

LA EXTRAÑA PAREJA: LA DIFÍCIL CONVIVENCIA ENTRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL DERECHO PENAL

Marc SIMON ALTABA

Doctorando, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)/Max Plank Institut (Múnich)

Recibido 26.03.2014 / Aceptado 03.06.2014

RESUMEN: La actual situación de dualidad legislativa civil y penal a la hora de tratar los actos contra la propiedad intelectual, sumado a la reciente ampliación de supuestos previstos en el Código Penal español para esta materia, ha generado situaciones de indeterminación jurídica donde no queda claro qué legislación debe aplicarse. El presente artículo intenta poner en orden las diferentes contradicciones e indefiniciones que se encuentran al aplicar el Derecho Penal para castigar dichas infracciones. Igualmente, se intenta clarificar la tipología de actos ilícitos previstos en la ley penal, con el objetivo de establecer los límites entre éstos y las previsiones de la Ley de la Propiedad Intelectual.

PALABRAS CLAVE: delito contra la propiedad intelectual, derecho de autor, principio de intervención mínima, proporcionalidad, proceso civil.

ABSTRACT: The current situation of a civil and criminal legislative duality when dealing with acts against intellectual property, as well as the recent expansion of provisions in the Spanish Penal Code on this matter, has created a state of legal uncertainty where it is not clear what law should be applied. This paper tries to sort out the various contradictions and uncertainties that appear when applying the criminal law to punish such offenses. Also we attempt to clarify the typology of acts provided under the criminal law, with the aim of establishing the boundaries between these and the ones prescribed by the Spanish Intellectual Property Law.

KEY WORDS: intellectual property crime, copyright, principle of minimum intervention, proportionality, civil proceeding.

SUMARIO: 1. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DELITO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 2. LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 3. LAS CONDUCTAS TÍPICAS PREVISTAS. 4. PROBLEMÁTICAS ANTE LA ATENUACIÓN Y LA AGRAVACIÓN DEL DELITO. 5. POSIBLES VÍAS DE INTERPRETACIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONFIGURACIÓN GENERAL DEL DELITO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La preocupación existente en el ámbito político-legislativo sobre la creciente infracción de la propiedad intelectual a nivel global llevó al legislador español, al igual que en otros ordenamientos de nuestro entorno, a plantear nuevas vías de protección para una materia tan particular. Fruto de ello, el ámbito civilista clásico de regulación de la propiedad se consideró incompleto para sancionar los ilícitos al derecho de autor, por lo que se incorporó al Derecho Penal un tipo propio para el delito contra la propiedad intelectual en la parte especial de nuestro Código Penal. No obstante, la convivencia de ambas legislaciones sobre una misma materia no es siempre pacífica: la calificación de un mismo supuesto ante ambas puede convertirse en una tarea compleja desde el punto teórico. Además, optar por la vía penal para obtener una sanción más rigurosa conlleva en ocasiones que determinadas infracciones del derecho de autor acaben fuera del ámbito penal, por la necesidad que la conducta cumpla con todos los elementos del tipo delictivo.

Así pues, si nos centramos en los mecanismos de tutela de los derechos de propiedad intelectual en España¹, parecería *a priori* que la legislación penal² pudiera

¹ La primera mención expresa como delito aparece en el Código penal de 1987 pues anteriormente, la concepción del mismo era el de una ley en blanco, con una obvia falta de preocupación clara hacia los derechos morales. Será en el art. 534 de dicha ley donde el aspecto moral del derecho de autor encontrara protección en su tipo básico, desplazándose el ánimo de lucro fuera del mismo y considerándolo un agravante. Lo cierto es que a consecuencia de la LPI de 1987, los artículos relativos al delito de propiedad intelectual del CP se vieron influenciados por la misma, de tal forma que se dio reconocimiento a la esfera personal del autor. Posteriormente, El CP 1995 modificó esta visión y volvió a resaltar el elemento patrimonial de estos delitos. Por ello, se exige la existencia de ánimo de lucro para que exista delito, si bien no se requiere que se produzca un daño efectivo a un tercero. De ahí su inclusión en la parte de delitos contra el patrimonio y su complementariedad con la LPI de 1996. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ROBLES PLANAS, R., *¿Cómo absolver a los "top manta"?* (Panorama jurisprudencial), *InDret*, 2007, p. 3.

² Art. 270 CP: "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,

presentar los mecanismos más efectivos para la aplicación de la sanción más severa a los autores de la lesión sufrida por los titulares de los derechos en cuestión. En todo caso, la práctica jurisdiccional nos lleva a ver que la gran mayoría de casos, por una cuestión de economía procesal y agilidad, son resueltos en vía civil³, si bien, como veremos en este artículo, algunos supuestos quedan reservados para un proceso penal, debido a sus especiales características. La problemática surge cuando la vía penal acaba siendo contraproducente para el perjudicado en sus derechos de propiedad intelectual, pues la tramitación penal supondrá en muchas ocasiones un proceso de mayor duración y menos amoldado a la voluntad de las partes, en contraposición con el principio de justicia rogada del proceso civil.

Al analizar el delito de propiedad intelectual, observamos que el objeto de la acción penal recae sobre la obra literaria, artística y científica⁴, valiéndose del criterio definitorio del art. 10.1 LPI, el cual contiene una enumeración genérica del tipo de creaciones protegibles por el derecho de autor. El propio artículo contiene una previsión abierta, por la que se prevé que cualquier tipo de obra diferente a las mencionadas en el articulado podrá tener cobijo en la ley si ésta cumple los requisitos de protección previstos en ella. Eso nos lleva a preguntarnos, si sería posible extender el delito previsto en el art. 270 CP a creaciones no previstas en la LPI. Lo cierto es que el mismo principio de intervención mínima desaconseja aplicar un criterio de cláusulas abiertas, siendo necesario seguir la vía interpretativa clasificadora que ofrece la LPI; de otra manera, se acabaría generando una situación de inseguridad jurídica, pues se trasladaría al criterio del juez penal *ad hoc* la decisión de qué tipo de obras son o no obras objeto de la propiedad intelectual. Debe tenerse en cuenta que el Derecho Penal versa su protección sobre el objeto de la obra, más allá del acto creativo de la que derive.

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".

³ La vía contenciosa-administrativa queda limitada para impugnaciones de actos de trámite realizados por el Registro de la Propiedad Intelectual. (art. 25 Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual), si bien, como veremos posteriormente, el anteproyecto de reforma de la LPI prevé la autorización judicial en esa vía para ejecutar medidas contra prestadores de servicio de la información por parte de la Comisión de la Propiedad Intelectual.

⁴ Más allá de las obras, el CP protege expresamente la obra fruto de la transformación, la interpretación y la ejecución de las mismas. La reforma del CP de 1995 suprimió el tipo cualificado que remitía a la modificación "sustancial de una obra no autorizada", por la dificultad que presentaba apreciar o no por parte del juez esa conducta. Así, actualmente solamente queda dentro del ámbito penal la figura del plagio, dejando la transformación y sus efectos para la LPI.

En una comparativa sobre la legitimación activa entre ambas legislaciones, destaca el hecho que, en el proceso penal, ésta recaerá sobre el perjudicado por el delito, entendiéndose con ello los titulares de cualquier derecho y los cesionarios⁵ de éstos (según el caso los perjudicados se extenderán a los intérpretes y ejecutantes). Fuera de estos casos, deberá ser la LPI la que ofrezca resarcimiento por las infracciones perjudiciales para otros participantes de la creación intelectual, como sería el caso de traductores, arreglistas, adaptadores, etc.⁶. En esta cuestión, parece excesiva la equiparación que el CP realiza de los derechos del autor de la obra y de los intérpretes y ejecutantes. En contra del criterio seguido por la LPI, que separa los derechos de autor de los llamados "derechos conexos", no se entiende que la percepción unificadora que ya hacía el antiguo art. 534 bis a) del CP de 1973 se haya trasladado a la redacción actual⁷.

Además, otra diferencia entre ambos procesos se da en la posibilidad de iniciar el proceso penal de oficio. Cualquier juez⁸ podrá hacerlo cuando aprecie delito y cuando la infracción afecte a "los intereses generales o a una pluralidad de personas", tal y como establece el art. 287 CP. Finalmente, la legitimación pasiva recaerá sobre el autor

⁵ Tal y como acreditó la SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2005: "*Del propio tenor del artículo 270 se desprende que el legislador penal no ha querido proteger únicamente a los autores en cuanto titulares originarios de la propiedad intelectual de la obra por ellos creada, sino que ha querido proteger también a los titulares de todos los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual y a sus cesionarios (de ahí que en el inciso final del párrafo primero del art. 270 CP haya empleado una expresión tan amplia como "la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios")*".

⁶ Podrán formar parte igualmente del proceso penal el ministerio fiscal o las mismas entidades de gestión. La legislación penal prevé que cualquiera ponga en conocimiento de la fiscalía los hechos constitutivos de delito contra la propiedad intelectual. Por tanto, cabe la posibilidad que se inicie el proceso sin que el perjudicado sea quien efectúe la denuncia. Además, el art. 101 LECr prevé incluso la participación de la acusación popular. En el caso de la SGAE en España, se ha discutido si gozan de plena legitimación para actuar en el proceso, puesto que pese a que pueden ostentar la cesión de los derechos patrimoniales, no toman de forma plena la posición del autor de la obra ante la interposición de acciones penales, ya que algunos derechos del ámbito moral no pueden ser en ningún supuesto transferidos. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios... cit.*, p. 788.

⁷ QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., "De los delitos relativos a la propiedad intelectual" en MORALES PRATS, F. (Coord.), QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Aranzadi, Navarra, p. 792.

⁸ La reforma del Código penal de 2003 introdujo la persecución de oficio para los delitos contra la propiedad intelectual; cuando un juez de lo civil que conozca sobre la materia aprecie elementos susceptibles de ser considerados como delito, informará al Ministerio Fiscal (art. 40 LEC). SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012, p. 383.

del delito tipificado en el art. 270 y 271 del CP, así como sus inductores, cooperadores, y cómplices necesarios para la ejecución material del delito⁹.

2. LOS ELEMENTOS DEL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

En una primera aproximación, la distinción entre el ilícito civil y el penal no parece tan clara, en tanto que los hechos que generan la infracción son similares (reproducción, plagio, distribución, comunicar sin autorización, etc.). La diferencia debe buscarse, en primer lugar, en la esfera subjetiva del tipo, es decir, en la intencionalidad del infractor¹⁰. En el supuesto civil, no tiene importancia la voluntariedad de la acción, pues lo relevante será si la infracción se ha cometido de forma objetiva¹¹. Por el contrario, en el delito de propiedad intelectual es importante reseñar el concepto de "consciencia de la ajenidad", que implica que el autor del ilícito es consciente o haya podido saber que está usando una obra que no es de su titularidad, si bien no es relevante que deba saber a quién pertenece la obra concretamente. Para que haya dolo, es suficiente que la conducta abarque los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Es decir, el tipo queda desligado de la "especial consciencia" de lesionar los derechos del

⁹ Para la determinación del autor penal, y debido a la necesidad en algunos de los supuestos de valerse de instrumentos técnicos para su realización, el CP asume la clasificación de responsabilidad prevista para los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (art. 30), que excluye criminalmente a los cómplices y a quienes los hubieren favorecido personal o realmente. Igualmente, se trata de delitos derivados de una "simple actividad" dónde su consumación se da por el mero hecho de realizar la conducta típica, de forma que no es preciso que, además, se genere un resultado distinto y separable espacio-temporalmente de dicha conducta; por tanto, afirma QUINTERO OLIVARES que podrán darse supuestos de coautoría, pero no así de participación, como tampoco cabría la tentativa. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios... cit.*, p. 798.

¹⁰ Tomemos por ejemplo un proceso penal en materia de plagio, donde el infractor tendrá pleno conocimiento que con su conducta está usurpando la condición de autor de un tercero, apreciándose la voluntad de consumir el delito bajo estas circunstancias.

¹¹ La inclusión en el art. 270.3 CP de determinadas conductas peligrosas (fabricación y puesta a disposición) o de actos preparatorios (la posesión de medios técnicos para saltarse las protecciones tecnológicas de la obra) amplía el ámbito de intervención penal, en un intento de contrarrestar este tipo de conductas, cada vez más habituales en los supuestos de infracción de derechos de propiedad intelectual, si bien dichas conductas deben considerarse en relación con el riesgo de lesión de los derechos de propiedad intelectual y no en abstracto. RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A., BERGARECHE MENDOZA, N., "Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet", *Actualidad Jurídica*, número 17, Madrid, p. 59.

autor¹², por lo que la exigencia de un dolo directo no se considera requisito, si bien el dolo eventual si se entiende posible, ante la no necesidad de intención de daño.

Igualmente, la gravedad del daño producido también será determinante para iniciar la causa penal. Así, el dolo incorpora la noción de "en perjuicio de tercero", entendido como el conocimiento que su acción es idónea para producir dicho perjuicio y aún así decidir realizarla¹³. La interpretación de este concepto también presenta una desigual perspectiva desde el ámbito penal: si se entiende desde un punto subjetivo, donde el ánimo de perjudicar es lo relevante, entonces el espectro se amplía notablemente; si por el contrario se objetiva el perjuicio¹⁴, la esfera del delito se contrae considerablemente. En todo caso, y entendiendo que en la mayoría de los casos impera por parte del infractor un afán lucrativo¹⁵ y no un ánimo voluntario de dañar el derecho de autor¹⁶, intención que a su vez se presentaría difícil de probar, parece más coherente considerarlo como un elemento objetivo del tipo. Por tanto, el perjuicio de tercero, el cual incluye el lucro cesante, exige que la conducta realizada dañe o sea objetivamente capaz de dañar la esfera patrimonial del autor.

¹² Igualmente importante para la consideración penal será el elemento formal de la divulgación. De tal forma que, para que se consuma el delito, será necesario que la obra infractora sea divulgada y que el público haya tenido acceso a la misma, con el consiguiente perjuicio para el autor de la obra original. Cuando el acto queda reducido a la esfera del sujeto infractor, entonces éste quedaría fuera de la esfera penal. GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 237.

¹³ RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 405.

¹⁴ Tal y como han considerado diferentes sentencias en relación a la venta callejera, al entender que no podía reconocerse que una venta de copias poco elaboradas de películas generara un daño objetivo a las potentes distribuidoras internacionales del sector del cine (SAP Las Palmas, Secc. 2ª, de 7 de febrero de 2007). Existen no obstante, opiniones contrarias a la despenalización de dicha conducta, como argumenta la SAP de Madrid (Sección 15ª), de 24 de enero de 2011: "(...) aunque puede perfectamente comprenderse que se discrepe en el plano político-criminal de la punición de esa clase de conductas cuando son perpetradas por sujetos inmigrantes en paro laboral, lo que no cabe es que solvente su discrepancia axiológica aplicando sus propios criterios frente a los que ha impuesto el legislador cuando tipifica ciertos comportamientos por considerarlos reprochables en el ámbito penal. El juez se halla sometido al principio de legalidad penal y ante una conducta típica sólo le cabe aplicar la ley, si bien cuenta con instrumentos jurídicos idóneos para ajustar la decisión al caso concreto, aplicando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y adecuando la cuantía punitiva a las circunstancias personales del autor que se dan en cada supuesto específico. Entendemos que no cabe, en cambio, destipificar de facto la conducta en el marco jurisdiccional con el argumento de que no se trata de comportamientos que no generan repulsa social".

¹⁵ En los actos de menor cuantía como por ejemplo la piratería a pequeña escala, parece complicado afirmar que se produzca un efectivo perjuicio al titular de los derechos de la obra; en tanto que los beneficiarios de las copias no parecerían muy propensos a comprar el material original, la pérdida producida tendrá difícil comprobación. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ROBLES PLANAS, R., *¿Cómo absolver... cit.*, p. 12.

¹⁶ RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal... cit.*, p. 347.

En conexión con lo anterior, la mención del ánimo de lucro debe interpretarse como un elemento subjetivo del tipo ligado de nuevo al elemento patrimonial, con el efecto de descartar la responsabilidad penal cuando éste no exista o se trate de montantes insignificantes, ligado al principio de intervención mínima del Derecho Penal¹⁷. En algunas sentencias, como la SAP Barcelona, de 15 de junio de 2004, se interpreta el ánimo de lucro con respecto a los delitos de propiedad intelectual en base a la exigencia de que exista una finalidad comercial, además del beneficio económico obtenido, si bien puede discutirse a este pronunciamiento que cuando el código ha exigido esta finalidad en el tipo, lo ha mencionado expresamente¹⁸. No obstante, en determinados supuestos como los que rodean el acto de copia privada, se han generado dudas sobre si es correcto excluir en todo caso la ilicitud de este tipo de actuaciones llevadas a cabo sin autorización del titular. En el ámbito legislativo europeo, en un intento de arrojar luz a este debate, la Comisión presentó en el año 2005 una propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual¹⁹, en la que su art. 3 establecía que para la consideración de delitos penales contra la propiedad intelectual, éstos debían responder a infracciones en el ámbito comercial. En España, por influencia de este pronunciamiento comunitario, la Fiscalía General del Estado emitió una circular en 2006²⁰ en la que establecía que no debía interpretarse de forma expansiva la concepción del requisito de lucro que impone el art. 270 CP, pues debía reducirse al "sentido estricto del lucro comercial", pues la naturaleza especial de la propiedad intelectual, que afecta a bienes inmateriales, hace necesario que el concepto de ánimo de lucro que el Tribunal Supremo aplica a los delitos sobre el patrimonio no sea efectivo en estos casos.

Por lo que respecta a la valoración del daño sufrido por el titular de la obra, el CP no deja claro qué debe entenderse por "especial gravedad del daño causado". Es

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo... cit.*, p. 385.

¹⁸ Como en los supuestos de delitos contra la propiedad industrial, previstos en los arts. 273 y ss. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ROBLES PLANAS, R., *¿Cómo absolver... cit.*, p. 9.

¹⁹ 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 Decisión Marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de las infracciones contra la propiedad intelectual, de 12 de julio de 2005 (SEC 2005 848).

²⁰ Circular 1/2006 Sobre los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la Reforma de la Ley Orgánica 15/2003 (http://aui.es/IMG/pdf_CIRCULAR1-2006-FISCALIA.pdf)

decir, si deberemos ceñirnos a los daños materiales expresamente acreditados, o cabe incluir todos aquellos perjuicios sufridos por el titular, como serían el lucro cesante y los daños morales. Eso tiene repercusión para los casos de transformación, pues como hemos visto, este es un supuesto donde el derecho moral del autor puede verse afectado. En todo caso, la ausencia de mención alguna al aspecto moral y la clasificación del delito de propiedad intelectual en el CP dentro del título dedicado a los delitos contra el patrimonio hacen pensar que el legislador no tenía la intención de protegerlos mediante esta jurisdicción.

Como vemos, el Código Penal parece concentrar exclusivamente la esfera del delito contra la protección intelectual en su esfera patrimonial, tal y como sugiere su inclusión dentro del *título XIII, dedicado a los delitos* contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Pero eso supone establecer una protección incompleta para el autor intelectual, si tenemos en cuenta que algunos de los delitos tipificados, como el plagio, pueden tener efectos perniciosos más allá de la parte patrimonial y afectar la esfera moral del autor²¹. Esta visión se refuerza en la configuración del propio delito en concreto, dónde se exige la existencia de ánimo de lucro para su tipificación penal, lo que refuerza el carácter patrimonial al que la ley penal vincula a la protección de la propiedad intelectual²². De ello se deriva, que aún cuando se produzca una lesión del ámbito moral del derecho de autor, éste no será tipificado como delito si no afecta igualmente a su esfera patrimonial y cumpla los elementos del tipo exigibles, como son el ánimo de lucro y el perjuicio a un tercero²³. Para su resarcimiento, deberemos acudir al ámbito civil que alberga la LPI.

Por último, observamos que un elemento necesario para la consideración del tipo penal será la ausencia de autorización por parte del autor o sus cesionarios de derechos. No obstante, son múltiples las circunstancias donde aparecen dificultades para

²¹ Es por ello que parece más recomendable seguir el criterio de la mayoría de legislaciones modernas, entre ellas Ley de Derecho de Autor alemana de 1965, que han optado para otorgar a los delitos de la propiedad intelectual una tipología única y diferenciada de los delitos patrimoniales y personales, entendiendo que en estos casos no sólo se produce una lesión económica, si no que el daño tiene una transcendencia sobre el acervo cultural de una sociedad, lo cual merece para ellos una clasificación y protección individualizada. VEGA VEGA, J.A., *Protección de la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2002, p. 226.

²² GÓMEZ RIVERO, M.C., *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 106.

²³ MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 219.

esa consideración, en particular para los supuestos donde la LPI reconoce múltiples autores, como podría ser las obras conjuntas, las obras cinematográficas o los programas de ordenador, que la LPI regula individualmente en un título propio. Ante esta situación, el Derecho Penal se regirá por un criterio de seguridad jurídica y mínima intervención, al entender que se existe falta de autorización cuando se dé una ausencia clara e indudable de permiso suficiente, objetivamente y subjetivamente, y además dicha autorización sea indefectiblemente necesaria²⁴. Igualmente, la autorización presenta límites temporales y de extensión. Así, cuando el cesionario realice una conducta que exceda el fin por el que fue autorizado podrá apreciarse un delito si se dan los elementos del tipo, ya que se estará realizando un acto que traspassa la voluntad expresada por el autor en la cesión.

Pero de nuevo, no todos los casos se postulan con la misma claridad: pongamos como ejemplo la celebración de un concierto con gran afluencia de público; con la tecnología presente en los dispositivos móviles actuales, la facilidad para realizar fotografías o grabaciones audiovisuales de partes sustanciales de la actuación queda al alcance de cualquiera. Entonces, cuando este hecho se produce, y lo cierto es que se da en gran número y en multitud de espectáculos, ¿quiere decir que el artista consiente tácitamente la grabación y posterior comunicación? Parece difícil creer que esto sea así. Más bien estaríamos ante una imposibilidad logística por parte del intérprete y del organizador del evento para impedir la conducta descrita. En contraposición, en los supuestos de actuaciones en salas más reducidas o teatros, donde dicho control es posible, esta actividad es efectivamente prevenida y se sanciona a los infractores, por lo que la voluntad de los titulares de derechos sobre dichas acciones parece clara.

3. LAS CONDUCTAS TÍPICAS PREVISTAS

El delito de propiedad intelectual no permite realizar una interpretación extensiva de los supuestos de hecho, más teniendo en cuenta el principio de prohibición de analogía en este ámbito del derecho, por lo que en la redacción del artículo 270 CP

²⁴ Ante un posible error de tipo (por entender, p.ej., que se trataba de una obra en dominio público), una forma de solucionarlo sería la exigencia de que ésta se diera por escrito, si bien la práctica contractual prevé la posibilidad que se dé tácitamente. En ese sentido, la LPI (art. 45 LPI) prevé para la transmisión de derechos que ésta se realice de forma escrita.

encontraremos las únicas conductas infractoras que pueden constituir delito: reproducción, plagio, distribución y comunicación pública.

En la **reproducción**, que consiste en la realización de copias del conjunto o una parte sustancial de una obra, será determinante para la intervención penal el elemento cuantitativo de la actividad. Teniendo en cuenta este criterio, el primer problema será establecer que "cantidad" es relevante para el tipo penal, dejando de lado la excepción de copia privada de la LPI. Por otro lado, aún en aquellos supuestos donde quede probada una reproducción en gran cantidad, puede darse la situación que cada una de éstas se realice por distintos usuarios para uso privado: tomemos como ejemplo la práctica habitual de fotocopiar un mismo libro por una colectividad de estudiantes. En este caso, a pesar del perjuicio objetivo que supone tal reproducción para el autor, la persecución penal de la acción no tendría lugar por no ser perseguible la conducta de cada estudiante de forma individual, dándose una "inversión del delito masa", con múltiples actores actuando contra los derechos de un solo titular.²⁵

Dentro de la discusión sobre reproducción, piratería y copia privada, una nueva tecnología parece estar en el centro de la discusión²⁶. Se trata de la técnica *Peer to Peer*, comúnmente conocida como "*P2P*", que permite el intercambio *online* de archivos de todo tipo entre ordenadores particulares mediante multitud de aplicaciones, tales como el correo electrónico o los populares chats. El debate se ha centrado en si estos intercambios de contenidos sin finalidad comercial entre usuarios deben tener cobijo en la concepción de copia privada que prevé la LPI en su art. 31.

En nuestros tribunales podemos encontrar diferentes sentencias²⁷ que clasifican a la actividad "*P2P*" dentro del concepto de copia privada, cuya interpretación podría resumirse en las conclusiones de la siguiente sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander de 14 de julio de 2006, en la cual se absolvió a un usuario particular de un

²⁵ En todo caso podría perseguirse al "fotocopiador" material, siempre que pudiera probarse que todas las copias fueron realizadas por un único sujeto. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 58.

²⁶ VEGA VEGA, J.A., *Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 1999, p. 180.

²⁷ En el mismo sentido, sobre el concepto de copia privada y intercambio de archivos se pronuncia la AP de Barcelona (Sección 15ª), en Auto núm. 202/2009 de 15 diciembre (JUR 2010\117178), en un caso en que la demandante, "Milcap Media Group, S.L.", sociedad dedicada a la producción y distribución de películas alegó que, a través de redes de intercambio de ficheros en Internet se había producido un intercambio masivo de sus películas por parte de usuarios privados, con la consiguiente infracción de sus derechos de propiedad intelectual.

delito contra la propiedad intelectual por el uso del sistema "P2P" para intercambiar canciones con otras personas. La sentencia, si bien parece ignorar la posibilidad de calificar los hechos en todo caso como un ilícito civil, sigue el criterio de intervención mínima del Derecho Penal, reservándolo para aquellos actos más gravosos²⁸ contra los bienes protegidos por el derecho de autor. El tribunal reconoce *"la posibilidad que el art. 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito. Entender lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en lo que el fin no es ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado"*.

No obstante, este criterio no es unánime en la doctrina, pues algunos autores defienden que dicho criterio sería contrario al espíritu de la LPI²⁹. La argumentación en contra de aceptar el sistema "P2P" como una forma de copia privada es porque, mediante esta tecnología, una comunidad ingente de usuarios acaba lucrándose de este intercambio generalizado y global de archivos. Lo cierto es que debe reconocerse que dicha técnica, si bien se realiza por usuarios anónimos ajenos al tráfico comercial, no deja de producir un impacto en aspecto económico de la industria en cuestión. Pues aquí no estamos hablando de la pretérita copia de una *cassette* entre amigos, sino que la realidad de la red global de internet acaba generando un tráfico de millones de copias de archivos protegidos por el derecho de autor. Eso conlleva que los usuarios de un sistema "P2P" tengan la posibilidad de obtener una cuasi ilimitada colección de obras de forma gratuita. Si bien, supuestos así deberían quedar fuera de la clasificación penal por la ausencia de un ánimo de lucro, en el ámbito civil por el contrario parece acertado limitar

²⁸ Un reciente estudio del *Joint Research Centre* de la Comisión Europea concluye que la posibilidad de acceder a contenidos protegidos en webs piratas acaba teniendo un impacto positivo en las ventas en tiendas de música legales. Se observa que la posibilidad de acceso al producto a modo de prueba conlleva la posterior compra legal de artículos que no se venderían si no se pudiera probarlos ilícitamente. Es decir, parece concluir que si bien existe infracción del derecho, el daño patrimonial a la industria es relativo. AGUIAR, L., MARTENS, B., *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, European Commission, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological Studies, 2013 (<http://ipts.jrc.ec.europa.eu/publications/pub.cfm?id=6084>)

²⁹ Art. 40 bis de la LPI actúa como una cláusula de cierre para salvaguardar los derechos de autor: *"Los artículos del presente capítulo 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"*.

la interpretación del concepto de copia privada, por el hecho que extenderlo a supuestos tan expansivos como éste acabaría deformando la idea de excepcionalidad sobre la que se basa el concepto previsto en el art. 31 de la LPI, ya que el uso colectivo de una copia excede la concepción legal de copia privada³⁰, entre otras cosas porque el acceso a ella se realiza sin la necesaria autorización.

La segunda conducta típica prevista en el art. 270 CP, el **plagio**, se define por la doctrina como el aprovechamiento del esfuerzo creador ajeno para presentarlo al público como propio³¹. El plagio tendrá relevancia penal en aquellos supuestos en que se produzca una reproducción de una creación ajena que con su posterior distribución o comunicación pública bajo el nombre del plagiador, genere un perjuicio patrimonial al autor plagiado. Será la explotación económica de la obra plagiadora la que determine la existencia del tipo del art. 270 CP. Por lo tanto, el resarcimiento del derecho de paternidad que acompaña a este ilícito no tendrá resolución en esta estancia, quedando reservado al ámbito civil.

Una parte de la doctrina separa el plagio literal del plagio en lo sustancial para determinar la relevancia penal de la infracción, entendiendo que el ámbito penal sólo tratará aquellos casos donde se trate de copias serviles de obras en su aspecto formal, dejando la cualificación de supuestos de plagio en lo sustancial para el ámbito civil³². Si se aplicara este criterio, la parte más significativa de los casos de plagio quedarían fuera del ámbito penal, por muy relevante que fuera el daño patrimonial sufrido por el autor plagiado, ya que la técnica plagiadora suele realizar modificaciones sobre la obra usurpada, precisamente para disimular la conexión entre ambas. Por ello, nos situamos

³⁰ En esa dirección se encuadra el actual anteproyecto de ley de reforma de la LPI. En su texto, se incluye la modificación del art. 25 LPI: "*no tendrán la consideración de reproducciones para uso privado las realizadas mediante equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de copias privadas*". Igualmente, el art. 31.2 LPI queda modificado, estableciendo que la licitud de la copia privada depende de que se acceda a ella a través de un acto legítimo de comunicación pública y que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa.

³¹ Lo que lo diferencia de otra conducta como la falsificación, donde si bien se copia la obra en lo sustancial, se mantiene igualmente el autor originario con el fin de obtener un rédito económico en su posterior venta, en contraposición con lo que ocurre con el plagio, donde se le suplanta. De dicha acción se derivarán dos posibles efectos judiciales: la denuncia de un delito de estafa por el comprador y, ya que la falsificación no goza de una acción propia en vía penal para el autor afectado, éste deberá regirse por las previsiones de la LPI para restituir su reputación un supuesto de reproducción (o transformación) no autorizada. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios... cit.*, p. 794.

³² RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal... cit.*, p. 312.

más cerca de otros posicionamientos existentes³³, que valoran la existencia de tipicidad en relación a la importancia cualitativa y cuantitativa de la parte copiada en relación a los efectos sobre la explotación económica normal de la obra perjudicada (lo que afectaría al título, cuando se usase con intención de confundir al público). Esta ampliación de los supuestos de valoración penal implicaría, por un lado, que supuestos gravosos de alteraciones con fines plagarios pudieran ser castigados con mayor severidad, pero a la vez, obligaría a los tribunales a valorar en cada supuesto cuando la parte tomada y reutilizada es de suficiente relevancia patrimonial para ser considerada por el Derecho Penal³⁴. Desde el punto de vista del dolo, deberá entenderse para el Derecho Penal que éste se da cuando se compruebe que el demandado tenía conocimiento de que existía una obra anterior. En el supuesto de plagio, no cabe duda que el que lo realiza es consciente de que está incorporando una obra ajena³⁵, pues si no se diera, nos encontraríamos ante un supuesto de error de tipo. La ley prevé la posibilidad de este error, ante supuestos donde el infractor creía que no necesitaba de autorización para utilizar la obra en cuestión, por entender por ejemplo, que se trataba

³³ MIRÓ LLINARES, F., *La protección... cit.*, p. 384.

³⁴ Esa calificación en vía judicial está presente en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 27 de julio de 2000, que si bien estimó que en el caso en cuestión se había producido un plagio, desestimó su relevancia penal por la poca trascendencia económica y contextual del mismo: "*Lo que esta Sala cuestiona es que el hecho indudablemente ilícito realizado por los condenados recurrentes tenga trascendencia penal. Ha de observarse que se trata sólo de un temario, relativo a una materia muy concreta, y de muy limitada extensión. Y ha de tenerse en cuenta que la repercusión que el plagio ha tenido para «Cossío» ha sido mínima. (...) Cuando los hechos tienen tan escasa trascendencia, en una materia en la que la Ley de Propiedad Intelectual ofrece cauce para accionar en la vía civil, la jurisdicción penal debe reservarse para aquellos casos de mayor gravedad. Obviamente, existiendo la conducta específica agravada regulada hoy en el artículo 271, no se exige para que el delito contra la propiedad intelectual exista que el perjuicio sea de extrema o especial gravedad, pero sí se requiere que, al menos, sea de cierta gravedad, pues la Ley Penal no ha de utilizarse para todo*". SAP Cantabria, Sección 3ª, núm. 76/2000, de 27 julio de 2000. (ponente Agustín Alonso Roca). (ARP 2000\2437).

³⁵ En el sentido inverso al plagio, encontramos un ejemplo de suplantación de la personalidad del autor que ha sido analizado por la jurisdicción penal; aquí no se da una apropiación del trabajo del autor ajeno como propio, si no que sólo se saca provecho de su imagen y fama entre el público. Son los supuestos de realización de versiones de otros autores (mayoritariamente de obras musicales), realizadas sin obtener la oportuna autorización y con la voluntad de usurpar el prestigio de dicho cantante. La técnica habitual (como podemos ver en la STS, Sala de lo Criminal, de 14 de febrero de 1984, ponente Fernando Díaz Palos. RJ 1984, 1129), es registrar los temas con músicos anónimos y publicar el disco como si se tratara del artista original. Desde la perspectiva del derecho penal, parece que no es posible apreciar la tipicidad de un supuesto así, pues no coincide con los elementos del plagio. En todo caso, deberíamos considerar si sería posible apreciar un concurso de delitos contra la propiedad intelectual con un delito contra los consumidores o de estafa, previstos en los arts. 282 y 248 CP respectivamente. La conclusión sería que, en supuestos como estos, el reconocimiento del delito de estafa quedaría reservado en aquellos casos que la obra distribuida fuera de calidad y precio similar al producto original, y fuera entonces capaz de engañar a los consumidores, o en el supuesto de que se utilizasen elementos identificativos (como el título) o gráficos de la obra original, hecho que podría considerarse igualmente delictivo. VEGA VEGA, J.A., *Protección... cit.*, p. 278.

de una obra en dominio público. La casuística particular de cada supuesto nos llevará a considerar si el error era vencible o invencible. Es importante por eso reseñar el concepto de "consciencia de la ajenidad" entendido como que el autor del ilícito es consciente o haya podido saber que está usando una obra que no es de su titularidad, si bien no es relevante que deba saber a quién pertenece la obra concretamente. Si nos atenemos a la realidad actual que rodea el derecho de autor, con constantes campañas institucionales en las que se informa del peligro de la piratería para la producción cultural, parece difícil de probar que alguien pueda desconocer que las obras intelectuales tienen titulares con exclusividad sobre su utilización; sólo en casos muy concretos podría apreciarse un error de prohibición que excluyera la culpabilidad, cuando se aprecie que el infractor, por sus circunstancias personales o de extracción social, desconociera por completo la realidad jurídica de estos bienes³⁶.

Observamos que el art. 270 CP menciona únicamente la obra fruto de la **transformación** como parte de la tutela de protección del derecho³⁷, por lo que serán objeto de protección las obras previstas como obras derivadas en el art. 11 LPI y por extensión las colecciones del art. 12. La reforma del texto en 1995 suprimió el tipo cualificado que remitía a la modificación "sustancial de una obra no autorizada", por la dificultad que presentaba apreciar o no esa conducta. El texto actual protege únicamente al autor de la obra fruto de la transformación, siempre que esta haya sido realizada lícitamente, ante las acciones previstas expresamente en el artículo 270 CP (reproducción, plagio, distribución y comunicación pública), quedando excluida de responsabilidad penal la conducta tendente a transformar una obra ajena sin autorización del titular³⁸, cuyas repercusiones deberán ser resueltas por la LPI. En todo caso, la calificación penal de los efectos de el uso ilícito del fruto de la obra fruto de una transformación se establecerán en base a la gravedad del injusto, que vendrá determinado mayormente por la cuantía en que el infractor se haya lucrado por el uso no autorizado de la obra protegida por la propiedad intelectual³⁹. En conclusión, será el

³⁶ RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal... cit.*, p. 436.

³⁷ Si observamos la redacción del artículo 270 CP, se utilizan los verbos "plagiar" o "reproducir" para definir las conductas tipificadas, mientras que habla de "transformación" como sustantivo para definir el objeto material, no el acto de transformar, al igual que al mencionar la "interpretación y ejecución" de obras. MIRÓ LLINARES, F., *La protección... cit.*, p. 300.

³⁸ RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal... cit.*, p. 244.

³⁹ GÓMEZ BENÍTEZ defiende la necesidad de tener en cuenta todos aquellos perjuicios sufridos por

autor legítimo de la obra transformada el que ostente derechos en vía penal cuando su creación sea reproducida, plagiada, distribuida o públicamente comunicada sin su consentimiento, sin que por ello los derechos del autor preexistente se vean afectados. Pero el acto de transformación, aún cuando incluya los elementos del injusto previstos en el tipo penal, como son la falta de autorización, el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, no podrá incluirse en el supuesto del art. 270 CP⁴⁰. Esto acaba suponiendo de hecho que actos de transformación con grave repercusión económica y que no coincidan con la figura del plagio, quedarán fuera del ámbito penal⁴¹, sólo pudiendo ser perseguibles desde el ámbito civil, cuya severidad en las penas es de menor intensidad⁴². La doctrina busca justificar la exclusión de esta potestad del ámbito penal en el desvalor de la conducta, entendiendo que en definitiva, la infracción se reduce a la falta de autorización para explotar una creación creada por uno mismo. En contraposición, en los otros supuestos tipificados si se da una explotación económica de derechos ajenos. En todo caso, no vemos tan claro que no haya una afectación económica de la esfera del autor preexistente, pues cuando se saca rendimiento económico a una obra derivada creada sin el permiso del autor pertinente, no es descartable que se repercuta negativamente al rendimiento comercial de la obra

el titular, como serían el lucro cesante y los daños morales, como reflejo de la dualidad de intereses morales y patrimoniales, a la hora de cuantificar la indemnización correspondiente, debido a su trascendencia económica. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal... cit.*, p. 181.

⁴⁰ De igual forma, tampoco quedarán incluidas las interpretaciones y ejecuciones realizadas sin consentimiento del artista original. Los derechos de los intérpretes y ejecutantes quedarán protegidos en los art. 105 y de la LPI, que incluirán la potestad en exclusiva de autorizar la fijación de sus actuaciones; pero una vez fijadas en fonograma o grabación audiovisual, o difundida radiofónicamente, serán los productores o las entidades de radiodifusión correspondientes las que podrán ejercer acciones penales contra los actos tipificados en el art. 270 CP sobre dichas obras. MIRÓ LLINARES, F., *La protección... cit.*, p. 333.

⁴¹ Debe diferenciarse el plagio de la falsificación, pues en este caso se realiza una obra pero a la vez se mantiene el nombre del autor original, en contraposición con lo que ocurre con el plagio, donde se le suplanta. La falsificación no goza pues de una acción propia en vía penal para el autor afectado, y deberá regirse por las previsiones de la LPI. QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios... cit.*, p. 794.

⁴² El CP protege únicamente a las obras literarias, artísticas o científicas, lo que dejará fuera a aquellas otras obras previstas en la LPI, como la fijación de sonidos realizada por los productores de fonogramas (art. 114), de imágenes con o sin sonido por los productores de grabaciones audiovisuales (art. 120) o las meras fotografías (art. 128); no obstante, los titulares de estas creaciones podrán ser sujetos pasivos del tipo penal, cuando ostenten facultades económicas sobre las obras expresamente protegidas por la ley penal. GÓMEZ RIVERO, M.C., *Los delitos... cit.*, p. 107 y 166.

original⁴³. Parece más lógico pensar que la no inclusión obedezca a que en la transformación se producen una confluencia de voluntades sobre un mismo objeto que la acercan conceptualmente al derecho contractual regulado por la legislación civil⁴⁴, la cual dispone de mecanismos suficientes para resolver las controversias surgidas (los arts. 134 y ss. LPI prevén mecanismos de cesación para la explotación de obras transformadas ilícitamente, además de mecanismos de cálculo para determinar la indemnización correspondiente), dejando para el Derecho Penal la utilización comercial de la obra transformada, cuando tenga suficiente relevancia económica⁴⁵.

En cuanto a la **distribución**, entendida como el poner al alcance del público en general ejemplares de una obra, de nuevo debemos tener en cuenta el elemento cuantitativo de la actividad⁴⁶. Pero igualmente es necesario hacer una reinterpretación del presupuesto que prevé la LPI para dicha acción, porque de lo contrario no sería posible diferenciarla de la prevista en el CP; así, mientras que la LPI entiende como infracción la puesta a disposición del bien sin más, el CP debe exigir que la acción de entrega se produzca de forma efectiva. Hasta el momento, los tribunales penales no se han expresado inequívocamente sobre el concepto penal de distribución: por un lado, algunas sentencias han optado por importar la noción prevista en la LPI, en cuanto a que el mero ofrecimiento del producto ya constituye distribución, sin necesidad de venta. Este criterio supone que los supuestos de venta callejera, que veremos en mayor detalle

⁴³ Pensemos en una versión musical, cuya aparición puede conllevar que el público acabe dándole preferencia sobre la composición anterior a la hora de adquirir el disco dónde aparece. Si esta se hubiera realizado sin la oportuna licencia, no hay duda que el efecto económico sobre la obra anterior existiría.

⁴⁴ RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal...cit.*, p. 328.

⁴⁵ MIRÓ LLINARES se ha mostrado crítico con la no inclusión del acto de transformación en el CP, y abogan por subsumirlo al concepto de reproducción citado en el art. 270 CP para aquellos supuestos de transformación que conlleven una reproducción, aún parcial, de elementos esenciales de esta obra. En nuestra opinión, si bien compartimos la incompreensión por no incorporar esta potestad en la ley penal, establecer una tipicidad de la transformación por analogía con la reproducción podría acabar generando mayor confusión a la cuestión; primero, porque no toda transformación conlleva necesariamente una reproducción de la obra preexistente (las adaptaciones a otro género pueden realizarse sin afectar al contenido formal de la obra anterior); pero además, y esta es quizás la cuestión determinante, la misma LPI se ha encargado de separar las concepciones de transformación y reproducción bajo el parámetro de la exigencia de originalidad en el resultado de la primera, por lo que la asimilación de ambos conceptos en la vía penal chocaría frontalmente con la regulación específica de la cuestión, que a fin de cuentas sirve al derecho penal para definir el delito de propiedad intelectual. MIRÓ LLINARES, F., *La protección... cit.*, p. 359.

⁴⁶ El art. 270.2 CP es aplicable a todos los sujetos que de forma intencionada, es decir con conocimiento y aceptación, participan en las distintas fases de la distribución de las obras afectadas; el 270.3 CP se dirige especialmente al fenómeno de la "piratería", en concreto pretende perseguir a todos aquellos sujetos cuya actuación busca anular los medios o tecnologías de protección incorporadas a las obras protegidas para evitar su utilización lícita.

en el siguiente apartado, constituirían una actividad penalmente relevante. Por el contrario, si se toma la noción civilista del acto de distribución, la cual no contiene la venta⁴⁷, entonces este tipo de venta no sería condenable. De igual modo, una interpretación del concepto de "distribución" tal y como se da en el CP nos llevaría a entender que la venta no quedaría subsumida en él, pues en otros delitos del código⁴⁸ ésta sí se ha castigado expresamente.

El supuesto de **comunicación pública**, que engloba todo mecanismo de transmisión de las creaciones intelectuales, ha generado debates similares a los mencionados anteriormente para la reproducción y la posibilidad de realizar copias privadas. En este caso, los tribunales han tenido que dirimir sobre si la comunicación pública realizada dentro de redes privadas cerradas (p.ej. las habitaciones de un hotel o comunidades de vecinos) debían considerarse como comunicaciones domésticas, excluidas del tipo previsto en la LPI. Han sido múltiples las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la cuestión de la transmisión de señales de televisión a sus respectivas habitaciones, aunque vale la pena mencionar la STS de 20 de julio de 2010⁴⁹, la cual incorpora el criterio seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sentenció en 2006 que "*la comunicación a través de aparatos de televisión en las habitaciones de hotel queda comprendida en el derecho de comunicación pública de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre dichas emisiones*⁵⁰ donde existe una explotación económica y, por lo tanto, requiere de una licencia de explotación". A pesar de ello, la cuestión no tiene relevancia en el ámbito penal, pues el concepto de "público" para el tipo del 270 CP⁵¹ tiene una interpretación de colectivo generalizado, lo que excluiría los casos de comunicaciones a

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo... cit.*, p. 385.

⁴⁸ La difusión de pornografía entre menores (art. 189.1 CP) castiga al distribuidor y al vendedor expresamente. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ROBLES PLANAS, R., *¿Cómo absolver... cit.*, p. 5.

⁴⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencia de 20 de julio (RJ 2010, 6562)

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a sentencia de 20 de julio (RJ 2010, 6562)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011 (Comentario), Madrid, 2011, p. 1059.

⁵¹ En cuanto a las conductas previstas en el párrafo 2º del art. 270 CP, la importación, exportación y almacenamiento de obras protegidas por el derecho de autor, tan sólo señalar que éste precepto se aplicará en aquellos casos que los sujetos que lo realicen, sean distintos de los que hubieran realizado algunas de las acciones citadas en el párrafo 1º y que acabamos de ver, si bien podrían darse casos de cooperación cuando el almacenaje sea necesario para llevar a cabo la distribución. En todo caso, su relevancia en el plano teórico es limitada ya que para ambos preceptos el artículo prevé la misma pena. En todo caso, el requisito de autorización no se exigirá pues se desprende que se trata de obras conseguidas por medios ilícitos a las que el titular obviamente no ha autorizado su uso.

un grupo de alcance limitado como son los usuarios de una red privada de establecimientos hoteleros o comunidades de vecinos.

Por lo que respecta al "*streaming*" (visualizado en línea de contenidos protegidos), se aprecia un cambio de tendencia jurisprudencial hacia considerarlo como un acto infractor del derecho de comunicación pública. Tomando como referencia la posición reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, sin entender determinante que las retransmisiones en "*streaming*" supusieran un lucro para quien posibilita las mismas o que quedara probada competencia directa con el titular de los derechos de autor⁵², la sentencia amplía el concepto de comunicación pública, quedando incluido en el ámbito del derecho cualquier transmisión de una obra sujeta a derechos de autor que se realiza para un público no presente en el lugar donde dicha comunicación tiene su origen. Aplicando esta interpretación el Tribunal considera que el hecho de que el titular de derechos realice una determinada comunicación pública (en este caso, retransmisión televisiva) no agota su derecho de cara a poder prohibir una segunda comunicación que un tercero realice en un medio diferente (internet)⁵³.

4. PROBLEMÁTICAS ANTE LA ATENUACIÓN Y LA AGRAVACIÓN DEL DELITO

La reforma del CP de 2003 trajo consigo un endurecimiento de las penas, cambiando la pena alternativa de prisión o multa a la pena acumulada de ambas. Es por ello que autores como SILVA SÁNCHEZ entienden que la ampliación de supuestos que se incluyeron en el actual art. 270 sitúa a la esfera penal de la protección del derecho de autor en clara subsidiariedad con la regulación civil⁵⁴, creando una situación donde la

⁵² TJUE, Sala 4ª, de 7 de marzo de 2013, asunto [C-607/11](#), "*ITV Broadcasting*".

⁵³ En España, la jurisdicción penal ha condenado recientemente, en virtud del delito previsto en el art. 270 CP, a una página web que contenía enlaces a otras páginas de descarga de archivos protegidos, así como enlaces "*streaming*". El tribunal consideró que la labor técnica necesaria realizado por los demandados para que se produjera tanto la descarga como el visionado directo del archivo, por la cual recibían ingresos en concepto de publicidad, debía tener la consideración de comunicación pública y comportaba la apreciación de ánimo de lucro. SJ Penal núm. 3 de Valencia, núm. 313/2013 de 24 de junio de 2013 (ponente Jesús Leoncio Rojo Olalla). (ARP 2013\1050); con el mismo criterio, la anterior SAP Vizcaya, Sección 1ª, núm. 530/2011 de 27 de septiembre de 2011 (ponente Reyes Goenaga Olaizola). (ARP 2011\1213).

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo... cit.*, p. 383.

mayoría de los ilícitos previstos por ésta pueden entenderse a la vez como infracciones penales.

La incorporación por la LO 5/2010 del atenuante en razón de "las características del culpable y la cuantía" previsto en el art. 270.1 CP, perseguía la despenalización de ciertas conductas contra la propiedad intelectual que se consideraron de entidad insuficiente para merecer un castigo penal. En concreto, se buscaba redirigir la práctica conocida como "top manta" a la jurisdicción civil, ya que en la misma exposición de motivos de la ley cita "la venta a pequeña escala de copias fraudulentas" en relación al párrafo mencionado, por lo que parece inequívoca la voluntad del legislador, aún cuando la subsunción de venta y distribución en este caso no sea efectivamente cierta.

La reforma de la ley intentó poner orden sobre una cuestión que había generado dos corrientes interpretativas⁵⁵ sobre la forma de castigar esta conducta en los tribunales penales: por un lado, la posición partidaria de la no persecución penal de estas conductas⁵⁶, basándose en las irrisorias cantidades que habitualmente se interceptan a los ejecutores de esta práctica, los cuales a la vez suelen ser población inmigrante con elevado riesgo de exclusión social por su situación económica y en régimen de explotación por los cabecillas de las redes de piratería de dichos productos. Además, atendiendo al principio de proporcionalidad, se entendía que la imposición de una pena penal para una actividad de insuficiente envergadura para dañar el bien jurídico protegido era una respuesta desproporcionada. Por el contrario, algunas sentencias han optado por imponer las penas previstas en el art. 270 CP a los vendedores de "top manta"⁵⁷, basándose en la necesidad de protección de los

⁵⁵ Para ello, se introdujo la substitución de la pena de cárcel por la de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo... cit.*, p. 384.

⁵⁶ Como la reciente SAP Madrid (Sección 6ª), núm. 177/2011 de 4 mayo (JUR 2011\239980), que establece: "*que el denominado coloquialmente "top manta" (...) ha de acogerse en la interpretación de la norma, aquel aspecto del principio de mínima intervención, conforme al cual, ante la duda de tipicidad, en relación con la escasa gravedad de la conducta- delitos bagatela- y la confluencia de otros ámbitos de protección, la aquí enjuiciada debe quedar al margen del reproche penal*".

⁵⁷ Sirva como ejemplo la SAP de Madrid (Sección 16ª), núm. 144/2009 de 13 marzo (ARP 2009\752), que entiende que "*Se puede estar o no de acuerdo con el hecho de castigar estas conductas de distribución y puesta a disposición en venta al público en plena calle de Cd,s y Dvd,s "piratas", pero el legislador a través del artículo 270 del CP, expresamente ha querido reprochar penalmente las mismas. Es posible que existieran otros mecanismos para evitar el deterioro, innegable, de los derechos de autor*

propietarios y explotadores comerciales de los derechos infringidos, pues no debe negarse que la práctica en su conjunto genera pérdidas sustanciales a la industria del entretenimiento, así como a los distribuidores de copias originales.

En todo caso, la dificultad se presenta ante la interpretación de los atenuantes previstos: el primero, en razón a las "características del culpable", por ser una previsión única de este tipo y por la vaguedad del concepto, lo que hace difícil su efectiva aplicación por los tribunales que vean el caso. Como hemos dicho, el juez deberá comprobar que las circunstancias personales del acusado son de tal dramatismo económico que se haya visto forzado a realizar éste tipo de venta; en caso contrario, cuando el demandado realice esta actividad de forma libre y interesada, el atenuante no deberá ser aplicado.

En el segundo atenuante, el beneficio reducido obtenido, entendiendo que debe ser superior a 400 euros para ser delito, ¿en qué punto pasará a no considerarse reducido? Un segundo elemento, en nuestra opinión, todavía comporta una mayor complejidad: la determinación del perjuicio sufrido. Teniendo en cuenta que para determinar la responsabilidad civil del demandado es necesario establecer una relación causa-efecto entre las ventas realizadas por el acusado a título personal y el perjuicio de un negocio en concreto, vemos como de nuevo la indefinición deja en manos de los jueces la aplicación o no del precepto. Es por ello que encontramos numerosas sentencias absolutorias⁵⁸ al optar estas por una interpretación objetiva del daño causado a tercero cuando el ilícito civil y penal son coincidentes, la cuantía insignificante del valor económico del material, en algunos casos, o la ausencia de dolo en relación al

a consecuencia de estas conductas, pero entre dichos posibles mecanismos, el legislador elige el Derecho Penal, sin duda por su mayor eficacia y contundencia".

⁵⁸ "Entendemos que la escasa trascendencia económica (obsérvese que los abultados perjuicios que siempre se reclaman en estos casos se corresponden con lucros cesantes presumidos legalmente pero nunca materialmente constatados), y menos aún lucrativa, que encierran este tipo de operaciones de venta callejera de discos piratas, realizadas normalmente por personas de muy precarios medios económicos (en su mayoría inmigrantes extranjeros de procedencia africana, como en el caso que nos ocupa) que sólo buscan con ello una manera de ganarse la vida (ciertamente ilícita pero, al menos, no violenta ni peligrosa para la salud pública como otras actividades criminales a las que en la praxis forense se pretende muchas veces equiparar), no revisten la gravedad suficiente como para merecer el grave reproche punitivo previsto en el Código Penal, al constituir (como acertadamente señalan las SSAP de Barcelona de 18-1-2006 y 8-2-2006 [ARP 2006, 217]) el último eslabón de otras conductas de incomparable mayor alcance (cuál es la reproducción o distribución al por mayor o en masa de esas obras artísticas sin autorización de sus titulares) y que por el grave riesgo que representan para el bien jurídico protegido sí que serían indudablemente subsumibles en el tipo del art. 270". JP Granada, núm. 6, sentencia núm. 147/2007 de 22 mayo. (JUR 2007\135446)

conocimiento de la ilicitud⁵⁹, las cuales son abiertamente identificables como tales por los compradores, eximen de responsabilidad penal a dicha actividad, ya que la comisión imprudente no tiene castigo en este supuesto.

Finalmente, la letra del artículo todavía contiene una nueva indefinición interpretativa al hablar de "distribución al por menor": en primer lugar, y vistas las diferentes posiciones sobre la relación entre "distribución" y "venta", sería necesario aclarar si la realización de la primera conlleva también la otra. Pero aún cuando no se considerara así, en el supuesto de la venta callejera, lo que queda claro es que es la venta y no la distribución lo que se realiza al por menor. Para aclararnos, parece mejor centrarnos en la exposición de motivos de la LO 5/2010, donde sí habla de "venta a pequeña escala de copias fraudulentas" para comprender que la voluntad del legislador era la de despenalizar dichas conductas, y diferenciarlas de las actividades organizadas de distribución de material ilícito⁶⁰.

Por otro lado, merece la pena detenerse en las formas agravadas previstas en el art. 271. En primer lugar, se califica como tipo cualificado la especial transcendencia del beneficio, sin necesidad que a la vez el titular del derecho se vea perjudicado. Por lo tanto, deberá estarse al beneficio obtenido efectivamente por el infractor; es decir, se tendrá en cuenta las copias realmente vendidas, sin importar las copias confiscadas en el momento de su aprehensión. Igualmente se prevé la especial gravedad del daño causado, si bien aquí se genera la duda de si debemos ceñirnos a los daños materiales expresamente acreditados, o cabe incluir todos aquellos perjuicios sufridos por el titular, como serían el lucro cesante y los daños morales⁶¹. En todo caso, la medición de la gravedad del injusto parece venir determinada mayormente por la cuantía en que el infractor se haya lucrado por el uso no autorizado de la obra protegida por la propiedad intelectual.

⁵⁹ En todo caso, el precio de venta y las características en que se realiza hacen difícil de probar el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta, siendo plausible apreciar un dolo eventual. CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ROBLES PLANAS, R., *¿Cómo absolver... cit.*, p. 7.

⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo... cit.*, p. 386.

⁶¹ GÓMEZ BENÍTEZ defiende la necesidad de tener en cuenta esta dualidad de intereses morales y patrimoniales a la hora de cuantificar la indemnización correspondiente, debido a su transcendencia económica. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal... cit.*, p. 181.

La LO 15/2003 introdujo dos nuevos agravantes a la redacción original del artículo, como son la pertenencia a organización y el uso de menores de edad para realizar las conductas previstas. De nuevo surge una nueva indeterminación ante el concepto de "organización" pues el propio texto incorpora el carácter temporal de dicha asociación para aplicar el agravante, lo que de nuevo deja en manos de los tribunales la posibilidad de aplicar el tipo cualificado. Tomemos como ejemplo las prácticas de los vendedores ambulantes, los cuales suelen moverse en pequeños grupos y colocarse a poca distancia entre sí, con el fin de detectar la posible llegada de la policía y darse a la fuga. En un caso así, el juez podría interpretar que se trata de una asociación delictiva y si por un casual, se encontrara un menor entre los detenidos⁶², el doble agravante acabaría aplicando a una pena de muy poca relevancia económica una sanción que podría llevar a los 24 meses de prisión. A nuestro parecer, la proporcionalidad de la pena exigible al Derecho Penal parecería perderse en un caso así, donde *a priori* es incluso difícil afirmar que se esté cometiendo un delito de forma organizada.

5. POSIBLES VÍAS DE INTERPRETACIÓN

La situación de indefinición del tratamiento penal de la propiedad intelectual obedece, aunque pueda parecer contradictorio, a una noble intención inicial por parte del legislador de dotar de mayor protección a las creaciones artísticas ante una realidad social donde no existía una consciencia definida de los derechos de autor; tanto la LPI como el CP de 1987 buscaron crear una estructura protectora para un sector cuya protección hasta el momento se consideraba insuficiente⁶³. De igual forma, las posteriores modificaciones legales han buscado actualizar los tipos previstos a la evolución de los medios infractores, con una voluntad de que la legislación no quedara desfasada del día a día de la actividad de creación intelectual, en especial en relación

⁶² QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., *Comentarios... cit.*, p. 803.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Estudios y debates en derecho penal, Argentina, Edisofer, 2011, p. 58.

con la aparición de las técnicas de digitalización de obras intelectuales, que han supuesto una importante desafío para el derecho de autor tradicional⁶⁴.

El problema aparece cuando la coincidencia de supuestos entre ambas legislaciones produce que la voluntad de severidad frente a estos delitos se vea frenada por la inseguridad jurídica que genera la indefinición de algunos de sus supuestos, pudiendo darse situaciones en las que acabe faltando la antijuricidad del propio hecho sancionado por el Derecho Penal. Para ello, parece recomendable seguir un criterio objetivo de interpretación de la ley penal, en el sentido de atenerse al sentido de la misma en el momento presente para su aplicación al supuesto de hecho concreto. Precisamente para evitar este efecto expansivo de la ley penal, la propia redacción del tipo básico del art. 270 CP no debería haber utilizado conceptos genéricos y haber optado por exigir el carácter grave de la infracción para su tutela penal⁶⁵.

La dificultad a la hora de determinar la legislación aplicable a cada injusto reside en que es necesario ceñirse a las definiciones de la LPI para definir las características de las obras objeto de protección, tanto las expresamente protegidas como las protegibles, teniendo en cuenta que la LPI contiene una cláusula general para supuestos no previstos⁶⁶. A consecuencia de ello, puede hablarse de una accesoriadad del Derecho Penal respecto a la legislación sobre propiedad intelectual, pues el primero toma los conceptos y el régimen de derechos previstos en la norma sectorial para establecer su propia intervención en aquellos supuestos más gravosos y merecedores de intervención penal. Debe recordarse que el Derecho Penal se rige por los principios de intervención mínima y *ultima ratio*⁶⁷, además del de utilidad, obviamente. Es decir,

⁶⁴ La aparición de estas técnicas ha permitido la realización de cantidades ingentes de copias idénticas en su calidad, lo que desincentivaría el mercado de adquirentes de copias físicas. RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal... cit.*, p. 68.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal... cit.*, p. 354.

⁶⁶ Autores como SILVA SÁNCHEZ entienden que la ampliación de supuestos que se incluyeron en el actual art. 270 sitúan la esfera penal del la protección del derecho de autor en clara subsidiariedad con la regulación civil, creando una situación donde la mayoría de los ilícitos previstos por ésta pueden entenderse a la vez como infracciones penales. SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo... cit.*, p. 383.

⁶⁷ Recogido en pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del derecho penal en infracciones de la propiedad intelectual: "*La naturaleza excepcional y de «ultima ratio» que ha de predicarse en todo caso del Derecho Penal, como sistema de control social, obliga a no integrar la figura delictiva del artículo 534 del Código, rígida y automáticamente, con cualesquiera infracciones a los derechos de autor sino sólo, como advierte la misma sentencia, con los comportamientos más graves*

cuando ya existen otros ordenamientos que prevén sanciones para las mismas conductas, y además estos muestran una mayor eficacia y celeridad para la restitución del derecho infringido, debería reservarse el Derecho Penal a cuestiones que por su intensidad necesiten del carácter punitivo propio del mismo. Para las demás situaciones ya existe el derecho civil o administrativo, pues debe recordarse que la inexistencia de delito no significa que no haya infracción. Tanto la LPI como el derecho administrativo sancionador contienen mecanismos de tutela y protección del derecho de autor, y permiten el ejercicio de acciones de cesación y restitución indemnizatoria del perjuicio sufrido⁶⁸.

Es por tanto, una cuestión de eficiencia la que debe llevarnos a reconsiderar la extensión del proceso penal al ámbito de la propiedad intelectual. Las especiales exigencias que el tipo penal del art. 270 CP exige para reconocer su comisión, unido al elevado grado de arbitrariedad que el mismo deja a la figura del juez, aconsejan reservar esta vía para los supuestos de suficiente gravedad que necesiten de las características de un proceso penal, como son aquellos donde el infractor haya buscado de forma consciente dañar los derechos del autor intelectual, y que fruto de ello estos hayan sufrido una merma considerable: supuestos como la venta al por mayor, reforzadas por una verdadera estructura de manufacturación y distribución en el sentido estricto, y no las actividades del eslabón final de la escala.

En todo caso, no debe obviarse que las razones para incorporar los ilícitos de propiedad intelectual dentro de la legislación penal obedecen a una voluntad política de defender un modelo de desarrollo económico sustentado en la innovación. Se considera que las penas de cárcel son el recurso más eficaz para luchar contra las redes de falsificación y distribución a escala comercial, protegiendo así los bienes creativos. Si aceptamos que la sanción penal pudiera servir para frenar dichas actividades, entonces que una posible vía de clarificación entre el ilícito civil y el penal sería incorporar a los elementos del tipo penal las modalidades cualificadas del art. 271 CP. Tal y como

por su entidad objetiva y subjetiva". STS, Sala de lo Penal, de 13 junio de 1987 (ponente José Jiménez Villarejo), (RJ 1987\4799).

⁶⁸ Fruto de ello, la ley misma legislación penal (art. 272) menciona la extensión de la responsabilidad civil a los delitos sobre la propiedad intelectual previstos en el Código Penal y prioriza la aplicación de las acciones previstas en el art. 134 LPI para el cese de la actividad ilícita, así como los mecanismos de cálculo indemnizatorio previstos en el 135 LPI. Sólo cuando se trate de elementos no incluíbles en estos artículos se aplicaran las normas previstas en el título V del Libro I del Código Penal. GÓMEZ RIVERO, M.C., *Los delitos... cit.*, p. 53.

hemos analizado anteriormente, los requisitos del ánimo de lucro y el perjuicio a tercero deben interpretarse de acuerdo con la idea que sólo los ataques más graves contra el bien jurídico tengan consideración penal. Por consiguiente, unificando los elementos de ambos artículos y exigiendo para todo ilícito penal que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica y que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados, aclararía el campo de acción del Derecho Penal sobre esta materia, relegando a las demás infracciones de menor gravedad para la legislación civil, en cuanto no suponen un perjuicio tan significativo al bien jurídico que es la propiedad intelectual; podría discutirse sobre la inclusión o no en el tipo básico del requisito de pertenencia de los infractores a una organización que tuviera como finalidad la realización de estas conductas infractoras del derecho de propiedad intelectual, si bien en nuestra opinión el Derecho Penal debería centrarse en la persecución de aquellos sujetos que atentan contra el derecho de autor de forma organizada y sistemática, por lo que la exigencia de esta condición tendría sentido, dejando fuera de él las lesiones realizadas por sujetos a título individual⁶⁹. En resumen, se excluirá del ámbito penal los supuestos con ganancias económicas de escasa entidad, y por contra se valorará como tal la reproducción, distribución o comunicación masiva que conlleve una afectación real y significativa de los derechos de explotación, mediante una infraestructura mercantil con una cierta vocación de permanencia⁷⁰.

Para aquellos otros litigios en los que no se dieran estos condicionantes, sería en nuestra opinión más recomendable acudir a los Juzgados de lo Mercantil⁷¹, los cuales tienen competencia específica para la materia⁷². Mediante un procedimiento ordinario,

⁶⁹ El último agravante del art. 271 CP, el uso de menores para cometer estos delitos, podría quedar separado del tipo básico y conservar su carácter de modalidad cualificada, pues de lo contrario los requisitos del mismo serían excesivos y dejarían sin eficacia la protección penal en muchos casos donde la gravedad de los hechos la justificara. A la inversa, los supuestos donde fuera aplicable el atenuante previsto en el art. 270.1 CP (para los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, sin concurrir ninguno de los agravantes del art. 271) dejarían de tener cabida en sede penal, para ser considerados simplemente infracciones civiles.

⁷⁰ PUENTE ALBA, L.M., "El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual", *Revista Penal*, número 21, Salamanca, 2008, p. 109.

⁷¹ Introducidos por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁷² En virtud del art. 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "*Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad*".

estos juzgados especializados⁷³ podrían ofrecer las máximas garantías procesales para los litigantes, haciendo posible una mayor facilidad para que el perjudicado obtuviera reparación económica y el restablecimiento de su posición anterior, circunstancias que en el proceso penal acaban siendo remitidas indefectiblemente a los tribunales civiles⁷⁴. Como decíamos, no hay que olvidar que el *corpus* de la protección es la obra y los derechos sobre la misma, por lo que realmente se busca es garantizar la explotación privatista de la misma por parte de su titular y, para ello, centralizar la resolución de los litigios en sede especializada en la materia parece la mejor solución, pues se trata al fin de un derecho privado muy particular, sobre el cual carece de sentido inmiscuir a jueces penalistas que se verán obligados a lidiar con una materia ajena y decidir sobre las infracciones cometidas en base a conceptos extraños para el Derecho Penal, salvo en los casos más gravosos mencionados anteriormente, en los que se considera afectado un bien común como es la protección y promoción de la cultura.

No obstante, una mirada hacia el futuro no parece asegurar una despenalización del derecho de autor. Si atendemos a la voluntad del legislador español en el actual anteproyecto de ley de modificación de la LPI, parece que se ha optado por una intervención administrativa frente a las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, en todo caso a las relacionadas por los prestadores de servicios de la información. Se adiciona un nuevo título IV bis al Libro III, integrado por los artículos 158, 158 bis y 158 ter, relativos a las funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual, permitiendo a este ente actuar contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten de manera específica y masiva la localización de obras protegidas, con ánimo de lucro, directo o indirectamente, y cuya actividad sea

⁷³ Fue pionera la experiencia de la sección 15 de la AP de Barcelona, que empezó especializándose, entre otras materias, en propiedad industrial. Fundamentándose en la especialidad que presenta el tratamiento de los bienes inmateriales, se entendió necesaria una cierta especialidad para conocer de estos temas, al igual que ocurre en otras legislaciones vecinas. Por ello, la propiedad intelectual es también competencia de estos juzgados (en realidad los bienes inmateriales y el derecho de la competencia forman una categoría sistemáticamente relacionada).

⁷⁴ Queda pendiente aclarar cuestiones sobre la determinación de la competencia objetiva de estos juzgados, pues no ha sido suficientemente clara ni sistemática, dando lugar a dudas sobre interpretativas y sobre su competencia en relación a los Juzgados de Primera Instancia. Sería necesario que el legislador estableciera una regla de conexión que sirviera de criterio uniforme para aquellos casos en que una controversia contenga materias civiles y mercantiles íntimamente vinculadas entre sí. Sobre esta cuestión, la práctica judicial ha ido resolviendo estos casos en base a una razón de economía procesal a favor de la competencia especializada. GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M. "La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González, Madrid, 2006, p. 62.

susceptible de causar un daño patrimonial. Serán considerados infractores quienes *"desarrollen una labor activa, específica y no neutral de mantenimiento y actualización de las correspondientes herramientas de localización, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente. Todo ello con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio"*.

En principio, deberemos entender que el texto responde al principio de subsidiariedad y de intervención mínima del Derecho Penal, pues se trata de un órgano administrativo⁷⁵, cuyo procedimiento sancionador se contempla en la Ley 30/1992, reguladora de las Administraciones Públicas. No obstante, el art. 158 ter.7. deja abierta la posibilidad de ejercer acciones penales contra los mismos proveedores por parte de los titulares de los derechos. En estos casos, debido al volumen de obras afectadas y al beneficio económico de los responsables de las páginas de enlaces (mediante mecanismos indirectos como la publicidad obtenida a razón del elevadísimo número de visitas obtenidas), todo parece indicar que, si la versión final de la ley acaba manteniendo este texto, las demandas penales contra los responsables de las páginas no tardarán en llegar, en especial porque las sanciones que prevé el proceso sancionador administrativo (hasta 300.000 euros) pueden verse insuficientes para quienes ostenten derechos sobre las obras afectadas. Por todo ello, creemos que las grandes empresas del sector cultural seguirán optando por esta vía por dos razones: para obtener sentencias condenatorias que conlleven penas de cárcel, por el efecto ejemplarizante y disuasorio que conllevan, y para obtener una indemnización superior a la prevista en vía administrativa, en atención al perjuicio a las compañías y distribuidoras de las obras afectadas, que debe corresponderse en principio con los ingresos dejados de obtener por la utilización lícita de las obras.

En conclusión, es necesario preguntarse si la vía penal (o administrativa) es el remedio adecuado para solucionar las infracciones del derecho intelectual. Si bien es cierto que el precepto constitucional de protección de la cultura faculta a las administraciones públicas a actuar y a perseguir al infractor con todos sus mecanismos,

⁷⁵ Aunque prevé la intervención previa, a instancias de la Comisión, de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para autorizar el bloqueo del servicio de la sociedad de la información por los proveedores de acceso a internet.

incluido el Derecho Penal, no se debe olvidar que el derecho de autor gravita, al menos en su núcleo central, en el concepto de propiedad. No cabe duda, que las características únicas de las obras del espíritu no permiten igualar su tratamiento a los supuestos de propiedad clásica de la legislación civil, pero no debe perderse de vista que las infracciones de la propiedad intelectual se producen por el incumplimiento de un deber civil entre dos sujetos privados, en este caso, la afectación de los derechos exclusivos del autor sobre su creación por parte un tercero. Por todo ello, extender su protección a esferas ajenas a la legislación sobre propiedad intelectual puede acabar generando mayor confusión y poca efectividad, teniendo en cuenta que para la determinación del objeto de derecho y la tipología de las conductas se acabará necesariamente acudiendo a la LPI.

6. BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR, L., MARTENS, B., *Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data*, European Commission, Joint Research Centre, Institute for Prospective Technological Studies, 2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a sentencia de 20 de julio (RJ 2010, 6562)", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011 (Comentario), Madrid, 2011, pp. 1059-1074.

CASTIÑEIRA PALOU, M.T., ROBLES PLANAS, R., *¿Cómo absolver a los "top manta"?* (*Panorama jurisprudencial*), *InDret*, 2007.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M. "La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número especial Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González, Madrid, 2006, pp. 47-64.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, Civitas, 1988.

GÓMEZ RIVERO, M.C., *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1998.

MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid, 2003.

PUENTE ALBA, L.M., "El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual", *Revista Penal*, número 21, Salamanca, 2008, pp. 103-112.

RODRÍGUEZ MORO, L., *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A., BERGARECHE MENDOZA, N., "Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número 17, Madrid, 2007, pp. 51-61.

QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., "De los delitos relativos a la propiedad intelectual" en MORALES PRATS, F. (Coord.), QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Estudios y debates en Derecho Penal, Argentina, Edisofer, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., ROBLES PLANAS, R., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Propiedad intelectual e industrial" en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), PASTOR MUÑOZ, N. (Coord.), *El Nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, La Ley, Madrid, 2012.

VEGA VEGA, J.A., *Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual*, Madrid, Reus, 1999.

VEGA VEGA, J.A., *Protección de la propiedad intelectual*, Reus, Madrid, 2002.

