2013, sin embargo, no se limitó a recoger tal sugerencia sino que fue a una modificación de más alto calado, en la que manteniendo el tipo atenuado de la versión originaria, se abordó

---

<sup>312</sup> La redacción completa del tipo básico del art. 270.1 CP propuesta por la FGE era, por ello, la siguiente: “1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*”

una intensa remodelación tanto del art. 270 como del art. 271 CP, en el que se introducía un nuevo apartado con el número 2.

Como consecuencia, la redacción -posterior al informe fiscal- del Anteproyecto de reforma del Código Penal en su versión de 3 de abril de 2013 estableció previsiones para concretar la punición de la facilitación del acceso tanto en el tipo básico del art. 270 CP como, con carácter agravado, en el art. 271 CP -con penas de dos a seis años de prisión- para el supuesto del comportamiento de los enlazadores avanzados, esto es de quienes, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, prestasen de forma no ocasional un servicio de referenciación de contenidos en internet que facilitase la localización activa y sistemática de contenidos objeto de propiedad intelectual ofrecidos ilícitamente en la red sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio<sup>313</sup>.

La nueva medida penal fue sometida, en unión de todo el Anteproyecto, a informe del Consejo de Estado, quien en relación con ella y a la vista de la tramitación paralela de la reforma de la LPI que se estaba llevando a cabo<sup>314</sup>, recomendó en su Dictamen de fecha 27 de junio de 2013 coordinar los dos Anteproyectos de modificación del TRLPI y de reforma del Código Penal. Como resultado, en el Proyecto de Ley Orgánica de

---

<sup>313</sup> El anteproyecto de art. 270. 2 CP disponía: “Será castigado con una pena de seis meses a tres años de prisión el que, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comercialice al por menor, facilite el acceso o comunique públicamente en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

Por su parte, el núm. 2 del art. 271 (siendo la pena agravada la de “prisión de dos a seis años, multa de 18 a 36 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido; por un período de dos a cinco años”) establecía: “2.- La misma pena se impondrá, siempre que concurra alguna de las circunstancias expresadas en el apartado anterior, a quien, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, preste de forma no ocasional un servicio de referenciación de contenidos en internet que facilite la localización activa y sistemática de contenidos objeto de propiedad intelectual ofrecidos ilícitamente en internet sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, en particular, ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio.

En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo.”

<sup>314</sup> Que luego se concretaría en la Ley 21/2014, de modificación del TRLPI.



modificación del Código Penal de fecha 23 de septiembre de 2013 se produjo una nueva propuesta de redacción de los arts. 270 y 271 CP, en la que los cambios de paradigma en cuanto a tipo objetivo y subjetivo eran muy marcados<sup>315</sup>.

En este estado de la cuestión a nivel normativo y de experiencia aplicativa judicial española, incidiría un auténtico hito en el panorama judicial supranacional con un potencial determinante indudable: la Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014 recaída en el asunto “Svensson”, a la que ya se ha aludido supra, pero que merece ahora una más detenida referencia.

Dicha Sentencia, proveniente -no se olvide- del máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, se dictó para resolver una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal sueco, que dando origen al asunto C-466/12 de la corte supranacional, (conocido como el caso Svensson) sometió a decisión una serie de cuestiones<sup>316</sup> entre

---

<sup>315</sup> En lo que se refiere al tratamiento de los enlaces, la nueva propuesta sobre el art. 270.2 CP procedía a establecer lo siguiente: *“La misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, facilite el acceso o la localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas ilícitamente en internet, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, siempre que cumplan cumulativamente las siguientes condiciones:*

*1.º Participe adquiriendo conocimiento o control de los medios por los que se facilite el acceso o la localización de las obras o prestaciones ofrecidas ilícitamente, en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas;*

*2.º desarrolle una labor específica de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas tecnológicas, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios del servicio;*

*3.º no se limite a un tratamiento meramente técnico o automático de los datos facilitados por terceros con los que no mantenga una colaboración, control o supervisión; y*

*4.º actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio a tercero.*

*En estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción, previa identificación inicial del contenido infractor, su localización y el derecho que infringe. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo. En estos mismos casos, de manera excepcional, cuando exista reiteración de la conducta tipificada en este número y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.”*

<sup>316</sup> Concretamente las siguientes cuatro:

«1) Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?

2) ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que conduce el enlace se encuentre en una página de internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?

3) A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, se presente en otra página de internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página de internet?

las que la primordial era dilucidar si quienes ofrecían en su página de internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a obras sobre las que otras personas ostentan derechos de propiedad intelectual, realizaban una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29<sup>317</sup>, de modo que básicamente lo abordado era si la actividad consistente en proporcionar a los usuarios de internet los hipervínculos (enlaces) que permiten acceder a obras y otras prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual debe considerarse, o no, un acto de comunicación al público.

Al analizar el caso, la STJUE Svensson, de la que fue ponente Jiří Malenovský<sup>318</sup>, partió (párrafo 16) de que “[...] *el concepto de comunicación al público asocia dos elementos acumulativos: un «acto de comunicación» de una obra y la comunicación de ésta a un «público»[...].*”;

Respecto del primero de dichos elementos -el acto de comunicación- la Sentencia señaló (párrafo 17) que “*este concepto debe interpretarse de modo amplio [...], con el fin de garantizar, como establecen los considerandos 4 y 9 de la Directiva 2001/29, un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor.*”; y entendió (párrafo 19), que “[...] *basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad [...].*” ; de lo que dedujo (párrafo 20) que “*el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido de la referida disposición*”.

---

4) ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?»

<sup>317</sup> El artículo 3 de la Directiva 2001/29 establece:

“1. Los Estados miembros establecerán en 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.”

Dicho contenido se incorporó a nuestra LPI mediante la Ley 23/2006 en el art. 20.2.i.

<sup>318</sup> Un auténtico especialista en materia de propiedad intelectual como ha acreditado en sus numerosas ponencias en el Tribunal sobre esta materia, entre las que destacan las de las SSTJUE (Sala 3ª) de 7.12.2006, C-306/05, SGAE c. Rafael Hoteles; (Gran Sala) de 4.10.2011, Football Association Premier League y otros, C 403/08 y C 429/08; (Sala 3ª) de 24.11.2011, C-283/10, Circul Globus București c. Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România y otros; (Sala 3ª) de 15.3.2012, C-162/10, Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlanda; (Sala 3ª) de 15.3.2012, C-135/10, Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso; (Sala 4ª) de 7.3.2013, C-607/11, TV Broadcasting Ltd y otros c. TVCatchup Ltd.; ó (Sala 9ª) de 26.3.2015, C-279/13, More Entertainment AB c. Sandberg.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos (que la obra protegida debe ser comunicada efectivamente a un «público»), la Sentencia indicó (párrafo 21) que *“a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, el término público se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, SGAE, apartados 37 y 38, y ITV Broadcasting, apartado 32)”*; y subrayó (párrafo 22) que *“un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios”*; concluyendo (párrafo 23) que en estas circunstancias, *“debe considerarse que dicho gestor realiza una comunicación a un público.”*

En cuanto a la exigencia adicional de que la comunicación se dirija a un “público nuevo”, esto es, un público no tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizan la comunicación inicial al público, la Sentencia viene a considerar que concurre cuando quien proporciona el enlace no tiene en cuenta las restricciones de cualquier clase que el titular hubiera podido establecer en la comunicación inicial al público.

En consecuencia, de la STJUE “Svensson” se desprenderían las siguientes conclusiones:

1ª.- Facilitar hipervínculos o enlaces que permiten el acceso a obras protegidas constituye una modalidad de acto de puesta a disposición del público, y, por tanto, una forma de comunicación pública.

2ª.- A los titulares de los derechos sobre las obras corresponde el derecho exclusivo a autorizar la provisión de enlaces a las obras al igual que sucede con todo otro modo de comunicación pública.

3ª.- La facilitación de enlaces a contenidos protegidos sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios infringe el derecho de comunicación pública de éstos.

Pues bien, siendo que el concepto de comunicación pública del art. 20 LPI, especialmente en su núm. 2, letra i) en su actual redacción (la puesta a disposición del público de las obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que

cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija) proviene de la Ley 23/2006, de 7 de julio, que expresamente incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2001/29/CE y específicamente traspuso en aquel precepto el art. 3.1 de ésta (a su vez procedente del art. 8 del Tratado OMPI sobre derechos de autor en internet), resulta evidente que tanto en el plano civil y administrativo como en el penal hay que tener por supuesto específico de comunicación pública la actividad de facilitar enlaces para acceder o localizar contenidos protegidos. En definitiva, los pronunciamientos de la Sentencia “Svensson” habilitan a los titulares de los derechos para el ejercicio de acciones civiles y administrativas en defensa de sus derechos de propiedad intelectual, y posibilitan la acción e intervención penal en la medida en que el comportamiento de comunicar públicamente contenidos protegidos sin autorización de los titulares o cesionarios de los derechos constituye una modalidad de conducta típica, por lo que, concurriendo el resto de los elementos del tipo, el comportamiento de facilitar enlaces ha de tenerse por constitutivo de delito del art. 270 CP.

Ello no es sino una consecuencia más de la tan mencionada dependencia conceptual del tipo del art. 270 CP, de la que se deriva -como se viene subrayando- que la normativa extrapenal predetermina en gran medida, en particular, la significación del núcleo de los comportamientos típicos expresados en la norma penal y, en general, las posibilidades de intervención y protección penal. En dicha medida, la interpretación del máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea sobre el concepto de comunicación pública que armonizó a nivel supranacional la Directiva 2001/29/CE y que se recoge, de acuerdo con la misma, en el art. 20 de la LPI, predetermina la calificación que ha de darse a quienes realizan la conducta de enlazar a la que venimos refiriendo. Por consiguiente, la polémica interpretativa nacional sobre si el comportamiento es constitutivo de comunicación pública debería estimarse zanjada definitivamente, por lo que la redacción entonces vigente del art. 270 CP quedaba como habilitada para acoger las condenas producidas conforme a la segunda corriente judicial que hemos referido y cuantas condenas se produjesen en el futuro sobre la misma base de entendimiento de la tipicidad de la actividad de enlazar a contenidos protegidos con independencia de que se alojen o no en las páginas desde las que se posibilita el acceso y de que por el público potencial haga uso o no de dicha posibilidad.

Y así lo ha avalado el entendimiento judicial concretado, sin ir más lejos, en la Sentencia de la Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Castellón de 12 de noviembre de 2014, que expresamente confirma la Sentencia del Juzgado de lo Penal 4 de su capital, de 30 de octubre de 2013, dictada en el caso “Bajatetodo”, indicando que la conducta del acusado “*satisface las características de la comunicación pública en el sentido que el referido precepto establece*” y utiliza, como argumento añadido para entender típica la conducta los pasajes de los párrafos 22 y 23 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12), para concluir que “en el caso analizado se trata de un público diferenciado que accede directamente a las obras a través de las webs controvertidas”. Argumento al que añade, a mayor abundancia, la mención de cómo “*países de nuestro entorno como Francia han apreciado que tiene lugar comunicación pública en estas webs (Resolución de 23 de marzo de 2010 de la Sección Penal de la Corte de Casación francesa).*”

Así lo llegó a entender también la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1ª) de la Audiencia Nacional, cuando con ocasión y en el seno del procedimiento especialísimo de protección de derechos fundamentales del art. 122 bis de la LJCA, se pronunció en sus Sentencias de 17 de octubre de 2014, dictada en el recurso 302/2013 (Asunto “Elitetorrent” sobre videojuegos); de 17 de noviembre de 2014, recurso 54/2013 (Asunto “Cocar” sobre obras musicales); y 26 de noviembre de 2014, recurso 345/2013 (Asunto “Multiestrenos” sobre obras cinematográficas), que expresamente apoyan sus decisiones en la doctrina de la Sentencia Svensson.

Y con estos precedentes contencioso administrativos, ya en el orden jurisdiccional penal, la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 5 de marzo de 2015, recaída en el caso Youkioske (Fundamento de Derecho 3º; apartado 3.2.1) también se apoyó en la Sentencia Svensson para calificar jurídicamente los hechos como constitutivos de un delito del art. 270 y 271.b CP en la medida en que los condenados realizaban un comportamiento de enlazar a contenidos protegidos y ello es conducta de comunicación pública.

En consecuencia, también a nivel de intervención penal la conducta de enlazar a contenidos protegidos se acabó por considerar inserta en el núcleo de los comportamientos típicos expresados en la norma penal que dan lugar a la apreciación

del delito y la aplicación del art. 270 CP si junto al tipo objetivo se satisfacen las exigencias del tipo subjetivo.

Por consiguiente, la doctrina del TJUE del *Asunto Svensson* acabó por impactar en la situación precedente implicando que a todos los efectos, ya sean civiles, administrativos o penales, no era ya discutible que la actividad de enlazar es comunicación pública, con las plenas consecuencias que en dichos planos tiene esa calificación.

La acción exterior supranacional procedente de la doctrina de la STJUE “Svensson” podría estimarse que hacía en buena medida innecesaria la reforma penal en este concreto aspecto. No obstante, la redacción recogida en la versión del Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de fecha 23 de septiembre de 2013 pasó a ser la aprobada sin modificaciones en el Pleno del Congreso de 21 de enero de 2015. Sin embargo, el texto final del art. 270.2 CP se acabó distanciando de su antecedente en virtud de una enmienda planteada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular que calificó la regulación procedente del Congreso como “excesivamente extensa y detallada”, y entendió “razonable sintetizar su contenido, configurando un tipo penal más preciso y conciso”. Y ello constituyó un acierto, puesto que sin dejar de presentar aspectos cuestionables, en la redacción originaria primaba el abuso de conceptos jurídicos indeterminados, alguno de ellos perturbadores y sin ningún sentido tras la Sentencia Svensson que, para empeorar las cosas, aparecían articulados en torno a una multiplicidad de requisitos que debían cumplirse cumulativamente.

### **II.3.2.3.-El nuevo tipo del art. 270.2 CP.**

Con los anteriores antecedentes fácticos, judiciales y parlamentarios, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido un nuevo tipo en el núm. 2 del art. 270 que castiga con pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a *quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y*

*contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios.*

Se trata de una nueva figura típica diseñada coetáneamente a la reforma de la LPI operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, con la que se mantiene acompañada en términos generales.

La arquitectura del nuevo tipo ha prescindido de algunas exigencias que se formularon en el trámite parlamentario en forma de conceptos jurídicos indeterminados tales como el requisito de la vulneración de los derechos de forma significativa en función de su nivel de audiencia en España o el volumen de los contenidos no autorizados a los que cabría acceder desde la página. La supresión de estos parámetros en el tipo penal del art. 270.2 CP es positiva dado que su exigencia hubiera implicado una falta de sintonía y coherencia con las disposiciones de la LPI sobre la medida *Sinde-Wert*, ya que ésta prevé tales circunstancias como parámetros para evaluar la incoación del procedimiento administrativo *Sinde-Wert* precisamente en los supuestos generales (art. 158 ter.2 A LPI), pero no para los supuestos con los que el tipo penal presenta paralelismo: los de descripción o localización de obras y prestaciones ofrecidas sin autorización que implican desarrollo de una labor activa y no neutral ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces (art. 158 ter.2 B)<sup>319</sup>. Además, carecen de sentido una vez que la actividad de enlazar integra una modalidad más de comunicación pública, tal y como como se desprende sin ambages de la Sentencia “Svensson”.

El examen de sus términos revela que el nuevo tipo presenta elementos compartidos y elementos exclusivamente propios respecto de la figura básica nuclear del art. 270.1 CP, de modo que la aproximación técnico-jurídica al significado y alcance de la esfera de prohibición que define puede abordarse precisando, en primer lugar, la relación y

---

<sup>319</sup> GALÁN MUÑOZ, A., La reforma de los..., *op.cit.*, pág. 601, considera -no obstante- que no resulta lógico considerar como típicos de este delito los suministros de accesos o de localización que no estén referidos a un número relevante de obras o prestaciones o que carezcan de cierta audiencia, indicando que esta exigencia, además de coordinar la regulación penal con la extrapenal y acomodarlo al principio de intervención mínima responde a lo indicado en la Exposición de Motivos. Sin embargo, la normativa administrativa no exige tal requisito para los casos paralelos. Sólo argumentos de intervención mínima y reducida lesividad sostendrían tal interpretación, mientras que la supresión del requisito en la tramitación parlamentaria apunta en una dirección diferente.

elementos comunes que mantiene con la categoría medular, y, en segundo término, los aspectos sobre los que se funda, construye y articula su especificidad.

#### II.3.2.3.a).- Relación y elementos comunes con el tipo básico nuclear.

La facilitación activa del acceso o localización en la red de obras y prestaciones es un comportamiento que, tras la Sentencia “Svensson”, no puede sino considerarse como un supuesto específico de puesta a disposición al público por medios inalámbricos de contenidos protegidos de tal forma que cualquier persona puede acceder a ellos, y, por consiguiente, a todos los efectos constituye indudablemente un acto de comunicación pública<sup>320</sup>.

La realización de esta actividad sin la autorización de los titulares o cesionarios de los correspondientes derechos de propiedad intelectual supone una infracción del derecho exclusivo reconocido a éstos de autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras. En consecuencia, la vulneración que implica de tal derecho habilita las acciones civiles, administrativas y penales dispuestas en el ordenamiento jurídico en tutela del mismo.

En el plano penal, el tipo del art. 270.1 CP ya contempla como punible la comunicación pública de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual e -incluso- de cualquier otro modo de explotación económica de los mismos, de modo que el castigo de la conducta de facilitación activa, sin la debida autorización, del acceso o localización de aquéllos, implica la punición de una modalidad concreta de comunicación pública. La relación entre ambas conductas, comunicación pública y facilitación de acceso o localización, es, por tanto, una relación de tipo género-especie,

---

<sup>320</sup> Desde luego en el territorio de la Unión Europea y en el marco armonizado de los ordenamientos jurídicos nacionales de sus Estados Miembros. Y ello pese a que alguna resolución judicial del orden penal aún se muestre contraria a aceptar este hecho, como sucede con el Auto núm. 317/2015, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Gerona, de 5 de junio de 2015, que en relación a la STJUE Svensson, alegada por la acusación particular y el Ministerio Fiscal, rechaza la validez de su interpretación, que considera extensiva, indicando que “es del año 2014, y que sin perjuicio de la aplicación directa de derecho comunitario y de la jurisprudencia del mismo, no debemos olvidar que nos encontramos en derecho penal donde el principio "nullum crimen sine lege" es decir de legalidad, impide calificar "ex post facto" como delitos acciones no previamente tipificadas, con lo que se considera que la interpretación (en una cuestión dudosa en el marco del derecho privado) por parte del tribunal de justicia de las comunidades europeas no puede considerarse por respeto a los principios básicos del derecho penal, una tipificación de conductas no castigadas previamente". A la vista de actitudes así, de todos modos, parece que el legislador ha acertado en la penalización específica.



de tal manera que el tipo del art. 270.2 CP no puede calificarse sino como *ley o precepto especial* respecto del art. 270.1 CP, de preferente aplicación al mismo con las todas las consecuencias procedentes<sup>321</sup>.

Por consiguiente, si bien la conducta había sido calificada incluso judicialmente como un acto de facilitación o contribución a la comunicación pública ajena y tras la reforma 2015 se ha mantenido que se está ante un acto de cooperación en una puesta a disposición o comunicación pública dominada por un tercero diferente del prestador del servicio<sup>322</sup>, lo cierto es que en realidad se configura ya, por efecto de la Sentencia Svensson, como un tipo especial de comunicación pública que ha sido tipificado expresamente y de modo autónomo, recogiendo explícitamente lo que no es sino un supuesto más de la conducta específica de “comunicar públicamente” e incluso del comportamiento genérico “explotar económicamente” que ya están abarcadas en el tipo básico nuclear. En tal medida, la actividad de enlazar constituiría substrato conductual del tipo objetivo tanto de la modalidad básica nuclear del art. 270.1 CP como de la especie básica derivada del art. 270.2 CP. Aunque ello pudiera haber hecho innecesaria la tipificación expresa de las conductas de enlace, el núm. 2 del art. 270 CP despeja cualquier duda interpretativa que pudiera derivarse de un entendimiento no acompasado a los conceptos jurídicos extrapenales y dota de una mayor seguridad jurídica a la normativa penal, lo que es -desde luego- un avance que merece un juicio positivo.

La base común con el tipo medular de protección penal de la propiedad intelectual no se detiene ahí, puesto que el nuevo tipo presenta elementos comunes con la modalidad básica nuclear del art. 270.1 CP, tanto en lo que respecta a su objeto material, las “obras y prestaciones”, como en cuanto al tipo subjetivo, por cuanto igualmente se requiere la concurrencia de “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto” y la actuación “en perjuicio de tercero”. Y asimismo -lógicamente y por expreso requerimiento legal- es necesario que la actividad típica se realice sin la debida autorización de los titulares de los correspondientes derechos o sus cesionarios, de modo que la coincidencia en cuanto a las circunstancias de la ausencia de dicha autorización y en materia de sujetos pasivos es plena con el tipo base.

---

<sup>321</sup> Por ejemplo, a efectos de lo dispuesto en el art. 8.1 CP, dado que el hecho sería susceptible de ser calificado conforme a dos preceptos del Código Penal.

<sup>322</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “La reforma de los...”, *op.cit.*, pág. 599.

En consecuencia son reproducibles aquí las consideraciones efectuadas sobre todos estos elementos comunes y particularmente sobre las dos principales novedades introducidas por la reforma por L.O. 1/2015 que son compartidas por el tipo general de carácter nuclear y el tipo específico (objeto material y predisposición subjetiva).

La experiencia aplicativa acredita que fue precisamente la tipología comisiva que se originó en relación con la actividad de las webs de enlaces la que ha constituido el motivo principal, como también ha ocurrido en el tipo básico nuclear del art. 270.1 CP, tanto para la sustitución del ánimo de lucro por la nueva predisposición subjetiva a la obtención de un beneficio económico directo o indirecto como para la modificación de la referencia típica al objeto material.

El nuevo concepto de ánimo de beneficio económico directo o indirecto -como ya se ha dicho- permite acoger en su seno las múltiples formas con las que en la práctica se busca y obtiene la ventaja patrimonial en las páginas webs de enlaces a contenidos protegidos, esto es, la publicidad insertada (micropagos y publipagos), el establecimiento de cuentas “Premium”, y algunas exigencias diversas que se imponen a quienes quieren disfrutar del acceso o redireccionamiento a las obras y prestaciones protegidas.

La praxis ha revelado, en efecto, variados modos de actualizar el beneficio. Normalmente la página web contiene “banners” o pancartas publicitarias insertadas con el objetivo de atraer tráfico hacia el sitio web del anunciante que paga por su inclusión. Se articulan enlaces a tiendas on line, casinos virtuales, así como a páginas para adultos de contenido erótico o pornográfico, permitiendo acceder a los usuarios de forma directa a aquellas desde las páginas web correspondientes, obteniendo con ello una comisión por la utilización de cada usuario desde éstas de modo que los responsables de la página web reciben ingresos de las empresas que explotan tales páginas (publipagos y micropagos) cada vez que un usuario visita o utiliza esas páginas o sus productos. Asimismo se insertan “pop-ups” o ventanas emergentes que se emplean con el objeto de mostrar un aviso publicitario de manera intrusiva. Una variedad adicional es la denominada “pop-under”, que consiste en abrir nuevas ventanas que se sitúan detrás de la ventana en uso, de modo que se abre una ventana nueva en el navegador, detrás de ventana activa. Los “pop-unders” interrumpen menos, pero no son vistos hasta que el

usuario cierra las ventanas que está utilizando, haciendo que sea más difícil para el mismo determinar qué página web las abrió. También se utilizan videos “pre roll” publicitarios cuya visualización por un tiempo limitado o por completo se establece como requisito previo para poder acceder a los contenidos. A veces el acceso a la descarga o al disfrute *on line* -en *streaming*- de los contenidos se condiciona a que los usuarios se registren proporcionando datos personales y una dirección de mail (que es lo que finalmente no puede ser ficticia) y datos personales que son transferidos, previo pago, a una empresa vinculada que los utiliza para enviar publicidad a los interesados, servicio por el que los responsables de la página reciben una comisión. También suele incluirse un sistema de sms para lograr, en su caso, un enlace efectivo al contenido deseado de modo que se exige al usuario que facilite un número de móvil para el envío a éste de un código de tal manera que, si no se proporciona, no puede ser localizado por el usuario el archivo o la información que desea, lo cual de forma análoga a todo lo anterior genera también una comisión o ingreso para los responsables de la página de enlaces. Adicionalmente, se suelen establecer la posibilidad de contratar “cuentas premium”, que proporcionan determinadas ventajas sobre la modalidad básica de operatividad, tales como la navegación a través del portal sin publicidad (sin banners ni pop-ups) o la visualización de “listados de enlaces final y reales a los servidores de contenidos”<sup>323</sup>. Últimamente, la publicidad se disfraza bajo mecanismos que aparentan para el usuario que no hay publicidad asociada a las páginas, pero la muestran en diversas formas emergentes mientras se navega por otras páginas, lo que consigue una apariencia de ausencia de publicidad y contribuye a que el público no asocie publicidad a su visita a dichas páginas.

La referencia a “obras y prestaciones” clarifica sin lugar a dudas que también en el tipo especial son objeto de la específica protección que brinda este artículo tanto las creaciones originales literarias, artísticas o científicas junto a las obras derivadas como las prestaciones auxiliares a la creación sobre las que se reconocen derechos afines o conexos a los de autor en el Libro II de la LPI.

---

<sup>323</sup> Tal y como, puede comprobarse, por ejemplo, en el caso de “seriespepito”, por el que se siguen las Diligencias Previas núm. 2278/2014, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Elche.

### II.3.2.3.b).- Elementos distintivos: sujeto activo y comportamiento típico.

La singularidad del nuevo tipo del art. 270.2 CP se ubica en el comportamiento típico y el entorno en que se desarrolla.

Esta modalidad específica de delito relativo a la propiedad intelectual castiga, cuando concurren además los elementos comunes mencionados anteriormente, *a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de la información, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet* de contenidos protegidos.

A partir de ello cabe establecer unas primeras especificaciones en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de intervención penal que posibilita.

El alcance subjetivo y objetivo viene determinado por el entorno en el que se desenvuelve la conducta típica (facilitar el acceso o la localización) que no es otro que “internet” y el marco de “la prestación de servicios de la sociedad de la información”.

Mientras el tipo base puede cometerse por cualquier persona y en cualquier ámbito operativo, físico o digital, tanto al margen como desde, a través o en el marco de la red global de comunicaciones, la incidencia específica de este tipo del art. 270.2 CP se produce sobre la responsabilidad penal en la prestación de servicios de la sociedad de la información y en internet, lo que tiene trascendencia desde la perspectiva de los posibles sujetos activos y la normativa extrapenal que concreta la esfera de protección administrativa y civil, cuya toma en consideración es imprescindible para la adecuada definición de la relación que el tipo guarda con la misma. Normativa extrapenal integrada de modo inmediato, no sólo por la LPI sino también, y más singularmente, por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE).

Conforme a las definiciones que la LSSICE maneja en su Anexo, por “servicio de la sociedad de la información” ha de entenderse *todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*, pero comprende también *los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios*. Por “prestador de servicios” se entiende *toda persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*.

De entre los llamados “servicios de intermediación”, que comprenden la provisión de servicios de acceso a internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de internet, son los de facilitación de hipervínculos o enlaces a contenidos objeto de propiedad intelectual los que constituyen el ámbito natural de aplicación del tipo.

En principio cualquiera podrá ser sujeto activo de esta modalidad delictiva como se desprende del empleo del término “quién” para designarlo en la vertebración del tipo específico, pero en realidad los responsables penalmente de esta clase de comportamientos típicos serán de ordinario los “webmasters”, titulares responsables del servidor de internet o administradores y gestores efectivos de estas páginas que se encargan de las labores de la operatividad, programación, mantenimiento y actualización de la disponibilidad y servicios de la web. Lógicamente, sin embargo, caben fórmulas diferentes de participación delictiva por cuanto el titular en quien reside el dominio del hecho sobre la actividad de la página y percibe el mayor beneficio económico puede conferir a otros dichas referidas tareas. En definitiva, los responsables penales serán los gestores de derecho o de hecho de la misma, a los que en no pocas ocasiones, dadas las facilidades de anonimización que permite internet, será posible llegar sólo siguiendo las corrientes monetarias que proporcione la actividad ilícita a través de los pagos publicitarios o las comisiones recibidas de los servidores de alojamiento.

En el plano objetivo, la nueva figura típica del núm. 2 del art. 270 CP se centra en el castigo de la actividad de facilitación no autorizada de hipervínculos o enlaces a obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Mediante esta figura se acogerían, por consiguiente, todas las modalidades de publicación y facilitación de *elinks* (*linking*<sup>324</sup>) que hasta ahora se han venido dando en la práctica, abarcando especialmente la actividad de las webs de enlaces que, sin albergar las obras y prestaciones, permiten acceder a los contenidos protegidos que se encuentran alojados en servidores o *cyberlockers* externos de gran capacidad para su visionado on line -en *streaming*- o para su descarga; o que proporcionan la localización y llegada a obras y prestaciones en el ámbito de plataformas y sistemas de intercambio de archivos.

Por lo que respecta a comportamientos como el *framing*, donde no se proporciona simplemente un enlace sino que un sitio web crea un marco en el que se embebe y muestra otra página web mediante la carga de su código HTML con la posibilidad de insertar en el marco de la primera publicidad propia, también podría ser reconducido a este tipo ya que la redacción del art. 270.2 CP habla simplemente de facilitación de “acceso”, pero si se considerase que el tipo exclusivamente se refiere a los casos de no alojamiento propio de contenidos, su incardinación como actividad típica sería posible alternativamente por el tipo genérico del art. 270.1 CP, al menos como modalidad de comunicación pública de contenidos protegidos, en cuanto indudablemente constituye puesta a disposición del público que, realizada sin debida autorización, infringe las facultades dominicales de los titulares de los derechos sobre las obras o prestaciones.

Es indudable que el legislador ha pretendido con la fórmula típica dirigirse preferentemente a los tipos de enlaces que más frecuentemente han sido empleados en los casos enjuiciados ante los tribunales como supuestos de vulneración a la propiedad intelectual: los enlaces simples y los enlaces P2P. Los enlaces simples o links HREF<sup>325</sup>, al ser activados redirigen al usuario a un lugar determinado de internet, que puede ser la página inicial o home de un sitio web, portal o servidor de un tercero (enlaces de

---

<sup>324</sup> Entre ellas, también el “*inlining*”, en el que el enlace proporciona la visualización de ficheros gráficos procedentes de otra página web que continúan alojados en el sitio original.

<sup>325</sup> *Hypertext Reference Link*.

superficie o *surface links*) o a un archivo concreto o una de las páginas interiores de otro sitio web, sin transitar por la página inicial o home de éste (enlaces profundos o *deep links*), donde se encuentran las obras o prestaciones protegidas. Los enlaces P2P, al activarse, no redirigen al usuario a otro sitio web donde se aloja una obra o prestación, sino a una zona concreta de un sistema, red o plataforma de intercambio de archivos, donde se halla el contenido protegido, en principio ubicado allí y compartido para los demás usuarios, desde su propio equipo, por uno de ellos. En estos casos es necesario disponer de un software específico para la conexión entre usuarios, y los sistemas pueden adoptar diversas modalidades, funcionando de modo descentralizado puro como pasarela sin perjuicio de la inclusión de buscadores de archivos o directorios de einks (por ejemplo, tipo Ares Galaxy o E-mule) o con la intervención de un servidor centralizado (v.gr., “tracker” tipo Bit Torrent) que permite la localización de los archivos compartidos y la conexión previa instalación de un programa cliente.

Entre las conductas típicas queda particularmente incluida la actividad de las páginas webs que publican enlaces de conexión a sistemas P2PTV, normalmente presentados con agendas deportivas o guías de televisión, en las que el usuario de la página web -a quien también normalmente se le proporciona el software necesario para el uso del P2PTV- elige la cadena que desea visualizar y al pulsar sobre el link se ejecuta el programa medial y comienza la visualización on line o *streaming*.

Precisamente el supuesto que más aúna e ilustra el potencial de las modificaciones operadas en los delitos contra la propiedad intelectual en cuanto a comportamiento típico, objeto material y ánimo subjetivo es el de la actividad de facilitación de enlaces a retransmisiones de eventos deportivos, para las que la respuesta judicial hasta la entrada en vigor de la reforma fue el sobreseimiento y archivo. De hecho, la toma en cuenta de los argumentos que sirvieron para descartar la tipicidad de la conducta en los casos sometidos a consideración judicial y su contraste con la nueva situación normativa revela hasta qué punto se ha podido tener en mente esta realidad, pues la configuración del nuevo tipo del art. 270.2 CP neutraliza las opiniones doctrinales que objetaron la inclusión de tales retransmisiones como objeto material de protección y lamina los argumentos que fueron utilizados judicialmente para optar por no exigir responsabilidad penal, por ejemplo, en los casos “tvmix” y “rojadirecta”, a pesar de la acción ejercitada

por quienes ostentaban los derechos de explotación sobre los partidos de fútbol de la Liga Nacional Profesional<sup>326</sup>.

La aproximación a estos dos casos revela la incidencia de la reforma.

La página *www.tvmix.net* permitía acceder al visionado de los partidos de la liga nacional de fútbol española mediante enlaces a canales chinos. La pericial acreditaba que los responsables del servidor *www.tvmix.net*, facilitaban a terceros -por medio del mismo- un mecanismo para conseguir acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, habiendo anteriormente suministrado la información necesaria para que dichos terceros pudieran lograr además, una forma alternativa gratuita para obviar el acceso condicional a servicios de televisión de pago encriptados, utilizando comunicaciones a través de la red internet. Adicionalmente se ofrecía una programación de eventos deportivos de gran interés en una agenda deportiva diseñada para ello, complementada por otros servicios en el servidor. Los ingresos se percibían por los gestores de la página web por la publicidad insertada en la web. Planteada la comisión de un delito del art. 270 CP y otro del art. 286 CP, el Auto de la AP (Sección 5ª) de Madrid de fecha 3 de noviembre de 2008<sup>327</sup> acordó confirmar el sobreseimiento dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 13 indicando que ni se cometía delito ni se incitaba a cometerlo:

*“porque a reserva de lo que se dilucide con la siguiente y última conclusión, los programas que invita o incluso incita a utilizar, son de libre uso, y su utilización es abierta y universal, por lo que no necesitan ninguna licencia de uso, y en consecuencia, para los hechos denunciados... no se comete ninguna infracción, aunque sí se produce en algunos casos quebranto económico a terceros. Es por ello que tampoco quedaría acreditado el artículo 270 del CP que precisa de un perjuicio económico y de un ánimo de lucro. En relación al perjuicio económico inferido a los titulares de los derechos de emisión de los partidos de Liga Nacional no se ha podido determinar el mismo dado el movedizo mundo de internet en el que la prueba de tal extremo resulta prácticamente imposible, por*

---

<sup>326</sup> Por entonces, la mercantil Audiovisual Sport S.L.

<sup>327</sup> Con ponencia del Magistrado Jesús Ángel Guijarro López.



*lo que faltaría un elemento determinante de éste (STS 1578/02) ni tampoco la existencia de un ánimo de lucro por parte del imputado que según las periciales obrantes en las actuaciones no obtenía ningún tipo de beneficio por servir de “link” sino por la remuneración indirecta de la publicidad del portal. En este mismo contexto destaca la sentencia del Tribunal Supremo 529/2001 de 2 de abril en la que indica que lo sancionable son la importación de las obras usurpadas pero no las adquiridas lícitamente en el extranjero aunque su comercialización en España no haya sido aquí autorizada, por lo que de esa conducta puede defenderse el titular mediante las medidas cautelares y sistema de responsabilidad previsto en el artículo 138 y s.s. de la Propiedad Intelectual. Supuesto este extrapolable a la conducta típica del artículo 286 que tampoco se vería conculcado en el presente supuesto”.*

Al margen de lo más que discutible de muchos de estos argumentos<sup>328</sup>, fue decisivo el entendimiento de que no concurría el elemento típico del ánimo de lucro porque el beneficio económico se obtenía no de enlazar sino de la remuneración indirecta por la publicidad insertada en el portal.

La página *www.rojadirecta.com* fue objeto de denuncia penal al posibilitar mediante “elinks” el acceso gratuito a sus usuarios a los partidos de fútbol de la Liga Nacional profesional cuya emisión se producía en otros países. El Auto de la AP (Sección 1ª) de Madrid de fecha 27 de abril de 2010, frente a la pretensión de que los hechos eran constitutivos de un supuesto de comunicación pública del art. 270.1 CP, descartó la comisión de delito (confirmando un sobreseimiento provisional), reproduciendo el párrafo anteriormente recogido del Auto de la AP (Sección 5ª) de Madrid de 3 de noviembre de 2008, y con base en cuatro argumentos que relacionó del siguiente modo:

*“...deben hacerse las siguientes consideraciones:*

---

<sup>328</sup> Pues la opinión mayoritaria, con la que me alinee, se decanta por la interpretación de que el tipo no exige la producción y acreditación del perjuicio -sino la actuación “en” y no “con” perjuicio efectivo- y resulta manifiesta la impropiedad de traer a colación la STS de 2 de abril de 200, ya que el criterio que se refleja justamente fue expresamente desautorizado por la reforma del art. 270 CP por L.O. 15/2003 al permitir el castigo tanto si los ejemplares -“físicos”- eran de origen lícito como ilícitos.

a) *En atención a los hechos acreditados en este proceso no puede soslayarse la circunstancia de que la página web investigada no aloja los archivos, ni realiza directamente la descarga. Los archivos se transfieren a través de programas de descarga de amplia difusión entre los usuarios de internet.*

b) *Los actos de ordenación y anuncio de los partidos que se transfieren facilitan la descarga pero no pueden equipararse a ésta, por lo que, en principio podrían calificarse de actos de mera intermediación.*

c) *Por otra parte, la retribución que obtienen los administradores de la página no compensa la descarga de los títulos sino la publicidad derivada del acceso genérico a la página, que es independiente de ésta y que se puede producir aunque no haya descarga.*

d) *Los gestores de la página, tal y como se indica en el auto impugnado, no facilitan la desprotección de los códigos claves para el visionado de los eventos deportivos, ni realizan conexiones con programas de desprotección, sino que facilitan únicamente el visionado de programas de televisión emitidos en abierto.”*

Ello tras haber apelado previamente a la Circular FGE núm. 1/2006 y señalar que “*Los responsables de la página no realizan de forma directa actos de comunicación pública de obras protegidas por la LPI ya que no alojan en sus archivos los títulos descargados. Únicamente favorecen esa conducta en la medida en que seleccionan, ordenan e informan sobre la forma de acceder a las páginas que ofrecen la retransmisión de partidos*”<sup>329</sup>.

---

<sup>329</sup> Por el contrario, la Liga Francesa de Fútbol Profesional (LFP) ha obtenido una importante victoria jurídica contra el visionado sin autorización de partidos en *streaming* que proporciona esta web de enlaces. El Tribunal Superior de París le ha prohibido a *Rojadirecta* que muestre enlaces para ver en *streaming* los partidos de la Ligue 1 y la Ligue 2 de forma gratuita. Los titulares de la web se verá obligados a retirar inmediatamente todos los enlaces, pudiendo recibir sanciones de 5.000 euros por cada día de retraso y enlace. Además, *Rojadirecta* también estará obligada a publicar un comunicado informando de la ilegalidad que supone ver estos partidos, y a pagar una multa de 100.000 euros por daños y perjuicios. Fuera de nuestras fronteras, *Rojadirecta* también ha tenido problemas en Estados Unidos después de que el Departamento de Seguridad Nacional confiscase sus dominios de manera preventiva en noviembre de 2010, aunque casi 19 meses después el gobierno norteamericano retiró su demanda y la web española recuperó los dominios.com y .org.

Pues bien, la reforma de 2015 posibilita la incardinación de este tipo de comportamientos en el régimen de responsabilidad penal del art. 270 CP con base en los tres ejes esenciales comunes a las figuras típicas básicas: la sustitución del ánimo de lucro por el nuevo elemento subjetivo consistente en el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto; la ampliación del catálogo de comportamientos típicos; y la referencia típica como objeto material a las obras y prestaciones.

En efecto, la conexión indirecta del beneficio ya sea por la publicidad insertada en una web de estas características o por otras modalidades de obtención de beneficio a través del servicio prestado o relacionado con la lograda por los “partners” o socios de la comunicación pública ilícita no impedirá la apreciación de la concurrencia del nuevo elemento subjetivo que con la actuación en perjuicio de tercero resultan distintivos de la intervención penal.

Tampoco alojar o no las obras o prestaciones es ya determinante de cometer ni la conducta típica genérica de comunicación pública (ex. STJUE Svensson) ni la específica modalidad típica del art. 270.2 CP.

Y los actos de ordenación de enlaces y anuncios de partidos en agenda o guía televisiva programada revelan el carácter no pasivo ni neutral ni meramente técnico del tratamiento de los enlaces.

Finalmente, en ninguno de los dos casos referidos se manejó la tesis de que las grabaciones audiovisuales o retransmisiones no constituían objeto material protegido del anterior art. 270.1 CP, pero aunque se hubiera empleado tal argumento habría dejado de tener virtualidad tras la reforma operada por la L.O. 1/2015.

Sobre las retransmisiones de encuentros deportivos realizadas directamente en internet ha recaído, por demás, una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de la Sala 9ª, de fecha 26 de marzo de 2015 (ponente Jiri Malenovský), C-279/2013, caso C More Entertainment AB c. Sandberg, dictada en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Suecia en un supuesto en el que se había condenado penalmente a un ciudadano que creó enlaces en su página de internet

que permitían eludir el muro de pago creado por C More Entertainment<sup>330</sup>, y a través de los cuales los internautas pudieron acceder a las transmisiones de partidos de hockey realizadas en directo por C More Entertainment, sin tener que abonar la cantidad de dinero exigida por este organismo para poder acceder a ellas. Inicialmente la Corte Suprema sueca (Högsta domstolen) planteó, entre otras cinco, la cuestión de si el concepto de comunicación al público, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, incluía el acto consistente en ofrecer en una página de Internet accesible al público en general un enlace a una obra que es emitida por el titular del derecho de propiedad intelectual sobre dicha obra, pero cuando el Secretario del TJUE le transmitió una copia de la Sentencia Svensson, el Tribunal Supremo sueco retiró esta cuestión y otras tres más. A la única cuestión remanente, el TJUE respondió que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que extiende el derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión a que se refiere dicho artículo 3, apartado 2, letra d), respecto a los actos de comunicación al público que podrían constituir las transmisiones de encuentros deportivos realizadas directamente en Internet, como los controvertidos en el asunto principal, siempre que tal extensión no afecte a la protección de los derechos de autor.

#### II.3.2.3.c).- Delimitación frente a la responsabilidad extrapenal de los prestadores de servicios.

La existencia de un cuerpo de disposiciones administrativas específicas sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (en adelante ISP<sup>331</sup>) en los arts. 13 a 17 de la LSSICE, que limita incluso la atribución de responsabilidad civil conforme dispone el in fine del párrafo segundo del art. 138 LPI y con ello ha de entenderse que excluye también la responsabilidad penal<sup>332</sup>, obliga a buscar el distintivo que constituye el fundamento sobre el que es posible exigir su responsabilidad administrativa. Éste ha de ser el primer paso para distinguir el ilícito penal del art. 270.2 CP de dicho régimen y casarlo con el mismo.

---

<sup>330</sup> Una cadena de televisión de pago.

<sup>331</sup> ISP, por la sigla en inglés de Internet Service Provider.

<sup>332</sup> En la medida en que no puede admitirse en puridad un ilícito penal que no lo sea previamente civil, por el carácter subsidiario del primero.

Pues bien, a partir de la observación del contenido de los arts. 13 a 17 de la LSSICE, se constata que lo allí regulado son un conjunto de beneficios o exenciones (conocidos como puertos seguros o *safe harbors*) que excluyen la responsabilidad de los ISP, cuyo fundamento es la realización de actividades de mera intermediación técnica, neutra, automática y pasiva, sin control ni participación en el contenido de los datos que proporcionan terceros, y carente de conocimiento efectivo (*actual knowledge*)<sup>333</sup> sobre la posible ilicitud de actos ajenos, que si se adquiere, obliga a una reacción diligente.

En efecto, en el art. 13 LSSICE, primero (núm. 1), se afirma la disposición de vigencia del régimen general de responsabilidad civil, penal y administrativa, para, acto seguido (núm. 2), remitir a que “se estará a lo establecido en los artículos siguientes” para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios “por el ejercicio de actividades de intermediación”, ya sean de transmisión, copia temporal, alojamiento o localización respecto de información, datos y contenidos que resultan ajenos y sobre los que los ISP no tienen deberes de supervisión ni control. En los cuatro artículos siguientes -arts. 14 a 17-, la LSSICE viene a reproducir los postulados de la Directiva 2000/31/CE<sup>334</sup> sobre la responsabilidad de los servicios intermediarios que regula en sus arts. 12 (actividades de simple transmisión de datos o prestación de acceso o *mere conduit*), 13 (actividades de caché del sistema o *proxy caching*), 14 (actividades de

---

<sup>333</sup> La ley dispone que se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo 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 resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. Con este tenor literal inicialmente doctrina y jurisprudencia interpretaron que se necesitaba resolución judicial o administrativa de ilicitud notificada al prestador. Sin embargo, el TS ha interpretado ampliamente este concepto, por ejemplo en la SSTS (Sala I de lo civil) de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010. Sobre la base del último inciso de los arts. 16 y 17 de la LSSI y en especial en la inclusión en éstos de la expresión “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”, ambas resoluciones señalaron que el prestador no sólo tiene conocimiento efectivo de la ilicitud cuando recae una resolución judicial o administrativa que así lo declara, sino que puede tenerlo también cuando la ilicitud es evidente por sí misma o ha existido una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada. La STS de la misma Sala, núm. 72/2011, de 10 de febrero, afirma que abarca también el conocimiento obtenido por el prestador de servicios a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad que se trate. La reciente reforma de la LPI por la Ley 21/2014 ya prevé legalmente que se tenga por tal conocimiento efectivo el intento de requerimiento de retirada infructuoso dirigido al servicio de la sociedad de información al que se refiere el nuevo punto 3 del art. 158 ter LPI y a tales efectos.

<sup>334</sup> Directiva 2000/31, 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 (conocida como *Directiva sobre el comercio electrónico*). La Ley 34/2002 es precisamente la norma mediante la que dicha Directiva se incorpora al ordenamiento jurídico español.

alojamiento o almacenamiento de información proporcionada por terceros o *hosting*) y 15 (inexistencia de deber general de supervisión). Si los arts. 14, 15, 16 y 17 LSSICE contienen cláusulas de exención de responsabilidad y las mismas se excepcionan a su vez para el caso de existencia de “conocimiento efectivo” sobre la ilicitud de la actividad, información o contenidos que transmiten, copian temporalmente, alojan o enlazan, es porque dichas exenciones se derivan del principio general del art. 15.1 de la Directiva 2000/31/CE, que exige a los ISP de la obligación general de supervisar o controlar activamente las informaciones, datos y contenidos que los terceros proporcionan en la Red, una regla de especial importancia a partir de las SSTJUE de 24 de noviembre de 2011 en el caso *Scarlet Extended S.A.* (C-70/10) y de 16 de febrero de 2012 en el asunto *Netlog* (C-360/10), que censuraron sendos sistemas de filtrado solicitados por la entidad de gestión belga SABAM<sup>335</sup>, dirigidos a impedir el intercambio de archivos ilícitos vía P2P entre clientes de la primera mercantil; y sobre contenidos alojados en la plataforma de la red social Netlog para evitar que los usuarios a través de su perfil ofrecieran en la red archivos con obras o prestaciones protegidas por propiedad intelectual.

Como se deduce del espíritu, letra e interpretación por el TJUE de la Directiva que vienen a trasponer, los beneficios o exenciones de “puerto seguro” (“safe harbors”) que excluyen la responsabilidad de los ISP sólo se aplican y tienen por condición la realización de actividades de mera intermediación de carácter técnica, neutra, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no ha de tener conocimiento ni control al respecto, ni puede modificar los “datos” más allá de manipulaciones técnicas inocuas. Su “buena fe” se demuestra y la exención de responsabilidad se mantiene si el ISP llega a adquirir conocimiento sobre la ilicitud en el caso de que reacciones diligentemente. Y ello porque lo que sí parece deducirse de la normativa comunitaria y nacional que la traspone es *un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos*<sup>336</sup> *se sigan divulgando*, tal y como afirma la Exposición de Motivos de la LSSICE.

---

<sup>335</sup> *Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs SCRL*, o *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA*.

<sup>336</sup> Se presupone ajenos.

Al no existir un deber de supervisión o control sobre las transmisiones, la información o los datos sobre los que prestan su intermediación a los usuarios, la responsabilidad positiva de los ISP se anuda, bien a la disposición de control sobre los contenidos, bien a la colaboración deliberada con los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales (por tanto, a un tratamiento activo y no meramente técnico ni neutral de los datos), o bien a la adquisición de un conocimiento efectivo sobre la ilicitud que no vaya seguido de una reacción diligente.

En concreción de lo anterior, en el caso del *linking*, la exención de responsabilidad no opera en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

En definitiva, la LSSICE desarrolla en los arts. 13.2 y 14 a 17 un régimen específico beneficioso para las auténticas actividades de intermediación técnica, pasiva y neutral sobre actos ajenos<sup>337</sup>, donde el fundamento de las exenciones de responsabilidad de los ISP en la Directiva de Comercio Electrónico y en la LSSICE se encuentra en una participación meramente técnica y pasiva *en un hecho ajeno*, que se produce sin conocimiento efectivo de ilicitud.

El elemento distintivo de la responsabilidad penal implantada en el art. 270.2 CP respecto del régimen de responsabilidad establecido para los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la normativa extrapenal estriba en que la penal es una responsabilidad prevista con carácter general y por un hecho o acto propio consistente en “*facilitar de modo activo...el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios*”; en definitiva, por *facilitar, sin la debida autorización y de modo activo, enlaces a contenidos protegidos*; lo que constituye una modalidad específica de acto de comunicación pública en cuanto supone un acto autónomo de puesta a disposición de contenidos protegidos de modo que cualquier persona puede acceder a ellos desde el lugar y en el momento que elija. Por

---

<sup>337</sup>Sobre el que incide -no se olvide-, la disposición del art. 141.6 LPI que permite, como medida cautelar, adoptar en la vía civil la suspensión de los servicios prestados por los intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual

consiguiente, se está ante un supuesto del régimen general al que alude el art. 13.1 LSSICE (“*Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico...*”)<sup>338</sup>.

Antes de la introducción del nuevo tipo del art. 270.2 CP, ya se había sugerido a nivel doctrinal<sup>339</sup> que la conducta de enlazar en la forma en que se presentaba en la práctica era penalmente insertable en el tipo del art. 270.1 CP bajo la construcción de la imputación objetiva -creación de riesgo desaprobado jurídicamente no ajeno al fin de protección de la norma y ataque directo al bien jurídicamente protegido- y que no era aplicable el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación previsto en el art. 13.2 y desarrollado por los arts. 14 a 17 LSSICE por la razón de que la actividad realizada por la página de enlaces excedía de la mera intermediación técnica o neutra en cuanto aportaba contenidos seleccionados y/o elaborados por el propio titular de la web; y modificaba la propia naturaleza de la actuación convirtiendo una página de intercambio de archivos en una página de descarga directa<sup>340</sup>; así como que no era en concreto aplicable el art. 17 LSSICE porque en esa actividad se introducían elementos de contenido propios.

Sin embargo, en realidad, el fundamento de la responsabilidad positiva tanto extrapenal como penal coinciden en un punto común: la intervención del ISP de modo no meramente pasivo, automático, neutral y técnico. Y ello es acorde con la necesaria coherencia de la intervención penal con la administrativa, puesto que no puede haber ilícito ni responsabilidad penal sin un sustrato que sea compartido con el ilícito y la responsabilidad administrativa, pues aquel debe representar un aliud y un plus sobre ésta.

---

<sup>338</sup> Dicha disposición recordemos que en su integridad establece que “*1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley*”.

<sup>339</sup> Vid. DELGADO MARTIN, J., “Responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Especial referencia a las páginas webs de enlaces”, en *Diario La Ley*, núm. 8254. 19 febrero 2014, pág. 4.

<sup>340</sup> Algo apreciado como determinante para la exclusión aplicativa del art. 17 LSSICE en la tan mencionada SAP de Vizcaya (Sección 1ª), núm. 530/2011, de 27 de septiembre en términos que hemos reproducido supra.



El régimen de responsabilidad -o mejor de no responsabilidad- de los arts. 14 a 17 LSSICE, se basa en beneficios de exención de responsabilidad articulados con carácter específico para cuando el prestador de servicio actúa neutral, automática y técnicamente, no tiene control y participación en el contenido de los datos que proporcionan terceros y carece de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de actos ajenos o habiéndolo adquirido reacciona diligentemente. Desde luego, si se dan todas las condiciones para la aplicación de esas exenciones ni la responsabilidad administrativa ni la penal nacerá.

El tipo penal del art. 270.2 CP implica una dolosa<sup>341</sup> facilitación, sin autorización de los correspondientes titulares o cesionarios de los derechos, del acceso o localización de obras y prestaciones protegidas de un modo activo y, por tanto, mediante una actuación o intervención que excede de cualquier tratamiento meramente automático, neutral y pasivo o puramente técnico (mediante simples manipulaciones técnicas inocuas), llevada a cabo con el ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto y ejecutada en perjuicio de tercero. Y en ello reside el aliud y el plus respecto de la responsabilidad administrativa.

La responsabilidad es por un hecho propio calificable como acto de comunicación pública -ya sin duda alguna a raíz de la STJUE “Svensson”- e insertable en el tipo objetivo del art. 270.1 CP.

Tras la reforma de 2015, la previsión explícita del nuevo art. 270.2 CP implica una confirmación de la existencia de una modalidad singular del régimen general de responsabilidad penal de las que refiere el art. 13.1 LSSICE. En realidad, el tipo penal del art. 270.2 CP constituiría, por tanto, un supuesto de la responsabilidad penal establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico en la medida en que contempla como comportamiento típico una conducta o actividad para la que los titulares de derechos de propiedad intelectual ostentan el derecho exclusivo de explotación como modalidad específica que es de comunicación pública ex. arts. 2, 17 y 20.2.i LPI, y que cuando reúne el resto de los elementos del tipo constituye delito con arreglo a la normativa penal común. Sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE, hay un

---

<sup>341</sup> Recordemos, ya sea de propósito o a título de dolo directo, o de segundo grado, como dolo eventual.

previo ilícito civil consistente en la vulneración del derecho exclusivo a la explotación de la comunicación pública sobre las obras y prestaciones que corresponde a sus titulares o cesionarios y un ilícito penal para cuando se satisfacen el resto de los elementos que la infracción penal establece como distintivos propios.

El tipo penal del art. 270.2 CP exige que la actividad de facilitar el acceso o la localización se realice “*de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico*”, en lo que coincide con el fundamento de la afirmación de la positiva responsabilidad administrativa y civil de los ISP. Ello acompaña la intervención penal con las previsiones del procedimiento administrativo de la LPI y el régimen de responsabilidad establecida en la LSSICE.

En efecto, la redacción legal expresamente excluye del ámbito típico penal -al igual que para el procedimiento administrativo lo hace el art. 158. ter.2 B LPI y en común comparte con los arts. 14 a 17 LSSI para acogerse a los beneficios de exención- las actividades de intermediación de carácter puramente técnico y neutro que pueden desarrollar los prestadores de servicios.

Como específico supuesto de actuación que excede el tratamiento meramente técnico, pasivo y neutral, el tipo menciona el ofrecimiento de listados ordenados y clasificados de enlaces. La precisión “en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces” recoge una característica que -como ya se ha mencionado- suele acompañar en la práctica a esta tipología comisiva y que constituye un signo evidente del tratamiento activo y no neutral. El propósito que se halla tras la ordenación y clasificación de los listados es proporcionar a los usuarios facilidades en el manejo de los enlaces y un tratamiento atractivo de la página. Frecuentemente, tales listados se sistematizan mediante la selección, ordenación e información de los títulos disponibles, conteniendo imágenes de las carátulas o contenidos que también constituyen material de propiedad intelectual protegido e incluso sinopsis de los contenidos de las obras a las que se facilita la localización y acceso. Pero como se dijo al exponer la tipología de estas dinámicas comisivas, los listados ordenados y clasificados no han constituido la única señal distintiva de este tipo de comportamientos activos, sino que hay otras como la aportación de herramientas tecnológicas, facilidades de resolución de problemas y

utilidades diversas para incrementar el atractivo de la concreta página y motivar su uso preferente por los usuarios que pretendan el acceso a los mejores contenidos, aflorando con ello una operativa reveladora de la existencia de una auténtica actividad negocial en competencia con otros negocios ilícitos de la misma naturaleza. Toda esta tipología de actuación, que los webmasters suman a labores de mantenimiento y actualización, revela un tratamiento no neutral ni meramente técnico, pues no se está ante meras aportaciones técnicas inocuas.

Indudablemente, con la exigencia de que la facilitación del acceso o la localización a contenidos protegidos se produzca “*de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico*”, quedan fuera los grandes motores de búsqueda en internet (como Google, Yahoo o Bing en occidente, Baidu en China, o Yandex en Rusia).

Ello es acorde con la jurisprudencia civil que considera generalmente amparadas las actividades de reproducción que realizan estos robots de búsqueda por el art. 40 bis LPI. El Tribunal Supremo ha considerado este precepto como una manifestación especial en la LPI de la doctrina del *ius usus inocui*, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), del principio general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad al que se asigna una función social (art. 33 CE), tal y como expresó la STS (Sala de lo Civil), de 3 de abril de 2012, dictada en un recurso de casación por interés casacional, cuyo origen estuvo en una demanda presentada por un ciudadano contra Google por realizar, sin autorización y con infracción de sus derechos de propiedad intelectual, dos conductas que se sometieron al enjuiciamiento: en primer lugar, la reproducción parcial de fragmentos del texto de los sitios web ofrecidos como resultado de la búsqueda y, en segundo lugar, "la provisión de un enlace de acceso a la copia caché del código html de los mismos sitios web". La desestimación se basó en la interpretación de que el art. 40 bis LPI lo permite neutralizando la conclusión que se deduciría de una exégesis literal del límite del art. 31.1 LPI.

#### II.3.2.3.d).- Concurrencia con otras conductas vulneradoras.

La previsión específica de este tipo en el art. 270.2 del Código Penal no debe hacer olvidar que en la dinámica práctica, las modalidades trasgresoras que más frecuentemente se producen en internet y más dañinas se revelan suelen implicar a toda una serie de conductas y una variedad de agentes que coadyuvan al resultado final de masiva vulneración de los derechos de propiedad intelectual: la inicial consecución y “tratamiento” de las obras y prestaciones protegidas (principalmente obras audiovisuales como películas, episodios de series de televisión o telenovelas, composiciones musicales y emisiones de partidos de fútbol y otros eventos deportivos, pero también videojuegos, libros o programas de ordenador) con vistas a su incorporación digital en la red; la subida o colocación por los “uploupders” de dichos contenidos en grandes servidores o cyberlockers (tipo megaupload, hotfile, rapidshare...) que alojan las obras; y la actividad de páginas de enlace que actúan de atractivos escaparates para el público y, mediante “links”, posibilitan el acceso o localización de los contenidos protegidos con base en sistemas de intercambio de archivos P2P (ya sea con canalización de la búsqueda a través de servidores centrales o de modo descentralizado); descargas directas (FTP) de los archivos alojados desde el servidor donde se hallan; o mediante su reproducción, visualización y/o audición on line (streaming) sin incorporación al disco duro del ordenador desde el que se actúa.

En principio, cada una de estas conductas puede darse y contemplarse autónomamente.

Aisladamente consideradas, tras la reforma de 2015, las conductas de consecución y tratamiento de contenidos, así como de subida y alojamiento en los grandes servidores serían punibles con arreglo al tipo básico nuclear del núm. 1 del art. 270 CP, siempre que concurriesen el resto de los elementos típicos. La obtención y tratamiento de los contenidos mediante la grabación de sonido y/o video en sala mediante “screening”, el rípeo o copia de datos de audio y video de un dispositivo multimedia a un disco duro, el telecinado; o a partir de la copia máster, entrarían en la conducta típica de reproducción. La subida y el alojamiento de los contenidos en los megaservidores o cyberlokeros para su acceso final por el público se inscribirían en los actos de comunicación pública.

El tipo del art. 270.2 CP está específicamente orientado a acoger como típica la tercera actividad de aquella variada gama de comportamientos con objeto de salvar las situaciones en las que las páginas de enlace no alojan las obras o prestaciones protegidas<sup>342</sup>, situación en la que -como vimos con ocasión de hacer referencia al tratamiento judicial de las webs de enlaces- no pocas resoluciones judiciales de la etapa anterior a la entrada en vigor de la reforma de 2015 conformaron la corriente judicial contraria a entender que la conducta era incardinable en la comunicación pública.

Sin embargo, ya hemos visto que en la práctica no es infrecuente, sino todo lo contrario, constatar la existencia de un entramado vulnerador conectado y coordinado, e incluso una auténtica estructura estable con diversificación de actividades, tareas y cometidos sometida a un control supervisor común. En efecto, cada vez con mayor frecuencia las investigaciones policiales vienen acreditando que lo ordinario es que existan relaciones de supervisión, colaboración o concierto previo entre los distintos sujetos agentes de la consecución, subida, enlace y alojamiento. Ello se explica porque en un principio las averiguaciones policiales se focalizaban en la actividad de las webs de enlaces y sólo se orientaban a indagar quienes eran sus auténticos responsables y recibían los ingresos derivados de la publicidad. La experiencia y la profundización en las pesquisas ha revelado, no obstante, que en un mismo sujeto o grupo de sujetos puede y suele confluír la realización, a la vez, de varias de estas actividades, sobre todo en las conductas de consecución, tratamiento, subida y enlace a materiales protegidos a cuyo alojamiento han contribuido. Asimismo, el curso de las indagaciones ha puesto al descubierto que existen fuertes vínculos y conciertos entre todos los que intervienen en el negocio de la vulneración de contenidos protegidos, e incluso que existen grupos delincuenciales organizados específicamente dedicados a tales actividades.

La Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Valladolid de fecha 25 de marzo de 2015 condena por delito del art. 270.1 CP a un internauta que utilizaba el nick-name “Triplorita”, en el que confluían las actividades de seguidor de materiales protegidos, subidor (“uploader”) y administrador (“webmaster”) de una página de

---

<sup>342</sup> Puesto que en los sistemas de intercambio P2P de búsqueda centralizada, la página no reduce su actividad a favorecer el intercambio entre usuarios, sino que pone las obras a su disposición luego de guardar los archivos en los servidores centrales. Vid. GÓMEZ RIVERO, M.C., *La tutela penal, op.cit.*, pág. 283 y autores citados en nota 341.

enlace, percibiendo simultáneamente ingresos por la publicidad insertada en ellas (“banners”) y comisiones directas<sup>343</sup> de los servidores de almacenamiento (los “cyberlockers” hotfile.com y uploading.com), desde los cuales los usuarios podían descargarse películas de modo gratuito a velocidad lenta o en modalidad “premium” a alta velocidad. En la web de la que era administrador introducía la carátula de las películas almacenadas en Hotfile y Uploading y una sinopsis de las mismas, facilitando un enlace para realizar las descargas. Asimismo facilitaba enlaces y se anunciaba a través de otras cinco páginas dedicadas a similares actividades.

En casos como éste, la condición de tipo mixto alternativo de la modalidad del art. 270.1 CP permitiría considerar la satisfacción conjunta, por el mismo sujeto que realiza tal gama de comportamientos, de las conductas típicas de reproducción (por la fijación/obtención y tratamiento del material), comunicación pública en su modalidad genérica (por la subida y alojamiento que implica), y en su modalidad específica del art. 270.2 CP en la medida en que se erige en un prestador de servicios de la sociedad de la información (por la actividad de enlace). Normalmente las dos primeras se encontrarían en relación de medio a fin; mientras la tercera podría presentarse también desvinculada de las mismas sobre todo si la actividad enlazadora no se limita a las obras previamente obtenidas y subidas sino que se extiende a material distinto del conseguido por el mismo sujeto (lo que no será inahabitual). La solución calificativa debería optar en tal caso por el tratamiento como delito continuado conforme al art. 74 CP, dado que concurre una pluralidad de acciones que infringen preceptos penales de la misma o muy semejante naturaleza (el art. 270 CP en sus números 1 y 2) aprovechando idénticas ocasiones.

En el operativo policial que originó las Diligencias Previas núm. 2289/2014 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Alicante, se constató que varios individuos residentes en distintas provincias españolas y en un territorio extranjero realizaban a la vez labores de consecución de materiales protegidos y sus audios, la subida a internet y la

---

<sup>343</sup> Concretamente un centavo de dólar por cada descarga realizada, habiéndose acreditado que Hotfile y Uploading abonaron a través del servicio de pago PayPal, en un periodo de cuatro meses, desde el 6 de julio de 2009 hasta el 16 de noviembre de 2009, un total de 1.536 dólares americanos (por lo que las descargas de las películas, según la sentencia- han podido ser alrededor de 153.684); Por ingresos en una cuenta bancaria el acusado obtuvo la cantidad de 1.264,79 €, desde marzo de 2009 hasta febrero de 2010.

administración de webs de enlaces, bajo el mando de un jefe residente en una isla balear que dirigía sus acciones y seleccionaba los contenidos a subir y enlazar. La concertación y la asociación entre los diversos agentes en este caso permite la apreciación igualmente de un delito continuado contra la propiedad intelectual con apreciación de la circunstancia c) del art. 271 CP por la pertenencia a una asociación, aún si fuere transitoria, si es que no se aprecia la existencia de organización criminal del art. 570 bis1.in fine CP, ya que pudiera concurrir un supuesto de agrupación de más de dos personas constituida por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se reparten tareas.

Con ocasión de exponer las características de las modernas dinámicas comisivas en el entorno digital ya se puso de manifiesto que este tipo de actividades está en manos de agrupaciones de delincuentes que actúan de modo organizado y transnacional, y en las que se dan las notas de permanencia, estructura, jerarquía, distribución de tareas y finalidad delictiva que caracterizan a una organización delictiva, satisfaciendo los requisitos de las agrupaciones que constituyen “organización criminal” conforme al vigente art. 570 bis.1 in fine CP o “grupo criminal” a los efectos del art. 570 ter de nuestro Código Penal.

Probablemente el caso más emblemático es el de “Youkioske”, sobre el que se dictó la Sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuyo supuesto de hecho ya fue detallado al tratar la necesidad de la intervención penal en el entorno de la piratería digital y que ha supuesto la primera condena en España por un delito de promoción y constitución de una organización criminal del art. 570 bis.1 CP con finalidad criminal de comisión de delitos relativos a la propiedad intelectual y que de hecho se sumó a la condena por el subtipo agravado de delito contra la propiedad intelectual del art. 271. b) CP.

El caso Youkioske es un caso paradigmático de la operativa de este tipo de páginas para las que se ha diseñado el nuevo tipo del art. 270.2 CP, aunque los supuestos más frecuentes han venido refiriéndose sobre todo a contenidos audiovisuales.

### II.3.3.- Las medidas (definitivas y cautelares) del apartado 3 del art. 270.3 CP.

El artículo 270 CP en su apartado tercero no establece un nuevo tipo básico sino que contiene una serie de medidas aplicables durante la tramitación del proceso penal o a su finalización<sup>344</sup>.

Aunque la redacción de este apartado es algo confusa, no cabe duda de que se refiere a dos tipos de medidas, unas de carácter definitivo a imponer en la sentencia condenatoria y otras de naturaleza cautelar a establecer provisionalmente durante la tramitación de la causa penal. Las primeras se relacionan en un catálogo cerrado integrado por tres modalidades: la retirada de obras y prestaciones, la interrupción de la prestación del servicio y el bloqueo; a las segundas no se alude *nominatim* sino con una fórmula abierta que concede al juez penal un amplio margen de actuación.

Ambos tipos de medidas son imponibles tanto en el tipo básico nuclear del art. 270.1 CP como en el tipo especial del art. 270.2 CP con tal de que se den los presupuestos requeridos para ello<sup>345</sup>. Así se deriva del empleo en plural de la referencia a “*En estos casos*”; la referencia a “los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los *apartados anteriores*” y la dotación de autonomía a este apartado frente a la versión del Proyecto de L.O. de reforma del CP aprobada en el Congreso de los Diputados, donde aparecía como párrafo inmediatamente siguiente y por ello asociado al que contenía la nueva figura de facilitación no autorizada del acceso o la localización en internet de contenidos protegidos que ahora consta en el 270.2 CP.

La pésima técnica de redacción empleada en este apartado genera una amalgama que conviene deshacer a la hora de abordar su comentario, que es preferible ordenar atendiendo a la naturaleza definitiva o cautelar de las medidas.

---

<sup>344</sup> Concretamente, el art. 270.3 CP establece que:

*En estos casos, el Juez o Tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el Juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual.*

*Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.*

<sup>345</sup> Por ejemplo, las medidas definitivas de interrupción y bloqueo están exclusivamente previstas para los supuestos en que los contenidos protegidos se difundan exclusiva o preponderantemente a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información.



### **II.3.3.1.- Medidas de cese definitivo de la actividad infractora: retirada de obras y prestaciones, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo del acceso.**

El texto del precepto contempla tres medidas a imponer en caso de condena, dos de ellas con carácter imperativo, como se deduce de la expresión verbal (“se ordenará”) empleada tanto para la medida de retirada de obras y prestaciones, como para la de interrupción de la prestación del servicio; y una de carácter facultativo, como se deriva del modo verbal potestativo (“podrá ordenar”) aplicado a la adopción de la medida de bloqueo en atención a la excepcionalidad de su imposición.

Las tres tienen por objeto poner fin a la actividad ilícita e impedir su mantenimiento o reanudación y, en dicha medida, guardan cierto parentesco con las medidas orientadas al mismo propósito establecidas en el art. 139 LPI que pueden ser impuestas en el procedimiento penal por la remisión integral que efectúa el art. 272.1 CP “*a las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita...*”.

La relación de semejanza teleológica es particularmente intensa respecto de las medidas dispuestas por el art. 139.1 LPI en sus letras a) suspensión de la explotación o actividad infractora; b) prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora; c) retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción; y h) suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Sin embargo, éstas y aquellas son plenamente compatibles y, de hecho, la inexistencia de una total coincidencia entre ellas permite que ambos grupos de medidas, tanto las reseñadas en el apartado 3 del art. 270 CP como las imponibles en virtud del art. 272.1 CP, pueden sumarse entre sí y acordarse cumulativamente en la sentencia. Sólo la retirada de obras y prestaciones objeto de infracción puede presentar una zona de confluencia absolutamente coincidente con la medida del art. 139.1 c) LPI e incluso el decomiso del art. 127 CP, en caso de que, como entiendo, su aplicación sea posible en el ámbito de las vulneraciones físicas.

Las tres medidas contempladas en el art. 270.3 CP comparten una dificultad en la calificación de su naturaleza conforme a las reglas generales del CP, pues ni están citadas en el catálogo de penas del Título III, ni están previstas entre las consecuencias accesorias del subsiguiente Título IV (ambos del Libro I del CP), ni tampoco pueden asimilarse a las medidas imponibles conforme al art. 272.1 CP como integrantes del alcance de la extensión de la responsabilidad civil, ni son incardinables en el concepto de responsabilidad civil a la que da lugar un hecho penal dentro del concepto de “restitución”, al menos conforme a la noción que se desprende de los arts. 110.1 y 111 CP, por más que resulten tendentes a que la actividad ilícita cese y no se reitere; y ello implique un restablecimiento del orden jurídico perturbado por la infracción jurídico-penal.

Los concretos términos empleados en la redacción legal (“*el Juez o Tribunal ordenará*” respecto de la retirada y “*se ordenará*” en lo relativo a la interrupción de la prestación) aproximan las medidas definitivas a las consecuencias accesorias. Se tratarían de modalidades específicas de “pseudo-consecuencias” o “para-consecuencias” accesorias a la condena penal previstas en la Parte Especial del Código Penal. El empleo del mismo verbo y en los mismos términos imperativos (“ordenará”) en el art. 127 bis.1 CP para el conocido como *decomiso ampliado* en el que la reforma de 2015 ha incluido los delitos contra la propiedad intelectual en el marco de las consecuencias accesorias del régimen general, refuerza -a mi juicio- este parecer.

Hay que descartar absolutamente que a partir del parecido y finalidad que las medidas del art. 270.3 CP comparten con algunas medidas definitivas civiles previstas en el art. 139 LPI, se pretendan concebir como consecuencias de naturaleza civil. La cuestión no es meramente teórica dado el carácter disponible de las acciones civiles incluso cuando hay un proceso penal en marcha. Conforme al art. 109.2 CP “2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”. La acción civil se ejerce conjuntamente con la penal, pero si el perjudicado se la reserva o ejerce dicha opción, conforme a la dicción y encuadre del art. 272 CP, debería entenderse que las medidas de cese de la actividad ilícita del art. 139.1 LPI estarían abarcadas por dicha reserva y, por consiguiente, el Juez o Tribunal penal no podría adoptarlas en sentencia. Si lo mismo se predicase de las medidas definitivas del art. 270.3 CP, el juez penal no podría adoptarlas en el mismo supuesto de que el perjudicado

optase por no exigir la responsabilidad civil en el proceso penal. En mi opinión, sin embargo, el empleo del verbo “ordenar” en términos rotundamente imperativos respecto de la decisión del órgano judicial constituye un serio obstáculo a dicho entendimiento, pues lo primariamente deducible es que se trata de un deber imperativo e ineludible: toda condena conllevará obligatoriamente la retirada de obras y prestaciones y la interrupción del servicio de la sociedad de la información. Ello aleja terminantemente las medidas definitivas del apartado 3 del art. 270 CP de la naturaleza de medidas incardinables en el alcance de la responsabilidad civil.

En una lectura apresurada del apartado 3 del art. 270.3 CP podría resultar llamativo que respecto de la *interrupción de la prestación* del servicio se utilice el verbo en términos imperativos (“*se ordenará*”) al igual que previamente se hace respecto de la retirada de contenidos, en contraste con los potestativos (“*el Juez podrá*”) que son empleados para referirse a la adopción de *cualquier medida cautelar*.

Pero ello es comprensible puesto que -como se desprende de ello- la interrupción a la que se refiere el primer párrafo del precepto es una medida, como la de retirada del primer inciso, definitiva a adoptar en la sentencia de condena, a modo de consecuencia accesoria de la misma<sup>346</sup>. La ubicación de la retirada y la interrupción de la prestación del servicio en incisos separados adquiere sentido en la medida en que la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción puede producirse con carácter general en todo tipo de vulneraciones, ya sean en el marco de la piratería física (aplicándose al original o ejemplares físicos que constituyan copias lícitas o ilícitas sobre las que se hayan realizado conductas infractoras por esta vía aunque lo mismo podría hacerse por aplicación de la letra c del art. 139.1 LPI) como en el ámbito de la piratería digital (respecto de contenidos digitales protegidos) especialmente producida a través o en el entorno de internet; mientras -lógicamente- la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información tiene su ámbito natural y adquiere sentido en la difusión de aquellas a través de internet mediante un portal de acceso o un servicio de la sociedad de información.

También el *bloqueo del acceso* al que se refiere este apartado parece mencionado en su calidad de medida definitiva a imponer en la sentencia definitiva si bien el verbo, pese a coincidir con el empleado para la retirada y la interrupción, se utiliza indicando

---

<sup>346</sup> Esta es la opción más oportuna a la vista de su imprevisión en el catálogo de penas.

posibilidad y no obligación (“podrá ordenar”), lo que es lógicamente debido a su previsión como decisión excepcional. La norma penal establece, en efecto, su adopción excepcional y ofrece dos parámetros indicativos de cuándo procedería, supeditándolo a la existencia de reiteración de conductas y a la proporcionalidad, eficiencia y eficacia de la medida. El empleo del adverbio “cuando” en relación a ambos criterios y su unión por la conjunción “y” permitiría interpretar que no es necesario que se den las dos circunstancias cumulativamente. Sin embargo, sería absurdo desconocer que la medida puede ser proporcionada, eficiente y eficaz sin que exista reiteración de conductas (ya que la entidad de la difusión o el impacto económico y la entidad del perjuicio pueden justificarlo), pero que difícilmente cabe sostener que pueda adoptarse exclusivamente en atención a la reiteración de conductas si la medida no es, además, proporcionada, eficiente y eficaz. La proporcionalidad es exigencia de toda sanción y medida judicial o administrativa, ya sea provisional o definitiva. Al igual que se prevé en la LPI, también en el orden penal todo bloqueo del servicio de la sociedad de la información por parte de los proveedores de acceso de Internet debe motivarse adecuadamente en consideración a su proporcionalidad, teniendo en cuenta la posible eficacia de las demás medidas al alcance, precisamente por la esencia de intervención mínima que conlleva toda aplicación del Derecho Penal. Y como también se establece en la LPI en el caso de prestarse el servicio utilizando un nombre de dominio bajo el código de país correspondiente a España (.es) u otro dominio de primer nivel cuyo registro esté establecido en España, procederá notificar los hechos a la autoridad de registro a efectos de que cancele el nombre de dominio.

### **II.3.3.2.- Medidas cautelares.**

En cuanto a las medidas cautelares, el apartado 3 del art. 270 CP permite entender habilitada en los supuestos indicados en la norma (*cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores*), la aplicación de cualquier medida cautelar de protección y,

entre ellas -y sobre todo por resultar las más acordes con los principios de legalidad<sup>347</sup> y seguridad jurídica-, las específicamente establecidas en la normativa civil como tales, ya se encuentren en la LEC o en la LPI.

La introducción de esta previsión podría parecer superflua, pero es más que conveniente.

Un condicionante que ha perjudicado históricamente la eficacia de la intervención penal en España ha venido siendo la imprecisión en el régimen de medidas cautelares aplicables en los procesos penales seguidos por este tipo de delitos.

La situación de desprotección de los derechos involucrados se ha visto agravada por el hecho de que en los procesos penales no se han venido imponiendo las medidas cautelares específicas previstas en las normativas especiales extrapenales existentes sobre propiedad intelectual. Incluso a pesar de existir en la normativa extrapenal<sup>348</sup> disposiciones específicas que habilitaban esta posibilidad, lo cierto es que, en la inmensa mayoría de los casos, simplemente no se han venido adoptando medidas cautelares que ampararan los intereses de los perjudicados por el delito.

Ello suponía incumplimiento de la obligación genérica, entre las primeras diligencias a acordar, de otorgar protección a los perjudicados e impedir la continuidad de la actividad infractora y de sus efectos (art. 13 LECR), que debe motivar la petición del Fiscal y la actuación del Juez frente a cualquier delito.

En el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual es posible la adopción de las medidas cautelares específicas previstas en el normativa extrapenal porque existe una específica previsión normativa en la LPI que así lo establece. En efecto, el art. 143 LPI dispone que: *“En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en los procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.”*

---

<sup>347</sup> Sin perjuicio de no desconocer que el rigor estricto en la exigencia del principio de legalidad se refiere a las medidas cautelares de naturaleza personal, no cabe duda que su presencia en las de carácter real constituye un valor añadido.

<sup>348</sup> O precisamente por eso, por estar fuera de la normativa penal sustantiva y procesal.

Esta previsión habilita la adopción en el proceso penal -de manera compatible con las estrictamente procesales penales- de las medidas establecidas en el Título VI del Libro III Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), integrado por los arts. 721 a 747 de dicho cuerpo legal y en especial del catálogo contemplado en el art. 727 LEC, que hay que destacar que no es exhaustivo, por cuanto las mismas podrán adoptarse “entre otras” y el artículo que le precede -el art. 726- contempla la posibilidad de acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación directa o indirecta que reúna las características previstas en el mismo, esto es, ser exclusivamente conducente a posibilitar la tutela judicial que pudiere otorgarse eventualmente en la sentencia con objeto de que no pueda verse impedida o dificultada durante la pendencia del proceso, y no ser sustituible por otra medida de igual eficacia y menos gravosa o perjudicial. E incluso cabe la posibilidad de articular como tales órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo pretendido en el proceso, todas ellas sometidas al régimen general proveniente del carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación o alzamiento propio de las medidas cautelares.

El problema es que, antes de la entrada en vigor de la nueva LEC del año 2000 que pretendió la unificación normativa civil, el art. 143 LPI se refería a las medidas cautelares urgentes específicas contempladas en el art. 141 LPI y la nueva referencia planteó la duda de si era posible aplicar éstas en el proceso penal además de las del art. 727 LEC, ya que la referencia de la redacción actual es en exclusiva a la LEC.

La cuestión ha adquirido una especial relevancia tras la explosión de revolución tecnológica que supuso internet y la generalización de su uso. La trascendencia de establecer un nexo de conexión remisiva de la normativa penal a la extrapenal en este ámbito tiene mucha importancia ya que el continuo proceso de transformación de la normativa de base extrapenal ha venido repercutiendo naturalmente en la específica parcela de la protección cautelar de estos derechos.

La batería de instrumentos cautelares disponibles fue reforzada a través de la *Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios* (cuya finalidad fue la implementación de la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, de 29 de abril de 2004, tendente a aproximar

las legislaciones de tales medios de tutela para garantizar un nivel elevado, equivalente y homogéneo de protección en el mercado interior), que reformó la LEC, la LPI, la Ley de Patentes, la Ley de Marcas y la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial; y, asimismo, mediante la *Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (de implementación de la Directiva 29/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y afines en la sociedad de la información, por la que la Unión Europea dio cumplimiento a los Tratados de la OMPI) que reformó, entre otros aspectos, el Libro III de la LPI relativo a la protección de los derechos reconocidos en esta ley, esto es, a las acciones y medidas cautelares urgentes específicamente previstas frente a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual. En materia de propiedad intelectual las nuevas medidas fueron y permanecen actualmente incluidas en el referido art. 141 LPI.

Pues bien, ya he mostrado en más de una ocasión<sup>349</sup>, mi opinión decididamente favorable a una respuesta positiva a la cuestión de si en el proceso penal son aplicables las medidas del art. 141 LPI.

Una interpretación que sostuviera una conclusión contraria a la posibilidad de aplicación en el proceso penal de las medidas cautelares urgentes del art. 141 LPI conduciría al absurdo de entender que cuando la infracción es de mayor intensidad -así ha de considerarse la vulneración penal frente a la meramente civil- y, por tanto, también las necesidades de protección cautelar son más agudas, el catálogo sería más restringido. Por otro lado, tal interpretación chocaría con el carácter abierto y no exhaustivo de los arts. 726 y 727 LEC, que permitiría, en el peor de los casos, la adopción de estas modalidades de medidas por la vía del art. 726 o por la que propicia la previsión establecida en el núm. 11<sup>a</sup> del art. 727, que admite la adopción de *aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayese en juicio.*

---

<sup>349</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “La lucha penal contra la piratería física y digital. Elementos normativos y dinámica jurídico-práctica”, en *Actualidad Civil. Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia Civil, Mercantil y Procesal*, número 4, abril de 2015, pág.84.

Otro argumento añadido es que el art. 272.1 CP expresamente remite a las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad lícita y a la indemnización de daños y perjuicios, como normas determinantes de la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 270 y 271 CP y, a la vista del contenido posible de las medidas relativas al cese de la actividad ilícita contempladas en el art. 139 LPI e incluso de la indemnización procedente con arreglo al art. 140 LPI, es más que evidente la estrecha relación entre las previsiones del art. 139 LPI y del art. 140 LPI y las medidas cautelares que las harían posibles como pronunciamiento de la sentencia definitiva, de manera que son particularmente las medidas cautelares previstas en el art. 141 LPI las específicamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que puede otorgar una eventual sentencia condenatoria en esta parcela con arreglo a los arts. 139 y 140 LPI determinantes de las consecuencias que, conforme al art. 272 CP, procede acordar en la sentencia penal. Así lo posibilitaría expresamente el propio art. 138 LPI, que tras declarar -en su primer párrafo- el derecho del titular a instar el cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicio, indica en el tercero que *asimismo podrá solicitar con carácter previo la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el art. 141.*

Se debe recordar, además, que el art. 141 LPI -antes de la reforma de 2006- no fue derogado por la LEC que sí derogó el art. 142 relativo al procedimiento (apartado 13º de la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000), lo que implicó que la tesis unificadora de la LEC afectara a las cuestiones de procedimiento, pero no al contenido de las medidas cautelares urgentes reconocidas a los titulares de los derechos de propiedad intelectual en la LPI; y, por demás, dicho art. 141 LPI ha sido reformado en sentido ampliatorio tanto por la Ley 19/2006, de 5 de junio, como por la Ley 23/2006, de 23 de julio, precisamente para perfeccionar el sistema de medidas disponibles para los titulares de derechos de propiedad intelectual cuando sus intereses se vean perjudicados por actividades ilícitas, y sería un contrasentido sustraer de la esfera de protección penal las posibilidades que otorga la regulación jurídico privada específica, justo cuando el sentido de la existencia del art. 143 LPI es ampliar el espectro de instrumentos tuitivos del proceso penal, sumando a ellos las medidas cautelares que pueden decretarse en el proceso civil.



Expresamente, las mentadas leyes de 2006 incluyeron la referencia a las medidas del art. 141 LPI en el art. 138 LPI, donde se precisa el contenido de las acciones y medidas que corresponden a los titulares de los derechos para la protección de los mismos y con aquéllas conforman la batería de instrumentos de tutela modernizados en atención a las características de la tipología infractora que los nuevos avances tecnológicos vienen favoreciendo.

De hecho, las medidas específicas contempladas en la normativa jurídico-privada y más concretamente en el art. 141 LPI son las más adecuadas para atajar la continuidad de la infracción y la prolongación del perjuicio, así como asegurar las resultas de una eventual sentencia de reconocimiento de la infracción y, por lo tanto, siendo el interés preponderante que el quebranto del orden jurídico no continúe, se perpetúe o reitere, constituiría una sinrazón impedir su efectiva utilización.

En referencia a este precepto y las medidas que permite adoptar, la Circular FGE nº 1/2006 ni siquiera se planteó esta cuestión y dio por supuesta su aplicación en el proceso penal, afirmando expresamente lo siguiente:

*“Por lo que se refiere a las medidas cautelares que pueden ser instadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual, las mismas se establecen en el art. 141 LPI. Dichas medidas específicas, sin perjuicio de las que puede adoptar el juez de instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim, deberán ser también tenidas en cuenta, puesto que el art. 143 de la LPI dispone: “En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal”.*

*La adopción de tales medidas debe entenderse podrá ser acordada de oficio por el Juez de instrucción, o a petición del Ministerio Fiscal, sin que resulte presupuesto necesario la previa petición del titular del derecho infringido, dado que tras la reforma de la L.O. 15/2003, nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y*

*presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.”*

En resumidas cuentas, derogado el art. 142 LPI desde la Disposición Derogatoria Única, apartado 13º, de la LEC, tanto las medidas de los arts. 726 y 727 LEC como del art. 141 LPI, podrán acordarse siguiendo, salvo en lo que no sea compatible con la naturaleza del proceso penal, las reglas previstas en los arts. 730 a 739 LEC, y particularmente de acuerdo con las posibilidades establecidas en el art. 733 LEC, y, por tanto, también, *inaudita altera parte* en los supuestos que ello esté justificado, tal y como demanda el compromiso adquirido por nuestro país con arreglo al art. 50.2 de los ADPIC.

No obstante, la práctica ha seguido y sigue empeñada en demostrar que si bien la situación normativa permite concluir que en los procesos penales seguidos por delitos contra la propiedad intelectual pueden y deben aplicarse las medidas cautelares específicas previstas en el normativa extrapenal, su imposición no es frecuente, sino más bien muy rara, y no ha habido cambios significativos respecto de la situación anterior que puedan hacer afirmar que la praxis ha mejorado notablemente.

Infrautilización o empleo tardío e ineficaz siguen siendo las pautas generales y, por regla general<sup>350</sup>, ni los fiscales suelen instar ni los órganos judiciales suelen acordar ni de oficio ni a petición de la acusación particular (única que suele pedir las con insistencia) las medidas cautelares normativamente disponibles. El déficit no es normativo sino aplicativo y de poco sirve tener instrumentos legales y Circulares de la FGE con potencial de efectividad si simplemente no se aplican por quienes tendrían la responsabilidad para ello.

---

<sup>350</sup> No sin importantes excepciones, como en el asunto seguido por películas y series yonkis (Diligencias Previas núm. 4627/09 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia), en el que el Fiscal en escrito de fecha 3 de diciembre de 2013 interesó de conformidad con lo dispuesto en el artículos 8, 11 y 35 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico y art. 13 LECR, el cese de la actividad ilícita, resolviendo el cierre y bloqueo de las páginas webs *peliculasyonkis.com*, *seriesyonkis.com* y *videosyonkis.com*, ordenándolo así al servidor donde tales webs se encuentran alojadas, perteneciente a la empresa COMVIVE SERVIDORES SL. Y así lo acordó el Juez mediante Auto de 11 de febrero de 2014.

Cuando se trata de contenidos cuya explotación económica tiene un ciclo de tiempos en los que la novedad de la aparición del contenido presenta un valor crucial, sencillamente resulta inoperante la acción de los aplicadores del sistema si no proceden a su protección cautelar inmediata y urgente frente a su puesta a disposición instantánea, masiva y mundial a través de internet. Piénsese en las películas de estreno en cines. Si se denuncia la vulneración sistemática a través de la comunicación pública en internet de las mismas desde determinadas páginas web, y no se establece ninguna medida cautelar inmediata o ésta se adopta a los seis, diez o veinte meses, cuando el ciclo de explotación en cines y posteriores ventanas de rentabilización ha cesado, el perjuicio se habrá multiplicado y consumado sin remedio, careciendo de efectividad el proceso penal en su función de provocación de cese de la actividad ilícita e impedimento de la perpetuación de sus efectos.

En cualquier caso, el escenario normativo en materia cautelar en el seno del proceso penal por delitos relativos a la propiedad intelectual puede ser calificado como obtuso y poco claro siendo que, como ya he sostenido y propuesto en reiteradas ocasiones<sup>351</sup>, resultaría fácil esclarecerlo con una simple disposición en la Ley de Enjuiciamiento Criminal -siempre pendiente de una supuesta reforma integral inminente y modernizadora que nunca llega<sup>352</sup>- que, paralelamente y en concordancia con el art. 143 LPI, expresamente contemplara la posibilidad de aplicar en el marco del proceso penal las medidas cautelares específicamente previstas en la normativa extrapenal, cualquiera que sea ésta (LEC o LPI).

De ahí que pueda considerarse un paso positivo la novedad introducida por la reforma 2015 del Código Penal en esta materia puesto que el nuevo apartado núm. 3 del art. 270 contiene una expresa referencia que puede considerarse aporta un valor añadido a la protección cautelar en la dirección indicada, al establecer que “el Juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”.

Aunque ello se predique exclusivamente para cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información se difundan exclusiva o

---

<sup>351</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., La lucha penal contra..., *op.cit.*, pág. 86.

<sup>352</sup> El Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la LECR, actualmente en tramitación parlamentaria, es de nuevo una reforma parcial “para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica”.

preponderantemente los contenidos objeto de propiedad intelectual a los que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 270 (obras o prestaciones), lo cierto es que abarca las situaciones que en la actualidad más efectos nocivos provocan en los derechos patrimoniales de los perjudicados inmediatamente por el delito y más daño causan a los intereses supracolectivos presentes. Y amén de ello es patente su potencial de refuerzo de la posibilidad general de satisfacer las necesidades cautelares, con respeto al principio de legalidad imperante también en la materia en el orden jurisdiccional penal, en conexión con la normativa extrapenal a través de lo dispuesto por el art. 143 LPI, y los reenvíos que se producen a la Ley de Enjuiciamiento Civil y de ésta a la normativa de la LPI como ley especial rectora de la materia que es a los efectos del art. 429 CC.

Desde luego la novedad cautelar introducida supone la aplicabilidad en los supuestos indicados de las contempladas en la LEC y la LPI, y entre éstas, especialmente, las medidas urgentes del art. 141 LPI; pero es más, incluso cabe sostener, a mi juicio, incardinables en la expresión legal “cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual” las contempladas por la LPI como medidas administrativas de restablecimiento de la legalidad en su art. 158 ter; y ello con la extensión y colaboración que dicho precepto prevé, siempre -claro está- con carácter puramente temporal, provisional, condicional y susceptible de modificación y alzamiento (ex. art. 726.2 LEC) y de manera acorde con los presupuestos clásicos que habilitan la adopción de cualquier medida cautelar. Pese a que *nominatim* la LPI no las califique de medidas “cautelares”, su evidente potencial para servir de medio o instrumento de “protección de los derechos de propiedad intelectual” durante la tramitación del proceso penal y su condición de “actuación” a proveer con las características que preconiza el art. 726.1 LEC, permite que el juez penal las adopte dotándolas del tal carácter con nota de provisionalidad y variabilidad, sobre todo porque resultan particularmente idóneas para poner fin e impedir la pervivencia de la acción o actividad constitutiva de delito y la persistencia o continuidad de sus efectos. Ello no excedería la amplia habilitación legal que proporciona el art. 270.3 CP en combinación con los arts. 143 LPI y 727.11ª LEC (“*como medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia*”) y que provee al juez de una extensa potestad para emplear todo recurso que sirva a dicho propósito. Las medidas de retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo son medidas de restauración del orden jurídico perturbado y siendo

el interés preponderante en toda medida cautelar -como ya se ha dicho- que el quebranto del orden jurídico producido por un delito no continúe, se perpetúe o reitere, constituiría un sinsentido -también en relación con ellas- impedir su efectiva utilización, máxime cuando las mismas medidas podrán ser adoptadas como definitivas y por tanto las mismas presentan un indudable valor añadido para hacer posible la efectividad de la tutela judicial a dispensar en la sentencia final.

En consecuencia, considero que el juez penal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o una parte, en su acción de tutela cautelar, podrá:

- 1.- Adoptar medidas provisionales de retirada de contenidos e interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o de retirada de los contenidos vulneradores de tales derechos.
- 2.- Determinar que tales medidas comprendan medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma.
- 3.- Extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.
- 4.- Requerir, a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> De haberse requerido, la falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad podrá considerarse como desobediencia a la autoridad judicial siempre que se den los requisitos de esta figura penal. Recordemos que la misma conducta cometida respecto de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual está considerada como infracción de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

5.- Valorar, en la adopción de las medidas de colaboración, la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

Con estas medidas se podrá completar una protección cautelar completa y efectiva de los derechos de propiedad intelectual involucrados concretando la tesis de suma y orientación teleológica que preside la regulación en esta materia. No hay mayor protección que la que logra poner fin a una actividad infractora e impedir que se reanude o pervivan sus efectos y en las modalidades de vulneración en internet son precisamente la retirada de contenidos, la interrupción del servicio de la sociedad de la información y el propio bloqueo las más eficaces.

#### **II.3.4.-El tipo atenuado del art 270.4 CP: la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional.**

La principal novedad de la reforma producida mediante la L.O. 5/2010 fue la introducción en el párrafo segundo del art. 270.1 CP de un tratamiento atenuado potestativo de la distribución al por menor de obras protegidas en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurriesen las circunstancias de agravación del art. 271 CP, y la previsión de una falta en el art. 623.5 CP para los mismos casos si el beneficio no fuese superior a 400 euros.

La reforma del CP operada por la L.O. 1/2015 establece un nuevo apartado 4 en el art. 270 CP<sup>354</sup> a través del que se produce una reformulación típica consistente en implantar un tipo atenuado principal obligatorio para las conductas típicas de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, castigado con pena de prisión, y un subtipo atenuado adicional de aplicación potestativa, para el que se prevé pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad en los casos en los que cumulativamente se

---

<sup>354</sup> Art. 270.4 CP, con el siguiente contenido:

*“En los supuestos a que se refiere el apartado primero, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271, el Juez podrá imponer la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”.*

den unas especiales características en el culpable y el beneficio económico real o potencial no supere la reducida cuantía, sin que concurren las circunstancias que integran los tipos agravados del art. 271 CP.

Ambos tipos son herederos de la anterior enunciación típica y ello obliga a recordar que la introducción en 2010 del entonces párrafo segundo del art. 270.1 CP dio lugar a variadas interpretaciones sobre su razón de ser. Del Preámbulo de la L.O. 5/2010 se desprendía que el legislador pretendía disminuir la gravedad de las consecuencias penales de la aplicación del tipo básico, apelando a la falta de proporción de la respuesta penológica en los casos del denominado “top manta”, cuyos principales actores eran inmigrantes que carecían de otro medio de subsistencia, lo que era indicativo de la indudable naturaleza penal que para el mismo tenían tales hechos conforme al art. 270.1 CP, pero lo cierto es que incidió sobre una previa controversia judicial sobre la procedencia misma de su represión penal.

Frente a las sentencias condenatorias que brindaban muchos órganos jurisdiccionales, un importante grupo de órganos judiciales absolvía no aplicando el tipo básico nuclear a esta tipología de vulneración de los derechos de propiedad intelectual sobre la base de diversos argumentos como la insignificancia del hecho o del perjuicio, la falta de ofensividad para el bien jurídico protegido, la inidoneidad para ocasionar un auténtico daño a los derechos ajenos, el empleo de un concepto restringido de “distribución”, la exclusión de ánimo de lucro por concurrir afán de subsistencia, y otros criterios sustentados en el principio de intervención mínima, la subsidiariedad del derecho penal e incluso razones de justicia social<sup>355</sup>. En cualquier caso, frente al manejo de propuestas y soluciones de despenalización o mantenimiento de estas conductas en la esfera de la prohibición administrativa, el legislador del 2010 dejó clara la naturaleza penal de estos hechos si bien acomodando la represión penal a lo que estimó merecedor de una respuesta atenuada desde el prisma de la pena, pero los problemas aplicativos de la nueva figura pronto se evidenciaron en la medida en que la redacción legal presentaba campo abonado para ello<sup>356</sup>. Más allá de su naturaleza de tipo atenuado y su aplicación

---

<sup>355</sup> Vid. al respecto, argumentos detallados, sentencias referenciadas y trabajos que han analizado las distintas corrientes generadas en la jurisprudencia menor en RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela Penal...*, op.cit., pág. 501 a 506. Especialmente notas 10 a 16.

<sup>356</sup> Teniendo presentes sus términos, que recordemos que eran los siguientes: “*No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de*

potestativa (en la medida en que el Juez “*podrá*” imponer o no la pena minorada), se podían discutir múltiples aspectos, tales como si eran exigibles los mismos elementos del tipo básico del párrafo primero del art. 270.1 CP; si los ejemplares debían ser ilícitos o no; cuál concepto de distribución debía manejarse y qué debía entenderse por “distribución al por menor”; qué alcance había de otorgarse a los imprecisos términos “características del culpable” y -en consecuencia- a qué sujetos activos podía aplicarse; a qué parámetros y elementos acudir para cuantificar el término “reducida cuantía” y determinar a qué clase y noción de “beneficio económico” debía atenderse. La existencia de la entonces falta del art. 623.5 CP reducía, por demás, la operatividad real del tipo atenuado pues difícilmente en la práctica podría probarse que el beneficio excediese de los 400 euros.

La reformulación efectuada por la reforma de 2015 no supera todos estos problemas, pues mantiene buena parte de los rasgos anteriores, pero puede valorarse como una mejora técnica en algunos aspectos.

Básicamente las observaciones de partida sobre el alcance de la reforma serían las siguientes:

1.- La configuración tanto del tipo atenuado principal como del subtipo privilegiado con una atenuación adicional se efectúa como tributaria del tipo básico del art. 270.1 CP, tal y como se deduce de los términos “*En los supuestos a que se refiere el apartado primero...*”.

2.- El ámbito del comportamiento típico generador de la atenuación del art. 270.4 CP es, en ambos casos (tipo privilegiado y muy privilegiado), el de la “distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional”, que sustituye al anterior parámetro de la “distribución al por menor”.

3.- La novedad más acusada es el establecimiento de un tipo atenuado preceptivo, castigado exclusivamente con pena de prisión, que no atiende a condición del sujeto activo ni a la cuantía del beneficio sino únicamente al comportamiento de distribución o comercialización ambulante u ocasional.

---

*treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del art. 623.5.”*



4.- La atenuación más privilegiada se circunscribe a los supuestos en que cumulativamente se den las tres condiciones indicadas en la redacción típica: características del culpable, reducida cuantía del beneficio económico efectivo o potencial -nuevo parámetro que sustituye al “beneficio económico”-, y no concurrencia de ninguna de las circunstancias del artículo 271 CP.

5.- La desaparición de la falta como tal y su subsunción en el tipo muy privilegiado del párrafo 2º del art. 270.4 CP.

De la primera constatación se desprende la conexión indudable con el tipo básico nuclear del art. 270.1 CP, y la consecuencia ineludible de que ha de estimarse exigible la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del tipo básico nuclear que constituyen un común denominador a conjugar con los elementos diferenciadores de cada uno de los tipos atenuados basados en la distribución ambulante o meramente ocasional.

Tal aclaración merece un juicio positivo. Por más que en la redacción anterior pudiera sobreentenderse en un contexto lógico, la expresa referencia a los supuestos del apartado primero del art. 270 CP afianza las exigencias que integran la esencia del mayor desvalor que delimita la esfera de intervención penal.

Son reproducibles por comunes, por tanto, las consideraciones efectuadas respecto del tipo básico nuclear en materia de sujetos pasivos, objeto material, dolo, ánimo de obtención de beneficio económico directo e indirecto, actuación en perjuicio de tercero, y ausencia de autorización de los titulares o cesionarios de los derechos.

En cuanto al comportamiento típico objeto de atenuación, su identificación como “distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional” supone un cambio significativo respecto de la anterior caracterización de la conducta como “distribución al por menor”.

Permanece el referente de la distribución que define en el art. 19 LPI y, por tanto, acoge todo supuesto de puesta a disposición del público del original o de las copias de obras o prestaciones en un soporte tangible, mediante venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Desaparece, por el contrario, la referencia “al por menor” y se sustituye por la calificación “ambulante o meramente ocasional”, lo que acota el campo típico de la atenuación ya que por distribución al por menor o minorista se entiende comercialmente

toda puesta a disposición de las obras o prestaciones a un consumidor final, al público en general, y -por lo tanto- incluía la efectuada en establecimientos abiertos al público (incluso la realizada en grandes almacenes, naves y comercios minoristas). Tras la reforma de 2015 los tipos atenuados no podrán ser aplicados en puridad a las conductas llevadas a cabo en establecimientos abiertos al público salvo que se constate una comercialización calificable de simplemente esporádica, algo difícilmente compatible con la actividad de tal tipo de establecimientos salvo si la prueba sólo alcanza a un comportamiento típico aislado.

No cabe duda de que con ello se aproxima el ámbito típico privilegiado a la real voluntad del legislador de 2010 puesto que siendo su objetivo el denominado “top manta”, la imprecisión de los términos legales, combinando la referencia a la distribución “al por menor” con los indeterminados términos “características del culpable” y las dificultades de determinación del beneficio económico, había posibilitado resoluciones judiciales que aplicaban el tipo atenuado y la falta originarias a situaciones bien alejadas del propósito originario del legislador, como la venta en grandes naves y de numerosas copias efectuadas por ciudadanos con alta capacidad económica y patrimonial<sup>357</sup>.

El tipo atenuado del primer párrafo del apartado 4 del art. 270 CP que sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años es de aplicación preceptiva y no potestativa para el Juez o Tribunal como se deduce del verbo “*se castigará*” empleado en la redacción típica, y se satisfaría en principio con la simple distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, de modo que no es necesario atender a característica alguna del sujeto pasivo de la conducta -más allá del cómo y el dónde de realización de la conducta- ni al alcance económico o cuantía del beneficio. De hecho, su conexión con el tipo básico nuclear y la ausencia de cualquier referencia al beneficio implica la plena identidad con los elementos compartidos con aquél, de forma que -a nivel subjetivo- basta con el ánimo de obtener el beneficio económico directo o

---

<sup>357</sup> Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 866, quien critica que se continúe sin estimar como circunstancia de atenuación penológica la reducida cuantía en otras modalidades típicas distintas a la distribución y pronostica que muchos Juzgados y Audiencias continuarán ignorando y cita la SAP Valencia 30 de julio de 2013 y la SAP Salamanca de 23 de septiembre de 2013 como ejemplos de aplicaciones de los anteriores tipo atenuado y falta a infracciones cometidas en establecimientos abiertos al público. En Madrid, la falta se ha aplicado frecuentemente a comerciantes chinos de sólida posición económica que realizaban distribución al por menor en grandes establecimientos ubicados en el polígono Cobo Calleja de Fuenlabrada, donde la distribución al público de productos piratas es masiva tanto en materia de propiedad intelectual como industrial.

indirecto y la actuación en perjuicio de tercero, pero no su efectiva realización, de manera que de ningún modo puede calificarse de delito de resultado, como permitía sostener la anterior redacción típica al referirse al beneficio económico y sobreentenderse mayoritariamente como beneficio efectivamente alcanzado u obtenido<sup>358</sup>. Tiene naturaleza penológica de tipo atenuado respecto del tipo básico nuclear del art. 270.1 CP y es específico respecto del comportamiento típico de distribución que éste contempla por razón de las circunstancias de modo y lugar de ejecución de la misma.

Pudiera llamar la atención que no se exija para su aplicación la no concurrencia de las circunstancias del art. 271 CP, en contraste con lo que sucede para el tipo más privilegiado el párrafo segundo del art. 270.4 CP, pero en realidad ello carece de trascendencia real puesto que, como se desprende de la expresión legal empleada en el art. 271 CP (“*cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias*”), la agravación e imposición de pena de “prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un periodo de dos a cinco años” procede en todo caso si en cualquiera de los supuestos del art. 270 CP se dan las circunstancias previstas en las letras a) a d) del art. 271 CP.

El tipo especialmente privilegiado del párrafo segundo del art. 270.4 CP constituye el subtipo más relacionado con el introducido en la reforma de 2010, tanto en lo que se refiere a la configuración de su ámbito típico como en lo que atañe a las consecuencias penológicas. Sin embargo los cambios operados en la reforma por L.O. 1/2015 son significativos.

Lo mantenido es su carácter potestativo (el Juez “podrá” imponer o no la pena privilegiada), la referencia a las “características del culpable” y la no concurrencia de las circunstancias de agravación del art. 271 CP, así como el carácter cumulativo de las exigencias sobre ambas y la reducida cuantía del beneficio potencial o efectivo.

Los principales cambios producidos se ubican en el ámbito objetivo y se derivan de la nueva conducta típica de base, al sustituirse, primero, la distribución al por menor por la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional; y reemplazarse, en

---

<sup>358</sup>Vid. por todos, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela Penal...*, op.cit., pág. 510.

segundo término, la referencia a la reducida cuantía del beneficio económico por la reducida cuantía del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener.

Levemente se alteran las consecuencias penológicas pues se mantiene la alternatividad entre la pena de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad si bien se rebaja la cuantía mínima de la pena de multa de tres meses a un mes, de modo que el Juez podrá imponer ahora *“pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días”*. La eliminación de la falta conlleva la imposibilidad de una aplicación de la pena de localización permanente.

Para aplicar la figura más atenuada deben darse cumulativamente las exigencias relativas al sujeto activo y a la reducida cuantía del beneficio real o potencial.

Tras la reforma de 2015 son reproducibles las consideraciones críticas que ya podían predicarse de la referencia legal a las “características del culpable”, que, en mi opinión, constituye un claro ejemplo de mala técnica legislativa, pues la menor culpabilidad de un sujeto activo debe residenciarse en sus “circunstancias” al ejecutar el hecho, no en sus “características”, término que más parece aludir a pertenencia a etnias, raza o grupos humanos. Siendo loable el objetivo pietista perseguido desde un punto de vista humanitario y resultando razonable desde la perspectiva de proporcionalidad que las conductas menos graves se castiguen con penas menos severas, se antoja deficiente la manera que se ha hecho. No son las características sino las circunstancias de un responsable criminal las que deben tomarse en consideración para la adecuación de la sanción a su menor culpabilidad, especialmente si, como expresó el Preámbulo de la L.O. 5/2010, se trataba de dar mejor solución desde la proporcionalidad a conductas consistentes en la *venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por derechos de propiedad intelectual e industrial*, máxime cuando frecuentemente los *autores* de este tipo de conductas son personas en situaciones de *pobreza*, a veces utilizados por organizaciones criminales, *que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia*.

Aunque el elemento determinante debiera ser éste último, esto es, circunstancias de pobreza y obtención de mínimos ingresos para subsistir, se trate de personas inmigrantes o no, la vaguedad de tal expresión legal ha dado lugar a interpretaciones judiciales manifiestamente separadas del objetivo primario del legislador hasta el punto

de que el criterio que parece haberse manejado en muchas resoluciones judiciales es únicamente el de la reducida cuantía del beneficio o la imprecisión o ausencia de prueba sobre su cuantía, y así cabe esperar que siga siendo. Al final el tipo atenuado y la falta han venido siendo aplicados a cualquier tipo de sujetos, nacionales e inmigrantes, tanto en situación de pobreza como de mediano y alto poder adquisitivo, con tal de que al parecer subjetivo del juzgador el hecho se revelase de escasa significación; e incluso se ha apreciado respecto de conductas no propiamente de distribución, sirviendo de cajón de sastre a apreciaciones abiertas de escasa reprochabilidad conforme a motivos variados trufados de apelaciones al principio de intervención mínima.

La cuantía del beneficio ha sido y más que probablemente seguirá siendo el elemento determinante al menos en las conductas de distribución ambulante u ocasional, si es que los órganos judiciales en este aspecto se acotan a los límites típicos. De ahí la importancia del propio concepto de beneficio típico a manejar.

La anterior referencia típica al “beneficio económico” fue interpretada por la Circular FGE núm. 3/2010 (sobre el régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la L.O. 5/2010)<sup>359</sup> como “ganancia obtenida con la actividad ilícita, a calcular sobre la base de los efectos intervenidos” y fue entendida, en mi opinión correctamente, de manera mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia menor, como beneficio efectiva y realmente obtenido<sup>360</sup>. Sin embargo, ya dicha Circular de la FGE -específicamente orientada a definir actuaciones de los Fiscales en revisión de condenas por situaciones más beneficiosas para el reo- hablaba de cálculo de su cuantía en función del “beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener”; y éste es el criterio adoptado por la reforma de 2015, de modo que a partir de la redacción legal habrá de tomarse en cuenta para la aplicación de este tipo privilegiado<sup>361</sup> tanto el beneficio real o efectivamente alcanzado como el potencialmente obtenible. Se priva así del argumento en el que se basó un entendimiento del tipo atenuado y la falta anteriores como infracciones de resultado en las que debía acreditarse mediante la oportuna prueba la obtención de una ganancia efectiva, con las consecuencias que ello conllevaba en sede de ejecución -tentativa- si no se producía venta de los contenidos protegidos sino

---

<sup>359</sup> Vid. su apartado 5.3, pág. 11.

<sup>360</sup> BAÑERES SANTOS, F, “Propiedad Intelectual e Industrial (arts. 270 y 274, 623)”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Ed. Thompson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 229.

<sup>361</sup> Al igual que para la apreciación del subtipo agravado de la letra a) del art. 271 CP.

tan sólo ofrecimiento al público de los mismos, y en aplicación de la falta si constatándose venta el beneficio no podía probarse por montante superior a 400 euros<sup>362</sup>.

La determinación de lo que constituya “reducida cuantía” corresponde a los órganos jurisdiccionales, pues no cabe duda de que el legislador así lo ha querido, de modo que seguirá siendo la suplencia judicial la que defina este concepto jurídico indeterminado. Poco puede aventurarse más allá de constatar que desde luego habrán de considerarse como tal las cuantías que no superen los 400 euros establecidos para la anterior delimitación de la falta, pues el límite superior estará en permanente definición por los órganos judiciales. Sin embargo, no es arriesgado predecir que muchos órganos judiciales serán generosos en la extensión de criterios sobre su montante.

En la situación anterior la cuantía del beneficio efectivo determinaba la posibilidad de apreciar hasta cuatro situaciones en las conductas de distribución al por menor: la falta si era inferior a 400 euros; el tipo atenuado si excedía de los cuatrocientos euros y se mantenía en “reducida cuantía”; el tipo básico nuclear si excedía de “reducida cuantía” pero no llegaba a “especial trascendencia”; y el subtipo agravado si era considerado como concurrente para integrar ésta. Tras la reforma del CP de 2015, el criterio judicial sobre el monto del beneficio efectivo o potencial puede fijar hasta tres posibilidades aplicativas: el tipo básico nuclear del art. 270.1 CP si excede de la reducida cuantía; el tipo especialmente privilegiado del párrafo segundo del art. 270.4 CP si no se estima tal; y el tipo agravado del art. 271 a) si alcanza la consideración de “especial trascendencia”. Es, sin embargo, posible aventurar que las dificultades de prueba y las situaciones que se dan en la práctica van a conducir a que lo habitual sea la aplicación del tipo más privilegiado dado el escaso precio que se solicita por los contenidos en este tipo de hechos, pero lo cierto es que el ámbito típico aplicativo del mismo se ha estrechado. La aplicación del tipo atenuado menos privilegiado del párrafo primero del art. 270.4 CP que conduce a la pena de prisión puede pronosticarse que será muy excepcional porque el mantenimiento de la imprecisa expresión “características del culpable” se va a seguir erigiendo en la vía de escape al mismo por el amplio margen discrecional que posibilita. La cuantía del beneficio real o potencial seguirá siendo lo determinante al margen de la difícil apreciación de alguna de las circunstancias del 271 CP, puesto que en este tipo de

---

<sup>362</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “Delitos contra...”, *op.cit.*, p. 869.

conductas, en clara tendencia decreciente por las mejores opciones que brinda a los consumidores de los contenidos protegidos la revolución tecnológica e internet, raramente se dará la especial trascendencia del beneficio, la especial gravedad de los hechos y el empleo de menores (algo prácticamente inexistente en la práctica hasta el momento) y en cuanto a la pertenencia a una organización o asociación delictiva, el propio Preámbulo de la L.O. 5/2010 proporciona un argumento para distinguir entre agentes e integrantes de una organización criminal y personas “utilizadas” por un grupo u organización delictiva.

Las consecuencias penológicas más frecuentes serán, por tanto, la pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. Y al respecto cabe reproducir las consideraciones críticas ya efectuadas en la doctrina sobre el sentido y la efectividad de estas penas dadas las circunstancias de los autores<sup>363</sup> y dejar nota de atención sobre la afección por la reforma de 2015 de algunos aspectos relativos a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>364</sup>.

Pese a todo ello, no cabe duda que las modificaciones efectuadas sobre el tipo en materia de comportamiento punible, restringiéndolo a la distribución ambulante o meramente ocasional (lo que obstaculiza su apreciación en casos de distribución en establecimientos abiertos al público); unidas a la extensión del tipo de beneficio potencial a considerar suponen un estrechamiento de su escenario aplicativo y, en dicha medida, implican un endurecimiento de las condiciones para su operatividad.

### **II.3.5.-Las conductas típicas de exportación, almacenamiento e importación del apartado 5. a) y b) del art. 270 CP.**

Desde la reforma operada en el CP en 1987, la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual ha venido contemplando los comportamientos típicos de *exportar*, *almacenar e importar* ejemplares, ejecuciones o productos protegidos por derechos de tal naturaleza sin que se hayan operado cambios sustanciales en la naturaleza y conformación de los tipos.

---

<sup>363</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., Tutela Penal..., *op.cit.*, pág. 514.

<sup>364</sup> Para una completa información al respecto *Vid.* TORRES ROSELL, N, Trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente, en Comentario a la reforma penal de 2015, (bajo dirección de Gonzalo Quintero Olivares), edit. Thompson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2010, págs. 101 a 114.

El originario art. 534 bis a) CP se articuló para “*quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización*”, y sin cambios sustanciales pasó al párrafo 2º del art. 270 CP del nuevo CP de 1995, sufriendo únicamente en la reforma de 2003 la aclaración, en sentido positivo, de la cuestión polémica suscitada sobre la posibilidad de que las obras intelectuales de origen lícito constituyeran objeto material de la conducta de importación intencionada contemplada en el precedente párrafo segundo del art. 270 CP, en contra del criterio sostenido por la STS de 2 de abril de 2001, lo que se produjo mediante la introducción del inciso “tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en el país de procedencia”, que también se mantuvo en la reforma de 2010 si bien traspasando la figura al entonces nuevo apartado 2 del art. 270 CP.

Pues bien, la reforma de 2015 contiene algunas novedades significativas por cuanto precisa el objeto material añadiendo la mención expresa a las copias digitales, exige el destino de los ejemplares físicos o las copias digitales a su reproducción, distribución o comunicación pública, y ubica estas conductas típicas en los apartados a) y b) del apartado 5 del art. 270 CP, castigando, siempre que se realicen intencionadamente y carezcan de la debida autorización, tanto la exportación y el almacenamiento, como la importación de tales productos, siguiendo para este último comportamiento con las pautas anteriores de ser irrelevante que los mismos tengan origen lícito o ilícito en el país de procedencia, y resultar aplicable la llamada regla del agotamiento comunitario como causa excluyente de la tipicidad<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> Literalmente el art. 270.5 CP, en los referidos apartados, se deja con la siguiente redacción:

“5. Serán castigados con las penas previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, quienes

a) Exporten o almacenen intencionadamente ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, incluyendo copias digitales de las mismas, sin la referida autorización, cuando estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente.

b) Importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, cuando estuvieran destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.”



A la vista de lo que se conserva de las precedentes fórmulas típicas en la nueva redacción, son reproducibles buena parte de las observaciones que se han venido efectuando doctrinal y judicialmente sobre este tipo de comportamientos.

La doctrina previa a la reforma de 2015 fue unánime en considerar que estos tipos básicos recogen delitos de peligro abstracto a través de los cuales se adelantan las barreras de protección penal, castigando comportamientos que en puridad venían a constituir actos preparatorios de la conducta de distribución, efectivamente lesiva del bien jurídico protegido, que se consuman en el mismo momento en que los productos traspasen las fronteras españolas en sentido de salida o entrada o se produzca su almacenamiento, de modo que se trata de delitos de mera actividad<sup>366</sup>. Por ello, si los productos se comercializaban posteriormente por los mismos agentes se consideraba que se estaba, conforme a este entendimiento, ante la conducta de distribución prevista en el anterior tipo básico del art. 270.1 CP.

Y ciertamente, tales comportamientos, que están recogidos en términos meramente descriptivos<sup>367</sup> -pues no aparecen propiamente definidos en la LPI<sup>368</sup>, como sucede respecto de las otras conductas que inciden sobre las facultades patrimoniales-, han venido manteniendo una estrecha vinculación con el derecho de distribución -del que en su modalidad tradicional previa a la reforma han venido a constituir conductas instrumentales o accesorias-; conexión ésta reconocida por la Circular FGE núm. 1/2006 e incluso normativamente en el art. 117.3 LPI, en el que se considera comprendida en el derecho de distribución la facultad de autorizar la importación y exportación de copias<sup>369</sup> con fines de comercialización. Ello es particularmente fácil de

---

<sup>366</sup> Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., “Los delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 226; GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 181; o más recientemente RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela Penal...*, *op.cit.*, págs. 518, 519 y 522.

<sup>367</sup> Tal y como los califica la doctrina. *Vid.* GARCÍA RIVAS, N. “Los delitos contra...”, *op.cit.*, nota 79, pág. 239; y GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, nota 272, pág. 177.

<sup>368</sup> Pese a lo cual su concepto no ofrece dificultades atendiendo a su significado gramatical. Del tratamiento definitorio que reciben estos términos en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se puede concluir que por exportar ha de entenderse sacar o enviar géneros, productos o artículos desde España hacia otro país; por almacenar, reunir, acumular y guardar géneros, productos o artículos en un lugar que sirva para su depósito; y por importar, introducir en el país géneros, productos o artículos procedentes del extranjero. La exportación se satisfará con la salida efectiva de los ejemplares del territorio nacional y la importación con la entrada efectiva de los mismos en España.

<sup>369</sup> Algo que si bien se afirma respecto de las copias de fonogramas es extensible a todo tipo de ejemplares o copias de obras o prestaciones.

comprender por cuanto la importación, la exportación y el almacenamiento pueden encuadrarse en el amplio proceso de la distribución, comercialización o puesta en circulación efectiva de cualquier clase de objetos de propiedad intelectual (y, en general, de cualquier género o mercadería).

Precisamente, dicha vinculación ha venido siendo utilizada en la doctrina para dar una adecuada solución a los problemas interpretativos que suscitaban estos comportamientos.

Uno de estos problemas -desde la aparición de estas figuras- fue la relación de las conductas de almacenaje e importación con el encubrimiento y/o la receptación. La diferencia se ubicaría en que mientras éstas últimas son figuras referidas a comportamientos post-delictuales (de auxilio a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito y de aprovechamiento para sí de los mismos); el almacenamiento y la importación son precisamente actividades preparatorias de la conducta delictiva lesiva de las facultades de distribución -y, por tanto, de explotación- de los titulares de derechos de propiedad intelectual a las que se ha adelantado la protección penal. Aplicando una semejante posición (aunque no sólo cabría hablar ya de actos preparatorios de distribución, sino también de reproducción y comunicación pública), también ahora, en algún caso, dichas conductas pueden tener puntos de contacto con aquellas por la procedencia ilícita de los ejemplares almacenados o importados, pero su aplicación quedaría desplazada por la de los subapartados a) y b) del art. 270.5 CP como *ley especial*<sup>370</sup>.

La modificación operada tras la reforma de 2015 realmente trascendente es la precisión del objeto material de estos comportamientos que ahora lo constituyen los “ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo”, esto es, “ejemplares” de las “obras” y las “prestaciones” de los apartados 1 y 2 del art. 270 CP, y ello tanto se trate de copias analógicas y en soportes físicos, como de “copias digitales” como se especifica explícitamente en la nueva redacción otorgada por la L.O. 1/2015.

---

<sup>370</sup> Para desarrollo de la cuestión en la situación anterior a la reforma, Vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico...*, *op.cit.*, pág. 182.

En consecuencia, el objeto de los comportamientos de exportación, almacenaje e importación son los ejemplares o copias, digitales o no, de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual en el sentido que ha de darse a éstas en los términos expuestos con ocasión del análisis de aquéllos apartados.

La inclusión de las copias digitales puede implicar un cambio de paradigma por cuanto las mismas implican versiones digitales de los contenidos protegidos y es posible su “almacenamiento” en multitud de dispositivos que lo posibilitan como resultado de la evolución tecnológica del almacenamiento en masa de naturaleza permanente, tales como unidades de memoria de discos duros de ordenador internos y externos, memorias FLASH USB, tarjetas SD u otras unidades e incluso es posible su almacenamiento virtual en “la nube” (cloud storage) y en servidores de alojamiento en internet. Y dicho almacenamiento normalmente no estará preordenado a la puesta a disposición en soporte tangible, que es lo que caracteriza a la distribución ex. art. 19 LPI, sino a la puesta a disposición sin previa distribución de ejemplares que identifica a la comunicación pública ex. art. 20 LPI, de modo que la claridad de los planteamientos que relacionaban estas conductas con la distribución tradicional deben flexibilizarse puesto que las conductas de almacenamiento, exportación e importación no van ya referidas exclusivamente a ejemplares físicos de las obras y prestaciones, ni a los soportes físicos donde se incorporan estos ejemplares, sino también a las copias digitales. Y hay que añadir que los conceptos de traspasos de fronteras en una u otra dirección (entrada/salida del territorio nacional) tienen poco sentido que se manejen especialmente en el entorno virtual. Si el almacenamiento requiere necesariamente reunir, acumular y guardar un alto número de ejemplares físicos y ahora copias digitales y puede tener sentido su penalización autónoma en ambos casos, no necesariamente ocurre lo mismo con las conductas de importar y exportar, que no inevitablemente lo precisan, por lo que el peligro de expansión de estos tipos sería muy significativo si la redacción de estos tipos se limitase a incluir sin más la referencia a las copias digitales. La restricción sólo podría venir de la exigencia de un número elevado de copias atendiendo razones de intervención mínima, última ratio y conexión a procesos de comercialización futura. Por ello, sin perjuicio de que cabe cuestionar seriamente la aplicabilidad típica a la supuesta importación y exportación de copias digitales, máxime si se encuentran alojadas en sistemas de almacenamiento virtual, sí que constituye un acierto precisar que las conductas ilícitas -por no autorizadas- referidas a las copias

digitales únicamente serán típicas cuando éstas “*estuvieran destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente*”, pues con ello se advierte una orientación material de la norma que acota una indebida expansión del tipo.

A partir de esta precisión típica sobre el destino que han de tener los ejemplares o copias de las obras o prestaciones objeto de exportación, almacenamiento o importación debe producirse un cambio de referente doctrinal, pues estos tipos básicos recogen indudablemente delitos de peligro abstracto mediante los que se adelantan las barreras de protección penal, pero los comportamientos a castigar constituyen ahora actos preparatorios de las conductas de reproducción, distribución y comunicación pública, y, consecuentemente deberá acreditarse por prueba directa o indirecta la predestinación de ejemplares y copias a tal fin.

La cuestión sobre si será posible la aplicación de estos tipos en el caso de que las copias digitales estuviesen destinadas a otro tipo de explotación económica distintas a las expresamente mencionadas (reproducción, distribución o comunicación pública), entiendo que debe resolverse negativamente por estrictas razones de tipicidad y prohibición de la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* que rige en derecho penal.

En la redacción inmediata anterior a la reforma de 2015 se podía generar una duda sobre si la mención a las “producciones” contenida en el art. 270.2 CP e indicativa de las “prestaciones” de derechos anexos implicaba una adición a los objetos protegidos en el art. 270.1 CP, lo que era descartado por quienes compartían la interpretación de la Circular de la FGE núm. 2/89 de entender incardinadas éstas en la expresión típica “fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio” predicada de obras e interpretaciones o ejecuciones. Tras la reforma de 2015 se acaba con cualquier controversia al respecto.

En la redacción original de estas figuras delictivas de peligro abstracto, el principal problema que planteaban estos comportamientos era si el castigo de estas conductas era posible cuando el objeto de las mismas eran ejemplares o copias lícitas.

La doctrina mayoritaria, en algún caso<sup>371</sup> en base a una interpretación sistemática en relación con la redacción del subtipo agravado del anterior art. 534 bis b).2.a) CP, que venía referido a copias ilícitas, había venido sosteniendo la necesidad de que el objeto de estas conductas lo constituyan ejemplares ilícitos.

Ya en anteriores ocasiones me posicioné en contra de dicha opinión<sup>372</sup> sobre la base de que, amén de la inexistencia en los entonces arts. 270 y 271 CP de toda referencia a ilicitud de las copias, la propia dicción literal del párrafo segundo del art. 270 CP, en cuanto refiere a las conductas de importar, exportar y almacenar, a *ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización*, apuntaba a identificar el objeto material de protección de este segundo párrafo con el tutelado en el primero y, siendo admitido que dichos comportamientos forman parte de la distribución y que cabía castigar por el art. 270 CP la distribución ilícita de obras o ejemplares lícitos, la conclusión más acorde con la tutela del bien jurídico protegido era la de entender que la punición de tales conductas era posible por esta vía tanto vinieran referidas a ejemplares lícitos como ilícitos. Incluso la exigencia de que la importación, exportación o almacenamiento careciese de la autorización de los sujetos pasivos venía a demostrar que el objeto de las mismas podían ser ejemplares lícitos, pues no cabe que estos titulares de derechos de propiedad intelectual presten su consentimiento a actividades de importación, exportación o almacenamiento de productos de conductas delictivas. Que el legislador hubiera optado por la punición autónoma de estas conductas para establecer una tutela integral -también en el ámbito penal- del derecho de distribución no podía extrañar, pues las mismas ocasionan enormes perjuicios económicos a los titulares de los derechos de explotación<sup>373</sup>.

Sin embargo, la STS de 2 de abril de 2001 estimó ilícita, aunque no penalmente típica la importación paralela, al entender que el entonces párrafo segundo art. 270 CP no tenía como objeto material ejemplares lícitos y tuvo que ser el legislador de 2003 el que laminase la interpretación jurisprudencial con su decidida opción por aclarar que las importaciones paralelas constituyen ilícito penal mediante la referencia típica a que podían constituir objeto material de la importación tanto los productos lícitos como los ilícitos.

---

<sup>371</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E, “Otra vez: Los delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 102, y QUINTERO OLIVARES, G., en GÓMEZ BENÍTEZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de...*, *op.cit.*, pág. 157.

<sup>372</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos...”, *op.cit.*, pág. 61.

<sup>373</sup> GARCÍA RIVAS, N, Los delitos contra..., *op.cit.*, pág. 240. y nota al pie núm 81.

Constituyendo ésta una opción legislativa legítima mantenida en las reformas de 2010<sup>374</sup> y de 2015 nada cabe objetar en la medida en que se afectan facultades de distribución de los titulares o cesionarios de los correspondientes derechos con un alto potencial de impacto del perjuicio económico sobre los mismos. Sin embargo, es criticable que se establezca el castigo con las mismas penas que los tipos básicos que le preceden, puesto que las consecuencias penológicas debieran ser de menor entidad para el caso de comportamientos sobre ejemplares lícitos en la medida en que ello revela un menor desvalor. En definitiva, la proporcionalidad de las penas aplicables debiera ser revisada.

En el seno de la formulación general reseñada y para una más concisa delimitación de las conductas típicas, caben, sin embargo, algunas matizaciones o discriminación en torno a las importaciones y exportaciones intracomunitarias e incluso respecto del almacenamiento de ejemplares lícitos<sup>375</sup>.

Por obra de la regla del art. 19. 2 LPI -el derecho de distribución se extingue a partir de la primera venta o transmisión lícita efectuada en el ámbito comunitario, respecto de las sucesivas ventas efectuadas dentro de dicho ámbito-, quedan fuera del tipo la importación y exportación de ejemplares lícitos que tengan su origen o destino respectivamente en un país de la Unión Europea, siempre que la distribución y redistribución se efectúen mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad y en este ámbito geográfico.

Al quedar fuera de esta regla las demás formas de distribución (por alquiler, préstamo, permuta, etc...), son típicas las conductas de importación y exportación de ejemplares lícitos a distribuir o comercializar por alquiler, préstamo o cualquier otra forma distinta de la venta, aun cuando *provengan de o estén destinados a* país comunitario, siempre que carezcan de la autorización de los titulares del derecho de distribución. E igualmente típicas serán las importaciones o exportaciones, tanto de ejemplares lícitos como ilícitos, extracomunitarias, que por cualquier título tengan origen o destino en países no pertenecientes a la Unión Europea.

---

<sup>374</sup> Eso sí, a diferencia de lo considerado en la L.O. 5/2010 para las importaciones paralelas de objetos protegidos con derechos de propiedad industrial.

<sup>375</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico, op.cit.*, pág 183 y 184.

Especialmente delicada y discutible es la cuestión respecto de la tipicidad del *almacenamiento* de ejemplares lícitos.

Se ha alegado en contra de la tipicidad que el almacenamiento de ejemplares de obras o producciones lícitas no requiere ni civil ni penalmente autorización del titular de los derechos de distribución. Ni siquiera existe una referencia específica en la LPI al almacenaje, ni está contemplado como una facultad cuyo control o disposición corresponda a autores, cesionarios o titulares de derechos afines o conexos, aunque pueda considerarse encuadrable instrumentalmente en el derecho de distribución, pues tiende a efectuarse para la posterior comercialización. En consecuencia, a lo sumo, podría generar una responsabilidad contractual.

Lo cierto es que, a mi juicio, los verdaderos problemas estarían en la prueba de la necesaria afección, aún potencial, del bien jurídico protegido. Amén de las dificultades, sin duda superables por elementos circunstanciales<sup>376</sup>, de la acreditación del ánimo de obtención del beneficio económico, los problemas en determinados casos serían insalvables a la hora de acreditar que el almacenamiento no se efectuaba para proceder a la exportación o redistribución desde España a país intracomunitario una vez agotado el derecho de distribución por la primera venta en el ámbito de la Unión, alegación fácilmente sostenible por quienes se viesan sometidos a un proceso penal por esta conducta.

A pesar de todo, también puede sostenerse que la tipicidad del almacenamiento de copias, productos o ejemplares en sí mismos lícitos tendría perfecta razón de existencia jurídico-penal para acoger los supuestos en los que el almacenamiento se produce respecto de ejemplares lícitos introducidos en territorio español procedentes de países extracomunitarios sin autorización del titular foráneo del derecho de distribución (con origen, por tanto en una importación ilícita típica no atribuible por inexistencia de prueba a persona determinada o atribuible a un sujeto distinto de quien efectúa el almacenaje, ya que como conducta autónoma, no requiere connivencia con los creadores de obras o productos ilícitos ni -en lo que ahora interesa- con los importadores ilícitos de ejemplares lícitos).

---

<sup>376</sup> V.gr., a deducir por el gran número de ejemplares, la inversión económica llevada a cabo para su adquisición, inserción del sujeto activo en canales de comercialización, la actividad profesional del agente, etc...

La prevención contra una indebida expansión del tipo la facilita el adverbio intencionadamente, que, conectado con el sistema de *numerus clausus* establecido respecto de las conductas imprudentes genéricamente proclamado en el art. 12 del NCP, obliga a excluir la posibilidad de la punición de estas conductas a título de dolo eventual y de culpa, de manera que se requiere el dolo directo y el sujeto activo de los tipos de las letras a) y b) del art. 270.5 CP ha de conocer que interviene en un proceso de distribución ilícita, sin la autorización del titular del derecho de explotación, ya sea ejemplares lícitos o ilícitos.

Nunca ha recogido el tipo la referencia al ánimo de lucro y ni a la actuación en perjuicio de tercero y tampoco las figuras de las letras a) y b) del art. 270.5 CP lo hacen, tras la reforma de 2015, ni al sustitutivo del primero (el ánimo de obtener un beneficio económico) ni al segundo de los elementos típicos, siendo que constituyen los principales fundamentos de delimitación del ilícito penal. Sin embargo, es razonable entenderlos implícitos en estos tipos básicos por coherencia con el hecho de que los mismos diseñan la línea roja de la intervención penal y por el motivo de que el destino del objeto material a la reproducción, distribución y comunicación pública de las obras y prestaciones implica necesariamente que se tratan de actos preparatorios de las mismas realizados con tales fines de reproducción y puesta a disposición; y resultaría un sinsentido que puedan castigarse con la misma pena que éstas sin exigirles que satisfagan los elementos típicos que diferencian el ilícito civil del ilícito penal. De lo contrario, el adelantamiento de las barreras de protección llegaría al extremo de penalizar conductas alejadas de la ejecución completa del tipo básico nuclear de referencia, que de haberse consumado por seguir -con los mismos agentes- su normal *iter criminis* únicamente serían constitutivas de infracción civil por no haber estado movidas por el ánimo de obtener un beneficio económico ni presentar aptitud para ocasionar un perjuicio patrimonial, lo que es consustancial a toda figura típica desde la perspectiva del bien jurídico inmediatamente protegido. Éste, de hecho, no habría sido puesto en riesgo de lesión si las conductas no son idóneas y aptas para ello.



### **II.3.6.- Las conductas típicas relativas a la eliminación, alteración o elusión de medidas tecnológicas y a los medios de supresión y neutralización de dispositivos técnicos de protección (arts. 270.5. c y d y 270.6 CP).**

La reforma del CP de 2015 ha incorporado dos nuevos tipos novedosos que añaden a la batería de instrumentos penales el castigo de comportamientos sobre las llamadas medidas tecnológicas de protección<sup>377</sup>, sumándose al precedente tipo destinado a penalizar conductas relativas a los medios de supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para la protección de programas de ordenador y otras obras y prestaciones que contenía el anterior número 3 del art. 270 CP.

Las dos nuevas conductas típicas, como se desprende de la redacción legal, van específicamente orientadas a reprimir actos tendentes a eliminar, anular o esquivar la salvaguarda que a las obras y prestaciones puedan brindar las denominadas “medidas tecnológicas de protección eficaces”.

Con la introducción de estos tipos se complementa la protección penal que se ha venido dispensando frente a conductas relativas a los medios de facilitación de la supresión o neutralización de dispositivos técnicos empleados para la protección de programas de ordenador, que tiene su origen en el CP de 1995 también con entronque en la normativa europea (art. 7.1.c de la Directiva 91/250/CEE que generó el art. 102 c LPI) y que se extendió en la reforma de 2003 al resto de las obras y prestaciones, como también ahora se mantiene.

---

<sup>377</sup> Los nuevos tipos se encuentran recogidos en las letras c) y d) del apartado número 5 del art. 270 CP con el contenido siguiente:

*c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.*

*d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.*

El tipo del anterior número 3 del art. 270 CP pasa al apartado número 6 del art. 270 CP con algunos retoques sobre la antigua redacción que afectan sus elementos subjetivos y objetivos<sup>378</sup>.

Pues bien, todas estas figuras delictivas -tanto las reflejadas en los subapartados c) y d) del número 5 y las del número 6 del art. 270 CP- responden principalmente a la tutela del derecho de reproducción de los titulares y cesionarios que respecto de los ejemplares -digitales o no- de sus obras y prestaciones ostentan la facultad de establecer instrumentos, mecanismos y dispositivos técnicos funcionalmente destinados a controlar la explotación de aquéllas y particularmente a impedir el acceso y la copia no autorizada de las mismas (los denominados en la terminología anglosajona “sistemas anticopy”), sea o no como acto previo y paso necesario para su posterior distribución, comunicación pública o explotación económica en cualquier otro modo. Las medidas de protección eficaces tanto pueden ir orientadas a imposibilitar o restringir la reproducción, grabado o copia como, sobre todo en el campo de internet y respecto de los programas de ordenador, a controlar el acceso a obras y prestaciones a través de soluciones como la codificación, la aleatorización, el encriptado o cualquier forma de transformación de las mismas con el mismo propósito de protección. Así viene a reflejarlo el propio tratamiento de tales medidas que vierte la LPI en trasposición de la normativa europea.

Todas las categorías típicas referidas implican un adelantamiento de las barreras de protección disponiendo el castigo de comportamientos peligrosos para los derechos de los titulares y cesionarios de las facultades de explotación de las obras y prestaciones en la medida en que favorecen y facilitan la infracción de tales derechos. Las conductas y previsiones típicas se refieren a las medidas tecnológicas de protección y no recaen sobre las obras o prestaciones, de modo que no es necesario que el riesgo se concrete en éstas. En dicha medida, cabe asegurar que están articuladas también como delitos de peligro abstracto<sup>379</sup>.

---

<sup>378</sup> La redacción del tipo previsto en el art. 270.6 CP pasa a ser la siguiente:

*“Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”.*

<sup>379</sup> Al igual que sucede con las conductas de exportación, almacenamiento e importación.

Dada la naturaleza común y coincidencia de sentido, pudiera resultar llamativa y poco razonable tanto la disposición sistemática en numerales separados de las conductas de los subapartados c) y d) del número 5 y las del número 6 del art. 270 CP, como la diferencia de consecuencias penológicas (penas que pueden llegar a prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses en el 270.5 CP, y de prisión de seis meses a tres años en el supuesto del art. 270.6 CP).

La única razón para este distinto tratamiento pudiera estribar en que la propia LPI establece una distinción entre la tutela normativa brindada a las medidas tecnológicas de protección del común de las obras y prestaciones en el art. 160 de la LPI y la proporcionada respecto de las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de programas de ordenador, que quedarán sujetas a su propia normativa y particularmente a lo establecido en el art. 102 c de la LPI<sup>380</sup>, tal y como se desprende del propio art. 160.4 LPI (*“Lo dispuesto en los apartados anteriores no es de aplicación a las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de programas de ordenador, que quedarán sujetas a su propia normativa”*).

Sin embargo, ello tendría sentido real si el objeto material de referencia en el art. 270.6 CP fueran exclusivamente los programas de ordenador, pero ello no es así desde la reforma de 2003. Por consiguiente, una mejor técnica legislativa debiera haber llevado a una reunificación, al menos sistemática, bajo el mismo apartado numeral, ya que en esencia en todos los casos se presenta el denominador común de venir a castigar conductas de eliminación, alteración y elusión o actos preparatorios de favorecimiento o facilitación de dichos comportamientos sobre medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones que proveen la vulneración de derechos de propiedad intelectual, por más que quepa distinguirlas según se trate de conductas directamente realizadas sobre las medidas tecnológicas en el caso de las conductas del art. 270.5.c) y d) CP, o se refieran al medio facilitador de la supresión o neutralización del dispositivo de protección en los supuestos del art. 270.6 CP.

La propia LPI, aunque en referencia exclusiva a las medidas tecnológicas de protección genéricas -al margen de la protección específica dispensada a los programas de

---

<sup>380</sup> El art. 102 c) LPI dispone que se consideran infractores de los derechos de autor a “Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”.

ordenador-, contempla en el mismo precepto, el art. 160, las acciones contra los infractores que realizan actos de elusión sobre las medidas (número 1 del art 160 LPI) y las ejercitables contra quienes realizan actos sobre los medios de supresión o neutralización que permiten o favorecen la elusión de los dispositivos de protección (número 2 del art. 160 LPI)<sup>381</sup>.

Por ello, carece de sentido tratar en apartados diferentes y con penas diversas (con el sinsentido de que cabe imponer una pena superior en su límite máximo por los actos sobre las medidas) el castigo de los comportamientos de elusión o favorecedores que la elusión que recaen sobre las medidas y los actos favorecedores de la elusión que se refieren a los medios para suprimir o neutralizar las medidas llevados a cabo con finalidad comercial.

Sea como fuere, el Código Penal, tras la reforma de 2015, contempla los comportamientos típicos en dos numerales o apartados normativos separados y conforme a ello procede referirse a su significado y alcance.

Veámoslos.

### **II.3.6.1.- Las conductas sobre las medidas tecnológicas de protección eficaces (art. 270.5. letras c) y d) del CP).**

Los comportamientos típicos contemplados en el número 5 del art. 270 CP tienen por objeto material las medidas tecnológicas de protección eficaces y se desbrozan en dos modalidades.

La primera de ellas contempla el favorecimiento o facilitación de la realización de las conductas típicas del tipo nuclear del art. 270.1 CP, esto es del plagio, la reproducción, la distribución, la comunicación pública y la explotación económica de cualquier otro

---

<sup>381</sup> En efecto, el art. 160 LPI en sus dos primeros apartados establece:

1. Los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley podrán ejercitar las acciones previstas en el título I de su libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz.

2. Las mismas acciones podrán ejercitarse 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.

modo de obras y prestaciones, así como las del tipo básico especial del art. 270.2 CP, de facilitación de enlaces, mediante la eliminación o modificación no autorizada de las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por los titulares originarios o derivados de los derechos de propiedad intelectual con el propósito de impedir o restringir su realización.

La segunda castiga la elusión o facilitación de la elusión no autorizada de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitar el acceso a ejemplares de obras originales o derivadas o interpretaciones o ejecuciones artísticas, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, realizada con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y con la finalidad de facilitar a terceros dicho acceso.

La noción y significado del objeto material “medidas tecnológicas de protección eficaces” es extraíble, por la consabida dependencia conceptual del tipo, de la normativa extrapenal, debiendo entenderse por tales, conforme al art. 160.3 LPI y el art. 6º.3 de la Directiva 2001/29/CE (DDASI), “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 de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual”. Las medidas se considerarán eficaces “cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección”.

La principal diferencia entre ambas categorías típicas se encuentra en que en la primera figura el comportamiento típico es “*facilitar o favorecer*” *conductas infractoras mediante la eliminación o alteración* de las medidas tecnológicas de protección, mientras que en la segunda lo es “*eludir o facilitar eludir*” las medidas tecnológicas dispuestas para evitar el acceso a ejemplares de obras y prestaciones protegidas *con la concreta finalidad de facilitar a terceros dicho acceso*.

En el primer tipo tendrían cabida, por ejemplo, actividades de acción directa y propia de los sujetos activos de supresión o alteración de las medidas tecnológicas de protección que favorezcan o faciliten que las obras o prestaciones mismas sean objeto de plagio,

reproducción, distribución, comunicación pública (genérica y por medio de enlaces) u otro tipo de explotación económica. Partiendo del Diccionario RAE, puede decirse que favorecer es *ayudar, apoyar o amparar un intento o acción o incluso promoverlas*, mientras facilitar es *hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*; eliminar es *quitar o prescindir de algo* (lo que equivale a suprimir); y entre las acepciones de alterar se encuentran las de *cambiar la esencia o forma de algo* e incluso *estropear, dañar, descomponer*.

No se prevé expresamente en la redacción legal la necesidad de concurrencia de ánimo de beneficio económico ni del elemento subjetivo adicional que también se requiere en la segunda modalidad, esto es, de la finalidad de facilitar (hacer fácil o posible) a terceros la acción. La responsabilidad por acto propio que establece esta primera modalidad se basa en “favorecer o facilitar” conductas infractoras (no necesariamente a terceros), lo que plantearía la duda de si debe exigirse una idoneidad abstracta para ello del comportamiento de eliminación o alteración de la medidas o incluso es necesario que efectivamente se hayan producido -y se acredite- efectivas conductas de vulneración por plagio, reproducción, distribución, comunicación pública o explotación económica de cualquier otro modo-. La armónica conformación del resto de los tipos del apartado 5 y 6 del art. 270 CP como supuestos de adelantamiento de barreras de protección a actos preparatorios y su naturaleza común de delitos de peligro abstracto me hace decantarme por la primera solución, ya que la segunda opción vendría a suponer el castigo de un acto de cooperación necesaria o complicidad en la vulneración efectivamente producida que podría tratarse conforme a las reglas generales y en relación a los concretos tipos infractores básicos del art. 270.1ó 2 CP<sup>382</sup>, aunque ciertamente es un contrasentido que un acto preparatorio sin vulneración efectiva en una obra o prestación pueda ser más castigado que el mismo acto si es considerado como cómplice en un delito consumado del tipo básico nuclear del art. 270.1 CP o del especial del art. 270.2 CP.

En el segundo tipo entrarían actividades realizadas por los sujetos activos de elusión directa o de facilitación de dicha elusión *con la finalidad de facilitar a terceros*, esto es, para *hacer fácil o posibilitar el acceso a otros*, por ejemplo, mediante el ofrecimiento en internet o puesta a disposición del público en general o de concretas personas o por

cualquier otro medio y ámbito, de servicios, instrucciones, software, facilidades o aplicaciones para facilitar a terceros la elusión de las medidas tecnológicas. Entrarían en su ámbito de prohibición, siempre si concurre ánimo de obtener beneficio económico directo o indirecto, conductas -similares a las descritas antes de la reforma en el art. 286.3 CP- de facilitación a terceros suministrando información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado salvando o eludiendo las medidas tecnológicas dispuestas para la protección de obras y prestaciones<sup>383</sup>.

La acción de elusión llevada a cabo no para facilitar o favorecer el acceso a terceros sino para lograrlo uno mismo estaría, sin embargo, al margen de esta segunda modalidad típica. En principio los usuarios que realizan estas conductas para su provecho particular no estarían criminalizados en este tipo.

A diferencia de lo que ocurre con el tipo del núm. 6 del art. 270 CP y -por tanto- los actos sobre los medios para permitir o facilitar la elusión, no se exige finalidad comercial, lo que es acorde con la protección civil que se dispensa en el art. 160.1 LPI frente a los actos de elusión directa de las medidas en los que no hay exigencia de actuación “con fines comerciales” a diferencia de lo que ocurre con los infractores que llevan a cabo conductas sobre los dispositivos, productos, componentes o servicios para la elusión, en los que el art. 160.2 LPI sí requiere actuación “con fines comerciales”.

Resulta llamativo que en la primera de las modalidades delictivas contempladas en el art. 270.5 (letra c) no se exija explícitamente ánimo de beneficio económico y en la segunda (letra d) sí se requiera; y que la referencia a los ejemplares se vincule en la segunda modalidad típica, no respecto de “obras y prestaciones”, sino sobre la vieja fórmula “*obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio*”, expresión empleada en el 270.1 CP antes de la reforma de 2015 desde 1987.

Lógicamente ello hace surgir dudas tanto sobre si es exigible la realización del tipo del art. 270.5.c) CP con ánimo de beneficio económico, directo o indirecto, por deber sobreentenderse implícito, atendidas las líneas de delimitación con el ilícito civil de la

---

<sup>383</sup> Por lo tanto, de lleno estarían acogidas en el tipo, la puesta a disposición de programas tendentes a ello y los videos tutoriales en los que se explican métodos para lograr la elusión de las medidas y lograr el acceso indebido.

esfera de prohibición penal; o ello constituye una excepción a su requerimiento general. Y ciertamente para decantarse por esta segunda interpretación es un fuerte argumento de apoyo el contraste con su expresa mención en el tipo de la letra d) del art. 270.5 CP, lo que apuntaría a que difícilmente resulta producto de un olvido del legislador y con gran dificultad podría considerarse exigible por hallarse inserto de modo implícito. Sin embargo, prácticamente las mismas razones que se mencionaban para las conductas de exportación, almacenamiento e importación pueden emplearse para exigir su concurrencia aquí, máxime cuando tienden a favorecer o facilitar las conductas de reproducción, distribución, comunicación pública (genérica y especial) y de explotación económica en cualquier otro modo.

La referencia en la segunda categoría típica al objeto material como *ejemplares* ha de entenderse como comprensiva de cualquier tipo de ejemplar, sea o no digital, de las obras y prestaciones. Y se dice “prestaciones” por cuanto considero que el mantenimiento de la vieja expresión no constituye sino un ejemplo de mala técnica o incoherencia del legislador<sup>384</sup>, que deja pervivir la misma sin mayor trascendencia práctica, pues al fin y al cabo todas las prestaciones o producciones sobre las que se generan derechos conexos del Libro II LPI pueden entenderse incluidas en la expresión “*obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio*”, tal y como ya se ha reiterado que se sostuvo por la Circular FGE 2/89 y también ha mantenido la doctrina mayoritaria.

Particularmente hay que decir que entre las obras y prestaciones objeto final de protección están incluidos los programas de ordenador aunque no se mencionen expresamente como sí se hace en el núm. 6 del art. 270 CP. Ello es así porque se trata de creaciones intelectuales incluidas en la lista de integrantes de lo que constituyen objeto de protección en el art. 10.1. letra i de la LPI y en consecuencia carece de sentido dejar fuera de la protección penal las medidas de protección eficaz de los programas de

---

<sup>384</sup> Mantenido a pesar de que de hecho, durante la tramitación parlamentaria, una enmienda del Grupo mixto en el Senado propugnó, justificándola como “mejora técnica y para concordancia con la definición del tipo básico del art. 270.1 CP” la siguiente redacción: “d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a *un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o su transformación, o una prestación cualquiera protegida conforme al Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual, fijadas en cualquier tipo de soporte o comunicadas a través de cualquier medio*, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo”.



ordenador. El tipo no distingue entre una u otra clase de medidas tecnológicas según haya sido utilizadas para la protección de programas de ordenador u otras creaciones intelectuales. Si la normativa civil las somete a un distinto régimen es fundamentalmente porque los límites aplicables a los derechos son muy diferentes en cada caso.

En cuanto a las penas asignadas, el legislador ha optado por una solución fácil que puede considerarse extrema: la penalización de estos actos preparatorios plenamente asimilada a la que resultaría de la efectiva comisión de los comportamientos básicos sobre obras y prestaciones. Por consiguiente, las penas pueden llegar a prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses por razón de la aplicación de los tipos de las letras c) y d) del 270.5 CP. Sin perjuicio de desconocer que este tipo de conductas puede ocasionar un impacto de considerable entidad sobre los derechos económicos de los titulares originarios o derivados de los derechos, lo cierto es que la lesión efectiva y el peligro de lesión de éstos no se deberían encontrar en el mismo nivel de reproche.

### **II.3.6.2.- Las conductas sobre los medios de supresión o neutralización no autorizadas de dispositivos técnicos (art. 270.6 CP).**

Los comportamientos típicos castigados en el número 6 del art. 270 CP tienen por objeto material no las medidas tecnológicas propiamente dichas, sino los medios de supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección.

Concretamente, con la pena de prisión de seis meses a tres años se castiga la fabricación, importación, puesta a disposición o posesión, con finalidad comercial, de “cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico” que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras y prestaciones.

La redacción actual es el resultado de una evolución marcada por una serie de modificaciones efectuadas en el tipo antecedente originario introducido por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que se concretó entonces en el párrafo tercero del art. 270 CP y se destinó específicamente a proteger los programas

de ordenador frente a conductas de copiado informático mediante el castigo de la fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios de supresión o neutralización no autorizada de dispositivos técnicos habilitados para su resguardo<sup>385</sup>. La razón de su previsión se ubicó entonces en la protección que demandaba el art. 7.1.c) de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991<sup>386</sup>, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, y se conectó al art. 102 c) de la LPI que traspuso tal disposición en nuestro ordenamiento nacional.

Con ello, a la protección que a los programas de ordenador se otorgaba como especie del objeto material genérico tutelado entonces en los párrafos primero y segundo del art. 270 NCP, se añadió la previsión específica de sanción penal -en el párrafo tercero de dicho precepto- de *“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”*.

También en este caso, de forma similar a la opción de técnica jurídica empleada en el párrafo segundo del mismo artículo, se tipificaban autónomamente actos preparatorios con los que se trataba de proteger especialmente a los productores o cesionarios de los derechos de explotación de los programas de ordenador, frente a efectivas lesiones de los mismos, adelantando las barreras de protección.

Tres eran originariamente las conductas contempladas y todas estaban circunscritas a los programas de ordenador como elemento final de protección, constituyendo objeto material del delito *“cualquier medio específicamente destinado”* a facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de dispositivos técnicos de protección de programas informáticos.

La principal observación que cabía efectuar sobre la redacción originaria era su falta de correspondencia con el referido precepto comunitario que inspiró su introducción en el

---

<sup>385</sup> Los conocidos como “copiones”, medios destinados a violar la protección de programas lícitos que ya antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal eran frecuentemente ofertados e intervenidos. Así puede comprobarse en la SAP de Álava de 3 de septiembre de 1996 que confirma la SJP nº 2 de Vitoria-Gasteiz de 19 de marzo anterior.

<sup>386</sup> Precepto referido al compromiso de los Estados miembros de establecer sanciones contra la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de 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.

tipo básico, el art. 7.3 de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador y con su concreción en el art. 102. c) LPI<sup>387</sup>, pues en este párrafo tercero del art. 270 CP se incluía una conducta que no contemplaban: la “*fabricación*”; se suprimía la exigencia relativa al desarrollo “*con fines comerciales*” de las conductas de puesta en circulación y tenencia de dichos medios; y no se coincidía en la referencia al objeto material pues a éste se aludía como “*medio especialmente destinado*” a facilitar la supresión o neutralización mientras los artículos comunitario y nacional extrapenales iban referidos a instrumentos “*cuyo único uso*” fuese la supresión o neutralización no autorizadas.

La amplitud de los términos empleados y tal separación del legislador sobre los preceptos extrapenales de referencia revelaba a mi juicio un importante designio de ampliación de la cobertura penal, del que la falta de coincidencia estricta especialmente en la descripción del objeto de las conductas típicas, sería una manifestación muy determinante. En tal medida, la esfera de prohibición podía alcanzar a aquellos instrumentos que aun disponiendo de otras utilidades tuviesen por función primordial y específica, que la distinga y singularice como medio especialmente idóneo para ello, la supresión o neutralización de dichos dispositivos de protección. Y ello no merecía un juicio particularmente negativo, pues, de lo contrario, la protección quedaría anulada con la simple operación de introducir en estos instrumentos otra u otras utilidades con el único fin de burlar la aplicación de la norma penal, propiciando zonas de impunidad<sup>388</sup>.

Posteriormente, la reforma operada por la L.O. 15/2003, determinó en el número 3 del art. 270 CP la ampliación del comportamiento típico del anterior párrafo tercero de dicho precepto y del objeto material de protección frente al mismo, incluyendo entre las conductas prohibidas la de importación -que añadió a las ya previstas de fabricación, puesta en circulación y tenencia- y, entre los objetos materiales, todas las demás obras y prestaciones intelectuales del número 1 del art. 270 CP, estableciendo como referente de la tutela dispensada a los dispositivos empleados para proteger “los programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”.

---

<sup>387</sup> Disposición que considera infractores de los derechos de autor a los efectos del Título VII del Libro I, a... “c) *Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador*”.

<sup>388</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos...”, *op.cit.*, págs. 27 a 79.

Esta situación es la que ha permanecido hasta la reforma por L.O. 1/2015, que, como novedades más importantes introduce en el ámbito subjetivo la exigencia de actuación “con finalidad comercial”, y en el ámbito objetivo una nueva descripción del objeto material sobre el que recaen los comportamientos típicos como “cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o neutralización” de cualquier dispositivo técnico de protección de obras y prestaciones tuteladas por derechos de propiedad intelectual.

No se alteran los comportamientos típicos en los que únicamente se sustituye el verbo nuclear “tenga” por el de “posea”, de modo que siguen castigándose las conductas de fabricación, importación, puesta en circulación y posesión (sancionando penalmente a “*quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea*”). Tales conductas típicas están preferentemente articuladas en torno a elementos descriptivos. En la *fabricación*<sup>389</sup> cabría comprender cualquier actividad encuadrable en el proceso de concepción, diseño, desarrollo, elaboración, confección y producción del instrumento neutralizador o supresor de los dispositivos protectores. La *importación* supone la introducción en nuestro país de tales medios o instrumentos desde el extranjero. Por *puesta en circulación* puede entenderse la ubicación de estos instrumentos al alcance del público, y, por tanto, cualquier acto que posibilite su distribución o puesta a disposición de un número indeterminado de personas. Finalmente en la *posesión* tienen cabida todos los comportamientos que impliquen algún tipo de tenencia de los mismos en poder de una persona. En términos generales, los comportamientos permiten acoger las conductas infractoras civiles contempladas en el art. 160.2 LPI que permite a los titulares de derechos de autor y conexos el ejercicio de acciones contra quienes fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o el alquiler o posean con fines comerciales cualquier dispositivo, producto o componente como los que constituyen objeto de este tipo.

Sin embargo, se requiere un nuevo elemento típico: la concurrencia de una predisposición subjetiva consistente en la “finalidad comercial”, lo que subsana la proverbial ausencia en el tipo penal desde 1995 de la actuación “con fines comerciales” que era ya requerido en la originaria infracción civil que permanece y describe el art. 102 c) LPI y que también exige -desde la Ley 23/2006- el art. 160.2 LPI para el común

---

<sup>389</sup> Vid. GONZÁLEZ GÓMEZ, A. *El tipo básico...*, op.cit., pág. 203.

de las conductas referidas a los dispositivos, productos, componentes, e incluso servicios de favorecimiento de la elusión de medidas tecnológicas de protección. Con ello se incrementa el grado de correspondencia con la normativa extrapenal y se perfecciona el alcance de la intervención penal que antes se extendía a aspectos que ni siquiera eran constitutivos de infracción en el plano civil, en la medida en que la falta de coincidencia en el nivel subjetivo revelaba una exacerbación de aquélla.

El objeto material de las conductas típicas también se aproxima a la normativa civil en la medida en que la expresión *cualquier medio especialmente destinado* a facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de dispositivos de protección se sustituye por la de *cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar* la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico de protección, en correlación y armonía con lo dispuesto en el art. 160.2.c) LPI que se refiere al objeto de las conductas infractoras civiles como *cualquier dispositivo, producto componente o incluso servicio que, respecto de cualquier medida tecnológica de protección eficaz:...* “*Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección*”.

Con ello se evitarán las interpretaciones doctrinales y judiciales que, partiendo de la expresión civil “cuyo único uso” empleada en el art. 102.c) LPI abogaban por la atipicidad del comportamiento en el caso de que el dispositivo, producto o componente dispusiese de otras aplicaciones de uso y no exclusivamente la de suprimir o neutralizar las medidas tecnológicas de protección<sup>390</sup>. Indudablemente la sustitución en la redacción penal del adverbio “especialmente” por el de “principalmente” avala la ampliación tendente a evitar zonas de impunidad indeseables que neutralizarían la virtualidad del tipo.

Por ejemplo, quedarían incluidos en el tipo, a mi juicio, dispositivos como los receptores FTA (Free to Air) adaptados con un puerto RJ-45 o puerto Ethernet que permiten el acceso a servicios de radiodifusión y televisión condicionada y a las obras y prestaciones en ellos emitidas, situaciones en las que cabría apreciar un concurso de delitos entre los arts. 270 y 286 CP.

---

<sup>390</sup> Coincido con GÓMEZ RIVERO, M. C., “Novedades de la reforma ...”, *op.cit.*, pág.10 en que ello constituye un acierto. Al margen de que, como afirma TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *op.cit.*, pág. 887, ya se daban condenas como las SSAP de Madrid de 28 de junio de 2012 y de Cádiz de 23 de mayo de 2013 en tal tipo de supuestos.

El objeto de protección final son toda clase de obras y prestaciones a las que se hayan incorporado los dispositivos técnicos protectores. El tipo lo enuncia como “programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”. La expresión no es del todo afortunada por dos razones.

En primer lugar porque la referencia a los programas de ordenador puede considerarse superflua en buena medida si se repara en que -como se ha reiterado- los programas de ordenador ya constituyen una modalidad de las creaciones intelectuales presente como objeto protegido en la lista no taxativa del art. 10.1.i de la LPI. En realidad al igual que los programas de ordenador constituyen referente de tutela en el art. 270.5 CP sin estar mencionados expresamente, lo mismo ocurriría de omitirse la actual alusión explícita en el art. 270.6 CP. La única explicación al mantenimiento de su mención expresa en este último puede encontrarse en el origen del tipo en una específica decisión de protección a los programas de ordenador y en la existencia de un régimen de protección específico para los mismos en la LPI que, en lo que se refiere a las medidas tecnológicas utilizadas para ellos está en principio al margen de la regulación de las medidas tecnológicas para el resto de las obras y prestaciones contenida en los arts. 160 y 161 LPI. La ahora más que evidente conexión entre el art. 270.6 CP y el art. 160.2 LPI -no aplicable a las medidas tecnológicas de protección de programas de ordenador- pudiera haber generado una cierta confusión en este escenario. Por ello, la desaparición de la mención concreta a los programas de ordenador pudiera haber originado la duda en algún sector sobre si los programas de ordenador habrían dejado de estar en el ámbito de tutela del precepto y quizás este temor haya llevado al legislador a mantenerla para dar mayor seguridad jurídica y en ello abunda, pero no daña.

En segundo lugar, porque la referencia a “cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo”, supone una mejora respecto de la fórmula empleada anteriormente y mantenida en la letra d) del art. 270.5 CP, pero lo más deseable hubiera sido una referencia a “obras y prestaciones” tal y como se identifica el objeto de protección en el art. 270 1. y 2 CP y como corresponde con la propia definición de medidas tecnológicas de protección eficaces contenida en el art. 160.3 LPI que entiende por tales 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 de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual. Salvada la inclusión de los programas de ordenador hubiera sido preferible una simple alusión típica a obras y prestaciones.

El tratamiento penológico diverge del establecido para las conductas directas de elusión o preparatorias de la elusión del art. 270.5 CP. Frente a éstas y las de los tipos básicos de los núm. 1 y 2 del art. 270 CP, que contemplan prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses en el 270.5 CP, la pena asignada al tipo del art. 270.6 CP es de *prisión de seis meses a tres años*. Por consiguiente está castigada sin pena de multa y con pena de prisión cuyo límite superior es inferior a la pena fijada tanto para el tipo nuclear básico como para las modalidades sobre medidas tecnológicas. En cierto modo, por ello, responde mejor a la debida proporción y menor reproche que los actos preparatorios presentan respecto de la producción efectiva de los comportamientos típicos del art. 270.1 y 2. La posible razón de su tratamiento penológico privilegiado del art. 270.6 CP también respecto de las conductas del art. 270.5 CP pudiera encontrarse en que los actos de fabricación, importación, puesta en circulación o posesión de estos medios principalmente orientados a suprimir o neutralizar los dispositivos de protección se encuentran más alejados de la efectiva vulneración de los derechos en la secuencia lógica temporal de producción o ejecución delictiva que los actos de elusión o facilitación de la elusión, esto es, de algún modo serían algo así como -si se permite la expresión poco técnica pero muy descriptiva- aún más preparatorios por encontrarse en un estadio previo a la elusión<sup>391</sup>.

No cabe duda, en cualquier caso, de que -como en los tipos relacionados precedentemente- estamos ante un delito de peligro abstracto que tipifica actos preparatorios actualizando un caso más de adelantamiento de las barreras de protección penal.

---

<sup>391</sup> Algo ya puesto de manifiesto en la doctrina por RIVERO GÓMEZ. M. C., “Novedades de la reforma...”, *op.cit.*, pág. 10.

### II.3.7.-Los subtipos agravados del art. 271 CP.

La actual formulación de las modalidades agravadas de los delitos relativos a la propiedad intelectual tiene su origen en el Código Penal de 1995, que redujo el anterior elenco de conductas agravadas e “hiperagravadas” instaurado por la reforma de 1987 del antiguo Código Penal a un único nivel de agravación, expresado en dos subtipos cualificados, independientes uno del otro, comprendidos ambos en el artículo 271 CP y articulados a través de sólo dos conceptos jurídicos indeterminados: *la especial trascendencia económica del beneficio obtenido* y *la especial gravedad del daño*<sup>392</sup>, con lo que ello implicaba de transferencia de la decisión al criterio valorativo de jueces y tribunales. En ambos casos, la ya importante indeterminación de términos como “trascendencia” y “gravedad” se vio notablemente acentuada desde el principio por la imprecisión que se deriva de la exigencia de su condición de “especial” en ambos casos.

Si el primero de estos conceptos parecía responder a un criterio exclusivamente patrimonialista, cuya determinación podía efectuarse en relación con la mera superación de una cuantía económica, la concreción del segundo planteaba dudas acerca de su precisión y los conceptos que podía comprender, como se tratará más adelante.

Sobre la situación normativa anterior incidió la reforma de 2003, que mantuvo básicamente los dos subtipos anteriores, pero mejoró la redacción del anterior 271 b) CP, pues, por un lado, el subtipo se pasó a construir sobre la “*gravedad de los hechos*” y no del daño; y, por otro, se establecieron dos parámetros de referencia más precisos, uno de contenido exclusivamente patrimonialista “*el valor de los objetos producidos ilícitamente*”, y otro de naturaleza más compleja “*la especial importancia de los perjuicios ocasionados*”, en el que podrían tener cabida componentes de condición no puramente patrimonial. Asimismo el legislador de 2003 incorporó dos subtipos de

---

<sup>392</sup> Los términos del art. 271 CP eran los siguientes: “Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

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.”



nuevo cuño sobre la base de *la pertenencia del culpable a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual; y la utilización de menores de 18 años para cometer estos delitos.*

La reforma de 2003 conllevó además la corrección de otro aspecto controvertido.

En el originario art. 271 CP de 1995, además de la agravación de la penalidad, como consecuencia accesoria común se incluyó la posibilidad de decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. Pero, de manera llamativa, ello parecía entrar en colisión con lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 288 CP, que siendo disposición común de aplicación general en principio a todas las Secciones del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, establecía que el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podría adoptar las medidas previstas en el art. 129 del CP, lo que planteaba la aplicabilidad, especialmente de las contempladas en el apartado a) de este artículo (clausura temporal o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos), en los supuestos del tipo básico del art. 270 CP. Ello parecía entrar en contradicción con la regla específica prevista en el párrafo in fine del art. 271 CP porque la misma permitía en estos casos de los subtipos agravados de especial trascendencia del beneficio obtenido o especial gravedad del daño causado, que el órgano jurisdiccional decretase *el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado*, y no tenía sentido si lo mismo se podía hacer en el tipo básico. Esta situación, que revelaba un patente desorden en la actividad -demasiado apresurada quizás - del legislador del CP de 1995, podía resolverse entendiendo que la regla del in fine del art. 271 era una norma especial, que, al encontrarse prevista específicamente tan sólo para los subtipos agravados, impedía la aplicación de la regla general del art. 288 CP para los casos del art. 270 CP. Pero aún cabía plantearse si serían aplicables las medidas de los apartados b) a e) del art. 129 CP, o -como medida cautelar- la del apartado c), lo que tanto podía descartarse con apoyo en el argumento de que si así lo hubiera querido en estos delitos lo habría establecido expresamente el legislador como revelaba *a contrario sensu* la previsión específica del 271 CP, como sostenerse en la patente falta de orden del mismo. En cualquier caso, no se observaban razones para la excepción a la aplicabilidad de cualquier medida del art. 129 CP en estos delitos, máxime si como consecuencia accesoria podía imponerse el cese de la actividad ilícita

y, como decía el párrafo tercero de este precepto, “*las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma*”.

La cuestión no hubiera revestido tanta importancia en el plano práctico, si hubiera sido utilizada la aplicación de las medidas de protección específicas previstas en la LPI, ya que los mismos o mejores resultados podían obtenerse mediante su empleo, pero no era así. Afortunadamente la reforma operada por la L.O. 15/2003 puso orden en la cuestión eliminando el párrafo in fine del anterior art. 271 CP, con lo que superó la contradicción con la disposición general del art. 288 CP sobre la aplicabilidad de las medidas del art. 129 CP, cuestión que por otra parte quedó sin sentido con la nueva redacción que la L.O. 5/2010 otorgó al art. 288 CP y al propio art. 129 CP.

La reforma del CP de 2015 ha afectado al art. 271 CP penológica y típicamente, pero en una intensidad menor que lo ha hecho a los tipos básicos. Se produce un notable incremento de la pena imponible (la pena de prisión pasa de uno a cuatro años a dos a seis años y la de multa de doce a veinticuatro meses pasa a ser de 18 a treinta y seis meses), y las novedades con significación típica que se introducen respecto de la situación anterior se limitan a los dos primeros subtipos, si bien no carecen de cierta importancia. Básicamente se centran en añadir el beneficio potencial al real para el cálculo de la especial trascendencia económica que integra la figura agravada de la letra a) del art. 271 CP, extendiendo el alcance de este subtipo, y en adicionar un nuevo referente para medir la especial gravedad del hecho en la modalidad de la letra b) del mismo precepto<sup>393</sup>.

El actual elenco de subtipos agravados se hace acreedor de una referencia por separado.

---

<sup>393</sup> La redacción completa del art. 271 CP queda en los siguientes términos: “Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.”

### **II.3.7.1.- La agravación por especial trascendencia económica del beneficio real o potencial.**

El origen de este subtipo agravado se encuentra en la redacción en la reforma de 1987 del luego derogado art. 534 bis b).2 del antiguo Código Penal, que fue retocada en 1995 sustituyendo la agravación de segundo nivel de su apartado a) -que rezaba: “*Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica*”-, por la fórmula relativa a que el *beneficio obtenido* tuviese *especial trascendencia económica*, según estableció el nuevo art. 271 CP<sup>394</sup>.

Desde el principio, por tanto, con un criterio marcadamente patrimonialista, la referencia de este subtipo atendió al montante económico del provecho o beneficio efectivamente alcanzado por el sujeto activo del delito, independientemente de que los titulares de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios sufrieran o no perjuicio y, en su caso, al margen del importe de éste, fuese o no correlativo. En consecuencia, su aplicación no podía determinarse en base a posibles ganancias presuntas o calculadas en función del valor o el número de copias intervenidas, puesto que descartaron los referentes empleados en el Código Penal previo al generado por la L.O. 10/1995, sino en consideración a las realmente logradas por el autor de la conducta típica, lo que exigía un esfuerzo probatorio en la acreditación del importe del beneficio obtenido.

Pues bien, dicho esfuerzo acreditativo del beneficio real y efectivo alcanzado ya no es necesario. La reforma de 2015 ha ensanchado su alcance al *beneficio potencial*, puesto que el parámetro pasa a ser “el beneficio obtenido *o que se hubiera podido obtener*” en concordancia con lo también establecido como referente de la aplicación del tipo privilegiadamente atenuado del párrafo segundo art. 270.4 CP (la reducida cuantía del beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener), tal y como había venido a interpretar la Circular FGE núm. 3/2010, que como ya se reseñó *supra*, indicó que el beneficio al que se refería la dicción legal era la “ganancia obtenida con la actividad delictiva, a calcular sobre la base de los efectos intervenidos” o el “beneficio obtenido o que hubiera podido obtener”.

---

<sup>394</sup> Que -recordemos- disponía que la pena agravada se impondría si concurría, entre otras, la circunstancia de: a) *Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica*.

En cuanto a qué cuantía posee especial trascendencia económica y por tanto determina la aplicación del subtipo agravado, la transferencia legislativa a la suplencia judicial en la definición de este concepto jurídico indeterminado obliga a pasar por los criterios desarrollados en la jurisprudencia menor, algo que, como cabía esperar, ha sido objeto de un tratamiento común con el subtipo históricamente vinculado a la especial gravedad del daño o de los hechos.

Por consiguiente, la determinación de qué cantidades alcanzan o superan la especial trascendencia económica e incluso la especial gravedad de las letras a) y b) del art. 271 CP ha estado en manos, como en otros preceptos, de la valoración jurisprudencial, que para casos similares ha venido atendiendo al valor que en el delito de estafa (y en el de apropiación indebida) determinaba la aplicación de la pena superior en grado que habilita la aplicación de la agravación de primer nivel del art. 250.6º CP.

En efecto, por lo general, los órganos judiciales<sup>395</sup> suelen acudir a la jurisprudencia elaborada en torno a las agravaciones de la estafa y la apropiación indebida previstas en el art. 250.4 CP y el art. 252 CP, por referencia a las de las estafas<sup>396</sup>.

Las cifras manejadas toman como referente -entre otras-, las SSTS Sala Segunda, núm. 876/2001, de 19 de mayo de 2001 y núm. 1196/2009, de 23 de noviembre de 2009, que señala que *“una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el nº 7º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (Ss. de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92, y otras muchas)”*. La Sentencia Youkioske incluso se refiere a la agravación específica que, para aquellos delitos se prevé cuando se superan los 50.000 euros (art. 250.5 CP), significando que *“las cantidades en las que nos movemos en el presente caso, superan por mucho estas cantidades, y en su consecuencia se debe aplicar el tipo agravado.”*<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> Y de ello es último ejemplo la Sentencia, ya citada, de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2015 (caso Youkioske).

<sup>396</sup> “Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.”

<sup>397</sup> Recuérdese que la referida sentencia evalúa las ganancias probadas en más de 196.000 euros.

### II.3.7.2.- La agravación por especial gravedad de los hechos.

Tras la reforma por L.O. 1/2015, el segundo subtipo agravado conserva su esencia articulada sobre la *especial gravedad de los hechos*, pero incorpora un nuevo referente para su estimación, añadiendo a los anteriores criterios -el valor de los objetos producidos ilícitamente o la especial importancia de los perjuicios ocasionados-, el parámetro del *número de obras y/o prestaciones protegidas* sobre las que se producen las vulneraciones básicas de reproducción, distribución, puesta a disposición y comunicación al público.

La cantidad de obras y prestaciones vulneradas se suma así como factor determinante de la agravación por especial gravedad de los hechos al margen de su valor<sup>398</sup> o cuantía económica y la entidad de los perjuicios, resulten o no evaluables, por más que aquél y éstos puedan suponerse de especial relevancia precisamente por ello.

La adición es significativa sobre todo cuando resulta difícil acreditar el montante económico del perjuicio, algo común en este tipo de delitos en los que habitualmente las periciales son problemáticas, resulta complicado establecer unos criterios valorativos sólidos que sirvan de referentes incontrovertidos<sup>399</sup>, los perjuicios se consideran imprecisos, indeterminados o inestimables y los órganos jurisdiccionales suelen dejar para ejecución de sentencia la determinación del perjuicio teniendo en mente la responsabilidad civil a declarar en favor de los perjudicados.

La nueva fórmula normativa permitirá, con sustento legal, proceder a efectuar apreciaciones sólidas de la modalidad agravada con base exclusiva en el número de obras o prestaciones reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, aun cuando ni el valor de los objetos producidos ni los perjuicios ocasionados puedan ser determinados con toda precisión.

Como observación llamativa hay que destacar que el nuevo parámetro de medida de la especial gravedad de los hechos se refiere exclusivamente a las modalidades puramente

---

<sup>398</sup> Hay que recordar que en el antiguo 534 bis b).2 a) del ACP la cantidad o valor, pero de las copias ilícitas, fueron parámetros de la especial trascendencia económica.

<sup>399</sup> Piénsese en las estimaciones basadas en inferencias efectuadas sobre las vulneraciones en internet con base al número de visitas en una web o a partir las cuotas satisfechas por adquirir determinados grados de capacidad por tramos de GBs para efectuar descargas FTA de videojuegos, películas y música alojadas en grandes servidores.

patrimoniales que con criterio taxativo aparecían en el anterior núm. 1 del art. 270.1 CP: reproducción, distribución y comunicación pública, ya que la puesta a disposición del público en nuestro derecho no es sino una modalidad de distribución si median ejemplares físicos (en soporte tangible ex. art. 19 LPI) o de comunicación pública si se efectúa por procedimientos alámbricos o inalámbricos sin mediar aquellos (ex. art. 20.2.i LPI). Sin embargo, no contiene referencia a los otros tipos de explotación económica a las que -en previsión de futuras tipologías aún no conocidas y para acomodarse al elenco abierto civil de modalidades vulneradoras del art. 17 y ss. LPI- ahora se refiere el actual 270.1 CP, de manera que -sin razón que lo justifique- no contempla el número de obras o prestaciones *explotadas económicamente de otro modo* como factor determinante de la especial gravedad de los hechos.

En cuanto a los otros dos factores determinantes de la especial gravedad, el valor de los objetos producidos ilícitamente y la especial importancia de los perjuicios ocasionados, la problemática aplicativa ha estado vinculada a distintos aspectos.

El factor *valor de los objetos ilícitamente producidos* tiene entronque con el criterio también patrimonial del valor de las copias ilícitas y su trascendencia económica en la regulación derogada por el nuevo Código Penal de 1995 y es evidente que por entonces se estaba pensando exclusivamente en copias físicas. La calificación como “objetos” de las copias digitales no incorporadas a soportes físicos resultaba problemática de modo que el campo aplicativo se reducía normalmente a los casos de piratería física. Por otra parte, sin embargo, el término “objetos” daba la posibilidad a la apreciación de la agravante no sólo sobre los objetos materiales de las figuras delictivas de los apartados 1 y 2 del CP, sino también sobre los medios especialmente destinados a la supresión o neutralización no autorizada de dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador y el resto de obras y prestaciones constitutivos del objeto material de las acciones del art. 270.6 CP.

En la práctica, el principal problema ha venido siendo el de las valoraciones periciales, especialmente por la ausencia de criterios incontrovertidos sobre el valor a considerar y la forma en la que proceder a ello, así como las dudas judiciales sobre la cualificación para efectuar periciales de dimensión patrimonial apoyadas en sólidos referentes, e incluso la sospecha sobre la vinculación más o menos acreditada de los peritos con las partes, por cuanto la Administración de Justicia no ha venido contando con un cuerpo

técnico habilitado y acreditado para ello, y el auxilio de las unidades de policía judicial de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado se ha centrado, si acaso, en la dimensión técnico-científica de las periciales que va dirigida a acreditar la concurrencia de elementos típicos, y no los patrimoniales<sup>400</sup>.

Por lo que respecta a la especial importancia de los perjuicios ocasionados, se trata de un parámetro cuya integración es posible, a mi entender, con componentes no exclusivamente patrimoniales, si bien la cuestión no deja de ser discutida<sup>401</sup>.

Debe recordarse y significarse que originariamente la modalidad agravatoria de la letra b) del art. 271 CP procedente de la L.O. 10/1995 por la que instauró el nuevo Código Penal se refería a la especial gravedad del daño y no -como ahora- de los hechos. Aunque mayoritariamente se vino considerando que para la consumación del delito no era necesaria la causación efectiva de un perjuicio, la segunda modalidad agravada partía, pues, de la existencia real de un daño ocasionado al sujeto pasivo del delito, que se requería que fuese de especial gravedad.

El primer problema interpretativo que sugería esta modalidad era la determinación del concepto de daño, pues el empleo de este término en lugar del vocablo *perjuicio*, utilizado en el tipo básico nuclear, planteaba la cuestión de si se estaba o no aludiendo a cosas distintas. Los propios artículos 109 y 110.2º y 3º del CP de 1995, al tratar el tema de la responsabilidad civil, parecían atribuir significados distintos a estos términos, lo que sirvió de base para introducir cierta inseguridad a la hora de optar por un criterio interpretativo. Sin embargo, la mejor opinión -a mi juicio- (por la escasa precisión que en este tema guarda el legislador en preceptos semejantes de la parte especial, sobre todo motivada por el apresuramiento que en ocasiones preside su tarea-), consideró que cabía identificar ambos términos, de modo que con la referencia al daño no sólo se estaría aludiendo a su vertiente material, sino también al perjuicio, incluyendo, además

---

<sup>400</sup> Una mayor justificación de estas afirmaciones, con cita concreta de resoluciones, puede hallarse en TIRADO ESTRADA, J.J, “El enjuiciamiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Relevancia de la prueba pericial. Secreto de las comunicaciones, intimidad y autodeterminación informática”, en *Cuadernos digitales de formación*, número 46, CGPJ, Madrid 2010.

<sup>401</sup> En contra, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 569 y 570. Para este autor sólo los perjuicios en la esfera patrimonial han de ser tenidos en cuenta a efectos de este subtipo si se pone en relación la agravante con el bien jurídico protegido en esta clase de delitos que entiende es el patrimonio individual, deben ser considerados a estos efectos; y si se tiene en cuenta que se requiere un lucro patrimonial (en referencia al anterior ánimo de lucro) como búsqueda de beneficios de tipo económico. Incluso entiende que los términos perjuicio e importancia tienen una connotación más patrimonial que los de daños y gravedad, respectivamente. De ahí que propugne la exclusión del daño moral, cuya consideración sólo podría efectuarse en sede de responsabilidad civil.

del daño emergente, el lucro cesante, que suele ser el verdadero punto crucial para los titulares en este tipo de vulneraciones; e incluso el daño moral.

En apoyo de esta tesis podía citarse el art. 138 LPI que, al prever la indemnización al perjudicado utiliza el término daños (materiales y morales), que por su desarrollo en el art. 140 LPI de entonces se venía a identificar con el concepto de perjuicio que se mantiene en el Código Penal. La inclusión del lucro cesante podía sustentarse en el propio párrafo primero del art. 140 LPI que se refería a la *ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho* y en torno a la indemnización de los daños materiales posibilitaba al perjudicado optar por el beneficio que hubiere podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiere podido percibir de haber autorizado la explotación. Y como también estos preceptos civiles establecían la indemnización del daño moral, éste podía ser tomado en cuenta como componente para determinar la especial gravedad del daño de este subtipo, en consonancia con la necesidad de la indemnización por los perjuicios morales que ya proclamaba el art. 110.3º del nuevo Código Penal<sup>402</sup>.

Personalmente consideré aceptable esta opinión. Ciertamente es el reforzamiento, operado en la nueva redacción de 1995, de la estructura patrimonial del tipo y sus aspectos patrimoniales<sup>403</sup>, la inserción sistemática entre los delitos del Título XIII, y la constatación de que, en los demás casos en que el Código Penal (235.3º, 250.6º, 305.1 b)...) dentro de este título alude a la especial gravedad, refiere ésta a variables valorativas de contenido esencialmente económico, son razones todas que pudieran sustentar el criterio de que la expresión daño ocasionado debía acotar la interpretación al daño económico.

Sin embargo, la solución de la inclusión del daño moral producido como elemento a tener en cuenta para la valoración de la especial gravedad del daño, podía encontrar un importante argumento de sostén en la decisión del legislador de ubicar las modalidades agravadas de las letras a y b del art. 271 CP en dos párrafos distintos y separados, no

---

<sup>402</sup> Como ya sostuve en TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos a la propiedad intelectual. Problemática aplicativa”, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV- 2003, Madrid, pág. 832.

<sup>403</sup> Por la exigencia en el tipo básico del ánimo de lucro concatenado con la actuación en perjuicio, fundamentalmente de índole económica, de tercero; la conclusión de que el bien jurídico protegido son las facultades patrimoniales y que ello es lo que permite definir la entrada en juego de la intervención penal, delimitando su tutela frente a la de carácter administrativo o civil; e, incluso, la consideración de que se viene a proteger la vertiente patrimonial de los derechos de autor también cuando se castiga el plagio.



habiendo acudido al fácil recurso de diseñar la agravación en base a la especial trascendencia económica “*del beneficio obtenido o del daño causado*”.

Esta opción parecía revelar desde el principio un deliberado deseo de no vincular en este caso la interpretación del daño a aspectos exclusivamente patrimoniales y económicos.

La reforma por L.O. 15/2003 transformó el subtipo de la letra b) del art. 271, sustituyendo la alusión a la gravedad del daño por la más adecuada de la *gravedad de los hechos*; y acto seguido facilitó los dos “parámetros de medición” sobre los que proceder a la integración de este concepto jurídico indeterminado: *el valor de los objetos producidos ilícitamente* y *la especial importancia de los perjuicios ocasionados*. Por tanto mantuvo la distinción entre especial trascendencia económica y especial gravedad, y así continúa la situación tras la reforma de 2015.

En relación con al nuevo eje del segundo parámetro, esto es, los *perjuicios ocasionados*, la interpretación sostenida sobre el subtipo de “especial gravedad del daño causado” sería plenamente trasladable, por cuanto ya se ha justificado cómo la expresión daño se entendía como asimilable o inclusiva del “perjuicio” a los efectos de aquilatar la concurrencia de la especial gravedad.

Y pese a que se explica la “especial gravedad” por referencia a la “especial importancia”, no parece que ello supusiera introducir matices diferentes pues tal previsión no implica una vinculación a exclusivos parámetros patrimoniales. La especial importancia puede tener relación, entre otros muchos referentes, con circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión de una obra, parámetros precisamente predicables de la estimación del daño moral.

Tras la reforma operada por la Ley 19/2006, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido, el nuevo art. 140 LPI, la regula estableciendo que comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho, pudiendo incluir la cuantía indemnizatoria, en su caso, los gastos de investigación generados para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. Como en la regulación anterior, para la fijación de dicha indemnización, el perjudicado tiene una doble opción: a) La determinada por las consecuencias económicas negativas que haya sufrido la parte perjudicada, incluyendo

entre ellas la pérdida de beneficio sufrida por el perjudicado y los beneficios obtenidos por el infractor por la utilización ilícita y el daño moral (para cuya valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra; o b) La cantidad que como remuneración habría percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. El daño moral sigue siendo, por tanto, contemplado como elemento integrante del perjuicio por más que a efectos de indemnización constituya ya sólo elemento de una de las opciones que, por otra parte, es la que supone la preferencia por la reparación del perjuicio sufrido.

Por consiguiente y como conclusión, la exégesis que se propone respecto de la cuestión sería la siguiente: hay que exigir que se concrete la producción de un perjuicio efectivo y entre los perjuicios a considerar para cuantificar la especial importancia estarán el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (según se deriva de la interpretación más adecuada de los artículos 109, 110.2º y 3º, 112 y 113 NCP en relación con los arts. 138 y 140 LPI).

El mantenimiento de la desvinculación gramatical de la especial trascendencia económica que se predica sólo del beneficio obtenido, permite inferir que, si bien la consideración de los aspectos económicos (la superación de determinadas cuantías) será el elemento prevalente si continúa la misma práctica jurisprudencial, podrán entrar a ser tenidos en cuenta otros elementos de significación no exclusivamente patrimonial.

En definitiva, la permanencia, tras la reforma de 2003 y la reciente reforma de 2015, de la opción legislativa por separar y mantener en subtipos autónomos la especial trascendencia económica del beneficio y la especial gravedad de los hechos, añadida al establecimiento de un nuevo parámetro no exclusivamente patrimonial, como es el número de obras y prestaciones vulneradas, abona la apuesta por no identificar plenamente este subtipo con componentes exclusivamente pertenecientes a la esfera patrimonial.

Esto no quiere decir que los aspectos económicos no fuesen desde el inicio, hayan sido y sigan siendo ahora importantes. Por el contrario, estimé en su día y aun estimo que han de ser los prevalentes para valorar la gravedad del daño o los perjuicios ocasionados, pues la especial y primordial protección de las facultades patrimoniales de

los derechos implicados así lo propicia y determina<sup>404</sup>. Lo que se afirma es que no han de ser los únicos y exclusivos.

En consideración a la vertiente económica, es razonable que la determinación de la concurrencia de la especial gravedad de los hechos por razón de la especial importancia de los perjuicios irrogados a los titulares se sostenga en criterios atinentes a la superación de ciertas sumas. Como ya se ha dicho, la superación de unas mismas cuantías fundamentaría tanto la apreciación del subtipo agravado del apartado a) como las del b) del art. 271 CP. De hecho el importe de la defraudación ha sido tenido en cuenta en las resoluciones judiciales sobre estos delitos como criterio para valorar la concurrencia o no de este subtipo<sup>405</sup>.

Sea como fuere, en mi opinión, dicha valoración debe partir de baremos objetivos, y, por tanto, dejar de lado criterios excesivamente subjetivos en torno, por ejemplo, a la capacidad económica del sujeto pasivo, pues cuando el legislador quiere que se tomen en cuenta estos factores lo expresa así de forma explícita (v.gr. art. 250.4º NCP), lo que no ocurre con este tipo de ilícitos penales. Ésta es, por demás, la línea que pareció imponerse desde el principio en múltiples resoluciones judiciales, que han solido atender a criterios objetivos (v.gr. SSAP Sevilla de 28 de marzo de 1994 y de 5 de

---

<sup>404</sup> Lo cierto es que, en la práctica, sin embargo, el hecho de que el enjuiciamiento penal en primera instancia haya venido correspondiendo a los Juzgados de lo Penal y en vía definitiva a las Audiencias Provinciales -en resolución de recursos de apelación-, ha provocado divergencias importantes en torno a las anteriores cuestiones. Amén de que en muchas ocasiones no hay pronunciamiento sobre la especial gravedad por causa de periciales incompletas o por la necesidad de calcular el daño en ejecución de sentencia (v.gr. SAP de Madrid de 22 de febrero de 1994), el panorama no estuvo exento de sorpresas, y baste para ello citar como ejemplos representativos los siguientes:

Por un lado, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid de 31 de enero de 1995, que mantuvo el criterio de apreciar este subtipo de especial gravedad -del derogado 534 bis b).2 b)-, en relación a un vídeo comunitario, “atendiendo a la importancia de la difusión ilegal efectuada, que se hacía llegar a unas 1.500 familias, manteniéndose durante más de un año y generando ingresos considerables para el infractor, al mismo tiempo que importantes pérdidas para los titulares, cesionarios o gestores de los derechos afectados, pérdidas que lamentablemente no se pueden cuantificar...ni dentro del plenario ni en ejecución de sentencia ante la imposibilidad de que las referidas pruebas sirvan para fijar unos criterios base. En dicha sentencia no se cuantificaban ni los ingresos ni las pérdidas, lo que podría considerarse que constituye una falta de fundamentación real de la aplicación de este subtipo.

Por otro, la sentencia de la Audiencia Nacional ( Sección 1ª) de 7 de mayo de 1998, en la que se condena por delito relativo a la propiedad intelectual del tipo básico, sin apreciación del subtipo de especial gravedad -que fue retirado por el Ministerio Fiscal, petición a la que se adhirió la acusación particular, logrando la conformidad del acusado y la no continuación del desarrollo del juicio oral- aun teniendo por declarado probado que el perjuicio ocasionado a los sujetos pasivos ascendió a 12.000 (DOCE MIL) millones de pesetas, fijándose dicha cantidad como importe de la indemnización a cargo de los condenados.

<sup>405</sup> Ello desde antiguo. Por ejemplo en la SJP nº 1 de Córdoba de 10 de marzo de 1997, en la que no se apreció, sin embargo, a pesar de ascender a 16.109.680 ptas. al ser similar al que se ha producido en supuestos análogos de transmisión y retransmisión de obras o producciones en general sin la correspondiente autorización.

noviembre de 2001, en las que se acude para apreciarla al importe total de la defraudación: 27 millones de pesetas y 60.000 euros, sin tener en cuenta el supuesto escaso valor que dicha cantidad representaba para el patrimonio del sujeto pasivo concreto: unas multinacionales americanas que mueven miles de millones de dólares. Partiendo de una posición semejante en un supuesto similar, la ya distante STS de 23 de mayo de 1994 consideró aplicable este precepto en un supuesto de defraudación de 30 millones de pesetas a unas empresas de un poder económico similar). En la actualidad, nada ha cambiado para que se desvirtúen los argumentos a favor de que sean baremos objetivos los que sirvan de base para aquilatar la especial gravedad, pues ninguna referencia se contiene a la condición del perjudicado como elemento variable de la consideración como especialmente importante de los perjuicios causados.

Desde esta perspectiva, serían ajustadas las resoluciones como la de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2015 del caso Youkioske, que atiende a la superación de las cuantías sobre las que se aprecian jurisprudencialmente las agravaciones para la estafa y la apropiación indebida e incluso la agravación específica establecida a nivel legal en el art. 250.1.5º CP.

### **II.3.7.3.- La agravación por pertenencia a organización o asociación criminal, permanente o transitoria, con finalidad de realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.**

Este subtipo agravado fue introducido por la L.O. 15/2003 y destacó especialmente en el momento de su previsión por implicar un reconocimiento de la instalación de organizaciones delictivas en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual y de su capacidad para multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, de forma concordante con la modificación que se operó en el art. 282 bis LECR para incluir estos delitos entre las modalidades delictivas en las que se posibilita la técnica del agente encubierto por tratarse de investigaciones sobre actividades propias de delincuencia organizada. Hasta ese momento la única aproximación a una definición de delincuencia organizada se encontraba precisamente en el apartado núm. 4 de dicho precepto procesal, entendiendo como tal la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o

reiterada, conductas que tenían como fin la comisión de los delitos incluidos en una lista. La inclusión en dicha relación de los fines de comisión de los delitos relativos a la propiedad intelectual, abrió las puertas a la aplicación de todo un abanico de posibilidades en el campo de la lucha nacional e internacional contra estos delitos<sup>406</sup>.

El fundamento del establecimiento de esta cualificación lógicamente se encuentra en la mayor capacidad que ostentan las organizaciones y asociaciones criminales para forjar y extender, cualitativa, cuantitativa y territorialmente, una sistemática y masiva vulneración de los derechos de propiedad intelectual con el consiguiente impacto multiplicador que ello supone para los intereses públicos, colectivos e individuales que constituyen el objeto de protección jurídica. Además en su aspecto cualitativo dichas agrupaciones criminales generan procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas. Un mayor contenido de lo injusto, una mayor potencialidad lesiva para el bien jurídico protegido, una mayor impunidad y dificultad de persecución, una mayor facilidad para aprovechar los rendimientos del crimen, un mayor alcance cualitativo y cuantitativo del fenómeno de la piratería y su condición de vector de delincuencia aneja y conexa justifican la decisión del legislador, que si bien inicialmente fue adoptada pensando en la piratería física, una vez decrecida ésta por las posibilidades y aportaciones que brinda internet, se revela útil también en el entorno de la piratería digital, donde las investigaciones policiales acreditan que la actividad vulneradora está, cada vez más, en manos de agrupaciones criminales organizadas en las que se advierte la diversificación de tareas.

---

<sup>406</sup> A la importancia de este tipo de previsiones me referí en la Comparecencia en el Congreso de los Diputados efectuada el 12 de mayo de 2003 ante la Subcomisión para el estudio de medidas contra la piratería en bienes y derechos protegidos por la propiedad intelectual, donde, junto con otras novedades, propuse esta concreta modificación legal que se sustenta en la necesidad de establecer un adecuado marco para la intervención penal internacional. Para una más completa visión sobre los propósitos de estas medidas debo remitirme para no reiterar argumentos -superando una vez más el intenso rubor que provoca la autocita- a TIRADO ESTRADA, J.J., “Reformas y Propuestas de futuro en materia de delitos relativos a la Propiedad Intelectual” (y más concretamente a su capítulo II.- “La necesaria acción internacional. Posibilidades de uso de instrumentos y medidas estructurales de la cooperación judicial internacional”), en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, IV- 2003, Madrid, págs. 849 a 868. En realidad se trata de una cuestión común con las infracciones contra la propiedad industrial, tal y como he subrayado en otras ocasiones, *Vid.* TIRADO ESTRADA, J.J., “Delincuencia organizada y tráfico ilícito de productos de marcas”, en *Estudios de Derecho Judicial. Propiedad Industrial*, núm. 49. 2003, Madrid 2004, págs. 247 a 279.

En cuanto a qué deba entenderse por organización o asociación criminal, permanente o transitoria, el referente normativo lo constituye la regulación de los delitos autónomos de organizaciones y grupos criminales establecida en los arts. 570 bis a 570 quáter del Código Penal, que contienen definiciones de lo que ha de entenderse por tales y resultan plenamente aprovechables para determinar la esencia de la agravación del art. 271 c) CP.

Ambas figuras nacieron como consecuencia de la incapacidad del delito de asociación ilícita (art. 515 CP) para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales, dado el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales que restringieron notablemente su alcance configurándolo prácticamente como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución<sup>407</sup>. Su introducción ha llevado a una reelaboración jurisprudencial de la interpretación del delito de asociación ilícita<sup>408</sup> y de los elementos diferenciadores entre organización criminal, grupo criminal y los simples supuestos de codelincuencia, algo que resulta especialmente útil en los delitos que nos ocupan.

Lo que determina la aplicación del subtipo es la pertenencia a una organización o a un grupo criminal y, por ello, debemos identificar sus conceptos, sin dejar de anotar ya que precisamente el principal problema que se genera en torno a esta agravación es la relación concursal con los tipos autónomos que establecen el castigo de estas agrupaciones<sup>409</sup>.

El art. 570 bis CP establece -inciso final de su número 1- lo que se entiende por organización criminal: la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

Según la STS de 16 de abril de 2014, las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la L.O.

---

<sup>407</sup> Tal y como reflejó el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio.

<sup>408</sup> Como expresa la STS de 11 de febrero de 2013, la asociación criminal tendrá una interpretación más relacionada con el ámbito que le es propio, es decir, con el derecho constitucional de asociación cuando se desvía hacia fines criminales, penalizándose esas estructuras delictivas en los nuevos artículos 570 bis y ter del Código Penal».

<sup>409</sup> Como se verá con más detalle en el apartado dedicado a los problemas concursales.

5/2010, de 22 de junio -y que ya recogió la Circular FGE núm. 2/2011410- son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una "voluntad colectiva", superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (STS 745/2008, de 25 de noviembre, 41/2009, de 20 de enero; 239/2012, de 23 de marzo; y 309/2013, de 1 de abril).

---

<sup>410</sup> Circular 2/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

Por grupo criminal se entiende -conforme al art. 570 ter.1 CP- la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el art. 570 bis CP, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos.

En realidad, del texto legal se desprende que, salvo la agrupación de tres personas o más y el concierto para la perpetración de los delitos pueden faltar en el grupo criminal el resto de las notas que caracterizan la organización criminal, y, entre ellas, el carácter estable, de modo que, desechado el referente del delito de asociación ilícita, será el grupo criminal el concepto en el que cabe la inclusión de los términos “organización o asociación... de carácter transitorio” del subtipo agravado. De hecho, la mención típica en el subtipo a la *asociación* como algo distinto de la organización casa perfectamente con la naturaleza de los requisitos del grupo criminal; pero todo aquello a su vez plantea el problema de distinguir el grupo criminal de los simples supuestos de codelincuencia, y en esto hay que decir que la jurisprudencia se ha mostrado muy laxa y fija su atención únicamente en dos parámetros: el número de personas agrupadas y el modo fortuito o no en que se produce la formación de la agrupación para la comisión inmediata de un delito.

A partir la definición legal, la Circular FGE 2/2011, ha concebido el grupo criminal como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal. Como recoge también la Circular, el art. 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea ofrece una definición de “asociación estructurada”, de manera negativa, como una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, que no necesita haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni continuidad en la condición de miembro, o que exista una estructura desarrollada. En el mismo sentido define el “grupo estructurado” el art. 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada. Y por ello entiende que exige sólo cierta permanencia (“formación no fortuita”), y una estructura básica que supone la actuación concertada de sus miembros pero que no



requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

La STS (Sala 2ª) de 1 abril 2013, FJ 2, aborda la diferenciación con las situaciones de codelinquencia, ofreciendo el criterio de que “la codelinquencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de sólo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito”. A dicha conclusión llega, tras recoger el texto de las definiciones de los arts. 570 bis y 570 ter CP y apoyarse en los instrumentos internacionales a los que también alude la Circular, conforme al siguiente razonamiento:

*“La organización criminal se caracterizaría por la agrupación de más de dos personas, la finalidad de cometer delitos, el carácter estable o por tiempo indefinido y el reparto de tareas de manera concertada y coordinada, con aquella finalidad.*

*El grupo criminal requiere igualmente la unión de más de dos personas y la finalidad de cometer concertadamente delitos... La ley permitiría configurar el grupo criminal con esas dos notas, pues la definición legal contempla la posibilidad de que no concurren alguna o algunas de las que caracterizan la organización, que, además de las coincidentes, esto es, la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer de forma concertada delitos o reiteradamente faltas, son solamente dos: la estabilidad y el reparto de tareas.*

*Es necesario, entonces, distinguir el grupo criminal de los supuestos de mera codelinquencia, la cual se apreciaría, en primer lugar, en aquellos casos en los que la unión o agrupación fuera solo de dos personas. Cuando el número de integrantes sea mayor, no siempre será posible apreciar la presencia de un grupo criminal. El criterio diferenciador habrá de encontrarse en las disposiciones internacionales que constituyen el precedente de las disposiciones del Código Penal y que, además, constituyen ya derecho interno desde su adecuada incorporación al ordenamiento español. Así, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York de 15 de noviembre de 2000, fue firmada por España en Palermo el*

*13 de diciembre de 2000, y ratificada mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, por lo que constituye derecho vigente en nuestro país.*

*En el Artículo 2 de la citada Convención se establecen las siguientes definiciones: en el apartado a) Por "grupo delictivo organizado" [ORGANIZACIÓN] se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material; y en el apartado c) Por "grupo estructurado" [GRUPO] se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.*

*Interpretando la norma del Código Penal en relación con la contenida en la Convención de Palermo, la codelinuencia se apreciaría en los casos de agrupaciones o uniones de solo dos personas, o cuando estando integradas por más de dos personas, se hubieran formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito.»*

Por consiguiente, la jurisprudencia en relación con los grupos criminales no exige relaciones de jerarquía y disciplina que determinen el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, la definición y el reparto de funciones entre sus miembros; ni la diversificación definida de tareas; ni la continuidad de sus miembros; ni una estructuración mínima. Lo esencial es que la agrupación sea de al menos tres miembros y que no se haya constituido fortuitamente para la comisión inmediata de un delito, de modo que si la formación de la agrupación “sucede inopinada y casualmente”<sup>411</sup> y está destinada a cometer un hecho delictivo “enseguida y sin tardanza”<sup>412</sup> estaremos ante un supuesto de codelinuencia y no de aplicación del subtipo agravado.

La Circular FGE núm. 2/2011, sin embargo, se ha mostrado -en posición que comparto- más cauta en relación con la aplicación de los conceptos de organización criminal y

---

<sup>411</sup> Definición de lo fortuito según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

<sup>412</sup> Conforme a la definición de lo inmediato del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

grupo criminal para evitar la exacerbación punitiva y se refirió a los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, identificándolos como los siguientes:

- el acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito,
- la trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan,
- la distribución de cometidos o tareas a desarrollar,
- la existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada, y
- el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

Dichos criterios, a mi juicio, permiten perfilar con más claridad cuándo deberá entenderse concurrente la circunstancia agravante que determina la aplicación del subtipo y en dicha medida deben constituir los parámetros de distinción entre éste y el tipo básico del art. 270 CP cometido en coparticipación por varios agentes.

En cuanto a qué deba interpretarse por pertenencia a las agrupaciones criminales determinantes del subtipo, puede compartirse también el criterio de la Circular FGE 2/2011, que señala que el concepto de pertenencia o integración tiene un carácter más o menos sostenido, nunca esporádico u ocasional, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la agrupación, esto es, participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

En cualquier caso, conviene precisar que la propia L.O. 5/2010 posibilitó la distinción entre pertenecer a una organización criminal y ser explotado o utilizado por la organización criminal, al menos respecto de las personas a las que son aplicables el tipo

atenuado que dicha norma introdujo para la distribución al por menor en función de las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio, hoy reformulado como distribución ambulante u ocasional en el art. 270.4 CP. En efecto, así se deduce de los términos de su Preámbulo que se refirió a los beneficiarios de la atenuación como “personas en situaciones de pobreza, *a veces utilizados por organizaciones criminales*, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia”. Ello permite aplicar criterios de equidad y justicia moduladores e impeditivos de una aplicación automática del subtipo a quienes están en el último eslabón de la cadena de distribución de los productos piratas y tan sólo procuran su precario sostenimiento.

Finalmente debe comentarse que es criticable que todo perteneciente a una de estas agrupaciones criminales responda por igual por el subtipo sin distinción entre dirigentes, organizadores o coordinadores de la agrupación y los meramente integrantes de la misma. La corrección penológica podrá venir, en su caso y para las organizaciones criminales, por la aplicación de la regla del art. 570 quáter 2 in fine y, en su seguimiento, del art. 8.4 CP en situaciones de concurso, como se tratará más adelante.

#### **II.3.7.4.- La agravación por utilización de menores de 18 años.**

Este subtipo agravado se estableció también por la L.O. 15/2003 y viene determinado por la simple utilización de menores de edad para la comisión del delito. La cualificación se aplicaría a quienes se sirven de personas que no alcanzan la mayoría de edad para su comisión, lo que ha llevado a su consideración como un supuesto de autoría mediata en el que el autor principal emplea a menores como autor material para procurar la impunidad del hecho con base en su irresponsabilidad<sup>413</sup>, si bien no falta quien ha puesto de relieve que la presencia de menores en estos delitos puede producirse a partir de inducción o en formas de coautoría material, cooperación necesaria o complicidad<sup>414</sup>.

Se trata de una circunstancia inusual en la práctica. Son poco imaginables los supuestos en los que pueda darse más allá del aprovechamiento de su pericia en el manejo de las nuevas tecnologías e internet, su empleo para la venta callejera, ambulante u ocasional,

---

<sup>413</sup> RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, op.cit., pág. 591.

<sup>414</sup> GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C., *La tutela penal...*, op.cit., pág. 528.

o su utilización para la fabricación, montaje o publicitación de determinados productos, componentes o dispositivos. Y con razón se cuestiona su justificación, pues como acertadamente ponen de manifiesto RODRÍGUEZ MORO y GÓMEZ RIVERO<sup>415</sup> ni especiales motivos tuitivos de protección a los menores ni patentes razones político-criminales explican su existencia, de modo que su desaparición o su sustitución, como propugna aquel autor, por una cualificación basada en la utilización de extranjeros sin documentación de residencia en regla y en situaciones de pobreza serían un mejor opción.

Probablemente su inclusión en el catálogo de circunstancias de agravación se debió a un mal cálculo del legislador que la consideró en previsión de que la impunidad de la distribución en la calle de ejemplares físicos de obras y prestaciones se buscase por las organizaciones criminales a través del empleo de menores en sustitución de los inmigrantes respecto de los que se hizo una previsión o pronóstico bastante irreal de que determinadas medidas penales en combinación con las administrativas de expulsión podía acabar con su instalación en el fenómeno del denominado top manta. Vista su falta de adaptación a la realidad comisiva y el decrecimiento del fenómeno de piratería física, su aportación como instrumento de tutela es nula, pese a lo cual el legislador la ha seguido manteniendo tras la reforma de 2015, lo que posibilita su recorrido aún en los escasos supuestos que se han mencionado.

#### **II.4.- PROBLEMAS CONCURSALES.**

El tipo nuclear base de los delitos relativos a la propiedad intelectual viene presentando desde su moderna configuración en la reforma por L.O. 6/1987 (art. 534 bis a ACP) una arquitectura típica integrada por un catálogo de modalidades de conductas alternativas de carácter heterogéneo y relacionadas entre sí con base en el empleo la conjunción disyuntiva “o”, lo que supone la configuración del tipo como estructuralmente mixto.

Cada una de estas conductas penales es autónoma incluso dentro de su género, de manera que, al igual que los derechos de explotación a los que afectan son independientes entre sí (art. 23 LPI), cualquiera de ellas puede darse y realizarse de

---

<sup>415</sup> Vid. coincidiendo en sus apreciaciones en la comparación con la previsión similar establecida en el delito de tráfico de drogas, RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 591 a 596; y GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C., *La tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 256 a 258.

manera independiente respecto de las otras formas comisivas que inciden sobre estas facultades patrimoniales. Ello posibilita variabilidad y acumulación de combinaciones diversas de comportamientos independientes entre sí, con significación lícita o ilícita en función de las circunstancias fácticas y jurídicas de la actividad. Así, respecto de una misma obra puede existir reproducción lícita y distribución ilícita; o suceder que la reproducción ilícita la cometa un sujeto y la distribución ilícita otro, y cada uno de ellos sea finalmente responsable por incurrir en uno de los comportamientos típicos. E igualmente puede haber distribución lícita y comunicación pública ilícita o viceversa.

Básicamente la estructura reseñada ha permanecido con la misma conformación hasta nuestros días y la reforma de 2015 no ha entrañado más cambio que sustituir el catálogo cerrado de comportamientos típicos de la redacción precedente del art. 270.1 CP por un nuevo modelo abierto de definición del ámbito típico objetivo en el que la referida conjunción une, no comportamientos típicos relacionados de modo taxativo, sino modalidades ejemplificativas de conducta que cabe integrar en el concepto central y general de explotación económica, sin excluir otras formas de ésta no mencionadas específicamente.

La estructura mixta típica pervive, aunque con esta nueva dimensión, en el actual art. 270.1 CP y también persiste la configuración precedente que determina el momento de consumación del delito, pues se ha conservado la misma exigencia típica en relación con el perjuicio al mantenerse la fórmula típica “en perjuicio de tercero”, que sea entendida como elemento objetivo de idoneidad o como elemento subjetivo tendencial, lo cierto es que determina que la producción efectiva de un perjuicio real y comprobado no sea necesaria de modo que el momento consumativo es el de la mera realización de las conductas típicas. Lo mismo es predicable para el resto de las figuras básicas contenidas en el resto de los apartados del art. 270 CP, ya recojan actos directos de vulneración o comportamientos en realidad constitutivos de actos preparatorios para los que se han adelantado las barreras de protección penal. En ningún caso el perjuicio efectivo es necesario como elemento del tipo, por lo que existe una práctica unanimidad doctrinal en considerar estas figuras delictivas como delitos de mera actividad que no requieren la producción de un resultado material, lo que les distingue frente a la mayoría

de los delitos patrimoniales que sí precisan un resultado de lesión o perjuicio patrimonial<sup>416</sup>.

Ambas circunstancias son relevantes de cara a la problemática concursal que se puede originar en torno a estas modalidades delictivas tanto *ad intra* como *ad extra* del propio precepto.

La naturaleza mixta del tipo básico nuclear -por la heterogeneidad de las conductas descritas y su carácter autónomo entre sí- suscita un problema específico en torno a su carácter acumulativo o alternativo, cuestión ésta sobre la que no existe unanimidad.

Para la Circular de la FGE 2/1989, de 20 de abril, en referencia lógicamente a la situación preexistente al Código Penal de 1995, nos encontramos ante un tipo mixto acumulativo, de manera que cada una de las conductas integraría un delito y si concurriesen varias estaríamos ante un concurso de infracciones o delitos.

Para un importante sector doctrinal<sup>417</sup>, sin embargo, nos encontraríamos ante un tipo mixto alternativo, que estaría completo por la ejecución de cualesquiera de las conductas descritas, de forma que la realización de dos o más de las conductas previstas no supondría multiplicación o acumulación de la responsabilidad penal, sino que seguiría habiendo un solo delito y, como mucho, un acrecentamiento de la responsabilidad civil si el daño económico causado al sujeto pasivo así lo implica.

Las resoluciones judiciales se han venido mostrando vacilantes sobre esta cuestión conviviendo contemporáneamente las dos posiciones desde el principio de la aplicación del tipo. En unas ocasiones, se ha considerado, como en la SJP nº 2 de Jaén de 18 de abril de 1997 (antecedente procesal cuarto), confirmada por la SAP (Sección 2ª) de Jaén de 28 de enero de 1998 que “*el tipo que se describe en dicho artículo es un tipo*

---

<sup>416</sup> La unanimidad no es total, sin embargo. *Vid.* MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 160; y QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español, Parte Especial*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pág. 557, para quienes se tratan de delitos de resultado material escindible espacial y temporalmente de la actividad del sujeto activo; y RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 439 a 444; autor que sobre la base de que el resultado puede concretarse de manera distinta o tener otra naturaleza diferente a la lesión o perjuicio patrimonial, distingue según el tipo de conducta y afirma, que mientras distribución y comunicación pública se perfeccionan con la actividad, la reproducción requiere de un resultado naturalístico (la fijación) y el plagio, al deber ir destinado a lograr un beneficio, necesita ser reproducido o comunicado públicamente.

<sup>417</sup> *Vid.*, por todos, GARCÍA RIVAS, N., “Los delitos contra...”, *op.cit.*, pág. 226; y RODRÍGUEZ MORO, L. *Tutela penal...*, *op.cit.*, pág. 444, y autores citados en nota 889.

*cumulativo, toda vez que en el mismo se señalan y se relacionan varias modalidades de conducta que pueden ser delito en el caso de darse, por lo que si concurre más de una conducta como es el caso, transmisión y retransmisión sin la correspondiente autorización, estaremos ante la comisión de dos delitos, y por tanto se dará el concurso de delitos*". En otras, como en la SJP n° 2 de Murcia (FD 2º), de 26 de mayo de 1997, se afirma<sup>418</sup> que *"para el legislador las distintas conductas punibles tienen idéntica gravedad, situándolas además como auténticas alternativas, ya que la realización de dos o más de ellas no supone una multiplicidad de la responsabilidad penal sino a lo sumo un incremento de la responsabilidad civil en función del daño económico ocasionado al titular del derecho"*.

Aparentemente a la plena autonomía entre sí de las facultades y los comportamientos típicos en que se encarnan podría corresponder mejor la primera solución, por lo que, en consecuencia, el tratamiento de las cuestiones de calificación y penológicas que pueden suscitarse habría de basarse sobre la consideración de tipo mixto acumulativo. Sin embargo, la frecuente interdependencia entre las conductas de reproducción y las modalidades de difusión, ya sea como distribución física o como comunicación pública, permite considerar que el desvalor de éstas absorbe el de la reproducción medial y ello debe llevar a la apreciación de una única infracción. La solución es más discutible cuando se dan sucesiva o simultáneamente conductas de distribución y comunicación pública, puesto que entre ellas no existe relación de interdependencia e incluso cuando se producen a partir de una misma reproducción se realizan de modo independiente entre sí, lo que permitiría cuestionar la solución mixta alternativa si se pudiese apreciar un plus de desvalor de la acción por algún elemento trascendente, pero tampoco será lo común. A nivel práctico, no obstante, cualquier disquisición al respecto puede ser resuelta mediante la apreciación de delito continuado, pues en estos casos, normalmente se darán los requisitos del art. 74 CP.

En efecto, la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 11 de octubre de 2012; 21 de mayo de 2012; 10 de febrero de 2010 o 24 de enero de 2008) viene declarando que el delito continuado viene definido en el art. 74 CP como aquel supuesto en el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, se realiza una pluralidad de acciones u omisiones que ofenden a uno o varios

---

<sup>418</sup> Reproduciendo literalmente la posición de GARCÍA RIVAS, N., "Los delitos contra...", *op.cit.*, pág. 226.



sujetos o infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, de lo que se desprende que se trata de una figura del concurso de infracciones punibles que agrupa en un solo delito una serie de acciones homogéneas ejecutadas en distintos momentos temporales, pero obedeciendo a una unidad de resolución delictiva, siendo sus requisitos los siguientes: a) pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vértebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de los mismos; c) realización de las diversas acciones en unas coordinadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía; d) concurrencia del elemento normativo de identidad o semejanza del precepto penal infringido, esto es, que todos ellos se dirijan a tutelar el mismo bien jurídico y tengan como sustrato una identidad de normas; e) unidad de sujeto activo, pero facilitando la incorporación de nuevos partícipes; f) homogeneidad en el "modus operandi" por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación.

Todos estos requisitos se pueden dar -y de hecho es lo común en la praxis- en los delitos contra la propiedad intelectual, en los que la dinámica comisiva suele consistir, no en una acción o acciones aisladas, sino en la ejecución, por uno o varios sujetos bajo fórmulas de participación diversa y con una cierta conexidad espacio-temporal, de una pluralidad de actividades o conductas sucesivas y reiteradas de reproducción y/o de puesta a disposición al alcance del público (ya sea mediante distribución física o mediante comunicación pública por medios alámbricos o inalámbricos) de obras y prestaciones protegidas, que, pese a ser ontológicamente diferenciables, infringen la misma o semejante norma penal (art. 270 CP en sus diversas modalidades típicas) y lesionan un mismo bien jurídico (de modo inmediato, los derechos exclusivos de explotación de los titulares), bajo un designio único o dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas circunstancias, con afcción de los derechos exclusivos de uno o varios sujetos pasivos. Ello posibilita entender existente, en prácticamente toda la tipología práctica de estos delitos, al menos en sus modalidades más frecuentes y dañinas, *una verdadera "realidad jurídica", que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva.*

Esta es la solución que se reconoció aplicable ya desde la moderna conformación de estos delitos bajo la reforma de 1987, y así se señaló, por ejemplo, en la SAP de Cáceres de 6 de noviembre de 1995 (FD 1º) indicando que *“a efectos meramente doctrinales y legales nadie discute, que pueda darse varias infracciones al derecho a la propiedad intelectual dada la variedad de formas comisivas, que describe el artículo 534 bis b) del Código Penal”*, aunque en el supuesto de hecho enjuiciado se rechazó que hubiera delito continuado porque sólo concurría una conducta de comunicación pública. E idéntica posición se sostuvo tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, tal y como puede apreciarse en la SJP nº 1 de Córdoba de 10 de marzo de 1997, que estimó delito continuado en un supuesto de televisión por cable -Atalaya TV, de Cabra- en el que, sin las debidas autorizaciones, se difundían películas a partir de soporte video y se retransmitían señales de televisión de once canales, por cuanto ambas actividades iban referidas a conductas reiteradas encuadrables en el mismo verbo nuclear. Ya en la actualidad, en supuestos de exigencia de responsabilidad a administradores o gestores de webs que ofrecían de enlaces a contenidos protegidos, en la misma línea de condena por delito continuado se pronuncia la Sentencia de fecha 30 de octubre de 2013, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Castellón (caso Bajatetodo), luego confirmada con la misma apreciación de continuidad delictiva por la SAP (Sección Primera) de Castellón de 12 de noviembre de 2014.

El carácter independiente, acumulable y compatible que el art. 3 LPI asigna a los derechos de autor respecto de otros derechos, como la propiedad y otros derechos sobre la cosa material en la que esté incorporada la creación intelectual, los derechos de propiedad industrial y hasta los derechos conexos, posibilita la apreciación de concursos de los delitos relativos a la propiedad intelectual con otros delitos que lesionen bienes jurídicos distintos a los tutelados en el art. 270 CP, ya que en tal caso se habría originado una pluriofensividad, cuya respuesta penal no podría satisfacerse con la apreciación de un mero concurso de leyes.

Los arts. 270 y 271 CP protegen únicamente a los titulares de los derechos de propiedad intelectual y sus cesionarios, de manera que si por los comportamientos típicos contemplados en estos preceptos resultan perjudicados además otros sujetos que no ostenten dicha condición y, además, se dan los elementos requeridos por otros tipos penales, tales conductas pueden infringir diversos bienes jurídicos protegidos.

Frecuentemente, en estos casos, concurriría un concurso ideal de delitos, generalmente constituyendo uno medio necesario para la comisión del otro, siendo aplicable en consecuencia el art. 77.1 NCP.

Al consumarse los delitos relativos a la propiedad intelectual sin necesidad de producción de perjuicio alguno, si éste se produce respecto de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, naturalmente la cuestión pertenece a la fase de agotamiento del delito, o bien puede determinar si los perjuicios irrogados se consideran de especial importancia la apreciación del subtipo agravado del art. 271.b) CP; pero si el perjuicio se produce respecto de otros sujetos, por ejemplo, adquirentes engarzados en la comercialización de unas copias ilícitas que compraron en la creencia de su licitud y la obtención de plenas posibilidades de explotación (como terceros de buena fe), siendo objeto de engaño bastante sobre su ilicitud, incluso por mediar una falsificación documental, los sujetos activos del comportamiento típico de reproducción y distribución ilícita podrían ser, además, responsables de delitos de estafa y falsedad de darse los demás elementos característicos de tales delitos.

En estos casos, en los beneficios que obtengan los sujetos activos a consecuencia de la comercialización ilícita de las copias, puede darse una doble o triple condición, según los supuestos: como importe resarcible a los titulares de los derechos de propiedad intelectual en calidad de responsabilidad civil generada por el delito contra la propiedad intelectual (art. 272 CP y 140.2.a LPI); como parte del importe defraudado a terceros estafados a reintegrar a los mismos y determinante de la calificación como falta o modalidad básica o agravada del delito; y hasta como cantidad que determina la apreciación del subtipo agravado del art. 271.a) CP si alcanzan una especial trascendencia económica; si bien es cuestión delicada si para la apreciación de la especial trascendencia económica del beneficio obtenido se puede tener en cuenta, en casos como el puesto por ejemplo, lo defraudado a terceros que no son titulares o cesionarios de derechos de propiedad intelectual, por la posible infracción del *ne bis in idem*, principio que emana directamente del principio de legalidad penal sancionadora reconocido en el art. 25.1 CE y veda la doble valoración de un elemento o circunstancia que forme parte de la estructura típica, o de otros elementos o circunstancias concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico. Respecto de la especial gravedad del perjuicio podrían

solucionarse unos similares problemas de concurrencia acotando el perjuicio al que hace referencia el 271.b) CP al estrictamente ocasionado a quienes sean sujetos pasivos del delito de propiedad intelectual, lo que en muchos casos sería más favorable para el acusado por este delito, pero las dificultades de una tal interpretación tampoco son pocas, dados los extensos términos en los que se pronuncia este subtipo y la mención de los terceros en el tipo básico, concepto que permite abarcar un espectro subjetivo que excede de aquél.

Igualmente, si la falsedad afecta exclusivamente a los titulares de derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, parece que ha de quedar consumida en el castigo de los arts. 270 y 271 CP, pero si afecta a otros terceros, dicha solución no resulta tan aceptable.

La jurisprudencia anterior a la redacción moderna de estos delitos (SSTS 23 de mayo de 1975, de 14 de febrero y 30 de mayo de 1984), cuando concurrían conjuntamente la infracción de la propiedad intelectual y la estafa a terceros, se mostraba partidaria de entender que existían dos delitos distintos, siendo uno de ellos medio comisivo del segundo. De manera semejante, en los supuestos de concurrencia con falsedad vino aplicando tradicionalmente un concurso ideal o medial de delitos aun no afectando a otros terceros (STS de 27 de abril de 1979). En la jurisprudencia menor, sin embargo, desde antiguo no han solido castigarse autónomamente las falsedades colaterales (por ejemplo en casos de reproducción exacta, pero falsificada, de las carátulas de copias piratas de vídeos o cintas de cassette), pero difícilmente se hallan supuestos en los que la adquisición por terceros sea de buena fe o incluso se consiga identificar a éstos, pues normalmente se parte de intervenciones masivas llevadas a cabo en almacenes, locales, medios de transporte o domicilios.

La situación de concurso ideal de delitos que con mayor frecuencia aparece en la actualidad se da en relación con el delito del art. 286 CP, especialmente en sus modalidades de facilitación con fines comerciales del acceso inteligible a servicios de radiodifusión sonora o televisiva, o de suministro del acceso condicional a los mismos. No cabe duda de que facilitar el acceso a tales servicios conllevará actos de comunicación pública no autorizada de los contenidos protegidos que emite, transmite o retransmite con autorización la entidad de radiodifusión sonora o televisiva y en dicha medida la conducta del agente es pluriofensiva afectado a los distintos bienes jurídicos

objeto de protección: facultades patrimoniales de la propiedad intelectual y capacidad competitiva en el mercado e intereses de los consumidores. En consideración a ello, la jurisprudencia menor suele aceptarlo y aprecia el concurso ideal entre los delitos de los arts. 270 y 286.1 CP, en situaciones como la del caso “hotel Lisboa”, en el que se ofrecía a los clientes alojados en el mismo programación televisiva de Canal Plus, sin tener la autorización necesaria, tal y como recogió la SJP núm. 1 de Badajoz de 30 de marzo de 2012 y confirmó la SAP (Sección 1ª) de Badajoz de 11 de octubre de 2012.

Una situación de concurso ideal similar se da también y se dará cada vez con mayor asiduidad dada la moderna evolución de las modalidades de vulneración de los derechos que va marcada por una tendencia creciente a la comisión mediante desarrollos de aplicaciones y programas que posibilitan la captación de señales de televisión de acceso condicionado o en abierto, o la paquetización de contenidos musicales y audiovisuales, así como de canales de transmisión y retransmisión televisiva, y que permiten a los usuarios la visualización y escucha en todo tipo de dispositivos tales como televisiones, computadoras, tablets, móviles, ya sean en un determinado ámbito espacial (comunidades de vecinos, urbanizaciones, localidades, comarcas, provincias) o sin restricción territorial.

Un supuesto específico que también genera problemas concursales y que es de particular incidencia en la moderna dinámica comisiva que se ha denunciado como más habitual en la actualidad (por la instalación de organizaciones y grupos criminales en este tipo de delitos incluso en el entorno de la piratería digital) es el derivado de la zona de confluencia posible entre el subtipo de pertenencia a organización o asociación delictiva dedicada a la infracción de los derechos de propiedad intelectual de la letra c) del art. 271 CP y los delitos de los arts. 570 bis CP y 570 ter CP, sobre todo por la interpretación aplicativa que debe hacerse de la regla del art. 570 quater.2 in fine CP que determina la aplicación del art. 8.4 CP.

La cuestión que se plantea es si la agravación establecida en el art. 271.c) CP es o no compatible con la penalidad que se contempla para las organizaciones y grupos criminales, y, más concretamente, si al culpable integrado en dichas organizaciones o grupos que resulte promotor, coordinador o director de las mismas le ha de ser impuesta la pena prevista en los arts. 570 bis o 570 ter CP, además de la pena propia del subtipo

del art. 271 CP; o, de no ser así, qué penalidad debe prevalecer, la del subtipo agravado o la de las figuras de pertenencia a organización o grupo criminal.

Conforme a las reglas generales del Código Penal, en principio, cuando, sin existir relación de especialidad o subsidiariedad, los hechos delictivos sean susceptibles de ser calificados con arreglo a dos preceptos penales y no resulte preciso aplicar ambos para acoger la antijuricidad total de lo acontecido, se estará ante un concurso de normas a solucionar atendiendo al principio de absorción o consunción previsto en el art. 8.3 CP, en la medida en que el precepto penal más amplio o complejo absorberá al más simple.

El criterio del art. 8.4 CP de resolver conforme a la gravedad del hecho en función de las penas a que lleva el art. 570 quáter 2 in fine CP puede no plantear problemas en determinados casos cuando en la práctica se llega a la misma solución penológica a la que conduciría el criterio del 8.3 CP. Sin embargo, concretamente en el supuesto especificado cometido por un promotor, coordinador o director de una organización dedicada a la realización de actividades infractora de derechos de propiedad intelectual los problemas interpretativos son de especial intensidad, puesto que la pena privativa de libertad señalada para aquellos tipos agravados, es -tras la reforma de 2015- de 2 a 6 años, mientras que la prevista en el art. 570 bis CP es de 3 a 6 años. Si se pudiera optar por el principio de absorción, primaría la imposición de la pena del subtipo agravado del art. 271 CP. El deber de atenerse a la regla del art. 570 quáter.2 in fine CP, lleva a la obligación de imponer el castigo por el delito de organización criminal por la mayor gravedad de su pena. Se daría entonces un concurso entre la figura básica del art. 270 CP y el delito del art. 570 bis CP.

En relación con este problema -aunque en su alcance general ya que no son pocas las disposiciones que generan una situación similar- la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011 ya se decantó sin fisuras por esta segunda opción, señalando que:

*“Si bien, la regla prevista en el art. 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el art. 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas*

*incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales. Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.”*

En la doctrina ha sido criticada severamente esta opción del legislador “*ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcan el desvalor de la conducta contra los derechos de propiedad intelectual, como el de la participación como dirigente en la organización que sirve de soporte en la ejecución de tales delitos, y en tanto que la regla prevista en el art. 8.4 es subsidiaria al criterio de la absorción (“en defecto de los criterios anteriores”, comienza diciendo el art. 8.4 CP)*”<sup>419</sup>.

El supuesto de hecho problemático se ha planteado ya en la práctica judicial en el caso Youkioske. La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su Sentencia de fecha 5 de marzo de 2015 se apoyó en la Circular núm. 2/2011 y lo resolvió aplicando el tipo del art. 570 bis CP con preferencia al subtipo agravado del art. 271.c CP en virtud de lo dispuesto en el art. 570 quarter. 2 in fine y la regla del art. 8.4 CP, si bien hay que decir que la condena se produjo tanto por un delito relativo a la

---

<sup>419</sup> Por todos, LUZÓN CÁNOVAS, M., “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (II)”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, número 1, Penal (publicación 1 de julio de 2011) pág. 2. Añade, con razón, esta autora que *la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando “ninguna parte injusta del hecho” queda sin respuesta penal, de modo que si la organización a la que pertenece el autor del hecho, se dedicare a “otras actividades”, además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor, estaríamos, no ante un supuesto de concurso de normas, sino ante un concurso real de delitos. Desde éste planteamiento entiende que si la organización criminal tiene como finalidad la comisión de otros delitos que incluyen no sólo aquél que ha servido de fundamento a la aplicación del subtipo agravado, sino también otros distintos, la condena también, por los delitos previstos en los arts. 570 bis o 570 ter CP, no conculcaría éste principio, en aquellos supuestos, mayoritarios, en los que al describir el subtipo agravado, el legislador se refiere a organizaciones, asociaciones o grupos criminales “que se dedicaren a tales actividades”, pues el desvalor de una organización más compleja, dedicada también a otro tipo de actividades delictivas, no quedaría incluido en ésta agravación.*

propiedad intelectual del art. 271.b) por revestir los hechos especial gravedad como por aquél delito del art. 570 bis CP. En razón de ello se impuso a cada uno de los autores criminalmente responsables, por el delito agravado contra la propiedad intelectual, la pena de prisión por tiempo de tres años para cada uno de ellos, la pena de multa en cuantía de veinte meses con una cuota diaria de 10 euros, y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesiones de administrador de servidores y páginas Web y gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años; y, por el delito de promoción y constitución de una organización criminal, la pena de tres años de prisión, así como la pena de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En el apartado 3.3.1 de sus Fundamentos de Derecho, la Sentencia se plantea dilucidar qué norma se aplica, si el art. 271.c) CP o el art. 570 bis CP, a los responsables españoles del delito y señala<sup>420</sup>:

*“El art. 570 quater establece que “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8.”, y esta regla sanciona que “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”. Esto plantea una duda importante, porque no queda claro si el legislador pretende que el concurso de normas se solventa siempre y en todo caso con la regla de la mayor penalidad, o se resuelva precisamente con las previsiones del art. 8 del CP, esto es sólo se aplicará en defecto del resto de las reglas establecidas en dicho precepto. Son muchas las ocasiones que el legislador, en la tipificación de los delitos del Libro II CP - se refiere a las asociaciones, organizaciones y grupos criminales para agravar la penalidad de las conductas, si bien utilizando muy diversa terminología, y ante esta variedad terminológica, podemos plantearnos, si el legislador quiere darle la misma trascendencia a una u otra de las expresiones utilizadas, pero que en cualquier caso, surge la cuestión de si la agravación contemplada en los distintos tipos, es compatible con la penalidad que el legislador establece para las "organizaciones y grupos criminales", esto es, si al integrante o partícipe de una de estas organizaciones o grupos le debe ser impuesta la pena establecida en los arts. 570 bis o 570 ter CP, además de la pena correspondiente al tipo cometido con la agravación contemplada en las distintas figuras delictivas o, en caso*

---

<sup>420</sup> Hay que decir que reproduciendo literalmente del artículo doctrinal que se menciona en la nota precedente.



*contrario, qué penalidad debe primar. No cabe duda que cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del hecho, nos hallamos ante un concurso de normas. La consecuencia será diferente si se aplica el criterio de la absorción o consunción previsto en el art. 8.3 CP, en cuanto el precepto penal más amplio consume a otro más simple, o el criterio de la gravedad de las penas establecido en el art. 8.4 CP para resolver los supuestos de concursos de normas, si bien en algunos casos se puede alcanzar idéntica solución penológica pero en otros no. El problema surge en estos últimos y así en concreto en los delitos contra la propiedad intelectual, cometidos por un coordinador o director de una organización dedicada a éstas actividades, puesto que la pena privativa de libertad señalada para aquellos tipos agravados, es de 1 a 4 años, mientras que la prevista en el art. 570 bis CP es de 3 a 6 años.*

*Conforme al principio de absorción, debería prevalecer la punición de las figuras agravadas, pero, si aplicamos la referida regla del art. 570 quáter CP, parece que debe prevalecer la punición por el delito más grave de organización criminal. Esta parece ser la opción del legislador, no muy acertada ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcan el desvalor de la conducta contra los derechos de propiedad intelectual o industrial, como el de la participación como dirigente en la organización que sirve de soporte en la ejecución de tales delitos, y en tanto que la regla prevista en el art. 8,4 CP es subsidiaria al criterio de la absorción ("en defecto de los criterios anteriores", comienza diciendo el art. 8,4 CP). Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta penal y por ello sólo cabría imponer ambas penalidades si la organización a la que pertenece el autor del hecho, se dedicare a "otras actividades", además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor, puesto que estaríamos no ante un supuesto de concurso de normas, sino ante un concurso real de delitos."*

Y acto seguido, tras reproducir el párrafo de la Circular FGE núm. 2/2011 reseñado anteriormente, concluye indicando que:

*"La Sala entiende que a pesar de las dudas axiomáticas al respecto, se debe estar a lo querido por el legislador y por ello resulta de aplicación el tipo específico cuya aplicación solicitan las acusaciones."*

Esta sentencia es la primera en la que se aplica el art. 570 bis CP en relación a una actividad de vulneración en la red de derechos de propiedad intelectual y tiene un

indudable potencial para que se sienta doctrina del Tribunal Supremo sobre múltiples aspectos sobre los delitos relativos a la propiedad intelectual en el supuesto en que se interponga y admita definitivamente el recurso de casación.

## **II.5.-LA RESPONSABILIDAD CIVIL.**

La trascendencia de la responsabilidad civil en este y en todo tipo de delitos es evidente. Inserta en la idea de reparación o restitución del orden jurídico perturbado está la cuestión de la satisfacción de la responsabilidad civil.

Como afirma BONÉ PINA<sup>421</sup> “la institución de la responsabilidad civil derivada del delito, a pesar de su naturaleza privada, cumple una importante función político-criminal tanto de prevención de conductas futuras como de pacificación de la conflictiva situación surgida entre autor y víctima”, hasta el punto de que en muchas ocasiones se releva como interés primordial del perjudicado por el delito. Sin embargo, es un hecho reiteradamente constatable que los penalistas prácticos en no pocas ocasiones y por razones multifactoriales han venido “minusvalorando” este importante aspecto del proceso penal tan trascendente para quien sufre la infracción como víctima o perjudicado, de manera que a menudo se ha centrado el punto de mira en los aspectos de la pretensión jurídico-penal y se ha dedicado menos atención a la satisfacción de la responsabilidad civil, sobre todo en estos delitos contra la propiedad intelectual, en los que frecuentemente se ha deferido -retrasando aún más la tutela en esta sede- a la ejecución de sentencia por la especial complejidad de la tarea de la cuantificación de su dimensión.

El alcance y la determinación precisa de la responsabilidad civil derivada de estos delitos es, desde luego, una de las cuestiones que mayores problemas puede suscitar en la práctica. Consciente de ello y de las singularidades de la naturaleza de los daños y perjuicios en esta materia, el legislador de 1987 dedicó a la extensión de la responsabilidad civil un artículo, el 534 ter CP, cuyo contenido fue prácticamente

---

<sup>421</sup> BONÉ PINA, J.F., “Las medidas cautelares reales en el procedimiento penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 320.

reproducido en el art. 272 del nuevo CP y desde entonces no ha sufrido variación alguna en ninguna de las reformas que se han sucedido hasta nuestros días<sup>422</sup>.

Se mantiene en él una expresa remisión, como fuente legal de determinación de la extensión de la responsabilidad civil, a la regulación jurídico-privada establecida en la LPI; remisión que ha de entenderse efectuada concreta y específicamente a los arts. 138 a 140 LPI e implica la plena aplicación de lo dispuesto en estos preceptos como régimen especial con preferencia exclusiva al régimen general que para la responsabilidad civil derivada de los hechos constitutivos de delito establecen los arts. 109 a 115 CP, en los que, en principio, se regula la “extensión” -en sentido estricto- de la responsabilidad civil del referido régimen general, conformando el Capítulo I del Título V del Libro I CP (cuya rúbrica es precisamente “De la responsabilidad civil y su extensión”).

Debe tenerse en cuenta que conforme al párrafo primero del art. 138 LPI, el titular de los derechos, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los arts. 139 y 140, e incluso podrá solicitar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

Pero, también dicho precepto viene a implicar que, por infractor, la LPI tiene -desde luego- al autor material de la vulneración, más también a *quien induzca a sabiendas* la conducta infractora; *quien coopere* con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y *quien, teniendo un interés económico directo en los resultados* de la conducta infractora, *cuenta con una capacidad de control sobre la conducta del infractor*. Ello sin afectar a las limitaciones de responsabilidad específicas establecidas en los arts. 14 a 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en la medida en que se cumplan los requisitos legales establecidos en dicha ley para su aplicación.

---

<sup>422</sup> Recordemos que desde su aparición el precepto dispone lo siguiente:

“1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad lícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.”

Conforme a tal consideración, en buena lógica cabe entender que los titulares de los derechos podrán exigir el cese de la actividad ilícita y la indemnización por daños y perjuicios de todos ellos.

Pues bien, en principio, a la materia de las personas civilmente responsables por hechos delictivos se dedican los arts. 116 a 122 CP, aspecto que pareciera no estar contemplado en el art. 272 CP si se nos atenemos a una interpretación estricta de la locución “*extensión de la responsabilidad penal derivada de los delitos tipificados*” en los arts. 270 y 271 CP. Ello podría suscitar la duda sobre si esta circunstancia presenta el potencial de erigirse en fuente de discrepancias problemáticas sobre el círculo subjetivo de posibles responsables civiles en el marco de un proceso penal, pero considero que la cuestión es más de teórica que práctica. En el concepto de autores (materiales, inductores o cooperadores necesarios) y cómplices sobre los que pivota el régimen general del CP tendrán cabida sin esfuerzo los conceptos civiles de infractores a los que se refiere el art. 138 LPI, pues no son sino autores materiales, inductores, cooperadores necesarios o cómplices, incluyendo en la condición de autor a *quien cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor*, pues a la postre ostenta el dominio del hecho.

El régimen aplicable en materia de personas responsables civilmente es el general del CP y son aplicables las disposiciones de éste sobre responsabilidad personal, concurrente, directa y subsidiaria, pero la integración del régimen subjetivo específico de la LPI en el general no ofrecerá particular dificultad.

A la vista de lo establecido en el art. 272 CP, previa petición en tal sentido, en su caso, del Ministerio Fiscal o de parte, el órgano sentenciador penal, como consecuencia civil de la declaración de responsabilidad penal, puede decretar el cese de la actividad ilícita y establecer la indemnización de los daños materiales y morales ocasionados al sujeto pasivo del delito y quienes resulten perjudicados civiles conforme a los arts. 139 y 140 LPI, así como acordar la publicación de la sentencia en un periódico oficial a costa del infractor.

Ello debe obligar a tomar en consideración la adopción durante la tramitación de la causa de todas las medidas específicas de aseguramiento de la futura satisfacción de la responsabilidad civil en dicha extensión, que resulten aplicables, atendidas las

singularidades de aquélla en este terreno y especialmente las que posibiliten decretar, como medidas definitivas en sentencia, tanto las previstas en el art. 139 LPI para el cese de la actividad ilícita (lo que implicará valorar la necesidad de establecer las medidas de protección urgente dispuestas en el art. 141 LPI, cuya promoción es posible con arreglo a los arts. 143 LPI, 727.11<sup>a</sup> LEC y el propio art. 138 LPI); como, asimismo, las diligencias de determinación del montante y garantía de abono de la indemnización, teniendo muy en cuenta lo dispuesto en el art. 140 LPI y el régimen de doble opción que permite, debiendo todo ello ser objeto de una atención particularizada en la instrucción del proceso, cuestión relacionada en este tipo de delitos con la necesidad de contar con periciales de dimensión patrimonial suficientemente cualificadas que contribuyan a ello.

El contenido, significación y alcance de cada uno de los tres componentes de la responsabilidad civil derivada de los delitos relativos a la propiedad intelectual a los que se refiere el art. 272 CP requiere un comentario por separado.

### **II.5.1.- El cese de la actividad ilícita.**

El art. 139 LPI regula la cesación de la actividad ilícita previendo un catálogo cerrado de medidas destinadas a imposibilitar la continuación de la vulneración de los derechos de propiedad intelectual.

Las medidas previstas son las siguientes:

- a) La suspensión de la explotación o actividad infractora (incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los arts. 160 y 162 LPI).
- b) La prohibición de reanudar la explotación o actividad infractora.
- c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, (incluso de aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida).
- 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, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el art. 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el art. 160.

f) El decomiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador, así como de los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el art. 160 LPI y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que alude el art. 162 LPI.

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, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE.

Salta a la vista que estas medidas no recogen criterios para la fijación de la responsabilidad civil ni entrarían en los conceptos generales del Código Penal como propias de la restauración y reparación del daño a las que se refieren los arts. 110.1 y 2, 111 y 112 CP; pero ello no significa que se esté ante una modalidad de consecuencias accesorias a la condena penal en sentencia (por más que algunas, como las contenidas en las letras c) a g) del art. 139.1 LPI guarden una cierta identidad sustancial con la consecuencia accesoria del decomiso regulado en los arts. 127 y ss. CP), pues su calificación como componente comprendido en la extensión de la responsabilidad civil en los delitos relativos a la propiedad intelectual es indiscutible, si se repara en que el

cese de la actividad ilícita y la adopción de las medidas que comprende constituyen pretensiones para las que la LPI concede una específica acción civil ex. art. 138 LPI. Por consiguiente, estarán sometidas al principio de rogación y al principio dispositivo imperantes en el plano civil y conformes con la naturaleza civil de las medidas. El juez o tribunal penal las podrá adoptar en sentencia únicamente si el Ministerio Fiscal, que ejerce conjunta y accesoriamente la acción civil con la penal, o una parte perjudicada las solicitan; y si, por cualquier motivo, el perjudicado decide reservarse las acciones civiles u optar por ejercerlas ante la jurisdicción civil en virtud de lo dispuesto en el art. 109.2 CP (*“El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil”*), dada esta naturaleza y su concepción como elemento comprendido en el alcance de la extensión de la responsabilidad civil, las medidas de cese de la actividad ilícita del art. 139 LPI estarían abarcadas por dicha reserva y, por tanto el Juez o Tribunal penal no podría adoptarlas en sentencia, tal y como ya se dijo con ocasión del comentario articulado sobre el contenido del apartado 3 del art. 270 CP.

Fundamentalmente, en su aplicación penal, las medidas del art. 139 LPI irían dirigidas a poner fin e impedir la continuación o reiteración de la infracción delictiva, obstaculizando las actividades ilícitas que constituyen comportamientos típicos en los arts. 270 y 271 CP, incluidas especialmente las novedosas figuras introducidas en el 270.5 CP, letras c) y d), relativas a las medidas tecnológicas de protección, ya que las reformas introducidas en el precepto civil en las reformas operadas por las leyes 19/2006 y 23/2006 así lo posibilitaron al afectar la redacción de los anteriores párrafos a), c), e y f). De modo colateral, presenta una faceta favorecedora de la indemnización a percibir, que contempla también el precepto al establecer la posibilidad de que el titular del derecho infringido pida la entrega de los ejemplares y material intervenidos a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (nº 3 del art. 139 LPI). Ello, en su caso, debe anotarse que tendrá que ser necesariamente tomado en cuenta en una pericial sobre responsabilidad civil.

Mientras algunas de las medidas recogidas en el art. 139.1 LPI son de utilidad general para impedir, paralizar o dificultar la actividad ilícita en todas las modalidades delictivas imaginables, como la suspensión y la prohibición de reanudación de la explotación o actividad ilícita -letras a) y b)-, otras presentan una específica utilidad para lograr su objetivo en relación con conductas de reproducción, transformación,

distribución, importación, almacenamiento y exportación -letras c) y d)-; la comunicación pública -e)-; elusión de medidas tecnológicas y supresión o neutralización de dispositivos de protección -f) y g)-; y actividades desarrolladas en el entorno de la prestación de servicios de la sociedad de la información -h)-; medida esta última sobre la que debe destacarse que, en virtud de lo dispuesto en el art. 138 in fine, podrá solicitarse y adoptarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Para asegurar la imposición de las medidas reseñadas normalmente habrán de haberse adoptado previamente, durante la tramitación de la causa penal y según los casos, algunas de las medidas cautelares a las que se refiere el art. 141 LPI. La equivalencia y paralelismo en contenidos entre la mayoría de las medidas de cese de la actividad y una buena parte de las medidas de protección cautelar del art. 141 LPI es manifiesta y justifica su potencialidad para servir de instrumento para hacer posible la efectividad de la tutela judicial a brindar en la sentencia que ponga fin al proceso. Su imposición en el curso del proceso penal ya la posibilitaría -al menos y como ya se ha destacado- el reenvío cruzado del art. 143 de la LPI en combinación con el art. 727.11ª LEC. Adicionalmente, el propio art. 138 LPI, en su párrafo tercero, dispone que con carácter previo -a instar el cese de la actividad ilícita y la indemnización- el titular de los derechos reconocidos en la LPI podrá solicitar la adopción de las medidas cautelares de protección urgente reguladas en el artículo 141 LPI; lo que por vía de la remisión reseñada del art. 272 NCP apoyaría la misma solución aunque con el matiz de la rogación. Todo ello avala la habilitación del órgano jurisdiccional penal para acordar en las causas criminales las medidas cautelares urgentes previstas en dicho art. 141 LPI. Ya se justificó en relación con el art. 270.3 CP y sobre su aplicación general al margen de dicho precepto se volverá más adelante al tratar en general las medidas cautelares disponibles en las causas criminales por este tipo de delitos.

Lógicamente, la adopción de las medidas que abarca el cese de la actividad ilícita ha de estar presidida por criterios de proporcionalidad y eficacia. Precisamente es la proporcionalidad estricta el parámetro que sustenta la posibilidad de que el infractor



solicite que la destrucción o inutilización de los ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita.

La regla que establece la inaplicación del precepto y sus medidas a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal, imposibilita la retirada y destrucción de aquéllos cuando los adquirentes desconociesen la ilicitud de lo adquirido y su destino no fuese una utilización lucrativa o colectiva.

Un problema específico que plantea el precepto es la correspondencia, superposición y compatibilidad de las medidas contenidas en las letras c) a g) del art. 139.1 LPI con la consecuencia accesoria del decomiso regulado en los arts. 127 y ss. CP, con la que dichas previsiones presentan una similitud sustancial. La coincidencia con el decomiso del art. 127 CP puede apreciarse en cuanto este precepto dispone que *toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar*. Las reglas generales del decomiso, sin embargo son preferentes y de aplicación general a todos los delitos, y, singularmente entre ellos, a los delitos relativos a la propiedad intelectual, como se desprende además de la nueva regulación del decomiso derivada de la reforma de 2015. Las medidas del art. 139 LPI relativas a los efectos e instrumentos de los delitos contra la propiedad intelectual serán de aplicación en cuanto no se opongan a la regulación que del decomiso se establece en el art. 127 Código Penal, cuya regulación sin duda resulta de mayor amplitud. En atención a la naturaleza civil de las medidas del art. 139 LPI y su sometimiento en todo caso al principio de rogación, parece evidente que las medidas no suponen ningún régimen especial de “decomiso” aplicable en los delitos contra la propiedad intelectual con preferencia o exclusión del régimen general del decomiso. La reforma del CP de 2015 proporciona un argumento definitivo para ello al haber incluido expresamente estos delitos entre aquellos en los que el juez o tribunal penal ha de ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (art. 127 bis.1.f CP). La nueva previsión supone declarar aplicable en los delitos contra la

propiedad intelectual el denominado “decomiso ampliado” introducido en nuestro ordenamiento por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en cumplimiento a la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo; cuya reforma en 2015 se justifica en relación con la Directiva europea 2014/42/UE, de 3 de abril sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea. Ello confirma que la regulación penal del decomiso contenida en los arts. 127 a 128 CP, incluidos los arts. 127 bis a 127 octies, es la plenamente aplicable como tal con carácter obligatorio.

La fuerza y utilidad de tales disposiciones y el carácter obligatorio del decomiso es más que previsible que desplace siempre el interés del Ministerio Público y las representaciones de los perjudicados por reclamar el decomiso<sup>423</sup> y no las medidas de las letras c) a g) del art. 139.1 LPI, si bien la compatibilidad y utilidad puede permanecer respecto de algunas de estas medidas, por razón de su especificidad técnica, junto con el resto de las medidas de las letras a), b) y f), aunque hay que tener en cuenta que el nuevo art. 270.3 CP también establece como decretables en sentencia junto a la condena penal, en todo caso, la retirada de obras y prestaciones y, en determinados supuestos de vulneración en el entorno de internet, la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información y hasta el bloqueo del acceso, lo que hace suma en cuanto a las medidas que pueden acompañar la condena puramente penal.

## **II.5.2.- La indemnización por daños y perjuicios.**

El art. 140 LPI proporciona reglas especiales para la determinación de la indemnización civil procedente como derivada de la comisión del delito, pero no da solución a todos los temas que puede suscitar la compleja cuestión de la responsabilidad civil en esta materia.

El contenido de la indemnización por daños y perjuicios lo establece dicho precepto indicando que comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el titular de los derechos, sino también el de la ganancia que éste haya dejado de obtener a causa de

---

<sup>423</sup> Incluso las sentencias más modernas así lo acreditan. Como ejemplo, en el caso Youkioske, la SAN de 5 de marzo de 2015, decreta “el decomiso de los efectos informáticos intervenidos, así como de las ganancias acreditadas hasta un importe de 196.280,71 euros que podrá ejecutarse sobre cualesquiera bienes pertenecientes a los condenados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123.7 (sic) del Código Penal”, y nada se dispuso sobre medidas específicas de cese de la actividad ilícita.

la violación de su derecho. Por consiguiente, tanto el daño emergente como el lucro cesante entrarán en el montante de la cuantía indemnizatoria, en la que, además, podrán incluirse, de haberse producido, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

Para la fijación de la indemnización se articulan unas reglas específicas de determinación basadas en un régimen singular que permite al perjudicado elegir entre dos criterios:

- a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. Y en tal caso, aunque no se pruebe la existencia de perjuicio económico, debe indemnizarse, de existir, el daño moral producido, atendiendo para su valoración a las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra o prestación protegidas;
- b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

De esta indemnización habría, en su caso, que descontar lo percibido en concepto de entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios que, como se ha dicho, prevé el apartado núm. 3 del art. 139 LPI.

La vigente redacción, procedente de la Ley 19/2006, corrigió la originaria fórmula del párrafo primero de este precepto que establecía que el perjudicado podría optar, como indemnización, *entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación*. En ambos casos, se aludía a opciones hipotéticas referidas a las ganancias dejadas de obtener por el sujeto pasivo del delito y por tanto a modalidades de daño o lucro cesante, lo que tenía mucho que ver con las peculiaridades de la producción de resultados económicos generados por los derechos de autor, pero como puso de manifiesto la Circular FGE núm. 2/1989, ello no implicaba un adecuado resarcimiento,

por las posibilidades de enriquecimiento injusto que puede generar en el sujeto activo en caso de que el beneficio obtenido supere estos parámetros. En dicha medida, la fórmula actual, que ha sido mantenida tras la reforma de la LPI por la Ley 21/2014, es más completa y satisfactoria.

La existencia de dos opciones excluyentes tiene sentido por las dificultades que puede ofrecer la probanza de los daños y perjuicios efectivamente irrogados. La primera alternativa supone cuantificar las consecuencias negativas sobre la base de la determinación tanto del daño emergente o pérdida efectivamente sufrida; como del lucro cesante o ganancia dejada de obtener; y los beneficios realmente obtenidos por el infractor; y todo ello puede resultar extremadamente dificultoso. La segunda posibilidad entraña efectuar un cálculo sobre la remuneración que habría percibido el titular en la hipótesis de haberle sido solicitada la oportuna autorización o licencia Y ello, en principio, será más fácil, sobre todo en la medida en que se acepten como parámetros de referencia para la cuantificación las tarifas generales a las que se refiere el art. 157.1. b) LPI<sup>424</sup>. Aun así se trata de fórmulas de compleja determinación con las que los jueces penales no están familiarizados por lo que su aceptación será siempre fuente de controversias que incidirán en un mayor incremento de conflictividad sobre su determinación.

---

<sup>424</sup> Cuyo establecimiento es obligación de las entidades de gestión. Al respecto y sobre las novedades implantadas por la Ley 21/2014, *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J.J., “Entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y tarifas generales: el nuevo régimen tras la Ley 21/2014, de 4 de noviembre de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Actualidad Civil*, número 4, abril 2015, Wolters Kluwer-La Ley, págs. 40 a 51.

Baste dejar nota aquí de que, tras la reforma por Ley 21/2014, la LPI el precepto señala que el importe de las tarifas se establecerá en condiciones razonables, atendiendo al valor económico de la utilización de los derechos sobre la obra o prestación protegida en la actividad del usuario, y buscando el justo equilibrio entre ambas partes, para lo cual se tendrán en cuenta al menos los siguientes criterios:

1º El grado de uso efectivo del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

2º La intensidad y relevancia del uso del repertorio en el conjunto de la actividad del usuario.

3º La amplitud del repertorio de la entidad de gestión. A estos efectos, se entenderá por repertorio las obras y prestaciones cuyos derechos gestionan una entidad de gestión colectiva.

4º Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio.

5º El valor económico del servicio prestado por la entidad de gestión para hacer efectiva la aplicación de tarifas.

6º Las tarifas establecidas por la entidad de gestión con otros usuarios para la misma modalidad de utilización.

7º Las tarifas establecidas por entidades de gestión homólogas en otros Estados miembros de la Unión Europea para la misma modalidad de uso, siempre que existan bases homogéneas de comparación.

La metodología para la determinación de las tarifas generales debe ser aprobada mediante orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, previo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

En lo que atañe a la indemnización por daño moral, la Ley 19/2006 mantuvo el diseño anterior, pero incluyó su referencia tras la primera opción, mientras que en la regulación precedente su indemnización se producía al margen de la indemnización estrictamente producida por daño patrimonial, de manera que antes se sumaba a cualquiera de las dos opciones que tenía el titular. Su permanencia tras la reforma por Ley 21/2014, sostiene su vinculación a la primera opción que ofrece el precepto y por tanto deberá entenderse que el daño moral sólo se indemnizará si se elige la indemnización por consecuencias económicas negativas, esto es, la opción a) del núm. 2 del art. 140 LPI.

De nuevo, en el orden práctico, el principal problema que se plantea surge en torno a las periciales, sobre todo las practicadas en fase de instrucción, que debieran contener el cálculo de los montantes resultantes de las dos posibilidades contempladas en el art. 140 LPI, pues, en el procedimiento penal, puede que la opción no se ejerza definitivamente hasta el momento del trámite de conclusiones definitivas.

De cualquier modo, los Jueces y Tribunales penales, probablemente por su tendencia natural a la concepción de la indemnización por responsabilidad conforme a los parámetros de la regulación penal, que atiende fundamentalmente al resarcimiento del daño efectivamente producido, y la comentada falta de familiarización con los parámetros civiles, se han venido mostrando bastante reacios, desde antiguo, a imponer cantidades determinadas, retrasando frecuentemente la cuestión a la fijación de la cuantía de la indemnización en ejecución de sentencia, (v.gr. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería de 4 de octubre de 1994; Sentencia del Juzgado de lo Penal de Cáceres de 21 de julio de 1995; Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria-Gasteiz de 19 de marzo de 1996; o Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Jerez de la Frontera de 21 de noviembre de 1996), con el consiguiente retraso para los intereses de los perjudicados por más que ello sea estrictamente legal conforme al art. 115 CP<sup>425</sup>; e incluso, en no pocas ocasiones, entendiéndolo que es inestimable alegando no encontrar elementos fiables ni siquiera para fijar las bases de la misma.

Y como evidencia de que la pervivencia de este tipo de salidas judiciales se perpetúa a lo largo del tiempo, en el periodo de 20 años que va desde el de aparición del nuevo

---

<sup>425</sup> Recuérdese que el art. 115 CP dispone que “Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”.

Código Penal hasta nuestros días, baste citar la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid de 31 de enero de 1995 y el Auto del Juzgado de lo Penal nº 5 de Valencia de 12 de enero de 2015, todo un ejemplo moderno de desfallecimiento judicial e incumplimiento de los deberes de tutela judicial, pues acordada la fijación de la cuantía indemnizatoria en ejecución de sentencia, dicho Auto, adoptado ya en sede de ejecución la declara improcedente fundándose en la insuficiencia de la prueba para determinar la cuantía de la responsabilidad civil. Dicha resolución, sin embargo, ha sido revocada por el Auto de fecha febrero de 2015 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia, señalando que ello constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados en su vertiente del derecho a la ejecución de lo firmemente acordado (art. 24.1 CE), por lo que obliga a que se practiquen las diligencias que resulten necesarias para la determinación de la responsabilidad civil sin decaer en el intento.

El último ejemplo significativo de pronunciamiento aplicativo del art. 115 CP en estos delitos lo encontramos en la Sentencia de 5 de marzo de 2015, dictada en el caso Youkioske, por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

En su Fundamento Jurídico Sexto, la Sala señala lo siguiente:

*“La legislación civil otorga una facultad de elección al perjudicado entre dos opciones definidas por el propio legislador, lo cual deberá también ser tenido en cuenta en el proceso penal. El Ministerio Fiscal interesa que se indemnice a AEDE en la cantidad de 3.695.004 euros, a Editorial América Ibérica S.A. en la cantidad de 24.004 euros y en lo que se refiere a CEDRO en la cantidad que se determine en el juicio oral o en ejecución de sentencia. En su informe el MF puso de manifiesto las dificultades de valoración que ofrecen este tipo de casos, solicitando una estimación prudente, racional y lógica, advirtiendo que los perjuicios causados son muy superiores a los beneficios obtenidos por los acusados. La Sala está de acuerdo con esta visión y por ello consideramos que la responsabilidad civil en un caso como éste, debe ser fijada en ejecución de sentencia, facilitando a las partes un proceso cognitorio más amplio, donde las previsiones del art. 140 de las LPI se puedan desplegar con plena eficacia. En esa fase las cantidades reclamadas por los perjudicados actuarán como límite máximo.*”

Y en el fallo ni siquiera atiende peticiones concretas y a los condenados les impone el deber de indemnizar a los perjudicados “*en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 140 de Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, y ello de acuerdo con el contenido del fundamento jurídico sexto.*”

### **II.5.3.- La publicación de la sentencia condenatoria a costa del infractor.**

El art. 272.2 CP, pese a las críticas recibidas en la doctrina por su falta de coherencia y dificultades de compatibilización con la disposición contenida con carácter general en el primer párrafo del art. 288 CP<sup>426</sup>, no ha sido retocado en la reforma operada a través de la L.O. 1/2015, pasando así desapercibida al legislador esta disfunción una vez más.

La inclusión de esta previsión en el ámbito de la responsabilidad civil sólo puede justificarse desde la suerte de satisfacción moral que puede ser obtenida por el perjudicado con la publicación de la sentencia en un periódico oficial que, a costa del infractor, podrá también decretar el Juez o Tribunal en caso de recaer sentencia condenatoria, tal y como prevé el apartado segundo del art. 272 CP.

Su establecimiento en el mismo precepto que la disposición precedente sobre el alcance de la extensión de la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual permite la vinculación al ámbito de la misma, en seguimiento de una estructura de interconexión que también se da en el primer párrafo del art. 138 LPI, que recordemos justo después de señalar que el titular de los derechos reconocidos en la LPI “*podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los arts. 139 y 140*”, añade que “*También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor*”. De la observación de este precepto se desprende la constatación de que la publicación de la decisión judicial o arbitral constituye un aspecto relacionado con el ejercicio de las acciones civiles, pero no perteneciente ni al cese de la actividad infractora ni a la indemnización de daños y perjuicios que puede comprender una cuantificación del daño moral. Es por

---

<sup>426</sup> Vid. RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...*, *op.cit.*, págs. 628 a 634.

tal razón que considero oportuno tratarla dentro del capítulo dedicado a la responsabilidad civil como un componente más de la misma.

Sin embargo, no deja de ser llamativa la falta de coincidencia del contenido del art. 272.2 CP no sólo con la disposición general del art. 288 CP que, para todos los delitos del Capítulo XI, prevé que “*se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado*”, sino también con el propio inciso final del párrafo primero del art. 138 LPI, que curiosamente presenta mayor nivel de correlación con lo establecido en el art. 288 CP.

De hecho, el grado de perplejidad alcanza cotas máximas si se toma en consideración que prácticamente lo mismo que es potestativo (el Juez o Tribunal *podrá* decretar la publicación de la sentencia en un periódico oficial) en el 272.2 CP parece resultar obligatorio en el 288 CP (*se dispondrá* la publicación de la sentencia en periódicos oficiales), lo que aproximaría a ésta disposición -al menos en este inciso- a una consecuencia accesoria si no fuera porque no se requiere, como en el caso del art. 272.2 CP, que la sentencia sea condenatoria, de modo que puede adquirir sentido aun en el supuesto de sentencias absolutorias (como ocurriría, por ejemplo, en un supuesto de acusación de plagio).

Tanta falta de coherencia revela la precipitación que preside la labor del legislador en muchas ocasiones y de la que fue ejemplo el Código Penal de 1995, apresuramiento que también provocó una colisión entre el art. 271 CP y el art. 288 CP relacionada adicionalmente con las consecuencias accesorias y medidas cautelares del originario art. 129 CP, que fue corregida en la reforma por L.O. 15/2003.

En cualquier caso, desde una perspectiva pragmática, la integración entre lo dispuesto en el art. 288 CP y el art. 272.2 CP e incluso el inciso final del primer párrafo del art. 138 LPI es posible en la práctica. Queda habilitada tanto la publicación de oficio de la sentencia en los periódicos oficiales como la publicación o su reproducción total o parcial en medios informativos o de comunicación a petición del perjudicado y a costa del condenado.



### **III.- ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES.**

Tratados los aspectos sustantivos de los delitos relativos a la propiedad intelectual, es momento de hacer una referencia, si quiera puntual, a algunas cuestiones de naturaleza procesal que se han venido planteando en los procesos penales que se siguen por esta clase de infracciones penales.

Son muchos los problemas de tipo procedimental que se suscitan con alguna singularidad específica en los delitos relativos a la propiedad intelectual y que tienen una incidencia especial en la tutela penal global que dispensa el sistema.

Algunos se derivan de la propia tipología del proceso penal español y las significativas carencias de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal para hacer frente a los retos y desafíos que plantea la modernidad y las nuevas tipologías que florecen en la era de la revolución digital. Otros muchos se relacionan con aspectos de enorme trascendencia en la llevanza práctica de los procesos en todas sus fases, tales como los principios estructurales del proceso, los criterios de determinación y extensión de la competencia territorial nacional e internacional, la iniciación del procedimiento, la adquisición del estatus de parte, la oficialidad de la instrucción preparatoria, el empleo de medios y técnicas especiales de investigación policial, la proporcionalidad de las medidas instrumentales de investigación judicial restrictivas de derechos fundamentales (entradas y registros e interceptación de comunicaciones), la disposición de periciales sólidas tanto en su dimensión técnico-científica como patrimonial, el sistema e instrumentos cautelares, las solicitudes de auxilio judicial internacional, el desarrollo del enjuiciamiento oral, y hasta la problemática que conlleva la ejecución de la sentencia respecto de determinados pronunciamientos de naturaleza patrimonial o de reparación por medio de la publicidad.

Pretender un cumplido comentario de toda esta problemática procesal desbordaría las pretensiones de un trabajo como el presente que atiende preferentemente a la dimensión sustantiva de la tutela penal. De hecho su adecuado tratamiento podría sustentar, por su extensión y alcance, toda una monografía.

Por ello, la atención se centrará en tres aspectos concretos que históricamente se han revelado como especialmente problemáticos en torno a la iniciación y llevanza de las causas criminales en los delitos contra la propiedad intelectual: el régimen de

perseguibilidad, la legitimación de las entidades de gestión colectiva y la batería de instrumentos cautelares.

Las razones que llevan a la selección de estas cuestiones tienen que ver con su especial significación dentro del sistema procesal penal como mecanismos condicionantes de la efectividad de la tutela de los derechos e intereses de los perjudicados por el delito.

El régimen de persecución determina la puesta en marcha objetiva y subjetiva del proceso y arrastra buena parte de los modos y principios rectores de la intervención del aparato oficial estatal en defensa de los derechos vulnerados y sus titulares.

La legitimación de las entidades de gestión y, con ella, el alcance, derechos, deberes y condición de su intervención durante el proceso penal resulta vital y decisiva para la adecuada defensa de los derechos de propiedad intelectual dada la singularidad del sistema de protección colectiva y universal que se rige en esta parcela.

La batería de instrumentos cautelares disponibles durante el proceso condiciona no sólo la respuesta del sistema de justicia penal en materia de aseguramiento de responsabilidades personales y pecuniarias, sino también la capacidad para poner fin a la actividad ilícita, evitar la continuidad de sus efectos e impedir su reanudación.

Aunque los tres temas presentan una indudable interrelación conviene, por claridad, tratarlos en apartados separados donde concentrar las constataciones y comentarios respectivos.

### **III.1.- EL RÉGIMEN DE PERSEGUIBILIDAD.**

La importancia del tipo de régimen de persecución establecido y el modo de llevarlo adelante de un modo efectivo y realmente coherente con los principios que caracterizan su naturaleza, según su modalidad, se deriva de su capacidad para que el proceso penal cumpla de veras con su propósito de servir de instrumento adecuado para el ejercicio de la actividad jurisdiccional penal.

Por ello no sólo es importante identificar cuál es el tipo de persecución establecido en la norma sino el empleo que dinámicamente se hace del mismo, puesto que éste en su

dimensión práctica, si presenta disfunciones, tiene el potencial de neutralizar buena parte de las consecuencias inherentes a aquél.

De hecho, uno de los principales condicionantes en el grado y alcance de la persecución penal de estos delitos ha sido el régimen de perseguibilidad establecido para los mismos, que se ha movido históricamente entre su consideración pasada como delitos semipúblicos con modulaciones de oficialidad, perseguibles previa denuncia del ofendido o agraviado salvo en algunos supuestos sometidos al régimen público y su calificación vigente como delitos públicos plenamente perseguibles de oficio.

A nivel normativo, en el Código Penal de 1995 el legislador decidió ampliar el catálogo de delitos semipúblicos, sólo perseguibles previa denuncia del agraviado. Respecto de los delitos relativos a la propiedad intelectual, el art. 287 NCP estableció un régimen mixto, de manera que la persecución habría de ser de oficio cuando se afectasen a los intereses generales o a una pluralidad de personas y sería semipública, requiriendo previa denuncia del agraviado o sus representantes en los demás casos, salvo cuando el mismo fuese menor de edad, incapaz o persona desvalida, en cuyo supuesto, también podía denunciar el Ministerio Fiscal.

El problema era cuando podía decirse que concurría afección de los intereses generales o pluralidad de personas. Era una cuestión interpretativa que ofrecía dificultades y no parecía muy acertado que el legislador hubiese optado por esta fórmula<sup>427</sup>.

En cuanto a la afección de los intereses generales, no había en todo el Código Penal un elemento que pudiera ayudar a su precisión. Una interpretación extensiva acabaría por convertir en regla general lo que parecía la excepción. Lo cierto es que, habida cuenta del carácter supracolectivo de los intereses industriales, laborales, tributarios y económicos -y aún culturales- que normalmente se ven afectados por las actividades de piratería, casi siempre existirían razones para fundamentar dicha afección, pues no cabe duda que frecuentemente se incide sobre intereses no exclusivamente individuales. Resultando poco probable que ello hubiera pasado desapercibido para el legislador, parecía que lo razonable era exigir un plus de dañosidad social o económica de la conducta y su resultado, de manera que únicamente cuando se advirtiera una especial

---

<sup>427</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., Los delitos relativos a la propiedad intelectual. Problemática aplicativa, *op.cit.*, 2003, págs. 818 y 819, donde se abordan dichos problemas y se ofrecen sustancialmente las soluciones interpretativas que aquí se relacionan.

repercusión para los intereses patrimoniales o socioeconómicos cabría entender que la persecución sería de oficio.

En lo que se refiere a pluralidad de personas, podía constatarse que la expresión no coincidía con las expresiones “múltiples perjudicados” que empleaba el anterior Código o generalidad de personas (art. 74) que utiliza el Código de 1995, que la jurisprudencia ha venido interpretando como un alto número de perjudicados, por lo que resultaba sostenible una interpretación que en base al significado de pluralidad como “condición de ser más de uno” posibilitase su apreciación de manera semejante a la que suscitó en su día la expresión “pluralidad de sujetos” en referencia a las asociaciones ilícitas, admitiendo su concurrencia a partir de tres perjudicados.

Los mayores problemas en el plano operativo surgían para los responsables de la actuación policial que habiendo constatado la existencia del delito en muchas ocasiones dudaban si intervenir o no antes de contar con una denuncia. Para solventar el problema, podían alegarse las posibilidades de actuación a prevención y de posterior convalidación por ofrecimiento de acciones incluso en sede policial en el marco del Procedimiento Abreviado y que podía considerarse aplicable la solución que la jurisprudencia había venido dando para los supuestos de persecución semipública de delitos contra la honestidad -así se seguía refiriendo la LECR a los delitos contra la libertad sexual-, que consideró un defecto de mera anulabilidad subsanable por la posterior denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Sin embargo, esta solución no encontraba acogida generalmente en una buena parte de órganos jurisdiccionales que en estos casos acababan invalidando sistemáticamente actuaciones policiales por haberse iniciado sin la correspondiente denuncia del perjudicado.

Afortunadamente, en mi opinión, el legislador tomó conciencia de estos graves problemas y, primero, aprovechó la Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado”, para modificar -art. 5- el art. 282 de la LECR, estableciendo que “*La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*”, y después, tras esta solución parcial sólo aceptable transitoriamente, una vez adquirió plena conciencia de la trascendencia de los intereses colectivos y supraindividuales

presentes en la protección de los derechos de propiedad intelectual, eliminó, a través de la L.O. 15/2003 y mediante la reforma del art. 287 CP, el requisito de previa denuncia y volvió a la persecución de oficio con carácter absoluto, situación que no fue modificada en la reforma operada por la L.O. 5/2010 y permanece en la actualidad tras la reforma por L.O. 1/2015.

El régimen de oficialidad en la persecución presentaba el potencial de una mayor y mejor intervención tanto de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en funciones de Policía Judicial como del Ministerio Público. Sin embargo, lo cierto es que, en la realidad aplicativa, la reforma teórica no ha tenido la trascendencia real que se pretendió porque ni la Policía Judicial ni los operadores jurídicos con responsabilidad en la persecución de los comportamientos típicos han llegado a desplegar dicho potencial. Es el elemento dinámico, los responsables policiales y las autoridades involucradas en la persecución penal quienes han venido careciendo de estructuras y orientación precisa para hacer real y dinamizar la persecución de oficio, de modo que disponer de una esta facilitación normativa no ha tenido el efecto real que permite desplegar.

A salvo de ciertas intervenciones en la calle para el denominado *top manta* de algunas Policías Locales -y según los casos-, la experiencia acredita que tienen que seguir siendo los perjudicados quienes han de transmitir la noticia criminis y la Policía Judicial, salvo en muy contadas ocasiones, actúa a iniciativa de la denuncia de aquéllos a pesar de que los ilícitos pueden detectarse incluso muy fácilmente tanto en su modalidad física por su presencia material en el entorno material como por la manifiesta oferta, difusión y puesta a disposición de contenidos protegidos en la red global de comunicaciones, ya que en internet, las vulneraciones son apreciables sin necesidad de mayor ni compleja actividad de “descubrimiento”, por más que hallar a los responsables principales de las vulneraciones exija -eso sí- investigar o al menos confirmar los datos que aportan los propios perjudicados cuando éstos llevan su propia investigación preliminar -en la medida de lo posible- a las dependencias policiales.

En el ámbito de la actividad del Ministerio Fiscal, la Circular FGE 1/2006 recogió como obligaciones añadidas de los Fiscales en este tipo de delitos las de efectuar una labor de impulso del procedimiento y adoptar una posición activa y vigilante para aportación de pruebas, especialmente periciales; para instar medidas cautelares específicas para evitar la continuidad del delito y para garantizar responsabilidades penales y civiles, así como

interesar consecuencias accesorias. Sin embargo, ello si se produce no es una actitud generalizada y se da en muy contados casos. Por lo general la actuación se produce a remolque (“chupando rueda” si se permite el símil ciclista) de acusaciones particulares. Ello explica que el descenso de denuncias por imposibilidad de asumir los costes de investigación previa y de acción judicial en calidad de acusaciones particulares por parte de los perjudicados haya tenido un impacto decisivo en el decrecimiento de diligencias judiciales seguidas por este tipo de hechos.

Así pues, permanece en la praxis y debe tenerse en cuenta en toda aproximación a la auténtica dimensión de la persecución penal de este tipos de fenómenos delictivos, una dinámica en buena medida similar a la perseguibilidad semiprivada que arrostra además el resto del desenvolvimiento del proceso pues el principio de oficialidad de la investigación, búsqueda y aportación de pruebas y de adopción de medidas cautelares acaba modulándose y matizándose de tal modo que más bien pareciera someter de facto el proceso penal al principio de rogación más propio del proceso civil. Contadísimas son las ocasiones en las que la actuación del Ministerio Público -al instar y dinamizar- y del Juez de Instrucción -al acordar- no viene provocada y determinada por la iniciativa - y hasta excitación del celo- por parte de acusaciones particulares, algo que resulta impensable en los procesos penales que, sin ir más lejos, se siguen por hechos cometidos contra la propiedad privada sobre bienes materiales, lo que resulta revelador del distinto rasero con que se miden ambas modalidades de propiedad, pese a su mismo<sup>428</sup> anclaje constitucional en el art. 33 CE y su idéntico carácter de delitos públicos.

En puridad y en teoría, un sistema de perseguibilidad pública implica, para cualquier delito público o perseguible de oficio, que el ejercicio del *ius puniendi* se ejerce con independencia de la actitud y voluntad de quien haya resultado ofendido por el delito (art. 105 LECR), pero en los delitos relativos a la propiedad intelectual por lo general la actividad del sujeto pasivo cobra una especial relevancia, hasta el punto de que sin esa “colaboración” ni siquiera se incoa de facto el procedimiento, y, si se produce la continuación del proceso permanece absolutamente vinculada a la actitud, ardor, energía, actividad y arrestos del ofendido, lo que a mi juicio, puede ser valorado como una conversión fáctica y una inaceptable perversión jurídica del sistema de

---

<sup>428</sup> En el peor de los casos, si es que se comparte la tesis de que el art. 20.2.b) CE no constituye el auténtico referente constitucional, al menos en parte, de los derechos de propiedad intelectual.

perseguibilidad legalmente establecido. La concienciación de la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial sobre este aspecto es un factor de cambio crucial para que este estado de cosas no se perpetúe<sup>429</sup>.

### **III.2.- LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA.**

La legitimación de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual es una cuestión que enlaza directamente con la problemática anterior en la medida en que, bajo el régimen de persecución semipública del sistema previo a la L.O. 15/2003, tanto la denuncia que ponía en marcha y legitimaba el desenvolvimiento posterior del proceso penal como la constitución en parte interviniente en el proceso y, por tanto, la iniciativa en su impulso y desarrollo eran actividades que habitualmente llevaban a cabo dichas asociaciones. Y prácticamente, también por lo expresado en el apartado precedente, algo muy semejante ocurre en el sistema actual, si bien bajo un régimen supuesto de persecución pública, puesto que la ausencia de una real iniciativa de oficio propicia actividades propias de investigación privada que sirven posteriormente para articular denuncias que contienen la noticia criminis que pone en marcha de manera efectiva la *persecución de oficio* policial y judicial; y sigue erigiéndose en parte decisiva en el curso del procedimiento penal.

Pues bien, sobre todo al inicio del milenio, la legitimación de las entidades gestoras en los procesos penales fue objeto de controversia judicial. El artículo 150 LPI establecía ya -en su redacción vigente tras la Disposición Final 2ª. 4 de la LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero- y al igual que ahora que: *“Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su*

---

<sup>429</sup> Pese a la incomprensión generalizada que ello pueda originar. Incluso no falta quien cae en la tentación de atribuir a las unidades policiales y operadores jurídicos del sistema penal de justicia, cuando se limitan a cumplir con su deber de seguimiento de la ley, una excesiva concesión a intereses de parte, olvidando -más o menos interesadamente- que su actuación se desarrolla en un contexto de lucha contra un delito público que atenta contra bienes jurídicos e intereses supraindividuales y colectivos con un alto impacto en el desarrollo económico.

*oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.”*

Tal disposición respondía a la idea que se recogió en el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, “es un hecho reconocido por las instituciones de la Comunidad Europea que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden gozar de su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados”.

Partiendo de esta realidad, dos Sentencias del TS (Sala de lo Civil) de 29 de octubre de 1999 (núms. 880 y 881) se pronunciaron sobre la interpretación de este precepto -si bien cuando en su redacción el inciso segundo se refería al art. 503 LEC- señalando que:

*“Cuando el art. 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, redacción de 1987, establece que "las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales", debe entenderse partiendo de lo antes dicho, que la expresión "derechos confiados a su gestión" puesta en relación con la de "en los términos que resulten de sus estatutos", se refiere a aquellos derechos cuya gestión "in genere" constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión... entender... que es necesaria la acreditación documental... de la relación contractual establecida entre la... (entidad de gestión)... con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública o de los acuerdos con otras entidades de idéntica función gestora, hace ineficaz, respecto de esta modalidad de derechos de autor, el sistema de protección establecido en la Ley, al no alcanzar la así dispensada los caracteres de real, concreta y efectiva que el texto legal propugna, resultando defraudados los intereses generales en la protección de la propiedad intelectual que justifica la concesión de autorización administrativa a las entidades de gestión... El art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de interpretarse a la luz de la*



*realidad social del tiempo en que se aplica (art. 3.1 del Código Civil), realidad social actual que difiere sensiblemente de aquella existente en el momento de la publicación de la Ley, en que los litigios se desarrollaban entre personas fácilmente determinables y cuya representación era fácil acreditar mediante la aportación de los correspondientes documentos, no existiendo un tráfico jurídico en masa, como es el que justifica la existencia de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y para la defensa de intereses colectivos como las organizaciones de consumidores y usuarios, lo que dificulta y hace extremadamente gravoso para estas entidades que tienen encomendada la protección y defensa de determinados derechos e intereses legítimos, la acreditación individualizada de cada uno de sus miembros en los procesos en que sean parte; de ahí que el legislador, unas veces de forma expresa... y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse "iuris tantum", atribuya legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados...".*

Y, posteriormente, las SSTS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 2001 y de 31 de enero de 2003 volvieron a reiterar esta doctrina.

Sin embargo, los órganos jurisdiccionales penales -Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, pues la cuestión no llegaba a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por razones evidentes de penalidad y reparto competencial- ofrecieron interpretaciones divergentes sobre la legitimidad de las entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual para interponer las denuncias e intervenir como parte en los procesos penales.

Mayoritariamente se aceptó por jueces y tribunales la legitimación -ex art. 150 LPI- de las entidades gestoras en el proceso penal, sosteniéndose que las entidades no tenían necesidad de acreditar documentalmente la representación individual de los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual. Ejemplos paradigmáticos de este tipo de pronunciamientos podemos encontrarlos en las sentencias de la AP de Murcia,

Sección 1ª, de 25 de enero de 1999, de la AP Córdoba (Sección 1ª) núms. 54/2002 , de 4 marzo y 45/2002, de 12 de junio.

Así, la SAP de Murcia de 25 de enero de 1999, en su FD 6º, indicó:

*“El primero de los motivos invocados se refiere a la infracción del artículo 287 del Código Penal, pues según los apelantes se habría infringido el citado precepto que exige denuncia previa del agraviado para la persecución del delito, como requisito de perseguibilidad, que en este caso no se habría cumplido porque las denuncias de las entidades «Egeda» y «Adiván», así como la de determinados productores cinematográficos no supondría el cumplimiento de ese requisito, ya que los mismos no son titulares de derechos de autor sobre las obras cinematográficas, los únicos que protege el Derecho Penal, sino, a lo más, titulares de derechos patrimoniales sobre las grabaciones, que no merecen otra protección que la meramente civil. Por lo tanto los denunciante tendrían la condición de perjudicados, no de agraviados, al no ser titulares del bien jurídico protegido, y ello si hubiesen demostrado, lo que no han hecho, que se les habían cedido los derechos de explotación comercial, de tales obras. Faltaría por ello el requisito de denuncia del agraviado que exige el artículo 287 del CP, por lo que no podría dictarse sentencia condenatoria.*

*La Sala no puede aceptar tales argumentos. Precisamente la reforma operada en la protección penal de estos derechos por el Código Penal de 1995, siguiendo la línea iniciada en el año 1987, tiende a dar una amplia protección a los mismos, conforme a las Directivas de la Unión Europea. Así, ya era opinión mayoritaria entre los autores y en la jurisprudencia, que la tutela punitiva no estaba sólo referida al derecho de autor en sentido estricto, sino a cualquier titular de un derecho de propiedad intelectual, tanto persona física como jurídica, aunque no fuera el autor de la obra. Así resultaba de la redacción del artículo 534, bis a), tras la reforma de 1987, y aparece ahora con rotundidad en la redacción dada por el Código Penal de 1995, donde las rúbricas del capítulo y de la Sección correspondiente se denominan «de los delitos contra la propiedad intelectual», lo que es un concepto más amplio que el de derecho de*

*autor, comprendiendo también los llamados derechos conexos, afines o vecinos, esto es, tanto los del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual, como los de su Libro II. Además la protección de los derechos patrimoniales se resalta en la nueva regulación, pues el Código encuadra sistemáticamente estos delitos en el Título XIII, «Delitos contra el Patrimonio y los Derechos Socioeconómicos». De las distintas conductas mencionadas en el artículo 270, salvo la de plagio, que hace referencia al derecho el autor, las demás se refieren al derecho de explotación comercial de las obras, por lo que tanto pueden ser de los autores como de un tercero cesionario. Junto a lo dicho ha de tenerse en cuenta que no es cierto lo afirmado por el recurso sobre la ineptitud de las grabaciones para ser objeto de protección penal por estos delitos, pues lo que se protege no es tanto la grabación, sino la obra grabada que se difunde ilegítimamente perjudicando los derechos de explotación del titular de los mismos. Por lo expuesto no puede aceptarse que los denunciados carezcan del carácter de agraviados, pues se trata de una asociación de distribuidoras de vídeos y de productoras (Egeda), así como de una entidad de gestión de productores cinematográficos («Adiván»), especialmente idóneas para el ejercicio de esas acciones. Como dice el preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, «es un hecho reconocido por las instituciones de la Comunidad Europea que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden gozar de su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados». Entre tales organizaciones por Orden Ministerial de 29 de octubre de 1989 se autoriza la Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales (Egeda) con la finalidad de proteger y defender los derechos e intereses de los productores de obras y grabaciones audiovisuales. Por otro lado hay que tener presente que entre los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual se encuentra el denominado derecho de remuneración por copia privada (artículos 24, 25, 31 y 132 de la Ley de Propiedad Intelectual), una de cuyas características es la de que su satisfacción necesariamente ha de ser a través de una sociedad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, al resultar prácticamente imposible el ejercicio individual de este derecho.»*

La Sentencia de la Audiencia Provincial Córdoba núm. 54/2002 (Sección 1ª), de 4 marzo, vino a reproducir estos argumentos en su FD 2º:

*“El segundo motivo que se articula denuncia infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 287 del Código Penal, y de la jurisprudencia aplicable, por falta de legitimación activa de Adiván que no es sino una asociación integrada por distribuidoras. Puesto que los derechos sobre las películas corresponden al productor de las mismas, la legitimación de las distribuidoras surge como consecuencia del necesario contrato de cesión de derechos concertados entre éstos y el productor, sin que consten en la presente causa tales contratos ni ningún otro documento que acredite la titularidad sobre los derechos perjudicados, deviniendo en consecuencia la falta de legitimación activa de la denunciante por aplicación directa de los artículos 150 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual, citándose a tal fin la sentencia de esta Audiencia, Sección 3ª, de 31 de enero de 1998.*

*Olvidan las partes recurrentes que la misma Sección de esta Audiencia, en sentencia de 28 de enero de 2000, afirma que «... hemos de decir que la entidad Adiván no deja de estar legitimada al asumir los intereses de las compañías que la constituyen, y de otro, que la concurrencia de pluralidad de entidades cinematográficas perjudicadas obvia el requisito de la previa denuncia».*

*En consecuencia la última doctrina de esta Audiencia no se encuentra en sintonía con la tesis de la parte recurrente. Consta además, como mantiene la sentencia recurrida, la autorización de las entidades que representa a favor de Adiván como entidad representante de las sociedades que constan en su escritura de constitución.*

La SAP de Córdoba de 12 de junio 2002 tuvo un especial interés por cuanto reafirmó con rotundidad la tesis de que las entidades de gestión tenían una legitimidad propia inherente a su finalidad estatutaria, de lo que extraía la consecuencia de que tanto constituían personas agraviadas -por lo que pueden interponer la denuncia que requiere

el art. 287 CP- como podían ser consideradas perjudicadas a efectos civiles. En efecto, esta sentencia señaló en su FD 1º lo siguiente:

*“Partiendo de tales postulados, acaeciendo que las presentes actuaciones se inician merced a denuncia presentada por CEDRO, y resultando que por las defensas de los apelantes ha sido cuestionada la legitimación de dicha entidad de gestión de derechos de autor para ejercitar, al menos, la correspondiente acción civil nacida de la actividad ilícita denunciada, forzado es analizar la convergencia o no en dicha entidad de la legitimación necesaria para ejercitar una y otra acción, pues de ninguna manera puede obviarse la vinculación legal existente entre ambas...”*

*El examen de dicha cuestión entendemos que pasa por precisar cuál sea el bien jurídico protegido en la actual configuración que el Código Penal ofrece de los delitos relativos a la propiedad intelectual, rúbrica bajo la cual, y a modo de miscelánea entre las tesis real o personal existentes, introduce la expresión «derechos de propiedad intelectual». En este sentido y 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 TRPLPI) 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 patrimonio y contra el orden socioeconómico».*

Llegados a este punto; visto que la entidad denunciante se encuentra administrativamente autorizada (...); resultando que merced a dicha autorización puede ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión; siendo el caso que el fin principal de la misma es la protección del autor y del editor de obras impresas en el ejercicio de sus derechos de carácter patrimonial, mediante la gestión colectiva de los mismos, la cual se extiende, entre otros derechos, al derecho exclusivo de reproducción de las mencionadas obras mediante, entre otros medios, fotocopiado u otro procedimiento análogo [art. 143-1 b) del TRLPI en relación al art. 4 de sus estatutos]; teniendo presente que la entidad denunciante aportó a la causa (tomo I -folios 99 y ss.-) copia de sus estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa; y considerando todo ello a la luz del párrafo primero del art. 145 del TRLPI («las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales»)..., la consecuencia no debe ser otra que la de reafirmar que la legitimación de las entidades de gestión es por derecho propio y no por sustitución, ya que los titulares de derechos de propiedad intelectual sólo pueden lograr su efectividad a través de organizaciones que ejerzan funciones de mediación y gestión de los derechos mencionados (Preámbulo de TRLPI tomado como criterio interpretativo del art. 135 de dicha Ley -actual art. 145 del TRLPI- en convergencia con el art. 3.1 del ...). Doctrina que conlleva el efecto práctico, puesto de relieve por la citada S. de 18 de octubre de 2000, de que «realmente la acreditación documental individualizada para la defensa de los derechos de cada autor no sería necesaria, y tal vez ni siquiera posible, en relación con algunos de esos derechos, como tampoco la legitimación de la sociedad de gestión sería solamente presunta sino en realidad una legitimación propia en cuanto inherente a su finalidad estatutaria»<sup>430</sup>.

Partiendo de todo ello, es decir, de que la concreta actividad delictiva en su día denunciada por CEDRO cae de lleno dentro del ámbito del derecho penal y

---

<sup>430</sup> Subrayado propio.

*dentro de la esfera de gestión de los derechos patrimoniales o de explotación (no derechos morales o personales de autor) que la misma tiene encomendada de forma estatutaria administrativamente sancionada, y que la misma tiene legitimación propia para defender tales derechos, la consecuencia no debe ser otra que la de afirmar que aquélla tiene sustancialidad suficiente tanto para integrar el concepto de persona agraviada cuya denuncia exige el inicialmente citado art. 287 del CP, como para considerarla civilmente perjudicada por tales hechos delictivos, razón por la que, sin perjuicio del reparto que ulteriormente proceda entre los titulares de las obras (art. 149 TRLPI), nada impide que CEDRO pueda ejercitar el derecho de opción que, en orden a la indemnización resultante de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, establece el art. 135 del TRLPI.*

*Legitimación plena civil y penal de la entidad de gestión actuante, que viene además reiterada por lo dispuesto en el número 20 del art. 25 del TRLPI, precepto en base al cual las entidades de gestión pueden ejercitar, y así se dice de forma expresa, «las acciones» civiles y penales que les asistan.»*

Sin embargo, algunas interpretaciones jurisprudenciales cuestionaron la legitimidad de las entidades gestoras para la interposición de la correspondiente denuncia -habilitadora entonces de la persecución penal- y su intervención en el proceso penal como personas agraviadas, exigiendo como necesaria la acreditación documental individualizada para la defensa de los derechos de cada autor.

Como sentencias abonadas a dicha corriente cabe citar, por ejemplo, la SAP (Sección Octava) de Barcelona de 15 de septiembre de 2000, que exigió que “*debe acreditarse por parte de la entidad de gestión la adhesión del titular de los derechos, sin que pueda admitirse la presunción de legitimación activa, contraria a reo*”, y la SAP (Sección Séptima) de Sevilla de 4 de septiembre de 2002, en la que se recogió esta exigencia y - en referencia a la doctrina de las SSTS de 29 de octubre 1999- se significó lo siguiente:

*“La doctrina jurisprudencial acabada de exponer ha sido establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; y no puede extrapolarse a los procesos penales, dadas las diferencias que existen entre los ilícitos penales y los civiles.*

*Y en cuanto al artículo 150 TRLPI, si bien legitima a las entidades como CEDRO «para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», aquellas mismas diferencias tienen como consecuencia que no pueda equipararse la intervención de dichas entidades en los procesos civiles y en los penales, y que en estos últimos hayan de someterse a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mencionadas en el anterior apartado IV cuando pretendan personarse como partes acusadoras. En tales supuestos, por tanto, no siendo la entidad de gestión la persona agraviada por el delito y tampoco su representante legal en todo caso, deberá acreditar esa representación cuando pretenda denunciar hechos que en principio pueden estar incluidos en el artículo 270 CP, para que esa denuncia cumpla con las exigencias legales establecidas en los artículos 259 y siguientes LECrim y en el artículo 287.1 CP.*

Para acabar concluyendo que:

*“...Volviendo a nuestro caso, como la única denuncia formulada ha sido la de CEDRO, como no ha acreditado la representación legal de las personas presuntamente agraviadas por los hechos, y como tampoco consta que esas personas le hubieran confiado la gestión de sus derechos de propiedad intelectual, la denuncia de CEDRO no fue válidamente formulada. Ya que, insistimos una vez más, es semipúblico y no perseguible de oficio el delito del artículo 270 CP cuya comisión ha atribuido al acusado, y su persecución requiere necesariamente la previa denuncia del agraviado o de sus representantes legales. No se ha cumplido, por tanto, la condición objetiva de perseguibilidad consistente en la previa denuncia establecida en el artículo 287.1CP.”*

La sentencia no absolvió, sino que simplemente declaró la nulidad de lo actuado y ordenó retrotraer los autos para que se ofrecieran acciones a los concretamente perjudicados.

La misma tesis fue luego reiterada en el auto de la misma Sección Séptima de la AP Sevilla de fecha 21 de abril de 2003, recaído en el Rollo de Apelación 1216/03, en el que se afirmó que por afectar a una pluralidad de personas el delito es público y por



tanto perseguible de oficio, pero se concluyó que la entidad gestora, curiosamente CEDRO -la misma que en la provincia de Córdoba sí era agraviada y perjudicada-, “no tiene la consideración de acusación particular” y “en consecuencia para continuar siendo parte en las presentes diligencias a partir de esta resolución ha de ejercer la acción popular del art. 101 de la L.E.CR.”.

Ya entonces me pronuncié en términos muy críticos con este tipo de posturas<sup>431</sup>, indicando que la dependencia conceptual respecto de la normativa extrapenal, la esencia del sistema de protección de los derechos involucrados -de obligada gestión colectiva- y el art. 7.3 LOPJ abonaban la solución contraria y reforzaban especialmente las tesis de la SAP de Córdoba de 12 de junio de 2002<sup>432</sup>. Para sostener esta posición era posible apoyarse en diversos razonamientos, especialmente en que la concurrencia o no del requisito de perseguibilidad y de las circunstancias que determinan su apreciación cuando el delito se ha perfeccionado y está cometido con todos sus elementos, debía efectuarse conforme a la normativa específica; en que la disposición del art. 150 LPI es una norma especial que pretende responder a la realidad de la imprescindible gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual; en que las entidades gestoras constituyen una pieza esencial del específico sistema de protección de tales derechos que diseña la LPI y desconocer esta realidad implicaría hacer ineficaz el sistema; en que a las entidades de gestión se les reconoce la posibilidad de ejercicio de acciones civiles y penales (art. 25.20 LPI) y se les otorga una representatividad especial; en que en su contenido no se aprecia excepción alguna a la regla de “toda clase de procedimientos... judiciales”; en que la norma había sido avalada por la reforma de la LEC y podía considerarse como una ley especial y es lex posterior al régimen general de la LECR; y en que su contenido era -y en ello podía encontrarse una razón de especial peso para su aplicación- perfectamente concordante con la superior disposición establecida en el art.

---

<sup>431</sup> Vid. TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos a la propiedad intelectual. Problemática aplicativa”, *op.cit*, págs. 827 a 829.

<sup>432</sup> Aun partiendo de las tesis más contrarias al art. 150 LPI, si se abrigaran dudas sobre la habilitación de una entidad gestora para la defensa de los intereses perjudicados en un concreto proceso penal, lo oportuno no es directamente -o al menos inmediatamente- efectuar el ofrecimiento de acciones a los considerados perjudicados concretos (por ejemplo a los autores y editores en el caso discutido de CEDRO) conforme al art. 109 LECR, sino requerir a la entidad gestora la aportación de los contratos de gestión a los que alude el art. 153 LPI. Sólo si se advirtiera la existencia de concretos titulares o cesionarios de derechos de propiedad intelectual no relacionados contractualmente en la debida forma con la entidad de gestión se procedería con ellos al ofrecimiento de acciones. Lo que no procedería en ningún caso es relegar o abocar a la entidad gestora al ejercicio de la acción popular. El citado auto AAP Sevilla, de fecha 21 de abril de 2003, era más rechazable porque ni siquiera permite la subsanación de la falta de representación que afirma existir a través de la fácil vía de la acreditación por la entidad gestora de las concretas relaciones contractuales establecidas con los titulares o cesionarios de los derechos.

7.3 de la LOPJ que ordenaba ya a los Juzgados y Tribunales “proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos...” y establecía que “Para la defensa de estos últimos se reconocerá legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”; de modo que cabía entender que varias disposiciones de la LPI y especialmente la norma contenida en su art. 150 establecía una habilitación legal de las entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual para la defensa de los mismos siempre que se cumplieran los requisitos administrativos exigidos en aquel momento en los arts. 147 y ss. LPI (particularmente la autorización del Ministerio de Cultura).

Como en tantas ocasiones, el legislador tuvo que actuar contra este tipo de proceder judicial, y, con ocasión de la reforma por L.O. 15/2003 introdujo una modificación que acabó con el cuestionamiento de la legitimación de las entidades de gestión para intervenir en los procesos penales seguidos por esta clase de delitos, mediante la adición (apartado segundo de la disposición final primera) de un segundo párrafo a la circunstancia 1ª del artículo 771 LECR, señalando que: “*La información de derechos al ofendido o perjudicado por el delito regulada en este artículo, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y, en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso, se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos*”.

La Circular FGE 1/2006 valoró esta adición como *el reconocimiento expreso de la legitimación propia de las entidades gestoras de derechos para intervenir en los procedimientos penales relativos a los delitos de propiedad intelectual* y como *un refuerzo del propósito de agilización de los procesos*, indicando que tal legitimación venía avalada, además, por la necesidad de admitir que la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, tan sólo era posible en la actualidad, mediante la actuación colectiva por parte de los titulares de los derechos, a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, reconocimiento que ya se recogía en el Preámbulo de la LPI de 1987.

De esta experiencia aplicativa y la reacción legal se desprende, a mi juicio, el singular valor y relevancia de las entidades gestoras como pieza esencial, también en el proceso penal, del específico sistema de protección de tales derechos, realidad que de

desconocerse implicaría hacer ineficaz el sistema. A las entidades de gestión se les reconoce la posibilidad de ejercicio de acciones civiles y penales, y se les otorga en la LPI una representatividad especial que es más propia que por sustitución. En su virtud, en el proceso penal son titulares de un *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (por todas, STC 201/2012), derecho que no puede quedar reducido a un mero impulso del proceso o a una mera comparecencia en el mismo, derivándose del mismo con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso bajo los principios de contradicción, y con idénticas posibilidades de alegar o probar que cualquier parte.

Debe tomarse en cuenta que -como recoge en sus antecedentes la STC 196/1997-, su configuración y protección legislativa pretende ante todo colocarlas en una situación que compense la debilidad del autor frente a los utilizadores y, especialmente, frente a los grandes utilizadores secundarios. En definitiva, constituyen una institución indispensable para la protección real y efectiva de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, pero sirven también a otros intereses, en particular, a los de los utilizadores y a los mismos intereses del Estado. Es muy difícil, si no irrealizable, que un autor esté en disposición de conocer las utilidades que se hacen de su obra y, menos aún, de perseguirlas o prohibirlas, no sólo en un determinado país, sino en todo el mundo. La protección de tales derechos sólo es posible y eficaz mediante la colectivización de su ejercicio en las entidades de gestión, que tienen suscritos contratos de representación recíproca por los que se aseguran en los diferentes países, y en igualdad de trato con los nacionales, la protección de las obras y prestaciones comprendidas en su gestión.

La reforma de la LPI por Ley 21/2014 ha sido extraordinariamente severa con las entidades de gestión colectiva imponiendo condiciones extraordinarias de inspección, control y supervisión<sup>433</sup>. Es una lástima que la ocasión no se haya aprovechado para

---

<sup>433</sup> Sin duda, motivadas en la desconfianza adquirida a raíz del escándalo aflorado sobre el funcionamiento interno de la SGAE, que mantiene imputados penalmente a varios de sus ex directivos. Sobre algunos efectos de la Ley 21/2004 sobre las entidades gestoras, *Vid.* FERNÁNDEZ CARRASCO, A., “La nueva Ley de Propiedad Intelectual y su repercusión en las entidades de gestión”, en *Revista Actualidad Civil*, número 4, abril 2015, Wolters Kluwer-La Ley, págs.126 a 128; y MARÍN LÓPEZ, J.J., “Entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y tarifas generales...”, *op.cit.*, págs. 40 a 51.

trasponer la Directiva Europea 2014/26/UE sobre gestión colectiva de los derechos de autores y derechos afines, en la que se refuerza el papel de las mismas y se consolidan como instrumento idóneo de defensa de los titulares también en el contexto digital.

### **III.3.-MEDIDAS CAUTELARES.**

La reforma del Código Penal operada por L.O. 1/2015 ha supuesto una alteración significativa de los aspectos sustantivos de los tipos penales, pero como se acentuó ya con motivo del comentario al nuevo apartado 3 del art. 270 CP, también ha tenido una incidencia en el campo cautelar al disponer la posibilidad de que, en determinados supuestos afectantes a los tipos penales básicos de los apartados 1 y 2 del art. 270 CP, el Juez pueda acordar “*cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual*”, lo que constituye la primera constancia en una norma penal de una habilitación de amplio espectro que permite dar entrada en el proceso penal a medidas cautelares previstas en la normativa extrapenal.

La protección cautelar en el curso de proceso penal es uno de los aspectos en los que históricamente se ha querido reforzar la respuesta del sistema a este tipo de infracciones. Su relevancia no puede ser preterida ni minimizada. Poco hay que insistir en la vital importancia de proteger a los perjudicados u ofendidos por el delito y evitar la continuidad del delito y sus efectos, así como asegurar la satisfacción de aquéllos frente a los daños y perjuicios ocasionados.

La Circular FGE 1/2006 se mostró especialmente consciente del problema y tras afirmar que la perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento, ordenó, “*durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios*”, ...“*instar en el procedimiento penal las medidas cautelares que, de conformidad con las circunstancias concurrentes en cada caso, sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los*

*derechos de propiedad intelectual, y que sirvan para garantizar las responsabilidades que resulten declaradas en sentencia*”<sup>434</sup>.

El posterior proceso de transformación de la normativa de base extrapenal ha repercutido naturalmente en la específica parcela de la protección cautelar de estos derechos. La batería de instrumentos cautelares disponibles fue reforzada a través de la *Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios* (cuya finalidad es la implementación de la Directiva 2004/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, de 29 de abril de 2004, tendente a aproximar las legislaciones de tales medios de tutela para garantizar un nivel elevado, equivalente y homogéneo de protección en el mercado interior), que ha reformado la LEC, la LPI, la Ley de Patentes, la Ley de Marcas y la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial; y la *Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* (de implementación de la Directiva 29/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y afines en la sociedad de la información, por la que la Unión Europea da cumplimiento a los Tratados de la OMPI) que ha reformado, entre otros aspectos, el Libro III de la LPI relativo a la protección de los derechos reconocidos en esta ley, esto es, a las acciones y medidas cautelares urgentes específicamente previstas frente a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, como se advirtió con motivo de la referencia cautelar contenida en el nuevo apartado 3 del art. 270 CP, un condicionante que ha perjudicado notablemente la eficacia de la intervención penal en España ha venido siendo la imprecisión en el régimen de medidas cautelares aplicables en los procesos penales seguidos por este tipo de delitos.

Todo ello justifica singularmente la necesidad de realizar una cumplida referencia al régimen vigente en nuestro ordenamiento en materia de tutela cautelar penal de estos

---

<sup>434</sup> Págs. 90 y 109, en afirmación que la Circular igualmente extiende a los delitos relativos a la propiedad industrial en su pág. 91.

derechos, abordando, primero y aunque sea someramente, los aspectos comunes con el resto de delitos, y tratando, después y con mayor detalle, las cuestiones específicas propias de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Para ello, resulta oportuno partir de un concepto amplio de medidas cautelares más allá de la concepción clásica de las mismas y de acuerdo con lo que se ha calificado como nueva “cosmovisión de la justicia cautelar en el proceso penal”<sup>435</sup> y, por tanto, incluyendo junto a las tradicionales medidas cautelares de contenido consolidado a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial, las nuevas medidas de protección implantadas en los últimos tiempos para una mejor tutela de los legítimos intereses de los ofendidos por el delito.

Entre ellas, debe focalizarse el interés en las medidas cautelares específicamente previstas en la normativa extrapenal cuyo empleo pueda estar habilitado en el proceso penal por esta clase de delitos. En ningún caso, sin embargo, nos referiremos a la adopción de medidas cautelares de carácter extraprocesal o previas a la incoación del procedimiento penal, que sí se contemplan en el ámbito de protección de los derechos en vía civil como diligencias preliminares (arts. 256, 263 y 297 de la LEC).

### **III.3.1.- Aspectos y medidas comunes con el resto de los delitos.**

Lógicamente en el curso de las causas penales es aplicable toda la normativa que la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece en materia de protección cautelar con las singularidades propias establecidas en función del tipo de procedimiento aplicable. Dado que las penas de prisión imponibles en los delitos relativos a la propiedad intelectual no exceden de los nueve años, ex. art. 757 LECR, la llevanza de las causas se encauzará ordinariamente a través del denominado Procedimiento Abreviado, si bien en

---

<sup>435</sup> SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico procesal. Del olvido al reconocimiento*. Ed. Comares (Estudios de derecho Penal y Criminología), Granada 2006, p.243.

ocasiones podrá tramitarse como Procedimiento para el enjuiciamiento rápido si se dan las condiciones exigidas legalmente para ello en los arts. 795 y ss.<sup>436</sup>.

Las medidas cautelares que pueden contemplarse pueden ser básicamente de dos tipos: las medidas precautorias a decretar como “*primeras diligencias*” del art. 13 LECR, entre las que se encuentran las encaminadas a dar protección urgente a los ofendidos o perjudicados por el delito; y las medidas cautelares en sentido estricto, dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia; ya sean de carácter personal o real.

Conforme al régimen general de las medidas cautelares, su adopción requiere la existencia de *fumus boni iuris*, es decir la apariencia de buen derecho, y del *periculum in mora*, esto es, del peligro de resultados dañosos que se derivarían de no acordarse prontamente la medida.

La apariencia de buen derecho debe valorarla el Juez en función del juicio positivo que le merezca la situación, desde el punto de vista del concreto derecho aparentemente existente en quien resultaría ser el perjudicado por la acción o actividad infractora y de la ilicitud penal concurrente en la conducta de la persona contra la que se adoptaría.

El peligro de demora en acordar la medida para los intereses del perjudicado no tiene que hacer referencia únicamente a que con el retraso se ponga en riesgo el resultado de la sentencia definitiva del asunto principal, sino también si se presenta como peligrosa la continuidad o permanencia de la infracción para los intereses del perjudicado, en atención a la dificultad de reparación del daño que se esté causando patrimonial y moralmente.

En los delitos relativos a la propiedad intelectual no será infrecuente, sino lo habitual, que las medidas cautelares sean primigeniamente solicitadas por los perjudicados o quienes les representen; y a dicho efecto debe tenerse en cuenta que los intereses legítimos de los perjudicados normalmente son objeto de gestión colectiva y que la Ley Orgánica 15/2003 añadió un segundo párrafo a la circunstancia 1ª del artículo 771 de la

---

<sup>436</sup> Posibilitado por la L.O. 15/2003 mediante la adición de un párrafo h) en el art. 795, Regla 2ª del apartado 1 LECR, con el siguiente contenido: ...h) *delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal*”.

LECR, estableciendo que: *“La información de derechos al ofendido o perjudicado, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos”*, lo que la Circular FGE 1/2006 acertadamente ha valorado *“como el reconocimiento expreso de la legitimación propia de las entidades gestoras de derechos para intervenir en los procedimientos penales relativos a los delitos de propiedad intelectual e industrial”*, ya prevista legalmente en el art. 150 LPI; legitimación propia y no por sustitución *“avalada además por la necesidad de admitir que la efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, tan sólo es posible actualmente, mediante la actuación colectiva por parte de los titulares de los derechos, a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados, reconocimiento que ya se recogía en el Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.”*<sup>437</sup>

Conforme a los arts. 763 y 764 LECR -directamente o en virtud del reenvío del art. 795.4 con base en los arts. 798 y 800 LECR-, podrán acordarse cualesquiera medidas privativas de libertad ambulatoria o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales e igualmente podrán decretarse medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, aplicándose las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria establecidas en la LEC (arts. 721 y ss.).

Desde el punto de vista procedimental, en la adopción de estas medidas -con la salvedad del específico, pero general régimen relativo a la prisión provisional- no cabe apreciar especialidades por razón de la materia, pudiendo las precitadas medidas cautelares ser adoptadas, mediante auto motivado, tan pronto surja su necesidad y concurran sus presupuestos, en cualquier momento (ya desde las primeras diligencias como autoriza el referido art. 13 LECR) una vez incoadas las correspondientes diligencias previas, de

---

<sup>437</sup> Págs. 7 y 8 de la Circular FGE 1/2006. Para una mayor profundización en el tratamiento jurisprudencial previo al respecto, *Vid.* TIRADO ESTRADA, J.J., “Los delitos relativos a la propiedad intelectual tras la reforma del Código Penal por L.O. 15/2003. Aspectos sustantivos y procesales”, ponencia expuesta el 17 de noviembre de 2004 en el curso sobre Delitos relativos a la Propiedad Intelectual organizado por el Centro de Estudios Jurídicos y la Fiscalía General del Estado; celebrado en Madrid durante los días 17 y 18 de noviembre de 2004.



oficio o a instancia del Ministerio Fiscal<sup>438</sup> o de la acusación particular, tanto frente al imputado (acreditada, dada la naturaleza del proceso penal, la concurrencia de un “*fumus commisi delicti*”, entendido como “*razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible*”) como, en caso de aseguramiento de responsabilidad civil, frente al tercero responsable civil subsidiario ex art. 120 del CP (siempre que se hayan ejercitado en la causa las acciones civiles junto con las penales, y acreditado que de la acción delictiva reprochada al imputado se han derivado daños y perjuicios resarcibles capaces de fundar la específica responsabilidad civil, el peligro de infructuosidad para el perjudicado, así como la insolvencia total o parcial del presunto responsable criminal).

También, conforme al art. 781.1 in fine LECR, al evacuar los escritos de acusación el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras podrán solicitar la adopción, modificación o suspensión de las medidas cautelares que resulten procedentes o se hubieran adoptado con anterioridad, extremos sobre los que deberá pronunciarse el juez de instrucción al decretar la apertura del juicio oral (art. 783.2 LECR), pudiendo acordar también su revocación, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, sin que quepa recurso alguno frente a tales pronunciamientos, excepto en lo relativo a la situación personal, sin perjuicio de poder reproducirse ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas (art. 783.3 LECR).

En cuanto al catálogo de medidas disponibles por previsión explícita de preceptos procesales penales y, a tenor del reseñado art. 763 LECR, entre las posibles como genéricas previstas en la normativa procesal penal, están, desde luego, las medidas cautelares personales tradicionales de contenido consolidado a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial (detención, libertad provisional, prisión provisional) y las nuevas medidas de protección implantadas, entre las que no cabe olvidar que, siempre que concurren los debidos requisitos de estricta necesidad, idoneidad o adecuación y proporcionalidad, podrán adoptarse cualesquiera medidas expresamente previstas que afecten derechos fundamentales, relativas a la libertad ambulatoria, de circulación, de residencia, de aproximación, así como de comunicación, puesto que explícitamente lo autoriza el art. 13 LECR en relación con el art. 544 bis LECR y el art. 57 CP, ya que

---

<sup>438</sup> Así lo reconoce la Circular FGE 1/2006 en su pág. 90.

estos ilícitos penales –los delitos relativos a la propiedad intelectual- están incluidos en el Título XIII del Código Penal y, por tanto, se encuentran catalogados como delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Recordemos que el art. 13 LECR no autoriza la adopción de medidas cautelares de carácter personal que no estén previstas expresamente en la ley, pues al respecto rige el más estricto principio de legalidad.

También, de acuerdo con lo establecido en los arts. 334 y ss. de la LECR, el Juez Instructor podrá llevar a cabo la aprehensión, retención y depósito de todos aquellos objetos, instrumentos o efectos de cualquier clase (lo que incluye tanto a los productos u objetos sobre los que se haya materializado la violación del derecho de exclusiva como a los medios exclusivamente destinados a su producción) que puedan tener relación con el delito relativo a la propiedad intelectual, y se hallen en el lugar en que éste se cometió o en sus inmediaciones, o en poder del reo o en otra parte conocida<sup>439</sup>. Si bien esta previsión no articula propiamente una medida cautelar en sentido estricto, puede operar como tal en este tipo de delitos, pues, además de proporcionar elementos de convicción sobre los que fundar la prueba, no cabe duda que tiene virtualidad, al menos indirecta, para evitar la continuidad del delito y sus efectos y en tal medida tiene capacidad adicional para conllevar cierto grado de protección a los perjudicados frente a reiteraciones delictivas.

Finalmente, resultan de aplicación ordinaria en estos delitos las normas establecidas en el Título IX "De las fianzas y embargos" del Libro II de la LECR. Singularmente, el Juez Instructor, como medio de asegurar la responsabilidad civil (restitución, reparación de daños e indemnización de perjuicios) y demás responsabilidades pecuniarias (costas procesales y multa) que puedan declararse en el proceso penal, podrá adoptar como

---

<sup>439</sup> Esta medida es especialmente útil para actuaciones de las autoridades aduaneras llevadas a cabo en aplicación del *Reglamento (CE) núm. 3259/1994 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, por el que se establecen medidas dirigidas a prohibir el despacho a libre práctica, la exportación, la reexportación y la inclusión en un régimen de suspensión de las mercancías con usurpación de marcas y las mercancías piratas*, como medio de evitar la concesión del levante, y de garantizar la retención y depósito a disposición de la autoridad judicial, de aquellas mercancías (incluidos sus embalajes, signos de marca y los moldes o matrices destinados o adaptados específicamente a su fabricación) sospechosas de ser mercancías con usurpación de marca o piratas (en la forma en que son definidas en el apdo. 2.º del art. 1 de dicho Reglamento), que hubiesen sido retenidas en aduanas con motivo de los controles realizados por las mismas o como consecuencia de previas solicitudes de intervención formuladas por los titulares de los derechos con arreglo a las formalidades prescritas por el citado Reglamento, en el que se concede a aquellos un plazo de diez días laborables, prorrogables por otros diez como máximo, a partir de la notificación de la suspensión de la concesión del levante o de la retención, para comunicar a la aduana correspondiente la adopción de las oportunas medidas cautelares por la autoridad habilitada a tal efecto.

medida cautelar, en virtud de lo previsto en el art. 589 LECR la prestación de fianza bastante por la cantidad total fijada en el mismo (que, como es sabido, no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias), decretando en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no se presta la fianza en el día siguiente al de la notificación de dicho auto (art. 597 LECR). Recordemos que, conforme al art. 614 LCR en todo lo no previsto en este Título se aplicará lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas o embargos.

Sin embargo, al margen de todas estas posibilidades, comunes a una generalidad de delitos, lógicamente el interés debe centrarse en las medidas cautelares específicas en materia de propiedad intelectual.

Pasemos a referirnos a ellas.

### **III.3.2.- Medidas cautelares específicas.**

Con motivo de tratar el contenido del nuevo apartado 3 del art. 270.3 CP introducido por la reforma del Código Penal operada por L.O. 1/2015, ya se refirió que en determinados supuestos afectantes a los tipos penales básicos de los apartados 1 y 2 del art. 270 CP, concretamente en los de difusión exclusiva o preponderante de contenidos protegidos a través de un portal de acceso a internet o un servicio de la sociedad de la información, el Juez pueda acordar “cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”. Y con tal ocasión se valoró dicha previsión como la habilitación en la norma penal para aplicar en los procesos penales seguidos por los citados tipos básicos medidas cautelares específicamente previstas con tal calificación en la normativa extrapenal e incluso de medidas no calificadas *nominatim* como cautelares en sentido estricto, pero igualmente útiles para la “protección de los derechos de propiedad intelectual” contenidas en el art. 158 ter LPI como medidas de restablecimiento de la legalidad cuya relación de parentesco e identidad de propósito con las medidas definitivas previstas en el art. 270.3 CP (retirada de contenidos, interrupción de la prestación, bloqueo del acceso) era evidente.

Aunque se han anticipado criterios al respecto y con cierto detalle, la cuestión de la aplicabilidad general en los procesos penales seguidos por delitos contra la propiedad intelectual de las previsiones con contenido o utilidad cautelar que se encuentran en la normativa extrapenal merece un tratamiento más detenido. Con ello se pretende concretar respecto de toda modalidad típica, básica o agravada, de delito relativo a la propiedad intelectual cuál es la batería y contenido de los instrumentos cautelares disponibles en las causas criminales seguidas por los mismos.

Con ocasión de su examen, a mi juicio, es necesario prestar una particular atención a las posibilidades de intervención tuitiva existente en el campo de las nuevas tecnologías e internet.

Finalmente, la necesidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias y más concretamente la responsabilidad civil procedente requiere una referencia particularizada al peculiar régimen y alcance del resarcimiento exigible en este tipo de ilícitos.

### **III.3.2.1- Normativa específica: el art. 143 LPI.**

En materia de delitos relativos a la propiedad intelectual, la principal especialidad que concurre es que existe un precepto específico, el art. 143 LPI, que expresamente autoriza, como plus añadido, la adopción, en las causas criminales, de las medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y lo hace permitiendo su aplicación de forma compatible con las establecidas en la normativa procesal penal<sup>440</sup>.

#### III.3.2.1.a) Alcance y consecuencias.

La previsión contenida en el art. 143 LPI habilita directamente la adopción en el proceso penal de las medidas establecidas en el Título VI del Libro III LEC, integrado por los arts. 721 a 747 de dicho cuerpo legal y en especial del catálogo contemplado en

---

<sup>440</sup> Literalmente, este precepto -en la redacción vigente otorgada por la Disposición Final 2ª.3 LEC- establece: “*En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en los procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.*”

el art. 727 LEC<sup>441</sup>, que hay que destacar que no es exhaustivo, por cuanto las mismas podrán adoptarse “entre otras” y el artículo que le precede -el art. 726- contempla la posibilidad de acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, “cualquier actuación directa o indirecta que reúna las características previstas en el mismo”, esto es, ser “exclusivamente conducente a posibilitar la tutela judicial que pudiere otorgarse eventualmente en la sentencia con objeto de que no pueda verse impedida o dificultada durante la pendencia del proceso, y no ser sustituible por otra medida de igual eficacia y menos gravosa o perjudicial”. E incluso cabe la posibilidad de articular como tales “órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo pretendido en el proceso”, si bien todas ellas sometidas al régimen general proveniente del “carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación o alzamiento” propio de las medidas cautelares.

---

<sup>441</sup> Recordemos que este precepto establece lo siguiente: “Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

1ª El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiere recaer.

3ª El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

4ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

8ª La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9ª El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

En relación con los tradicionales requisitos de apariencia de buen derecho y peligro por la mora procesal, el art. 728 LEC concreta que se habrán de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del órgano jurisdiccional -sin prejuzgar el fondo del asunto- un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión del solicitante<sup>442</sup> (aunque en defecto de justificación documental, se podrá ofrecer por otros medios); y su adopción está condicionada a la justificación de que, de no adoptarse las medidas solicitadas en el caso en cuestión, podrían producirse, durante la pendencia del proceso, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria<sup>443</sup>.

En resumidas cuentas, la medida debe ser, además de proporcional, necesaria, en cuanto no deben existir otras medidas que, con igual o parecida eficacia, conduzcan a los mismos resultados con un menor impacto sobre los intereses de quien la sufre, e idónea, en cuanto adecuada para conseguir el fin perseguido.

El contenido del art. 727 LEC es de alcance general, pero dedica dos menciones específicas a medidas cautelares de protección de los intereses concretos presentes en esta clase de ilícitos. Son las establecidas en sus números 8ª (*la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual*) y 9ª (*el depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e*

---

<sup>442</sup> En el proceso penal, regido por el principio de oficialidad, el juez penal podría actuar de oficio o bien a instancia del Ministerio Fiscal o solicitud de los sujetos pasivos del delito o perjudicados por el mismo o quienes representen sus derechos, normalmente entidades de gestión colectiva.

<sup>443</sup> Añade el precepto que no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces. Asimismo establece la regla general de prestación de caución suficiente por el solicitante para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado, pero en casos de ejercicio de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados. Lógicamente, la prestación de caución en el procedimiento penal no sería aplicable si la solicitud la efectúa el Ministerio Fiscal.

*industrial, así como el depósito del material empleado para su producción*). Ello parece confirmar que no estaba ausente de la intención del legislador del momento compendiar en este precepto el elenco de medidas disponible en cualquier procedimiento civil, lo que estaría en consonancia con la orientación de “unificación regulativa” que acomete la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 8 de enero de 2000, en sus arts. 721 y ss., que, estableciendo un régimen unitario de alcance general, ha absorbido y condensado buena parte de las medidas previstas fragmentariamente en múltiples normativas especiales. Esta concesión a las singularidades de la propiedad intelectual, estaría en consonancia con la modificación de la redacción del art. 143 LPI por la propia Disposición Final 2ª.3 LEC, que parecería animada por una tesis de unificación normativa.

En principio, por ello, la primera cuestión que aparentemente puede suscitar la vigente redacción del art 143 LPI -introducida por la LEC- es si en el procedimiento penal pueden adoptarse las medidas cautelares de protección específica y urgente establecidas en el art. 141 de la Ley de Propiedad Intelectual, ya que con anterioridad a la Disposición Final 2ª.3 LEC 1/2000, la previsión habilitadora del art. 143 LPI para la aplicación de medidas civiles en las causas criminales venía directamente referida a “las medidas cautelares previstas en el artículo art. 141” de la propia LPI, indicando, además, que en su tramitación se observarían “las reglas del art. 142 en lo que fuera pertinente” ; mientras en la situación actual dicha referencia se establece respecto de las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Adicionalmente, en segundo lugar, cabe plantearse si la combinación entre el art. 143 LPI y las disposiciones sobre medidas cautelares que contiene la LEC y en especial las contempladas en sus arts. 726 a 728 posibilita la adopción en los procesos penales seguidos por delitos contra la propiedad intelectual de otras medidas que sirvan al propósito tuitivo de los derechos involucrados en esta clase de modalidades delictivas.

#### III.3.2.1.b).- Especial referencia a las medidas cautelares del art. 141 LPI.

La cuestión es si, dado el reenvío que la propia LPI hace en su art. 143 a la LEC, sin mencionar las previstas tan sólo dos preceptos antes, son aplicables las medidas del art.

141 LPI<sup>444</sup> en el proceso penal por delitos relativos a la propiedad intelectual, puesto que la sustitución de los términos originales del art. 143 LPI por la referencia a las medidas de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede hacer surgir la duda sobre si con ello se impide la entrada del art. 141 LPI por la vía de una interpretación estricta del art. 143 LPI.

Con ocasión de las consideraciones expuestas sobre el apartado 3 del art. 270 CP, ya se anticipó que, a mi juicio, concurre un buen número de argumentos en los que apoyar un criterio absolutamente favorable a la aplicación de las medidas del art. 141 LPI en los procesos penales. Recordémoslos, aun a riesgo de incurrir en cierta reiteración, por su utilidad para fundamentar y justificar la referencia posterior a la naturaleza y significado de cada una de las medidas.

- a) La incoherencia rayana en el absurdo de entender que cuando la infracción es de mayor intensidad -vulneración penal frente a la meramente civil- y, por tanto, también las necesidades de protección cautelar son más agudas -proceso penal versus proceso civil-, el catálogo de medidas disponibles fuera más restringido, lo que iría, además, en contra del espíritu de suma que encarna el art. 143 LPI.

---

<sup>444</sup> Recordemos de nuevo que el artículo 141 LPI, en su redacción vigente -resultado de las reformas introducidas tanto por la Ley 19/2006, de 5 de junio, como por la Ley 23/2006, de 23 de julio- establece que *“En caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos y, en especial:*

*1.- La intervención y depósito de 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, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a 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 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el art. 162.2.*

*5.- El embargo de equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el art. 25, 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, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.*



- b) El carácter abierto y no exhaustivo de los arts. 726 y 727 LEC a los que reenvía el art. 143 LPI permitiría, en el peor de los casos, “entre otras” la adopción de las modalidades de medidas del art. 141 LPI, o bien por la vía que propicia la previsión establecida en el núm. 11<sup>a</sup> del art. 727, que admite la adopción de *aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayese en juicio*; o bien por el cauce que proporciona el art. 726 que acoge cualquier actuación, directa o indirecta que resulte conducente a posibilitar la tutela judicial que pudiere otorgarse eventualmente en la sentencia con objeto de que no pueda verse impedida o dificultada durante la pendencia del proceso, y no sea sustituible por otra medida de igual eficacia y menos gravosa o perjudicial.
- c) Son las medidas cautelares previstas en el art. 141 LPI las específicamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que puede otorgar una eventual sentencia condenatoria en el ámbito de la responsabilidad civil con arreglo a los arts. 139 y 140 LPI, preceptos que son los determinantes de las consecuencias y efectos civiles que, conforme a la remisión expresa a la LPI efectúa el art. 272.1 CP, procede acordar en la sentencia penal. Así se desprende de la relación de identidad sustancial y de medio a fin existente entre las medidas cautelares del art. 141 LPI y las definitivas de los arts. 139 y 140 LPI.
- d) El contrasentido de sustraer de la esfera de protección penal las posibilidades que otorga la regulación jurídico privada más específica, precisamente cuando el sentido de la existencia y la orientación material del art. 143 LPI es ampliar el espectro de instrumentos tuitivos del proceso penal, sumando a ellos las medidas cautelares que pueden decretarse en el proceso civil; máxime teniendo en cuenta la pervivencia en éste, de las medidas del art. 141 tras la LEC<sup>445</sup>, y su modificación por las dos Leyes 19/2006, de 5 de junio, y 23/2006, de 23 de julio justamente orientadas a reforzar, ampliar, rejuvenecer, actualizar y perfeccionar

---

<sup>445</sup> Cuyo efecto derogatorio -ex. apartado 13º de la Disposición Derogatoria única de la LEC 1/2000- se extendió exclusivamente al art. 142 LPI dedicado al procedimiento de adopción, mas no al contenido de las medidas cautelares urgentes concedidas a los titulares de los derechos de propiedad intelectual en la LPI para la tutela de los mismos.

el sistema de medidas disponibles para la tutela de los titulares de derechos de propiedad intelectual frente a las infracciones de éstos.

- e) La acomodación de tales medidas, dentro de la batería de instrumentos tuitivos de los derechos concernidos en este tipo de delitos, sobre todo por su modernidad, a las características de la tipología infractora que los nuevos avances tecnológicos vienen favoreciendo tanto en el ámbito físico como en el entorno digital en la red de redes.
- f) En definitiva, la especial idoneidad y aptitud de las medidas específicas contempladas en el art. 141 LPI para atajar la continuidad de la infracción y la prolongación del perjuicio, así como para asegurar las resultas de una eventual sentencia de reconocimiento de la infracción delictiva; de lo que se infiere que siendo el interés preponderante que el quebranto del orden jurídico no continúe, se perpetúe o reitere, constituiría una sinrazón impedir su efectiva utilización.
- g) La admisión de la aplicación de las medidas del art. 141 LPI en el proceso penal, como fundamento práctico de autoridad, en la Circular FGE nº 1/2006, que apela al contenido del art. 143 LPI e incluso afirma su adopción bajo el principio de oficialidad que caracteriza el proceso penal público, instando a los fiscales a su promoción en las causas penales seguidas por este tipo de delitos<sup>446</sup>.

---

<sup>446</sup> En realidad la Circular reproduce el art. 143 LPI sin plantearse el problema del reenvío cruzado de ida y vuelta LPI-LEC-LPI, como se desprende de sus términos literales, que son los siguientes:

*“Por lo que se refiere a las medidas cautelares que pueden ser instadas por los titulares de derechos de propiedad intelectual, las mismas se establecen en el art. 141 LPI. Dichas medidas específicas, sin perjuicio de las que puede adoptar el juez de instrucción en el procedimiento por delito conforme a lo previsto en la LECrim, deberán ser también tenidas en cuenta, puesto que el art. 143 de la LPI dispone: “En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal”.*

*La adopción de tales medidas debe entenderse podrá ser acordada de oficio por el Juez de instrucción, o a petición del Ministerio Fiscal, sin que resulte presupuesto necesario la previa petición del titular del derecho infringido, dado que tras la reforma de la LO 15/2003, nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.”*

En el apartado destinado a las conclusiones, la Circular FGE 1/2006, vuelve a sostener que podrán ser tenidas en cuenta justo en el párrafo inmediato anterior a concretar, de nuevo, que *“Los Sres. y Sras. Fiscales deberán instar en el procedimiento penal las medidas cautelares que, de conformidad con las*

En resumidas cuentas, por las razones expuestas, ex. art. 143 LPI, tanto las medidas de los arts. 726 y 727 LEC como del art. 141 LPI, podrán acordarse conjuntamente con las medidas cautelares propias del proceso penal, conforme a las reglas, momentos procesales, procedimientos y principios que rigen en las causas criminales.

En todo caso, hay que tener bien presente que, en buena parte de los supuestos, las necesidades cautelares revestirán carácter urgente y recordar que el proceso penal se rige por el principio de oficialidad, y que si naturalmente las debidas medidas precautorias y aseguratorias pueden adoptarse a petición del agraviado o quien le represente, también pueden ser acordadas de oficio o a instancia del Ministerio Público, quien, con arreglo al art. 773 LECR -anterior 781- y 3º.5 de su Estatuto Orgánico, tiene asimismo la misión de *“Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan”*, obligación genérica que ha sido expresamente reconocida como vigente con especial intensidad para esta clase de delitos por la tan mencionada Circular 1/2006 como concreción de la genérica afirmación de que la *“perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento”*.

En virtud de la concurrencia de razones de urgencia o cuando la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar, la normativa civil -art. 733.2 LEC-, permite la adopción inaudita altera parte, justificando por separado la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que aconsejan acordarla sin oír al infractor, algo que se hubo de establecer con carácter general precisamente porque lo demandaba el compromiso adquirido internacionalmente a partir del art. 50.2 de los ADPIC, que dispone que *“Las autoridades judiciales estarán facultadas para adoptar medidas provisionales, cuando ello sea conveniente, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas”*; posibilidad cuya oportunidad y procedencia podrá valorarse, también con

---

*circunstancias concurrentes en cada caso sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que sirvan para garantizar las responsabilidades que resulten declaradas en sentencia”*

carácter excepcional en los supuestos que ello esté justificado (sobre todo en caso de decretarse el secreto sumarial), en el proceso penal regido por el principio de contradicción.

Despejada cualquier duda sobre la habilitación para la aplicación de las medidas del art. 141 LPI en las causas penales, es momento de pasar a comentar, si quiera brevemente, el contenido del elenco de medidas que posibilita este precepto, sin olvidar, hay que insistir una vez más, que también son aplicables las medidas del art. 727 LEC que puedan resultar de utilidad por sí mismas y solas o en adición a las contempladas en el art. 141 LPI, muchas de las cuales sustancialmente son una subespecie específica de aquéllas.

De cualquier modo es preciso tener en cuenta que el art. 141 LPI no diseña un catálogo cerrado de medidas. Su punto de partida es una fórmula abierta que habilita la adopción de *las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos* (de propiedad intelectual). Las medidas contenidas en sus numerales 1 a 6 constituyen modalidades específicas (“y en especial:” continúa el precepto antes de relacionarlas) que, por tanto, no excluyen otras posibles, lo que implica el seguimiento de la misma línea de admisión de medidas innominadas que trufa toda la ordenación civil de medidas tuitivas.

Sobre las medidas específicas explícitamente contempladas en el art. 141 LPI conviene hacer algunas observaciones puntuales.

1.- La intervención y depósito de 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.

La medida establecida en el nº 1 del art. 141 LPI permaneció sin cambios respecto de la redacción previa a las leyes de 2006 y es prácticamente coincidente con la prevista en la nº 8ª del art. 727 LEC, que se inspiró claramente en ella al ser establecida (de hecho fue traspasada por el legislador del 2000 a la norma general desde la especial). No plantea sino los problemas lógicamente derivados de la necesaria acreditación de la procedencia

de los ingresos -aspecto sobre el que incide la nueva regulación introducida sobre el decomiso ampliado por la reforma del Código Penal de 2015 aplicable en los delitos contra la propiedad intelectual- y, en su caso, de la remuneración procedente.

La disposición expresa del art. 272 LPI que somete la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores a regirse por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad lícita y a la indemnización de daños y perjuicios, implica -como ya se ha reiterado- una remisión directa, respectivamente y como punto de partida, a los arts. 139 y 140 LPI. Éstos preceptos sí fueron modificados por la Ley 19/2006 y concretamente el art. 140 fue notablemente ampliado, si bien sigue contemplando, dentro de la indemnización por daños y perjuicios, la opción para el perjudicado de elegir como tal la cantidad que como remuneración hubiera percibido, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Ello nos conduce a la necesidad instrumental de contar con periciales de dimensión económica precisa, cuestión, que junto con las necesarias periciales de extensión técnica, viene constituyendo uno de los principales problemas a resolver en la instrucción de este tipo de procesos, hasta el punto de que debe identificarse como uno de los principales caballos de batalla durante la tramitación de los procesos seguidos por delitos relativos a la propiedad intelectual.

Por lo general, la práctica de la prueba pericial es crucial en los delitos relativos a la Propiedad Intelectual, tanto en su dimensión científico-técnica como en su aspecto patrimonial. De hecho, en la mayoría de los casos, el contenido de la misma acredita, en su faceta técnica, la concurrencia de elementos del tipo esenciales en relación a los objetos materiales del delito, y determina, cuando su naturaleza es de índole valorativa o económica, aspectos tales como el importe de los daños y perjuicios ocasionados, el beneficio obtenido, la trascendencia económica del hecho, y, en consecuencia, la concurrencia de subtipos agravados y la fijación de la cuantía de la indemnización que ha de percibir el perjudicado.

Ello justifica que tanto quien ha de preparar el juicio oral como quien tiene que ejercer la acción penal presten desde el principio la atención que merece la pericia e insten lo procedente respecto la cualidad y condiciones de los peritos y el contenido y aspectos

sobre los que debe pronunciarse la pericial, asegurando las mejores circunstancias de preparación, imparcialidad y fiabilidad. En consecuencia, Juez y Fiscal deben preocuparse intensamente por cuidar este aspecto esencial.

En la práctica, los problemas suelen surgir por la sospecha en torno a la imparcialidad del perito. No es desconocido que en las materias de propiedad intelectual e industrial no abundan los candidatos a peritos que reúnan conocimientos científicos, técnicos o prácticos suficientes para la práctica de estas periciales a veces extraordinariamente complicadas. Las nuevas tecnologías de reproducción a todos los niveles, el mundo de la informática y los avances de la técnica dificultan estas labores y es un hecho que ni los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ni la Administración de Justicia disponen de cuerpos técnicos o escalas especializadas en este tipo de labores periciales. Así las cosas no es infrecuente que los peritos que intervienen en estas causas sean propuestos por los agraviados y tengan que asistir la labor de la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales. La inexistencia de mecanismos ágiles de remuneración de esta labor pericial tampoco ayuda para que la situación cambie. Ello hace aparecer reiteradamente a un reducido número de peritos en este tipo de procedimientos, a los que se suele tildar de vinculados con los perjudicados, especialmente con las entidades que expresamente desarrollan una más intensa actividad en la lucha contra la piratería en estas materias.

La propia Circular FGE 1/2006 se ha mostrado consciente del problema y tras afirmar que la perseguibilidad de oficio refuerza aún más la iniciativa del Ministerio Fiscal en la persecución de las conductas típicas y en el impulso de la tramitación del procedimiento, señala que *“Los Sres. y Sras. Fiscales deberán observar, por tanto, en esta clase de delitos, como en todos los delitos públicos, una posición activa y vigilante en relación con la aportación al procedimiento de las pruebas que sirvan para acreditar los hechos delictivos, procurando no caer en la peligrosa inercia de dejar la incorporación exclusiva de las pruebas a las partes implicadas en el proceso, en especial por lo que se refiere a las pruebas periciales sobre las obras o productos fraudulentos, lo que puede dar lugar a una ineficacia del procedimiento en cuanto a la sanción de las conductas delictivas, si se impugnan las pruebas de parte y no se llevan al acto del juicio oral otras pruebas periciales de carácter objetivo.”*

2.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a efectos de la LPI, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica.

En cuanto a la medida contemplada en el nº 2 del art. 141 (subespecie de la más genérica contemplada en el art. 727.7ª LEC dirigida a garantizar el cese de la actividad ilícita), fue ésta la única afectada por la Ley 19/2006, que tan sólo amplió el contenido de uno de los cuatro apartados originarios del precepto, concretamente este segundo, añadiendo al texto inicial (“2.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.”), el nuevo inciso: “...o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a efectos de esta ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica.”.

La ampliación tuvo por objeto, por un lado, recoger la cesación temporal de cualquier actividad lesiva de derechos de propiedad intelectual, amén de las ya expresamente previstas (reproducción, distribución y comunicación pública), completando el círculo y abarcando la interrupción provisional de cualquier clase de infracción a los derechos de propiedad intelectual con una cláusula de cierre que permite abarcar cualquier modalidad de explotación conocida o por conocer en el futuro a las que con una fórmula también abierta se refiere el art. 17 LPI y ahora -hay que añadir- el art. 270.1 CP en relación con el catálogo de comportamientos típicos; y, por otro y sobre todo, posibilitar la prohibición de actividades todavía no iniciadas para prevenir una infracción inminente, en consonancia con el derecho reconocido a los titulares de derechos de que las medidas cautelares se decreten tanto en caso de infracción como cuando exista temor racional y fundado de que la misma vaya a producirse de modo inminente. Lógicamente, en el caso de infracciones penales, no cabrá acudir a esta posibilidad sino en el curso de un procedimiento abierto por una infracción cometida, sin perjuicio de que puedan solicitarse para evitar continuidades o persistencias en relación con hechos inminentes de reiteración de los ya realizados por los que se siga el procedimiento penal.

La alteración del apartado 2 por la Ley 23/2006 es meramente anecdótica y sin trascendencia respecto de la otorgada sólo un mes antes, pues respetó íntegramente la redacción de la Ley 19/2006 con la única salvedad de sustituir “ley” por “Ley”, de mejor técnica en cuanto la armoniza con las otras referencias del texto legal.

La Ley 23/2006 acometió una reforma de este precepto de mayor calado, mediante la modificación de los apartados 3 y 4 y la adición de los actuales apartados 5 y 6, así como el párrafo in fine.

3.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.

La modificación relativa a los apartados 3 y 4 operada por la Ley 23/2006 obedeció a una división en dos del originario apartado 3 y una adición objetiva tendente a posibilitar el secuestro no sólo de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para la protección de programas de ordenador mencionados en el art. 102.c) LPI, sino también de los aparatos o dispositivos dedicados a la elusión de medidas tecnológicas de protección de cualquier obra intelectual o prestaciones protegidas a las que se refiere el art. 160 LPI.

En el actual nº 3 ha quedado la medida cautelar contemplada en el primer inciso del anterior: *el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.*

La incautación de estos materiales suele conllevar un problema práctico, pues constituyen a la vez un instrumento de compensación para la indemnización de daños y perjuicios y un elemento de convicción en cuanto producto e instrumentos del delito, cuya recogida conservación y depósito en virtud de los arts. 334 y 338 LECR plantea agudos problemas en caso de intervención de cantidades ingentes de ejemplares producidos y sobre el que normalmente deberá efectuarse a efectos de prueba una pericial técnica de carácter altamente relevante para acreditar en referencia al objeto material del delito la concurrencia de los elementos del tipo necesarios y una pericial



económica a efectos de apreciación, en su caso, de concurrencia de subtipo agravado y evaluación de la responsabilidad civil procedente.

La L.O. 15/2003 expresamente contempló este problema generado por la conservación y depósito de tales efectos e introdujo un nuevo párrafo cuarto en el entonces art. 338 LECR con objeto de posibilitar su destrucción previo examen pericial y con conservación de muestras suficientes.

Al respecto, la Circular 1/2006 indicó que *“esta previsión, sin duda viene motivada por la consideración de las dificultades para conservar y custodiar en condiciones adecuadas de integridad y seguridad la ingente cantidad de objetos fraudulentos que diariamente se intervienen por las fuerzas policiales en relación con la comisión de estos delitos. Los Sres. y Sras. Fiscales deberán impulsar la aplicación de los dispuesto en este precepto, una vez se haya practicado la pericial necesaria en relación con los efectos fraudulentos, y se haya cumplido el requisito del párrafo tercero del artículo 338, de haberse reflejado en la diligencia que se extienda o en la pericial practicada todos los datos relativos a la naturaleza, calidad o cantidad de los efectos que resulte necesario acreditar en el juicio oral. Cumplidos tales requisitos, los Sres. y Sras. Fiscales, en el supuesto de que no se hubiera solicitado o acordado con anterioridad, solicitaran en sus calificaciones, por medio de otrosí, la destrucción de los efectos intervenidos, sin perjuicio de dejar muestras suficientes.”*

En la actualidad dicha previsión se encuentra en el art. 367 ter.3 LECR. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, a mi juicio, debería tenerse en cuenta la doble naturaleza de tales efectos y, previamente, a ejecutar este mandato debe tomarse en consideración que, por expresa previsión del art. 139.3 LPI, el titular del derecho infringido puede pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y por reenvío del art. 272 CP, la sentencia penal puede, en consecuencia, conceder esta posibilidad. Todo ello aconseja asegurarse durante la tramitación de la causa penal de que el perjudicado no desea acogerse a este derecho que forma parte de su específico sistema de protección. En términos generales, no suele ser ésta una facultad ejercitada frecuentemente y lo cierto es que más bien son los titulares de los derechos los más interesados en la destrucción o

inutilización –a lo que tienen derecho con la limitación contemplada en el número 2 del art. 139 LPI, esto es, en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita-, máxime cuando la Administración de Justicia ha acudido a menudo a mantener el depósito de los efectos a su coste y responsabilidad, lo que les genera gastos que incrementan los perjuicios en un supuesto que podría calificarse de victimización secundaria provocado por el sistema.

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 art. 162.2 LPI.

Al apartado 4 del art. 141 LPI pasó el contenido básico del inciso final del originario nº 3, relativo a los instrumentos de supresión o neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para la protección de programas de ordenador, ampliando su elemento objetivo mediante la adición de la posibilidad de acordar también el secuestro de los dispositivos, productos y componentes destinados a la elusión de medidas tecnológicas de protección de obras o prestaciones protegidas y de los empleados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos.

Debemos recordar aquí que la L.O. 15/2003, a través de la modificación del párrafo 3º del art. 270 CP amplió el comportamiento típico del anterior párrafo tercero de dicho precepto y el objeto material de protección frente al mismo, incluyendo entre las conductas prohibidas la de importación –que añade a las ya previstas de fabricación, puesta en circulación y tenencia- y entre los objetos materiales todas las demás obras intelectuales del número 1 del art. 270 CP. Con ello, frente a la restrictiva redacción anterior que protegía sólo frente a los medios de supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador, se extendió la tutela penal al resto de las obras intelectuales (aunque pensando específicamente en videojuegos y otras obras audiovisuales, cuyas medidas tecnológicas de protección estaban siendo igualmente violadas con auxilio de este tipo de medios).

Temporalmente, pues, la protección penal concreta de tales medidas referidas a todas las obras intelectuales se adelantó a la protección civil específica.

La Ley 23/2006 expresamente quiso proteger eficazmente estas herramientas técnicas que los titulares de derechos de propiedad intelectual han venido ideando y desarrollando para impedir la realización de actos no autorizados sujetos a derechos exclusivos o que condicionan de alguna manera el acceso a los contenidos protegidos. Para ello, por su novedad y sustantividad, la Ley introdujo un nuevo Título V en el Libro III de la LPI, específicamente destinado a prever y sancionar los actos de elusión de medidas tecnológicas eficaces empleadas para la protección de las obras y prestaciones, así como de los actos de fabricación y comercialización de dispositivos y servicios de neutralización de dichas medidas. Esta nueva normativa debe convivir con la ya existente para programas de ordenador, sin afectar a las disposiciones específicas propias de éstos y no podrá invocarse en perjuicio de la protección dispensada a los programas.

Recuérdese que por *medida tecnológica*, el art. 160.3 LPI entiende *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 de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual*; considerándose eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, como, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección.

Conforme al art. 160.1 y 2 LPI las acciones de protección establecidas en los arts. 138 a 141 LPI, y, por tanto, las medidas cautelares que estamos contemplando pueden ser ejercitadas contra quienes eludan cualquier medida tecnológica eficaz, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo y 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 sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la referida finalidad de eludir la

protección; o tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección; o, finalmente, esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar dicha elusión.

De forma consecuente con la previsión novedosa que se introdujo dentro del art. 139.1.f) LPI en relación con cese de la actividad ilícita, permitiendo el decomiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los dispositivos, productos o componentes para la elusión de las medidas tecnológicas reseñadas; el art. 141 LPI incluye la referencia expresa al secuestro de estos aparatos como medida cautelar a dictar por la autoridad judicial.

Sobre esta situación ha incidido la reforma del CP por L.O. 1/2015 implantando dos nuevas modalidades típicas básicas en las letras c) y d) del apartado 5 del nuevo art. 270 CP, relativas a la elusión de las medidas tecnológicas de protección, tal y como se tuvo ocasión de analizar en su momento. La zona de confluencia con las medidas procedentes conforme a los arts. 334 y 367 ter.3 LECR es evidente.

La medida civil se extiende asimismo a los actos llevados a cabo para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el art. 162.2 LPI. Conforme a este precepto, se entiende por información para la gestión electrónica toda información facilitada por los titulares que identifique la obra o prestación protegida, al autor o cualquier otro derechohabiente, o que indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información, siempre y cuando estos elementos de información vayan asociados a un ejemplar de una obra o prestación protegida o aparezcan en conexión con su comunicación al público. Ello es acorde con la previsión paralela –ex art. 162.1 LPI- de utilización de las acciones y medidas de los arts. 138 a 141 también contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que, al hacerlo, inducen, permiten, facilitan o encubren la infracción de los derechos, lleven a cabo actos de supresión o alteración de toda información para la gestión electrónica de derechos, o procedan a la 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.

5.- El embargo de equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el art. 25 LPI, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

Esta modalidad fue configurada originariamente como un especialidad del embargo genérico contemplado en el art. 727.1ª LEC para el caso de no satisfacción o impago de la compensación equitativa establecida en el régimen anterior que fue suprimida mediante la Disposición Adicional 10ª del Real Decreto Ley 20/2011. Su pervivencia es anacrónica y carece de sentido a la vista de la confirmación del nuevo régimen de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado que se ha operado por la Ley 21/2014. La redacción del art. 141.5 LPI que -sorprendentemente por ello- se ha mantenido vigente y sin retocar por la Ley 21/2014, respondió en su momento a la ampliación objetiva, correlativa a la modificación que la propia Ley 23/2006 llevó a cabo en su día del régimen de copia privada y su objeto material, así como de la compensación -el denominado “canon”- que los fabricantes e importadores de equipos, aparatos y soportes materiales idóneos para reproducir obras protegidas debían pagar a los autores y demás titulares de derechos de propiedad intelectual. El por entonces nuevo art. 25 LPI contemplaba de forma diferenciada los equipos, aparatos y soportes materiales analógicos (apartado 5), por un lado, y los digitales (apartado 6), por otro, en atención a la distinta capacidad de afección de los derechos de los titulares que propiciaban; y, asimismo, explicitaba las exclusiones (apartado 7) entre las que figuraban los discos duros de ordenador; pero en cualquier caso, a efectos de esta medida debe destacarse que en aquel momento era aplicable cualquiera que fuese la naturaleza de los mismos y que, en cualquier caso, y como ya preveía el núm. 21 del art. 25 LPI, y se trasladó al art. 141.5 LPI, los efectos embargados quedaban *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, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

Esta medida constituyó en 2006 la principal innovación en el catálogo de medidas cautelares, habida cuenta de la ausencia de precedentes al respecto, y acompañó a una correlativa previsión, de igual contenido, en el marco del cese de la actividad ilícita (art. 139.1.h LPI).

Ciertamente, el art. 8 de la LSSICE había contemplado ya la posibilidad cautelar de adoptar las medidas necesarias para interrumpir la prestación o para retirar los datos vulneradores en caso de que un prestador de servicios de la sociedad de la información atentara o pudiera atentar contra determinados principios, entre los que figuran la investigación penal, así como la salvaguarda del orden público, la seguridad pública, la defensa nacional, la salud pública o de las personas públicas que tengan la condición de consumidores, el respeto de la dignidad humana, el principio de no discriminación, la protección de la juventud y de la infancia, etc...; pero no existía propiamente una previsión tan específica destinada a la protección de los derechos de propiedad intelectual y que reforzase tanto la tutela cautelar de tales derechos frente a las intensas y cuantiosas vulneraciones que propician las nuevas tecnologías de la era digital y de la sociedad de la información, particularmente a través de las posibilidades que ofrece el uso de internet.

La intensa relevancia que el propio legislador otorga a esta previsión proviene de la precisión contenida en el apartado tercero del art. 138, en el que se establece que tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el art. 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el artículo 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE.

Dichas medidas, explicita el mismo párrafo 3º del art. 138 LPI –casi innecesariamente y reproduciendo los términos del apartado 3 del reseñado art. 8 LSSICE-, habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias; lo que no debe sino entenderse como un refuerzo de que las mismas sólo podrán ser adoptadas cuando concurren los tradicionales requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

En lo que más interesa destacar, lo importante es que, por primera vez, se posibilitó solicitar y adoptar medidas cautelares contra los intermediarios a cuyos servicios recurren terceros para infringir derechos de propiedad intelectual, sin exigir que el intermediario sea también infractor, lo que implica de facto un mayor nivel de exigencia y un refuerzo de la responsabilidad de éstos, posibilitando protección frente a determinados comportamientos facilitadores o favorecedores, más o menos conscientes, de las infracciones en el entorno de internet.

A efectos civiles y penales, en la praxis se había venido presentando la dificultad de actuación cautelar contra páginas web y prestadores de servicios de intermediación. Si bien éstos están sometidos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico y al régimen específico establecido en los arts. 13 a 17 LSSICE en los supuestos en los que actúan como intermediarios de la transmisión de información, el almacenamiento de datos o facilitan enlaces a contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, lo cierto es que cuando están exentos de ella o cuando no existe acreditación suficiente de la misma, era extraordinariamente complicada la adopción de medidas cautelares eficaces para evitar la continuidad de la infracción sistemática de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual que se produce valiéndose de sus servicios de intermediación. Con la previsión establecida en el art. 141.6 en combinación con la del 138.3, ambos LPI, pasó a ser posible decretar la suspensión de los servicios prestados por los intermediarios a terceros que se valieran de tales servicios para infringir derechos de propiedad intelectual, sin que sea necesario que los actos de éstos sean constitutivos de infracción.

En consecuencia, incluso aunque una causa no se dirija como sujetos activos del delito contra los responsables de una web, sería posible en principio adoptar esta medida cautelar si los terceros se valen de la misma para infringir los derechos. En tales casos el

problema se desplaza a la delimitación como ilícitas de las conductas de los terceros, porque lógicamente esta medida cautelar no será posible si la conducta del tercero es lícita.

Hay que dejar constancia que la Circular FGE 1/2006 se erigió desde su aparición en un serio obstáculo a la operatividad de esta medida cautelar por su enorme potencial de neutralización del sentido de la misma en cualquier nivel de aplicación, ya sea civil o penal, con el consecuente desarme de la previsión de mayor impacto en el ámbito de las infracciones cometidas en o a través de internet.

Recuérdese que -como ya se ha subrayado- la Circular 1/2006 literalmente afirmó que *“Respecto del usuario que baja o se descarga de la Red una obra y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra<sup>447</sup> que no puede ser considerado como conducta penalmente típica”*.

La relevancia de tal aserto es evidente porque la copia privada, como ya se destacó desde la primera referencia al ámbito de tutela civil y administrativa, es un límite a los derechos de propiedad intelectual que implica un ejercicio acorde a ley de determinadas facultades patrimoniales de los titulares, y, por ello se trata de una actividad completamente lícita, civil, administrativa y penalmente. En consecuencia, con arreglo a tal condición, impide en aquellos casos la medida del núm. 6 del art. 141 LPI si se estima que los terceros no se valen del servicio intermediario para infringir derechos sino para hacer uso autorizado dentro del límite legal.

De hecho, como ya se puso de relieve en su momento, la afirmación de la Circular de que la descarga de Internet de una obra comunicada ilícitamente por otro es copia privada y, por tanto, una acción lícita no sólo penalmente -como dice expresamente- sino civilmente (pues toda copia privada excluye el ilícito civil ya que es delimitante material de las facultades de exclusión del titular del derecho de reproducción), ha venido siendo muy utilizada en las causas criminales por los intermediarios que facilitan enlaces para alegar en su defensa que tan sólo indican cómo hacer copias privadas a los

---

<sup>447</sup> Subrayado propio.



ciudadanos, ayudándoles a realizar algo a lo que tienen derecho y por lo que satisfacían el canon regulado en el art. 25 de la LPI<sup>448</sup>; e incluso se ha pretendido esgrimir, desde posiciones de defensa de responsables de una web cuestionada, que tener alojados los archivos de obras audiovisuales (a partir de los cuales generar su intercambio, o no) es también legítimo pues “todos podemos tener en nuestros ordenadores los archivos de obras audiovisuales que tengamos por conveniente en el ejercicio de la figura de la copia privada”.

En tal sentido, la comentada aseveración de la Circular 1/2006, se convirtió en un recurso argumentativo usado -y abusado- en toda clase de procedimientos judiciales para eludir la posibilidad de adopción de la medida cautelar del art. 141.6 en relación con el art. 138.3 LPI.

Por la trascendencia de cara a la neutralización del sistema de tutela en internet a los contenidos protegidos, por su uso judicial extendido en la jurisdicción penal y por la pervivencia de este criterio en los documentos de autoridad de la Fiscalía General del Estado, que aún no ha rectificado oficialmente -como debiera- su postura, conviene subrayar especialmente el escaso rigor técnico que en este concreto aspecto revela, en mi opinión, la Circular sobre la regulación jurídico privada nacional, supranacional e internacional en materia de propiedad intelectual.

Con ocasión de la referencia al comportamiento típico de la reproducción ya se hizo un *excursus* por la situación regulativa contemporánea a la aparición de la Circular poniendo de relieve hasta qué punto la regulación histórica internacional (art. 9 del Convenio de Berna y 13 de los ADPIC), supranacional (art. 5 de la Directiva 2001/29/CE) y nacional (art. 31.2 LPI antes y después de su modificación por la Ley 23/2006, y art. 40 bis LPI<sup>449</sup>) revelaba que el criterio de esta Circular era desacertado.

---

<sup>448</sup> Sobre el denominado “canon” y el sistema derogado por el Real Decreto Ley 20/2011, había mucha confusión en la ciudadanía y algunos operadores jurídicos que sostenían su carácter de suerte de compensación por la piratería. Con carencias técnicas o quizá de modo interesado se pretendía desconocer que el abono de canon no legitima las acciones que en sí mismas consideradas constituyen de por sí una infracción de derechos.

<sup>449</sup> En regulación acorde con el esquema clásico del Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los ADPIC y la Directiva 2001/29/CE.

En España la copia privada ya estaba configurada legalmente como “límite” y para que exceptuase o limitase el derecho exclusivo de reproducción autorizada del titular del derecho de propiedad intelectual, se requería:

- 1.- Que se efectuase respecto de una obra ya divulgada.
- 2.- Que el copista hubiese accedido legalmente a la obra.
- 3.- Que la copia obtenida no fuera objeto de utilización colectiva o lucrativa.
- 4.- Que diese lugar a una compensación equitativa.

Atendiendo los criterios hermenéuticos procedentes conforme a la “regla de los tres pasos” vigente en la normativa internacional, comunitaria y nacional, para valorar si concurría licitud en la copia, debía realizarse una interpretación restrictiva, asegurándose que no entraba en conflicto con la explotación normal de la obra ni perjudicaba injustificadamente los intereses legítimos de los titulares del derecho (arts. 40 bis LPI, 5.5 Directiva 2001/29/CE., 9.2 Convenio de Berna y 13 ADPIC).

Y con estas condiciones no podía compartirse la afirmación de la Circular de la FGE 1/2006 que quien se baja o descarga de Internet una obra comunicada ilícitamente –sin autorización- por otro, realiza una copia privada, pues entender que esta acción es posible que se pueda ejercer respecto de obras comunicadas ilícitamente resulta contrario a la naturaleza de este instituto en la configuración legal que le otorgaba nuestro ordenamiento jurídico; puesto que no puede existir derecho de copia privada más que de las obras lícitamente divulgadas a las que el copista tiene un acceso legal.

Para empezar, la afirmación de la Circular por exenta de matices parece ciertamente desajustada. En no pocas ocasiones, la descarga se realiza incluso respecto de obras de los que no cabría hablar tampoco de copia privada porque ni siquiera su reproducción y distribución comercial se ha hecho efectiva por el titular de los derechos (por ejemplo, discos no editados, obras no divulgadas, películas no estrenadas, ni autorizadas para uso doméstico).

Por demás, resulta un contrasentido reconocer a quien se beneficia de un acto ilegal<sup>450</sup> poder realizar una copia para uso privado cuando el que paga por un uso legal puede no disponer totalmente de cualquier facultad como se deduce de la admisión de la incorporación a las obra y prestaciones de medidas tecnológicas de protección eficaces.

Por decirlo de forma contundente y gráfica, no cabe copia privada de obras o ejemplares ilícitos. Por definición, en consecuencia, sólo cabía la reproducción (copia) para uso privado, respecto de obras ya divulgadas a las que se hubiera accedido legalmente, circunstancia que no concurre cuando se efectúa respecto de una obra que ha sido distribuida o comunicada públicamente sin autorización en internet y por ello constituye un producto ilícito (ex. art. 20.2.i LPI y como reconoce la propia Circular al referirse como ilícita a la colocación no autorizada en la red de obras protegidas) al que propiamente no cabe acceder legalmente.

La Circular no trató ni justificó ni se planteó una reflexión sobre si puede hablarse de acceso legal (y por tanto reproducción legal) aún en el caso de que el copista copie un producto ilícito, por ejemplo defendiendo que aunque el producto haya sido producido ilícitamente si se accede a una copia del mismo que está colgada y por más que la oferta sea ilegal, el acceso no podría decirse que sea ilegal, o cuando la copia fuese obtenida de otro copista. En cualquier caso, no parecía entonces defendible esta posición, pues la naturaleza del instituto y la interpretación teleológica de los preceptos implicados siempre ha apuntado en la dirección de que toda la cadena de acceso ha de ser legítima, pues lo contrario implicaría entender que caben reproducciones lícitas de reproducciones ilícitas.

Además, a ello se opondrían los restantes requisitos de la copia privada, pues; en primer lugar, se tratarían, cuanto menos, de copias de utilización colectiva (aunque no llegasen a lucrativa, lo cual es discutible).

---

<sup>450</sup> El origen o carácter ilegal de la obra reproducida no es inocuo al ordenamiento jurídico. Baste recordar que, por más que no se trate de defender su aplicación en este campo, algunas conductas entrarían en la dicción del delito de receptación del art. 298 C.P.(el que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socio-económico (y el delito de propiedad intelectual lo es siempre cualquiera que sea el valor del objeto del delito), en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice...reciba los efectos). De hecho, la jurisprudencia comparada conoce casos de condenas a usuarios de P2P condenados por delito de propiedad intelectual, por la descarga y puesta a disposición de obras protegidas, y por delito de receptación (Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Châteauroux (Francia), de 15 de diciembre de 2004.

En el caso de las descargas peer to peer, la puesta a disposición es ilegal, como hemos visto. Si se comparten archivos “peer to peer” tampoco se cumpliría el requisito de que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva (ya que se basa en el trueque o intercambio de archivos en la medida en que los propios archivos se ponen a disposición de los demás y se comparten -normalmente desde uno o más discos duros- y todos se benefician de esta puesta en común), por más que pudiera entonces discutirse si resulta o no lucrativa a la vista de los visos de permuta que pueden observarse en estos casos, o que existiendo “contraprestación” no entraría dentro del concepto de “lucro comercial” al que la Circular decidió restringir el concepto típico de ánimo de lucro presente en el art. 270 CP entonces vigente, obviando el generalmente utilizado en los delitos patrimoniales -de los que éstos formaban y siguen formando parte- equivalente, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, a la “obtención de cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente”.

En segundo lugar, las copias referidas no dan derecho a compensación equitativa, y a tal efecto, debemos recordar que no puede haber copia privada sin compensación equitativa (ex. art. 5.2.b Directiva 2001/29/CE y 31.2 LPI) y que las copias por descarga directa de la red y en intercambio de archivos P2P se alojan ordinariamente (aunque es cierto que no necesariamente la magnitud de los archivos así lo viene requiriendo) en los discos duros ya sean internos o externos -lo que puede acreditarse por la pericial-, los cuales por expresa disposición del por entonces vigente art. 25.7, apartado b) LPI estaban exceptuados del canon de compensación equitativa por copia privada.

En tercer lugar, una interpretación en tal sentido, como toda la sostenida por la Circular, sería contraria al art. 40 bis LPI, 5.5 Directiva 2001/29/CE., 9.2 Convenio de Berna y 13 ADPIC, pues es evidente que la actividad que se dice copia privada entra en conflicto con la explotación normal de la obra (por ejemplo, en el caso de las películas divulgadas, “revienta” el ciclo de sucesivas etapas de explotación en salas cinematográficas, venta en CD y alquiler en video-clubs) y perjudica los intereses legítimos de los titulares.

Si esto ya era así en el pasado, la nueva regulación procedente de la Ley 21/2014 clarifica aún más la cuestión, pues -como ya se reflejó en el capítulo dedicado al ámbito de tutela civil y se reiteró al tratar el comportamiento típico de reproducción- establece, respecto de las obras ya divulgadas, que no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, cuando concurren simultáneamente las tres circunstancias de que

- a) se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales;
- b) la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita; y
- c) la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio.

Y se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil; y cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

Con arreglo a estos parámetros las descargas y el intercambio de archivos de contenidos protegidos, de obras difundidas ilegalmente son actividades ilícitas, cuanto menos civilmente, lo que habilita la entrada en juego de la disposición cautelar reseñada y hay que recordar también de la medida correlativa contemplada en el art. 139.1.h LPI.

### **III.3.2.2.- La adopción de otras medidas de protección provisoria.**

La segunda cuestión que cabe someter a examen es si la combinación entre el art. 143 LPI y las disposiciones sobre medidas cautelares que contiene la LEC y en especial las contempladas en sus arts. 726 a 728 posibilita la adopción en los procesos penales seguidos por delitos contra la propiedad intelectual de otras medidas que sirvan al propósito tuitivo provisional de los derechos involucrados en esta clase de modalidades delictivas, en clave de suma en la batería de instrumentos cautelares y por tanto adicionales y distintas a las ya admitidas en los razonamientos precedentes.

Siendo evidente la aplicación en las causas criminales de las medidas cautelares contempladas en la LEC, y estando ya justificada la adopción en los procesos penales de las medidas de protección urgente cautelar del art. 141 LPI, la hipótesis a examinar podría concretarse en las medidas administrativas que la propia LPI contempla en el marco del art. 158 ter. Al fin y al cabo la razón de ser de su establecimiento estuvo anudada a la falta de adopción de medidas cautelares en los procesos judiciales y la insatisfacción en los resultados que demandaban los compromisos adquiridos a nivel internacional. E igualmente su potencial como instrumento de protección de los derechos de propiedad intelectual sobre todo en el ámbito de la prestación de servicios de la sociedad de la información, donde aquellos aparecen como más vulnerables, es del todo punto indudable.

El planteamiento puede efectuarse de modo incluso autónomo a la previsión contenida en el párrafo primero del apartado 3 del art. 270 CP que autoriza cualquier medida cautelar en los concretos casos que contempla en su inciso segundo, pero básicamente cabe reiterar los razonamientos que con ocasión del comentario a dicho precepto se efectuaron entonces.

La cuestión ha de responderse favorablemente dados los términos en los que se concreta la remisión del art. 143 LPI a la LEC y el contenido de los preceptos que constituyen el referente remisorio, si se dan los requisitos comunes de orientación conducente a posibilitar la efectividad de la tutela judicial a otorgar en una eventual sentencia que aprecie la infracción e imposibilidad de sustitución por otra medida de igual eficacia,

pero menos gravosa o perjudicial para el sometido al proceso. Las razones que apoyarían esta posición están en la propia dicción y en el espíritu que anima el sistema de protección cautelar concretado en la normativa extrapenal base contenida en los arts. 726 a 728 LEC, esencialmente por tres motivos:

- El art. 726.1 LEC permite que se acuerde como medida cautelar “cualquier actuación, directa o indirecta” que presente las características reseñadas de idónea, instrumental, indispensable y proporcional.
- La relación del art. 727 LEC es meramente ejemplificativa y abierta. Las que menciona este precepto podrán acordarse “entre otras”.
- La medida 11ª del art. 727 LEC con la fórmula “aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes”, o que “se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia”, permite una apertura de extenso alcance a medidas de protección expresamente previstas en las leyes aunque no se las califique de cautelares con tal de que sean acordadas bajo los presupuestos procedentes para éstas, resulten útiles y aptas para el propósito de protección y se adopten en condiciones de necesidad, instrumentalidad, provisionalidad y variabilidad.

Por consiguiente, como medidas expresamente previstas en las leyes o como medidas atípicas que entrarían en el poder cautelar del juez en sentido amplio serán aplicables en todo proceso penal por este tipo de delitos las contempladas por la LPI como medidas administrativas de restablecimiento de la legalidad en su art. 158 ter; y ello con la extensión y colaboración que dicho precepto prevé, siempre -por supuesto- que presenten idoneidad y aptitud para el fin cautelar que concretamente demanden las circunstancias del hecho generador de la causa criminal y se adopten con carácter puramente temporal, provisional, condicional y susceptible de modificación y alzamiento (ex. art. 726.2 LEC) y sobre la base de la concurrencia de los presupuestos clásicos que habilitan la adopción de cualquier medida cautelar (aparición de buen derecho y peligro en la demora).

Aunque la LPI no las califique como medidas “cautelares” ni las prevea como tal, sino como resultado definitivo del procedimiento que establece para restablecer la legalidad, su evidente potencial para servir de medio o instrumento de “protección de los derechos de propiedad intelectual” durante la tramitación del proceso penal y su capacidad de adquirir la condición de “actuación” con las características que preconiza el art. 726.1 LEC, posibilita que el juez penal las adopte dotándolas del tal carácter con notas de provisionalidad y variabilidad, por cuanto resultan particularmente idóneas para impedir la pervivencia de la acción constitutiva de delito y la persistencia o reanudación de sus efectos. Ello no excede la amplia habilitación legal que contiene el art. 270.3 CP en combinación con los arts. 143 LPI y 727.11<sup>a</sup> LEC (“*como medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia*”) y que otorga al juez una extensa potestad para emplear todo recurso que sirva a dicho propósito. Debe recordarse que aquéllas son medidas de restauración del orden jurídico perturbado y siendo el interés preponderante en toda medida cautelar - como ya se ha dicho- que el quebranto del orden jurídico producido por un delito no continúe, se perpetúe o reitere, constituiría una sinrazón -también en relación con ellas- impedir su efectiva utilización.

Por consiguiente, como se anticipó en relación con motivo del comentario al art. 270.3 CP, el Juez penal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o una parte, en su acción de tutela cautelar, podrá:

- 1.- adoptar medidas provisionales de retirada de contenidos e interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o de retirada de los contenidos vulneradores de tales derechos.
- 2.- determinar que tales medidas comprendan medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma.
- 3.- extender las medidas de retirada o interrupción a otras obras o prestaciones protegidas suficientemente identificadas cuyos derechos representen las personas que participen como interesadas en el procedimiento, que correspondan a un mismo titular de derechos o que formen parte de un mismo tipo de obras o



prestaciones, siempre que concurren hechos o circunstancias que revelen que las citadas obras o prestaciones son igualmente ofrecidas ilícitamente.

4.- requerir, a efectos de garantizar la efectividad de la resolución dictada, la colaboración necesaria de los prestadores de servicios de intermediación, de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor<sup>451</sup>.

5.- valorar, en la adopción de las medidas de colaboración, la posible efectividad de aquellas dirigidas a bloquear la financiación del prestador de servicios de la sociedad de la información declarado infractor.

### **III.3.3.3.- Aseguramiento de la responsabilidad civil.**

Es también necesario garantizar que durante la tramitación de la causa criminal y especialmente en la fase de instrucción de estos ilícitos se adopten decisiones y se disponga de un material adecuado para el aseguramiento de las consecuencias civiles, que en los delitos contra la propiedad intelectual no se limitan a la fijación de la indemnización procedente por daños y perjuicios debida al titular de los derechos de infringidos sino también a medidas específicas de cese e impedimento de reanudación de la actividad ilícita que da motivo de la causa criminal.

Es ésta una cuestión sobre cuya importancia no es necesario insistir. Ya se decía con ocasión de la referencia a las normas rectoras de la extensión de la responsabilidad civil que en la reparación o restitución del orden jurídico perturbado está inserta la cuestión de la satisfacción de la responsabilidad civil. Por ello, el art. 299 LECR, al perfilar el contenido y la finalidad del sumario, alude a las actuaciones encaminadas a preparar el juicio *“asegurando...las responsabilidades pecuniarias”*, en consonancia con la singularidad propia del proceso penal español de ejercicio simultáneo y conjunto de las acciones penal y civil.

---

<sup>451</sup> De haberse requerido, la falta de colaboración por los prestadores de servicios de intermediación, los servicios de pagos electrónicos o de publicidad, podrá considerarse como desobediencia a la autoridad judicial. Recordemos que la misma conducta cometida respecto de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual está considerada como infracción de lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Consciente de estas necesidades, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado num.1/92 insiste -en palabras que igualmente podrían referirse a la labor de cualquier otro responsable de la instrucción de la causa- en que *“la protección de la víctima no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un alarde burocrático carente de sentido. Es necesario llamar la atención de los Fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso del que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico social de la víctima... Por ello, los Fiscales deberán instar, en todo caso, la formación de la pieza de responsabilidad civil, si el juez no lo hiciera de oficio como la ley ordena. Asimismo deberán instar y vigilar su pronta conclusión...”*

En el concreto ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual, ya se ha significado que el art. 272 CP ordena la aplicación de la normativa de la Ley de Propiedad Intelectual patentizando extremadamente la dependencia conceptual respecto de la normativa extrapenal.

No es necesario ni oportuno reiterar las observaciones efectuadas con ocasión del examen de la problemática que ello suscita en las causas penales, pero sí debe subrayarse la necesidad de adoptar durante la tramitación de los procesos penales seguidos por delitos contra la propiedad intelectual todas las medidas específicas de aseguramiento de la futura satisfacción de la responsabilidad civil en la extensión singular que establece el art. 272.1 CP.

Ello incluye, por un lado, las medidas de los arts. 727 LEC y especialmente las del art. 141 LPI, ya referidas como propias de la legislación jurídico-privada, por cuanto resultan especialmente idóneas a tal fin por presentar en buena parte de ellas un paralelismo sustancial con las aplicables definitivamente en sentencia del art. 139 LPI para el cese de la actividad ilícita; y, por otro, asimismo, la adopción de medidas tendentes a asegurar la satisfacción de la indemnización por daños y perjuicios, y especialmente de las previstas en la legislación especial de remisión, como el embargo preventivo de bienes y la

intervención y depósito de ingresos obtenidos o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades procedentes en concepto de remuneración, en combinación con las medidas comunes que para todos los delitos se establecen en el Título IX "De las fianzas y embargos" del Libro II de la LECR, singularmente y conforme a los arts. 589 y 597 LECR, la prestación de fianza bastante por la cantidad que se estime procedente que no podrá bajar de la tercera parte más de todo el importe probable de las responsabilidades pecuniarias, decretando el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no se presta la fianza, medidas ambas que podrán ampliarse o reducirse durante la tramitación en función de si sobrevienen motivos bastantes para creer que las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan exigirse excederán o no alcanzarán la cantidad prefijada para asegurarlas, con aplicación de lo no previsto en la LECR de lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas o embargos (ex. art. 614 LECR).

Lógicamente el aseguramiento de la satisfacción de la correspondiente indemnización debería ir asentada en la práctica de diligencias sumariales de determinación de su montante teniendo muy en cuenta lo dispuesto en el art. 140 LPI y la doble opción que contempla, debiendo todo ello ser objeto de una atención particularizada en la instrucción del proceso, cuestión relacionada en este tipo de delitos con la necesidad de periciales cualificadas, objetivas e imparciales<sup>452</sup> que aborden el cálculo de los montantes

---

<sup>452</sup> No puede desconocerse la existencia en muchos órganos de enjuiciamiento de una indisimulada desconfianza en la independencia de los peritos, a los que, más o menos abiertamente, se les atribuye cierta vinculación o relación con los sujetos pasivos (SAP de Jaén de 3 de junio de 1997). No es posible obviar que en la mayoría de las ocasiones, dichos peritos son propuestos por los perjudicados para cubrir carencias de nuestra Administración de Justicia, especialmente ante el desconocimiento de los propios órganos jurisdiccionales sobre la cualificación e, incluso, identidad de profesionales -con conocimientos técnicos y económicos suficientes en las complejas materias que suscitan- que puedan llevar a cabo la tarea pericial, tanto puramente técnica como de evaluación económica del perjuicio, que suscite el concreto supuesto de hecho. Históricamente no ha resultado tampoco infrecuente encontrar resoluciones que, conscientes de estas carencias, dan por buenas estas periciales al no ser rebatidas, a través de otra contradictoria, por las defensas de los acusados (SAP -Sección Sexta- de Madrid de 22 de febrero de 1994). También es cierto que nuestro ordenamiento prevé un régimen de pericia que, lógicamente, no está ayuno de sistemas o mecanismos de prevención, control y reacción contra pruebas periciales indebidas. El régimen de responsabilidad del perito está determinado con precisión y firmeza. Como consecuencia de su deber de desempeñar bien y fielmente sus operaciones, los peritos pueden incurrir en responsabilidad civil, penal y disciplinaria, y el sistema debe reclamarla con determinación en caso de detectarse cualquier anomalía. La penal está prevista en los arts. 459 y 460 del Código Penal que contemplan los supuestos en los que maliciosamente el perito falte a la verdad en su dictamen o la altere con reticencias o inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes y se dilucida en el correspondiente proceso penal. Las sanciones penales son de prisión de hasta 4 años y seis meses, multa e inhabilitación especial de empleo, cargo público, profesión u oficio en el primer caso y de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo, cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a tres años. Finalmente, el control de las operaciones de peritaje está sometido a las reglas de la contradicción por las partes

resultantes de las dos posibilidades contempladas en aquél precepto, pues, en el procedimiento penal, puede que la opción no se ejerza definitivamente en pleno juicio hasta el momento mismo del trámite de conclusiones definitivas.

---

intervinientes en el proceso y a la libre apreciación del Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica sin obligación a sujetarse al dictamen de los peritos. Cualquier decisión al respecto debe ser motivada.

#### **IV.- CONCLUSIONES.**

A la vista de todo lo anteriormente expuesto y como resultado de las observaciones efectuadas a lo largo del presente estudio, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

1ª).- La moderna configuración de los delitos relativos a la propiedad intelectual que arranca de la reforma de 1987 mantiene, incluso tras la reforma de 2015, un modelo de definición del alcance típico de carácter remisorio externo y dinámico, por lo que permanece, como característica sustancial del ilícito penal, la extrema dependencia conceptual de la normativa extrapenal.

La integración, interpretación y aplicación de los tipos penales ha de hacerse recurriendo constantemente a la regulación jurídico-privada o, en su caso, administrativa. Sin acudir a ésta, resulta imposible saber en el ámbito penal qué se protege, a quiénes se protege, frente a qué se protege y cómo se protege.

En definitiva, la normativa extrapenal predetermina en gran medida la significación del núcleo de los comportamientos típicos expresados en la norma penal y, en general, las posibilidades de intervención y tutela penal.

Éste es el mayor condicionante técnico-jurídico de la intervención penal y es en este punto dónde, según la experiencia aplicativa, se ubican gran parte de los problemas interpretativos que suscitan los preceptos penales. Ello genera una dificultad específica en la tarea de los operadores jurídicos en la medida en que se ven obligados a acudir a la compleja regulación jurídico-privada y administrativa de los derechos de propiedad intelectual, constante y dinámicamente afectada por la normativa comunitaria y la asunción de compromisos internacionales.

Y no sólo la legislación nacional sino también el marco supranacional e internacional resultan determinantes. De hecho, la legislación nacional no puede entenderse sin la evolución del marco institucional y normativo internacional y supranacional. No son pocas las ocasiones en que determinados elementos normativos de los tipos penales obligan a recurrir a instrumentos internacionales y fuentes regulativas comunitarias para desentrañar y afinar el alcance de normas nacionales que contienen o trasplantan definiciones, conceptos e instituciones procedentes de aquellas. Los cambios

normativos extrapenales en todos estos niveles redefinen, readaptan o transforman el significado de dichos elementos. Incluso las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación que ofrezcan al resolver cuestiones prejudiciales que les sean elevadas resultan determinantes y condicionan la exégesis nacional. Cabe comprobar, por ejemplo, cómo la regulación internacional y supranacional sirve para calificar las conductas enjuiciadas en la jurisdicción penal como autorizadas o no en virtud de la extensión de límites o excepciones a los derechos de explotación, o cómo decisiones del TJUE -como máximo intérprete del Derecho de la UE- determinan el alcance del concepto de comunicación pública en supuestos controvertidos como el de la actividad de enlazar en internet a contenidos protegidos, y ello precisamente porque nuestra regulación nacional en el art. 20.2.i LPI es traslación de una regulación europea, el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE, a su vez procedente del art. 8 del Tratado OMPI sobre derechos de autor en internet.

2ª).- La dependencia conceptual erige a la normativa extrapenal en el referente esencial para la determinación, alcance y significado de los contornos de la intervención penal, pero trae como consecuencia asociada una particular dificultad de distinción entre el ilícito penal y el ilícito civil o administrativo.

Sin embargo, el deslinde es absolutamente necesario. El Derecho Penal es un derecho subsidiario, fragmentario y basado en el principio de intervención mínima. La protección penal de la propiedad intelectual no puede ser, por ello, absolutamente equivalente a la tutela civil o administrativa. De hecho no lo es, pero los puntos de coincidencia y las zonas de confluencia entre los distintos ámbitos de tutela son evidentes y es necesario efectuar un esfuerzo interpretativo constante para delimitar los confines de las correspondientes esferas de protección.

La demarcación de los contornos de la protección civil es esencial para la posterior caracterización de la esfera de tutela e intervención administrativa y penal, puesto que sólo un examen comparativo revelador de los elementos de diferenciación permite aquilatar los perfiles y perímetros de cada uno de estos ámbitos de protección.

3ª) La esfera nuclear de prohibición civil se concreta en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual reconocidos a los titulares de los mismos que se produce por el desconocimiento o ejercicio in consentido, no autorizado y *contra legem*, de las

facultades que dichos derechos comprenden sobre los objetos sobre los que recaen. Su delimitación precisa identificar qué derechos se reconocen y cuáles son las facultades que integran su contenido, cuáles son sus límites temporales y materiales, sobre qué objetos se predicen y finalmente quiénes son sus titulares, y -en dicha medida- pueden resultar sujetos pasivos de las infracciones o, en su caso, brindar autorizaciones válidas para posibilitar un ejercicio no antijurídico de aquellas facultades por otros sujetos.

Las constataciones más importantes de cara a la distinción del ámbito de tutela civil con la esfera de protección penal son, desde el plano objetivo, que el haz de derechos que según la normativa jurídico privada constituye contenido de la propiedad intelectual comprende tanto facultades de tenor moral o personalista como de naturaleza patrimonial bajo un régimen de monopolio de explotación en favor de los titulares de los derechos o sus cesionarios; y, desde el plano subjetivo, que para la comisión de un ilícito civil no se precisa la concurrencia de una predisposición subjetiva, móvil o intención en el agente consistente en obtener lucro o beneficio económico.

La formulación general de lo que constituye ilícito civil abarcaría todo acto o conducta de infracción de los derechos de autor o conexos reconocidos a quienes los ostentan, como titulares originales o derivados, que implique un uso o ejercicio no autorizado y al margen de los límites legales que lo habiliten, de las facultades morales y patrimoniales de que aquellos dispongan, según los casos, sobre obras y otras producciones intelectuales. Como modalidades específicas se prevén concretos comportamientos periféricos preparatorios o favorecedores de las conductas infractoras del *ius prohibendi* que corresponde a los titulares originarios o derivados de los derechos de propiedad intelectual.

4<sup>a</sup>) La esencia del ilícito administrativo que sirve de presupuesto de base a la acción de salvaguarda administrativa es coincidente con el núcleo sustancial del ilícito civil patrimonial: un uso o ejercicio no autorizado y fuera de los límites legales de las facultades patrimoniales correspondientes a titulares y cesionarios de derechos de propiedad intelectual.

La especialidad o diferenciación respecto de la infracción civil genérica referida a la vulneración de facultades patrimoniales viene de la mano de tres aspectos: la condición del sujeto activo, que ha de ser un prestador de servicios de la sociedad de la

información; el entorno digital en que se produce la conducta infractora, que es el de la prestación de servicios de tal naturaleza en internet; y la exigencia de un elemento objetivo de la infracción-tipo administrativa, que consiste en la capacidad, aptitud e idoneidad del comportamiento para ocasionar un daño patrimonial.

Los arts. 13 a 17 de la LSSICE contienen un cuerpo de disposiciones administrativas específicas sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que limitan incluso la atribución de responsabilidad civil conforme dispone el inciso *in fine* del párrafo segundo del art. 138 LPI y con ello ha de entenderse que excluye también la responsabilidad penal.

El régimen de responsabilidad -o mejor de no responsabilidad- de estos preceptos se basa en beneficios de exención de responsabilidad (“puertos seguros”) articulados con carácter específico para cuando el prestador de servicio actúa neutral, automática y técnicamente, no tiene control y participación en el contenido de los datos que proporcionan terceros, y carece de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de actos ajenos o, habiéndolo adquirido, reacciona diligentemente. Desde luego, si se dan todas las condiciones para la aplicación de esas exenciones ni la responsabilidad administrativa ni la penal nacerá. En definitiva, la LSSICE desarrolla en los arts. 13.2 y 14 a 17 un régimen específico beneficioso para las auténticas actividades de intermediación técnica, pasiva y neutral sobre actos ajenos, donde el fundamento de las exenciones de responsabilidad de los ISP en la Directiva de Comercio Electrónico y en la LSSICE se encuentra en una participación meramente técnica y pasiva *en un hecho ajeno*, que se produce sin conocimiento efectivo de ilicitud.

5ª) La evolución histórica de la regulación penal revela una línea continua de permanente refuerzo de la protección jurídico penal de los derechos de propiedad intelectual y un esfuerzo mantenido por acomodar los tipos penales a las dinámicas comisivas que han ido surgiendo como resultado de la revolución tecnológica. De la experiencia aplicativa se desprende la necesidad de ir efectuando cambios normativos que permitan anticiparse y reaccionar en tiempo real a las transformaciones y desarrollos tecnológicos que pueden generar nuevas formas de explotación de las obras y prestaciones protegidas. De todo ello ha adquirido plena conciencia el legislador.



En dicha evolución se ha pasado de una inicial protección del contenido moral y patrimonial de la propiedad intelectual a una actual concreción del foco de tutela en las facultades patrimoniales.

Conforme a ello, la primera constatación sobre la diferenciación del ilícito penal respecto del ilícito civil en el plano objetivo es que, si bien el legislador penal tipifica conductas que afectan al contenido de la propiedad intelectual, no todo el contenido reconocido en la normativa jurídico-privada es objeto de protección penal, lo cual es perfectamente conforme con el carácter fragmentario y subsidiario de la intervención criminal.

Desde 1995 hasta la regulación resultante de la reforma de 2015, la protección se establece prácticamente de forma exclusiva respecto de facultades patrimoniales. La regulación penal se caracteriza por la ausencia de protección al contenido moral o personalista de la propiedad intelectual. Las facultades de esta naturaleza no constituyen objeto de tutela penal.

La significación económica es nota y denominador común de todas las conductas típicas del tipo base nuclear y con ello de todos los comportamientos básicos, atenuados y agravados vinculados al mismo.

Aunque aparezca el término plagio en el elenco de comportamientos típicos hay que resaltar que sólo se protege en su dimensión patrimonial como se desprende del bien jurídico protegido y la estructura patrimonialista del tipo constantemente reforzada en la evolución normativa hasta llegar a la exigencia actual de significación económica que se deriva del requisito típico del *ánimo de obtener un beneficio económico* y de la calificación central de los comportamientos como modalidades de *explotación económica* de obras y prestaciones. El plagio ni siquiera aparece con tal denominación en la regulación de la LPI dedicada a la exposición del contenido de los derechos morales, aunque ciertamente puede relacionarse con el apartado tercero del art. 14 LPI, referido al irrenunciable e inalienable derecho a exigir el reconocimiento de la condición de autor de la obra -e incluso con un derecho similar que se reconoce a los artistas intérpretes o ejecutantes en el art. 113 LPI respecto de sus actuaciones-.

El resto de los derechos y facultades morales relacionadas en el art. 14 LPI (decidir sobre si la obra ha de ser divulgada, en qué forma y bajo qué nombre, con pseudónimo,

o anónimamente; exigir el respeto a la integridad de la obra; modificarla; retirarla o acceder al ejemplar único para ejercitar el derecho de divulgación u otro que le corresponda) y las conductas que las contravienen no están contemplados en la protección penal, de modo que éstas sólo implicarían un ilícito civil.

6ª) Ahondar en más elementos diferenciadores se revela más complejo en lo que a la protección penal de las facultades patrimoniales se refiere.

De manera bastante correlativa con la normativa civil, aunque no totalmente, se articulaba hasta la reforma de 2015 la protección penal de las facultades patrimoniales otorgada a través de la tipificación en catálogo cerrado de las conductas de reproducción, distribución y comunicación pública, pues en relación a las diversas modalidades del derecho de explotación mencionadas en el art. 17 de la LPI y reguladas con carácter general en los artículos siguientes del referido Capítulo III, la falta de concordancia claramente se observaba respecto de los derechos relativos a la transformación y a los supuestos de explotación “en cualquier otra forma”.

Por consiguiente, antes de la reforma de 2015, la diferenciación objetiva en materia de comportamientos podía establecerse afirmando con rotundidad que la protección penal, a diferencia de la civil, no abarcaba las conductas de transformación ni del resto de las otras modalidades de explotación que en modo abierto contemplaba la normativa civil a partir de la fórmula empleada en el art. 17 LPI.

La reforma de 2015, sin embargo, ha operado una manifiesta aproximación objetiva entre las esferas de prohibición civil y penal en lo que se refiere a la tutela de los derechos y facultades patrimoniales que integran el contenido económico de la propiedad intelectual, habiendo igualado también el objeto material de protección (obras y prestaciones) sin ningún género de dudas.

En efecto, en la redacción vigente desde el 1 de julio de 2015, el paralelismo entre el art. 17 LPI y el art. 270.1 CP se ha acentuado de modo muy acusado. El nuevo tipo nuclear del art. 270.1 CP, además de mencionar expresamente las cuatro conductas que antes constituían el elenco cerrado taxativo de comportamientos típicos (“reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente”), pasa a ampliar la relación de las acciones típicas con la fórmula “o de cualquier otro modo explote económicamente”, que recuerda en su esencia a la expresión civil “explotación...en cualquier forma” del art. 17 LPI,

plasmando también una fórmula abierta en la que las conductas mencionadas no son las únicas modalidades de comisión ya que su relación es ejemplificativa y no constituye ya un catálogo exhaustivo.

Sumando esta igualación a la plena coincidencia en materia de posibles sujetos activos y pasivos de la acción y en cuanto al objeto de protección, no cabe sino concluir que las formas de explotación ilícita de las facultades patrimoniales de los titulares de los derechos que puedan dar lugar a las acciones civiles igualmente podrán dar motivo a las penales siempre que concurren el resto de los elementos exigidos por el tipo penal.

7ª).- Desde la reforma de 1987, siguiendo el patrón de los delitos patrimoniales, el tipo requiere que los comportamientos que describe se efectúen “sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.

La esencia del ilícito penal genérico es el uso o ejercicio in consentido o no autorizado y extramuros de los límites legales materiales o temporales que lo habiliten, de las facultades patrimoniales que corresponden a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual sobre obras y prestaciones.

El ejercicio “in consentido” de los derechos es, por tanto y lógicamente, elemento esencial también del ilícito penal -tanto como lo es del ilícito civil y del ilícito administrativo- siempre que sea precisa la licencia, autorización o consentimiento del titular o cesionario de los derechos por no hallarse la utilización habilitada *ope legis* en virtud de los límites materiales o temporales establecidos sobre los derechos de explotación que corresponden a los titulares o cesionarios. El ilícito penal se construye de manera paralela al civil y de hecho, todo ilícito penal parte de un previo ilícito civil en el que se dan unos elementos específicos adicionales (el dolo, el ánimo de obtener un beneficio económico y el actuar en perjuicio de tercero) que son los únicos que sirven para la delimitación de la esfera de prohibición penal, dado que la coincidencia objetiva (comportamientos típicos, objeto material, sujetos activo y pasivo, falta de autorización y ausencia de cobertura por límites legales) es prácticamente total en la medida en que toda infracción penal es antes una infracción civil, si bien no toda infracción civil en sus aspectos objetivos coincide ser un ilícito penal, ya que penalmente -como se ha venido subrayando- no se protegen los comportamientos vulneradores de las facultades personales .

Los elementos diferenciales del ilícito penal respecto del ilícito civil en la zona de confluencia común identificada, esto es, en la protección de la dimensión o vertiente patrimonial del contenido de la propiedad intelectual, se circunscriben, por tanto, en unión del dolo penal, a las exigencias típicas del “ánimo de obtención de un beneficio económico, directo o indirecto” y de actuación “en perjuicio de tercero”.

El ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto, se configura como un elemento subjetivo del tipo de amplio espectro pues permite dilatar el alcance típico a situaciones en las que el grado de conexión entre la vulneración y la consecución del beneficio es tenue. Aunque por un lado evidencia una cierta voluntad de circunscripción a un componente subjetivo de sentido patrimonial, revela sobre todo un criterio de extensión más que de restricción en cuanto al ánimo o propensión subjetiva exigible para satisfacer este elemento del tipo subjetivo, y, por lo tanto, contribuye a una clara expansión del tipo, máxime si se tiene en cuenta que se está ante el elemento subjetivo clave para distinguir el ilícito penal del ilícito civil.

En cuanto a la actuación en perjuicio de tercero, se duda sobre su naturaleza como elemento subjetivo u objetivo del tipo. Sin embargo, debiendo constituir el ilícito penal un *aliud* y un *plus* respecto tanto del ilícito civil como del ilícito administrativo, debe ser preferentemente entendido como la capacidad objetiva de la acción vulneradora como actividad apta o idónea para generar un perjuicio patrimonial, ya que es elemento del tipo del ilícito administrativo que la conducta haya causado o haya podido causar un perjuicio patrimonial. Con la exigencia de aptitud o idoneidad para causar el perjuicio, el comportamiento satisfaría el presupuesto de alcance típico penal consistente en la creación de un riesgo de lesión para el bien jurídicamente protegido.

Frente al ilícito administrativo, cuyo elemento diferencial objetivo en relación con el civil reside en la capacidad, aptitud e idoneidad del comportamiento para ocasionar un daño patrimonial, el ilícito penal se distinguiría exclusivamente por sus elementos de naturaleza subjetiva, puesto que en las zonas de confluencia, cuando coinciden entorno (internet) y sujeto activo (prestador de servicio de la sociedad de la información), el ilícito penal presenta capacidad para embeber el ilícito administrativo, y sumarle, para diferenciarse del mismo, el dolo penal -directo o eventual, según los casos- y el ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto.

El fundamento de la responsabilidad positiva tanto extrapenal como penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información coinciden en un punto común: la intervención del ISP de modo no meramente pasivo, automático, neutral y técnico. Y ello es acorde con la necesaria coherencia de la intervención penal con la administrativa, puesto que no puede haber ilícito ni responsabilidad penal sin un sustrato que sea compartido con el ilícito y la responsabilidad administrativa, pues aquel debe representar un aliud y un plus sobre ésta.

El elemento distintivo de la responsabilidad penal implantada en el art. 270.2 CP respecto del régimen de responsabilidad establecido para los prestadores de servicios de la sociedad de la información en la normativa extrapenal estriba en que la penal es una responsabilidad prevista con carácter general y por un *hecho o acto propio* consistente en “*facilitar de modo activo...el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios*”; en definitiva, por facilitar, sin la debida autorización y de modo activo, enlaces a contenidos protegidos; lo que constituye una modalidad específica de acto de comunicación pública en cuanto supone un acto autónomo de puesta a disposición de contenidos protegidos de modo que cualquier persona puede acceder a ellos desde el lugar y en el momento que elija. La responsabilidad es por un *hecho propio* calificable como acto de comunicación pública a raíz de la STJUE “Svensson” e insertable también técnicamente en el tipo objetivo del art. 270.1 CP. Por consiguiente, se está ante un supuesto del régimen general al que alude el art. 13.1 LSSICE (“Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico...”).

El tipo penal del art. 270.2 CP implica una dolosa facilitación, sin autorización de los correspondientes titulares o cesionarios de los derechos, del acceso o localización de obras y prestaciones protegidas de un modo activo y, por tanto, mediante una actuación o intervención que excede de cualquier tratamiento meramente automático, neutral y pasivo o puramente técnico (mediante simples manipulaciones técnicas inocuas), llevada a cabo con el ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto, y en perjuicio de tercero. Y en ello reside el aliud y el plus respecto de la responsabilidad administrativa.

9ª) La reforma de 2015 ha expandido el alcance típico de la protección penal y ello contribuye a incrementar las zonas de confluencia y los niveles de coincidencia entre el ilícito penal y el civil. El agrandamiento de la esfera de prohibición penal se desprende de los siguientes cambios:

- a) La ampliación del ámbito típico de la figura básica nuclear del art. 270.1 CP en sus aspectos objetivos y subjetivos. En el tipo objetivo, se produce a través del incremento de comportamientos típicos, que dejan de circunscribirse al catálogo cerrado anterior, añadiéndose a la mención de las conductas de plagio, reproducción, distribución y comunicación pública, la fórmula abierta a nuevas modalidades de comisión “o de cualquier otro modo explote económicamente”, y la plena identificación del objeto de la acción prohibida con todas las “obras y prestaciones” protegidas en la normativa jurídico-privada. En el tipo subjetivo se efectúa mediante la sustitución de la anterior exigencia de “ánimo de lucro” por el nuevo requerimiento de “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, como hemos dicho de más amplio espectro aplicativo. El efecto ampliatorio tiene impacto también en las figuras básicas y agravadas vinculadas al tipo nuclear base ya que comparten con éste objeto material de protección y elemento subjetivo.
- b) La previsión de un nuevo tipo básico para la específica criminalización de las conductas de facilitación del acceso o la localización en internet de obras y prestaciones protegidas (art. 270.2 CP).
- c) La reformulación del tipo atenuado de distribución del anterior párrafo segundo del art. 270.1 CP, cuyo ámbito típico se restringe en el nuevo art. 270.4 CP al referirse a la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, en lugar de al más amplio concepto de la distribución al por menor.
- d) La desaparición de la falta del art. 623.5 CP, de modo que la calificación mínima de las conductas típicas atenuadas es la de delito.

- e) La modificación del parámetro económico determinante tanto de la aplicación del tipo atenuado del párrafo segundo del apartado 4 del art. 270 CP, como del subtipo agravado de la letra a) del art. 271 CP, que pasa a ser el beneficio real o potencial (“el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener”), frente a la anterior alusión al “beneficio económico” sin más, que fue interpretado mayoritariamente como ganancia efectivamente alcanzada con la actividad ilícita.
- f) La ampliación y perfeccionamiento de los comportamientos punibles en relación con las medidas tecnológicas incorporadas o dispuestas para impedir, restringir o evitar las conductas prohibidas, o con los dispositivos tecnológicos utilizados para proteger las obras y prestaciones (letras c y d del apartado 5; y en apartado 6 del art. 270 CP).
- g) La ampliación de los referentes aplicativos de la circunstancia determinante del subtipo agravado por “especial gravedad de los hechos” del apartado b) del art. 271 CP, antes constituidos por el valor de los objetos producidos ilícitamente y la especial importancia de los perjuicios ocasionados; y ahora determinable en función, además, del “número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición”.

10ª) Los cambios introducidos en los arts. 270 y 271 CP a través de la reforma del Código Penal de 2015 revelan la pretensión del legislador de perfeccionar, intensificar, ampliar y reforzar la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual, saliendo al paso de los problemas prácticos que han ido surgiendo en la experiencia aplicativa de los tipos penales, y procurando, sobre todo, su acomodación a las nuevas dinámicas y tipologías comisivas surgidas en la era digital y el entorno de la red de redes. Específicamente, las modificaciones introducidas presentan el denominador común de posibilitar el tratamiento como ilícito penal de conductas cuya tipicidad ha sido cuestionada en buena parte de las decisiones judiciales recaídas precisamente por la falta de adaptación de los tipos tradicionales a las nuevas realidades.

Se trata con ello de reforzar el control de los titulares originarios o derivados sobre las facultades de explotación de obras y prestaciones en cualquier espacio, ya sea físico o digital, con plena conciencia de que son los incesantes desarrollos tecnológicos el principal factor de debilidad y fragilidad en una sociedad avanzada donde los usuarios demandan cada vez con mayor intensidad el consumo inmediato de productos culturales y de entretenimiento.

Probablemente, en la actualidad, para los titulares de los derechos reviste más importancia el control sobre la reproducción y la comunicación pública de sus obras y prestaciones que sobre la distribución física de ejemplares en las que se incorporen, especialmente dado el impacto y trascendencia de las nuevas formas y medios de puesta a disposición que pueden tener lugar por medios alámbricos e inalámbricos, cable, fibra óptica o transmisión y retransmisión satelital o por ondas.

Particularmente, la nueva regulación permite una ancha protección a los titulares frente a toda puesta a disposición indirecta -alámbrica o inalámbrica- de las obras y prestaciones ya sea en internet o por otros desarrollos que aparezcan en el futuro permitiendo igualmente el acceso desde dónde y cuándo escoja el consumidor de contenidos protegidos.

11ª) Las amenazas a los derechos de los titulares, sin embargo, no se detienen en este tipo de conductas y puede decirse que en la actualidad se diversifican hacia nuevos entornos de vulneración prioritariamente relacionados con el desarrollo de herramientas, aplicaciones, componentes y entornos que posibilitan la paquetización, puesta a disposición, retransmisión no autorizada y, en suma, la comunicación pública de obras y prestaciones de manera fraudulenta, permitiendo al público, cuándo y desde dónde escoja a partir de todo tipo de dispositivos, el acceso ilegal a contenidos protegidos infringiendo los derechos de propiedad intelectual existentes al respecto.

Ascendiendo de lo concreto a lo general, de la experiencia se desprende la necesidad de ir efectuando cambios normativos que permitan anticiparse y reaccionar en tiempo real a las transformaciones y desarrollos tecnológicos que puedan generar nuevas formas de explotación de obras y prestaciones protegidas.

12ª) El endurecimiento punitivo y la inclusión de estos delitos entre aquellos en los que el juez o tribunal ha de ordenar el decomiso de los bienes, efectos y ganancias



pertenecientes a una persona condenada cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (art. 127 bis.1.f CP) revelan bien a las claras el mensaje que el legislador envía a los operadores jurídicos sobre la relevancia de la protección de la propiedad intelectual y la consideración de las conductas típicas como un fenómeno de delincuencia económica de alto impacto por el daño que ocasiona no sólo a los titulares de los derechos individuales, sino a la viabilidad de importantes áreas de la actividad económica y a los intereses colectivos. Se le viene a otorgar con ello tratamiento de fenómeno delictivo complejo que debe atraer el interés de los aplicadores del sistema penal y demanda una respuesta eficaz, tal y como exigen los compromisos internacionales asumidos por nuestro país. Con ello, se refuerza la idea de que la propiedad intelectual constituye un bien jurídico de notable trascendencia para la colectividad social y, por ello, digno de protección penal también desde la perspectiva del interés general.

Sin embargo, la eficacia no depende sólo de las características de las sanciones ni de la amplitud de las consecuencias accesorias sino especialmente del grado de certeza de que serán aplicadas.

13ª) Siendo loable el propósito, dados los intereses públicos, colectivos y supraindividuales en juego, el problema es que la manera en que se ha llevado a cabo la expansión del alcance típico de la protección penal conlleva el riesgo de que una interpretación excesivamente amplia de algunos de sus componentes acabe por difuminar aún más las fronteras y contornos entre las esferas de prohibición penal y civil en lo que se refiere a la tutela de las facultades patrimoniales que integran el contenido económico de la propiedad intelectual, pues no cabe duda que la reforma ha incrementado las zonas de confluencia y los niveles de yuxtaposición entre el ilícito penal y el civil.

Siendo que se alegará yuxtaposición y solapamiento entre conductas prohibidas civil, administrativa y penalmente, y que la dependencia conceptual de los tipos respecto de la normativa extrapenal es tan intensa, la apreciación sobre qué casos son más o menos graves y merecen la sanción penal, se posibilita -cuando se parte de la confusión de esferas de tutela- que quede sometida al criterio individual de cada fiscal o cada

juzgador sin parámetros de referencia susceptibles de ser sometidos a un control crítico suficiente, lo que conlleva un patente riesgo de arbitrariedad.

Tanto puede caerse en la tentación de, sobre la base de declarar que existen en el ordenamiento jurídico otros remedios en la vía administrativa, civil o mercantil, deferir la solución y una posible respuesta al caso a otro orden jurisdiccional; como de criminalizar cualquier comportamiento dejando inexistente la posibilidad de intervenir satisfactoriamente con medidas de naturaleza no penal.

Desde luego, por imperativo del principio de intervención mínima del Derecho Penal y sus dos manifestaciones paradigmáticas, fragmentariedad y subsidiariedad, será necesario analizar el caso concreto y aquilatar las conductas que han de ser objeto de la acción penal, muy especialmente en atención a la relevancia y trascendencia del hecho y su capacidad para ofender el bien jurídico penalmente protegido. No ha de dejarse de tener presente que, conforme al principio de subsidiariedad, al menos para los casos dudosos, se debieran agotar los medios al alcance que resulten menos lesivos para los derechos individuales antes de imponer la intervención penal y, de acuerdo con el principio de fragmentariedad, debieran sancionarse con pena únicamente las modalidades de ataque más peligrosas, los comportamientos más graves, contra los intereses protegidos. Por tales circunstancias, en principio la valoración del significado de los conceptos o instituciones de la normativa extrapenal debiera hacerse al socaire de los principios que rigen el ordenamiento jurídico-penal, lo que en estas materias debe conducir en determinados aspectos a una, si no redefinición, sí revisión crítica de las consecuencias penales de la normativa jurídico-privada, pese a que no pueda obviarse la intensa dependencia conceptual de los tipos ni soslayarse la existencia de definiciones auténticas que condicionan el margen del aplicador penal.

La cuestión, sin embargo, no es de fácil resolución en la práctica. Pese a la posibilidad teórica de distinción entre los ilícitos por descomposición de sus elementos integrantes, lo cierto es que lo ordinario es que las infracciones a las facultades patrimoniales de la propiedad intelectual se cometan con ánimo de obtener un beneficio económico y entonces la clave para la distinción puede radicar en la naturaleza de los infracciones penales del art. 270 CP como delito de aptitud. Pero en tal caso, como en todo delito de aptitud, la dificultad interpretativa pasa a residir en qué debe exigirse para entender apta

o idónea una conducta en términos de ser capaz para generar de forma jurídico-penalmente relevante lesión o peligro de lesión al interés jurídico protegido.

Los criterios ensayados sobre la insignificancia del hecho, por su escasa entidad, o las apelaciones abstractas al principio de intervención mínima y sus componentes de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal son ensalzables como intentos de evitar una aplicación sin medida de los contornos típicos cuando su formulación es demasiado amplia. Sin embargo, sin mayores referentes objetivos, presentan el riesgo de la subjetividad y la discrepancia entre variados criterios judiciales sobre las conductas a excluir del tipo, cuando no presentan incluso el riesgo de ser puramente determinados por posicionamientos ideológicos o convicciones extrajurídicas conducentes a escenarios de cierta inseguridad jurídica.

En la praxis, no puede obviarse que el recurso, sin más, al principio de intervención mínima conlleva el enorme riesgo -actualizado en numerosos casos- de una generalización de la inaplicación de la vía penal, y permite disfrazar importantes dosis de arbitrariedad fiscal y/o judicial en la aplicación de los preceptos penales, conduciendo a una difícilmente asumible desigualdad de soluciones y respuestas fiscales y judiciales, y una desprotección efectiva de los intereses públicos y privados involucrados.

El entorno de los delitos relativos a la propiedad intelectual es especialmente proclive a ello, dada la falta de concienciación social sobre la trascendencia de las vulneraciones. De hecho, ya ha venido sucediendo y en buena medida las modificaciones legales efectuadas en la reforma de 2015 pueden valorarse en clave de reacción legislativa a cierta indulgencia y tolerancia que en una significativa parte de la denominada jurisprudencia menor se ha venido brindando al fenómeno de la piratería, sobre todo especialmente -aunque no exclusivamente- a la generada en el hábitat de internet. Es patente que muchos de los recientes cambios normativos, como se ha justificado, están directamente relacionados con los razonamientos que se han manejado en muchas sentencias absolutorias como *ratio decidendi* de la apreciación de la atipicidad de los hechos. Entre ellos el uso reiterado a la apelación al principio de intervención mínima parece haber motivado una acción del legislador que parece ir dirigida a cerrar espacios a la discreción judicial. En la reforma ni siquiera se ha dejado resquicio alguno a la posibilidad de aplicar, en alguna modalidad leve de este tipo de conductas, el principio

de oportunidad reglada que se establece en el art. 963.1.1<sup>a</sup> LECR<sup>453</sup> para los delitos leves.

Ni los ciudadanos en general ni los titulares de los derechos vulnerados y perjudicados como víctimas de la infracción deben verse sometidos a inasumibles ejercicios de justicia subjetiva que contrarían derechos tan fundamentales como el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la tutela judicial efectiva.

14<sup>a</sup>) Sería deseable que futuras reformas de nuestra legislación procesal penal en materia de competencia posibilitaran la llegada de estos delitos al Tribunal Supremo no sólo en sus modalidades agravadas, aunque sólo fuera en interés casacional para establecimiento de doctrina, con el objeto de que se fijen criterios y obtener al menos una aplicación uniforme.

Entretanto cabe esperar de la FGE una Circular de urgencia que se ocupe de establecer pautas que favorezcan la unidad de actuación al menos dentro del Ministerio Fiscal.

Como colofón, finalmente, cabe señalar que si bien la presente tesis se ha dedicado casi en exclusiva al elemento normativo, sobre todo en atención a la incidencia de una reciente reforma penal que contiene cambios sustanciales en los paradigmas de tutela, su trascendencia y contribución a la hora de proporcionar una protección efectiva debe valorarse en sus justos términos. Las normas no son más que un instrumento en manos de sus aplicadores, que condiciona la respuesta del sistema de justicia penal, pero la verdadera protección la acaban proporcionando aquéllos. Y es que puede afirmarse que

---

<sup>453</sup> De hecho hay que descartar la aplicación de esta posibilidad incluso en el supuesto del tipo privilegiado del párrafo segundo del núm. 4 del art. 270 CP (recordemos: distribución ambulante u ocasional en casos de reducida cuantía del beneficio económico real o potencial atendidas las características del culpable), pues no se trata de un delito leve a los que pueda aplicarse el procedimiento especial establecido en los arts. 962 a 977 del Libro VI de la LECR al establecerse la pena de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días como alternativa y potestativa respecto de la principal de prisión de seis meses a dos años. Por consiguiente, ni la “muy escasa gravedad”, ni la inexistencia de “un interés público relevante en la persecución del hecho” -que en los delitos leves patrimoniales se dará “cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado”- son criterios para acordar el sobreseimiento y archivo de las actuaciones a iniciativa del Fiscal por aplicación del principio de oportunidad, ni, por tanto -habría que entender-, resultarían motivos atendibles para la absolución. Expresamente, la Circular FGE núm. 1/2015 *sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la Ley Orgánica 1/2015*, de 19 de junio, en su página 14, descarta del elenco de delitos leves y consecuentemente de su procedimiento especial, los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial en esta modalidad de distribución ambulante o meramente ocasional por tratarse de tipos en los que se combinan alternativamente penas leves y menos graves. Y se trata de un criterio sólido y poco discutible pues la competencia para el enjuiciamiento en ningún caso puede corresponder al Juez de Instrucción ya que la pena en abstracto imponible rebasa su competencia en tal función.

el Derecho Civil, el Derecho Administrativo e incluso el Derecho Penal no protegen en sí mismos considerados, sino que son las personas que intervienen en su aplicación quienes en definitiva protegen los derechos. Sin la formación específica, la conciencia y el interés de los mismos poco o nada puede lograrse.

En muchas ocasiones, una reforma legal acaba fracasando no tanto en función del número y la bondad tuitiva o no de los instrumentos que pone a disposición de los llamados operadores del sistema, sino por la ausencia de convicción de éstos en el sentido y fundamento de la protección que ofrece y la utilidad social que reporta. De nada sirve disponer de mecanismos e instrumentos legales de extrema calidad y teórica eficacia si simplemente éstos no se aplican por quiénes tienen la responsabilidad para ello.

La confluencia de supuestos réditos tecnológicos e indudables intereses económicos de gran impacto contrarios a la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual y, muy especialmente, la ausencia de conciencia y sensibilización social han generado un clima de minimización tanto del fenómeno como de sus efectos. Y los efectivos generalistas que, como operadores del Sistema de Justicia Penal, son actores de la intervención penal pertenecen a esa sociedad en la que no se pone en valor suficientemente lo que se juega en el tablero de la lucha contra la piratería.

La generalizada falta de conciencia sobre las auténticas coordenadas en las que se desarrolla el fenómeno, la carencia de información sobre la realidad criminal y criminógena que se ha enseñoreado del mismo, y la ausencia de interiorización de los devastadores efectos que las actividades infractoras tienen para la economía del país en términos de puestos de trabajo, salarios legales, contribuciones a la Seguridad Social e impuestos, han venido contribuyendo a una percepción muy distorsionada en amplios sectores sociales de la propia necesidad de la intervención penal, y a ello no han sido ajenos los operadores del sistema penal.

En este entorno, sería desconocer una realidad obviar que incluso los grupos policiales especializados, pese a la encomiable labor que están realizando en la lucha contra la piratería, se encuentran con dificultades para obtener el apoyo necesario, en recursos, efectivos y determinación, para acometer líneas de investigación propias y llevar a buen puerto sus intervenciones. Policialmente, la investigación y operaciones son complejas,

y su rédito en detenciones y condenas judiciales significativas es escaso, de modo que las unidades especializadas que se dedican a la persecución de la piratería tienen especiales dificultades para embarcarse en una lucha como la que cabría esperar del diseño teórico normativo de protección penal de este tipo de ilícitos penales y cuando lo hacen ven frecuentemente frustradas sus expectativas con el consecuente desincentivo que ello supone para su actividad. Las unidades policiales especializadas de las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están, además, ayunas, de mecanismos, líneas y criterios de uniformización y coordinación de su intervención y estrategias de persecución provenientes de instancias judiciales y fiscales, lo que las hace deambular a su albur sin un adecuado sostén. La receptividad de las autoridades judiciales y fiscales a la trascendencia y oportunidad de la actuación es también frecuentemente valorada como escasa. Judicialmente, las dificultades de acción e intervención están relacionadas con la complejidad de los tipos y su aplicación en un entorno generalista en el que la falta de especialización y concienciación sobre la auténtica realidad que se esconde tras estos delitos y las consecuencias que genera, provoca importantes espacios abonados para la perplejidad y la inacción.

Si realmente se quiere mejorar la respuesta del sistema penal a las vulneraciones delictivas de la propiedad intelectual debe incrementarse las condiciones de laboriosidad, diligencia, saber y formación especializada en los agentes del sistema penal. Todas ellas son circunstancias y cualidades absolutamente necesarias si se repara en los factores de especificidad de naturaleza técnico jurídica que concurren en estos delitos, tales como la complejidad de los aspectos legales y normativos derivados del marco normativo extrapenal (vista la dependencia conceptual respecto de éste de este tipo de ilícitos penales), la necesidad de delimitación y coordinación de la esfera de intervención penal frente a las herramientas diseñadas en el ámbito de acción civil y administrativa; así como la dificultad de los aspectos técnico jurídicos y prácticos de la investigación (intervenciones con afección de derechos fundamentales, medidas cautelares urgentes y de cesación del perjuicio, periciales con dimensión técnico-científica y vertiente patrimonial, relación de coordinación con unidades especializadas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, depósitos judiciales, responsabilidad civil), en relación con la propia especificidad de las dinámicas, mecanismos y tipologías comisivas, y las especiales dificultades para la identificación de las personas últimas responsables de estos comportamientos.

En definitiva, mientras no se mejore la cualificación y el compromiso del elemento humano y dinámico que aplica la norma, no se optimizarán los resultados de un perfeccionamiento del elemento normativo estático.

A la lucha contra el fenómeno de la piratería en materia de propiedad intelectual son plenamente aplicables el sentido y fundamento de las palabras con las que el insigne Ministro de Justicia D. Manuel Alonso Martínez puso magnífico epílogo a la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

*“Al logro de fin tan importante y trascendental coadyuvarán, sin duda, el celo e ilustración de la Magistratura y del Ministerio Público, que no es posible, Señor, montar una máquina delicada y hacerla funcionar con éxito sino contando con el asentimiento, el entusiasmo, la fe y el patriotismo de los que han de manejarla”*

Más allá de la literalidad de los términos decimonónicos empleados en la cita, ciertamente, ninguna regulación legal sustantiva o procesal puede funcionar sin la diligencia, la laboriosidad, el compromiso, el conocimiento, la concienciación, la sensibilidad para con los intereses de la comunidad y, especialmente, la creencia y convicción en lo que hacen de aquéllos que intervienen en su aplicación.

## V.- BIBLIOGRAFÍA

**ALVÁREZ GARCÍA, F. J., MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., y VENTURA PÜSCHEL, A.**, *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

**ARMENGOT VILLAPLANA, A.**, “La piratería musical: derechos defraudados y medios de tutela judicial”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, 2002.

**ARROYO ZAPATERO, L., y GARCÍA RIVAS, N.**, “Protección penal de la propiedad intelectual”, en *Estudios de Derecho penal económico*. Universidad de Castilla /La Mancha, 1994.

**BAJO FERNÁNDEZ, M.**, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. Ed. Ramón Areces. Madrid, 1998.

**BAÑERES SANTOS, F.**, “Propiedad Intelectual e Industrial (arts. 270 y 274, 623)”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Ed. Thompson Reuters- Aranzadi, Navarra, 2010.

**BAYLOS CORROZA, H.**, *Tratado de Derecho Industrial, Propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1993.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, “Bienes de la personalidad y derecho moral de autor”, en *En torno a los derechos morales de los creadores*, obra coordinada por ROGEL VIDE, C., Ed. Reus, Madrid 2003.

**BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.**, “La nueva Ley de Propiedad Intelectual”, en *Actualidad Civil, Revista Jurídica de Doctrina Civil, Mercantil y Procesal*, núm. 4, abril 2015.

**BOIX REIG, J.** (Dir), *Derecho Penal. Parte especial*. Vol. II. Ed. Iustel. Madrid, 2012.



**BONÉ PINA, J.F.**, “Las medidas cautelares reales en el procedimiento penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998.

**CARMONA SALGADO, C.**, “El tipo básico del nuevo delito contra la Propiedad Intelectual”, en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*. T. XIII, Ed. Derechos Reunidos, Madrid, 1991.

- *La nueva ley de propiedad intelectual*. Madrid, 1988.

**CERCOS PÉREZ, R.**, “Protección Jurídica de los programas de ordenador”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.

**COUTO GÁLVEZ, R. M.**, “¿La ley 21/2014 mantiene un cambio sustantivo en la configuración de la remuneración compensatoria por el límite de copia privada?”, en *Actualidad Civil, Revista Jurídica de Doctrina Civil, Mercantil y Procesal*, núm. 4, abril 2015.

**CREMADES GARCÍA, J.**, “Aspectos constitucionales del derecho de autor (I)”, *La Ley*, año XVIII, núm. 4013, 11 de abril de 1996.

**DE LA NOVA LABIÁN, A.J.**, *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.

**DEL ARCO BLANCO, A.**, “La protección civil de los derechos de autor en el entorno digital”, en obra en colaboración *Nuevos Instrumentos jurídicos en la lucha contra la Delincuencia económica y tecnológica*, Dir. ROMEO CASABONA, C.M. y FLORES MENDOZA, F., Ed. Comares, Granada 2012.

**DELGADO MARTÍN, J.**, “Responsabilidad penal de los proveedores de servicios de la sociedad de la información. Especial referencia a las páginas webs de enlaces”, en *Diario La Ley*, núm. 8254. 19 febrero 2014.

**DELGADO PORRAS, A.**, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*. Ed. Civitas, Madrid 1988.

**DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.**, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. 30, núm. 88, 2009, p. 93 a 134.

- “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, ADPCP, 1990.

**FARALDO CABANA, P.**, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

**FERNÁNDEZ CARRASCO, A.**, “La nueva Ley de Propiedad Intelectual y su repercusión en las entidades de gestión”, en *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2015, Wolters Kluwer-La Ley.

**FERNÁNDEZ TERUELO, J.G.**, *Ciberdelitos, Los delitos cometidos a través de internet- Estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la red-*, Constitutio criminalis carolina, 2007.

**FERRÉ OLIVÉ, J.C.**, “Delitos contra los derechos de autor”, en *ADPCP*, 1991.

**FISCOR, M.**, “El Acuerdo sobre los ADPIC: sus relaciones con el Convenio de Berna y la Convención de Roma”, en *Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos*, Tomo II, Montevideo 1997.

**FUENTES SÁNCHEZ, D.**, “La intervención de los Poderes Públicos en la defensa de los Derechos de Propiedad Intelectual”, trabajo inédito, presentado en marzo de 2012 en los seminarios sobre *Delitos contra los derechos de autor y conexos en el ámbito audiovisual* impartidos en Bogotá y en Lima.

**GALÁN MUÑOZ, A.**, “La reforma de los delitos contra propiedad intelectual e industrial”, en la obra en colaboración *Comentario a la reforma penal de 2015* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.), Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2015.

**GARCÍA RIVAS, N.**, “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales*. CGPJ, Madrid, 1995, pág. 223.

**GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.**, *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de Propiedad Intelectual. Un estudio de Derecho comparado*, Práctica Jurídica, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.

**GIMBERNAT ORDEIG, E.**, “Los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ. Madrid, 1995, págs. 215 a 219.

- “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 arts. 13 y 15 del Código Penal)”, en *Estudios penales y criminológicos*, XV, Santiago de Compostela, 1992, págs. 596 y 597.

**GÓMEZ BENÍTEZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G.**, *Protección Penal de los derechos de autor y conexos*, en Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

**GÓMEZ RIVERO, M. C.**, “Novedades de la reforma del Código Penal en materia de delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 21, 2014.

**GÓMEZ RIVERO, M. C.**, *La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Tirant monografías 851, Valencia, 2012.

**GÓMEZ TOMILLO, M.**, “La autoría y la participación en los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet. Especial consideración de los proveedores de servicios”, en obra en colaboración *Nuevos Instrumentos jurídicos en la lucha contra la Delincuencia económica y tecnológica*, Dir. ROMEO CASABONA, C.M. y FLORES MENDOZA, F., Ed. Comares, Granada 2012.

**GONZÁLEZ CUETO, T.**, “La lucha administrativa contra la piratería en internet tras la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”, en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 49, Madrid, enero 2015.

**GONZÁLEZ GÓMEZ, A.**, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual (de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995)*, Ed. Tecnos, Madrid 1998.

**GONZALEZ RUS, J.J.**, “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, en *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje al Profesor Dr. Ángel Torío López. Dir. ROMEO CASABONA, C.M., Ed. Comares, Granada, 1999.

**GUERRERO ZAPLANA, J.**, “Propiedad Intelectual en materia audiovisual: vídeos comunitarios y televisiones locales”, en *Protección Jurídica de la obra audiovisual*, Egeda/FAP, Madrid, 1995.

**HÄBERLE, P.**, “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, (versión traducida al castellano por Francisco Balaguer Callejón), en *Revue européenne de droit public*, Vol. 12, núm. 3, 2000.

**JORDANA DE POZAS, L.**, “De los delitos relativos a la propiedad intelectual” en *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo II, Ed. Trivium, Madrid, 1997.

**LATORRE LATORRE, V.**, *Protección penal del derecho de autor*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

**LIPSZYC, D.**, “El Derecho de Autor y los Derechos conexos en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC” en *Revista Propiedad Intelectual en la integración económica de Centroamérica*, Ed. SIECA, Guatemala. Año 3, núm. 1, enero-marzo, 1999.

- *Derecho de autor y derechos conexos*. Ed. Unesco. Cerlacc. Bogotá, Colombia 1993.

**LUZÓN CÁNOVAS, M.**, “La tipificación penal de la organización y el grupo criminal. Problemas concursales (II)”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, Penal, Madrid 2011.

**MARÍN LÓPEZ, J.J.**, “Entidades de gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual y tarifas generales: el nuevo régimen tras la Ley 21/2014, de 4 de noviembre de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2015, Wolters Kluver-La Ley.

**MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal Económico y de la Empresa, Parte Especial* (2ª Edición), Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

- *Derecho Penal. Parte Especial* (3ª edición), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

**MATA Y MARTIN, R.M.**, “Desarrollo tecnológico y legislación penal en defensa de los derechos de los creadores”, en obra en colaboración *Nuevos Instrumentos jurídicos en la lucha contra la Delincuencia económica y tecnológica*, Dir. ROMEO CASABONA, C.M. y FLORES MENDOZA, F., Ed. Comares, Granada 2012.

**MIRÓ LLINARES, F.**, *La Protección Penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

**MISERACHS RIGALT, A.**, “Delitos contra la propiedad intelectual”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. IV, Barcelona, 1954.

**MUÑOZ CONDE, F.**, Derecho Penal. Parte especial. 19<sup>a</sup> Ed. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

**NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.**, “La propiedad Intelectual como manifestación de la personalidad. Nueva perspectiva constitucional del Derecho”, en *Revista de la Asociación de Fiscales*, núm. 15, 2003, págs. 15 y 16.

**OTERO LASTRES, J.M.**, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del art. 20.1 b) de la Constitución española de 1978”, en *Diario La Ley*, 1986.

**PHILIPS, T.**, *Knockoff: The Deadly Trade in Counterfeit Goods: The True Story of the World's Fastest Growing Crime Wave*, mayo, 2007.

**PLANCHADELL GARGALLO, A.**, “Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial”, en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 21, 2007, p. 145 a 161.

**POLAINO NAVARRETE, M.**, “Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española” en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona* (Libro homenaje al Profesor Antonio Beristain), San Sebastián, 1989.

**PUENTE ABA, L.M.**, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Revista Penal La Ley*, núm. 21, enero 2008.

**QUERALT JIMÉNEZ, J.J.**, Derecho Penal español, Parte Especial, 6ª edición, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

**QUINTANO RIPOLLÉS, A.**, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. III, Ed. EDERSA, 2ª edición, revisada por GARCÍA VALDÉS, C., Madrid, 1977.

**QUINTERO OLIVARES, G.**, Comentarios a la Parte Especial de Derecho penal. 9ª edición, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011.

- “De los delitos relativos a la propiedad intelectual”, en obra en colaboración Comentarios al Nuevo Código Penal, Dir. QUINTERO OLIVARES, G., Ed. Aranzadi, Pamplona 1996.

**RAMÍREZ SILVA, P.**, Webs de enlaces y Propiedad Intelectual, Indret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2012.

**RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.**, *Derecho Penal Español, Parte Especial* (10ª edición, revisada y actualizada por SERRANO GÓMEZ, A.), Ed. Dykinson, Madrid, 1987.

**RODRÍGUEZ MORO, L.**, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Tirant monografías 771, Valencia, 2012.

**RODRÍGUEZ TOQUERO Y RAMOS, P.**, “Propiedad Intelectual: su marco jurídico y organizativo en España”, en *Poder Judicial*, núm. 43-44 (1996).

**ROLDAN BARBERO, H.**, “Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, en *La Ley*, T.II, Madrid, 1988.

**ROMEO CASABONA, C.M.**, “La protección penal del software en el derecho penal”, en *Actualidad Penal*, Tomo II, Madrid, 1988.

**SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.**, *Derecho Penal, Parte Especial* (15ª edición), Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

**SOTO NIETO, F.**, “Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual”, en *Revista Poder Judicial*, núm. especial IX, Madrid, 1990.

**SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.**, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico procesal. Del olvido al reconocimiento*. Ed. Comares (Estudios de derecho Penal y Criminología), Granada 2006.

**TIRADO ESTRADA, J.J.**, “Los delitos relativos a la propiedad intelectual: análisis de los arts. 270 a 272 del Código Penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, T. VIII, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia), Madrid 1998.

- “Los delitos relativos a la propiedad intelectual. Problemática aplicativa”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. IV, Madrid, 2003.
- “Reformas y Propuestas de futuro en materia de delitos relativos a la Propiedad Intelectual” en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, vol. IV, Madrid, 2003.
- “El enjuiciamiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Relevancia de la prueba pericial. Secreto de las comunicaciones, intimidad y autodeterminación informática”, en *Cuadernos digitales de formación*, número 46, CGPJ, Madrid 2010.
- "Consideración crítica sobre la Disposición Final del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. Aspectos constitucionales y aplicación práctica", en obra en colaboración *Los Derechos de Propiedad Intelectual en la obra audiovisual*, Coord. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Ed. Dykinson, Madrid, 2011.
- “La lucha penal contra la piratería física y digital. Elementos normativos y dinámica jurídico-práctica”, en *Actualidad Civil. Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia Civil, Mercantil y Procesal*, núm. 4, abril de 2015.

**TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.**, “Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271 CP)”, en *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

**TOURNÉ ALEGRE J. M.**, “Protección de la propiedad intelectual: la solución Sinde”, en *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 49, Madrid, enero 2015.

**VALAJE ALVÁREZ, I.**, “Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, núm. 1, 2002, p. 575 a 598.

**VEGA VEGA, J.A.**, *Derecho de autor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

**VIDALES RODRÍGUEZ, C.**, “Consecuencias accesorias: decomiso (arts. 127 a 127 octies)”, en obra en colaboración *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Dir. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

**VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.**, *Derecho Penal. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.