

ASPECTOS SOCIALES, CIVILES Y PENALES DE LA
RESPONSABILIDAD POR CONDUCTAS VULNERADORAS DE LA
PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL
ÁMBITO DE LOS RECURSOS HUMANOS Y DEL TRABAJO
INVESTIGADOR (EN HOMENAJE AL BARÓN GERHARD ERNST
VON FRANCKENAU Y AL JURISTA Y
SOCIÓLOGO GEORGES GURVITCH)

Elena SÁEZ ARJONA

Elena Sáez Arjona (2014): "Aspectos sociales, civiles y penales de la responsabilidad por conductas vulneradoras de la propiedad intelectual y su repercusión en el ámbito de los recursos humanos y del trabajo investigador (en homenaje al barón Gerhard Ernst Von Franckenaus y al jurista y sociólogo Georges Gurvitch)", *Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social*, nº 8 (mayo 2014). Puede consultarse este trabajo en línea en la totalidad de su contenido en: <http://www.eumed.net/rev/historia/08/propiedad-intelectual.html>

RESUMEN: El presente artículo analiza la propiedad intelectual desde la disciplina social, civil y penal, y la repercusión o alcance de la piratería intelectual en Internet. Se pretende clarificar el tratamiento legal de las conductas de uploading y downloading, distinguiendo aquellas que son lícitas, aquellas que constituyan ilícito civil, y las conductas que son delictivas. Se insiste en la distinción entre ilícitos civiles contra la LPI y los delitos contra la propiedad intelectual; ofreciendo una interpretación ajustada de los conceptos de «ánimo de lucro» y «en perjuicio de terceros». Se trata de otorgarles un significado restrictivo con la finalidad de distinguir las conductas que constituyen un delito contra la propiedad intelectual, y las que son una infracción según lo previsto en la LPI. Todo ello para restringir la intervención penal a los casos más graves de vulneración de los derechos propiedad intelectual.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual, Plagio, Internet, P2P, Ilícito civil, Delitos contra la propiedad intelectual, Ánimo de lucro, Bien jurídico protegido, En perjuicio de terceros, Derechos patrimoniales de autor.

ABSTRACT: This paper analyzes the intellectual property from the social, civil and penal discipline, and the impact of intellectual piracy in Internet. It aims to clarify the legal treatment of the conduct of uploading and downloading, distinguishing those that are allowed. Those that are a civilly wrong and those that are criminal. We will distinguish between torts against the Intellectual Property Law and crimes against intellectual property; offering an accurate interpretation of concepts «intention of profiting» and «causing a loss». It is intended to give them a precise and restrictive meaning, as a way of distinguishing the activities that are crimes against intellectual property, and the ones that are only a violation of provisions of the Intellectual Property Law. In order to restrict the

application of Criminal Law to the most serious cases of violation of intellectual property rights.

KEY WORDS: Intellectual property, Plagiarism, Internet, P2P, Tort, Crimes against intellectual property, Intention of profiting, Causing a loss, Economic rights.

1. Introducción

Antes de iniciar el desarrollo de este artículo, quisiera compartir una reflexión que nos ayudará a entender la causa, finalidad y alcance de la protección del Derecho de propiedad intelectual. El desarrollo de los derechos de propiedad intelectual y su importancia para el acervo cultural había constituido una materia ignota en nuestra sociedad. Sin embargo los avances tecnológicos surgidos en las últimas décadas respecto a la circulación de las obras han provocado un cambio de percepción social y sociológica sobre esta materia. De hecho, en la actualidad aparecen con relativa frecuencia en los medios de comunicación noticias que todavía suscitan sospechas hacia la protección de los derechos de autor y es por ello que la vulneración de los Derechos de Propiedad Intelectual es un tema que debe ser tratado con objetividad y rigor, al margen de debates acalorados, localistas y superficiales. Es necesario tener presente que las circunstancias de vida del hombre moderno se han transformado y han dado paso a nuevos caminos orientados a la búsqueda del progreso y al perfeccionamiento cultural.

Los creadores ponen en circulación la producción artística y cultural sin elevados costes de reproducción y distribución por la intermediación, toda vez que las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones¹ facilitan la difusión de las obras y permiten una forma más universal de cultura sin apenas barreras territoriales y sociales y económicas. Sin embargo, ello también dificulta la protección de los derechos de propiedad intelectual al posibilitar la distribución y comunicación pública de las creaciones de forma cuasi ilimitada, mermando la capacidad de control del titular de los derechos sobre su obra.

Con los cambios tecnológicos actuales asistimos a una convivencia problemática entre el derecho de acceso a la cultura y la tutela de la propiedad intelectual. Las innovaciones tecnológicas nacidas bajo el paraguas de la sociedad de la información otorgan mayor número de oportunidades para la creación de lo que tradicionalmente se ha venido denominando *obras del ingenio*. La Red permite la comunicación de un modo nuevo en el que las referencias territoriales se pierden y ello dificulta el control de los Estados de toda la información que circula en Internet. El ciberespacio es un territorio abierto, sin fronteras, un nuevo espacio social². «El potencial tecnológico

*Licenciada en Derecho (Universidad de Málaga). Licenciada en Historia (Universidad de Córdoba). Master en Derecho penal y Política criminal (Universidad de Málaga).

¹ Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital en la propiedad intelectual. Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional*, Barcelona, Ed. Bosch, 2011, p. 11. Señala Ledesma que «sin embargo, las tecnologías de la información y de la comunicación tendrían mucha menor relevancia si, a través de ellas, no circularan contenidos basados en el conocimiento y la creación que sirvieran a la sociedad para enriquecerse culturalmente».

² Véase Nuria Belloso Martín, «Los derechos de autor en la sociedad tecnológica» en Antonio M. Javato Martín (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Madrid, La Ley, 2011, p. 63. Prolonga su reflexión indicando

puesto a disposición de una gran masa de público mediante la red global de Internet hace revisar los límites de la tutela de la propiedad intelectual»³. Paladinamente, la industria cinematográfica y discográfica hacen responsable de la crisis en las que se hayan sumergidas a ciertas conductas, alentadas por las redes sociales, que tienen lugar a través de Internet. El número de discos vendidos ha disminuido notablemente, y ni siquiera, el acceso a los contenidos audiovisuales se efectúa en condiciones legales; todo ello, por causa de las nuevas formas de piratería intelectual. La realidad y las implicaciones epistemológicas y antropológico-sociales de la práctica de la piratería se arguyen como un reto para la propia sociedad.

El objetivo de la presente investigación se centra en analizar los aspectos sociales, civiles y penales de la propiedad intelectual relacionados con ciertas conductas vulneradoras de los derechos de autor. Para dicha tarea centraremos nuestra atención en el análisis y valoración crítica de la realidad actual de la piratería como una conducta delictiva que se encuentra en auge a pesar de los enormes esfuerzos para su eliminación. Daremos una definición y procuraremos poner de relieve su lesividad y alcance. Por ello, trataremos las modalidades de piratería que en la actualidad causan efectos devastadores para el desarrollo artístico. Nuestro interés es centrarnos fundamentalmente en el sistema de intercambios de archivos protegidos que se desarrolla en Internet a través de las redes *peer to peer*, por ser la modalidad más extendida y que mayores perjuicios ocasiona al sector. Luego, con el propósito de tener una visión de conjunto, haremos referencia a la modalidad de descarga directa.

Es preciso comenzar con un análisis de la naturaleza y características jurídicas de esta institución según lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. A continuación se define el marco normativo de la propiedad intelectual en nuestro país, haciendo referencia a la regulación de esta institución jurídica en relación con internet; sin obviar el marco jurídico internacional. Como corolario de dicho análisis, se procede a determinar el bien jurídico protegido en este delito que no resulta fácil, fundamentalmente porque, al contrario que en otros casos, y como ocurre en los delitos económicos, el sistema de protección no es puramente penal, sino que se relaciona con otras ramas del Derecho y hay que acudir a ellas para definir los presupuestos. Como hemos señalado, la cuestión medular de nuestra investigación es escudriñar la respuesta que el Derecho penal proporciona a las formas de piratería intelectual surgidas en Internet. Por ello, debemos calificar jurídicamente las principales conductas contempladas por el art. 270.1 CP; así como los sujetos activos y pasivos y algunas causas de atipicidad aplicables; y, en especial, la concepción de los elementos típicos: el ánimo de lucro y la actuación «en perjuicio de tercero». Asimismo, se realiza una exposición sobre la posible aplicación de la responsabilidad «en cascada» que establece el artículo 30 CP a las acciones previstas en el art. 270 CP cuando se cometen a través de internet.

que: «La propia organización del tráfico de la Red requiere una gestión mundializada [...]. La organización del comercio virtual, que reclama la implantación de herramientas que proporcionen seguridad a las transacciones y garanticen los derechos de los consumidores, tiene que ser acordada a escala supraestatal porque una característica del mercado en la Red es la de constituirse sin fronteras estatales» (*Ibidem*, p. 64).

³ *Ibidem*, p. 65.

En medio de estas antinomias, velar por la protección de los derechos de autor es una tarea que compete no sólo a las instituciones sino también de la propia sociedad. Los atentados contra la propiedad intelectual galvanizan los temores relacionados con la vulnerabilidad de los autores en su libertad creadora.

No arribamos fácilmente a la conclusión que en este artículo aspiramos a explicar y justificar suficientemente.

2. La protección de la Propiedad Intelectual en el Ordenamiento jurídico español: fundamento y funciones en la sociedad de la información

La propiedad intelectual⁴ es la institución jurídica que regula el fenómeno de las creaciones literarias, artísticas y científicas⁵. Las obras⁶ literarias, artísticas o científicas constituyen el objeto de creación con el que se construye la cultura⁷. De esta forma la propiedad intelectual constituye un instrumento y una realidad gnoseológica para regulación de la cultura a través del objeto que la constituye, esto es, la creación intelectual que por su singular naturaleza genera una diversidad de intereses (en ocasiones complementarios y no infrecuentemente contradictorios entre sí) y valores dignos de protección a los que responde la institución jurídica. Baylos⁸ valora la obra como un *hecho personal*, esto es, la plasmación externa del proceso creativo desarrollado por un ser de naturaleza racional⁹; como un *bien con un innegable valor económico*, es decir, un objeto del que emanan frutos de naturaleza patrimonial y como *realidad cultural*, que integra el patrimonio cultural de una sociedad, país, región. Las obras artísticas, literarias y científicas, precisamente por ser un hecho personal, un bien económico y cultural, pueden considerarse además en la actualidad como un «bien informacional»¹⁰. Por dicho motivo, el valor de

⁴ Theodor W. Adorno, *Minima moralia. Reflexiones desde la vida dañada* (1951), trad. Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Taurus, 2001, p. 107. «Se ha llegado al punto en que la mentira suena como verdad, y la verdad como mentira. Cada pronunciamiento, cada noticia, cada pensamiento están preformados por los centros de la industria cultural».

⁵ Vid. Fernando Miró Llinares, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, Ed. Dykinson, 2003, p. 91.

⁶ Le Chapelier en la tramitación de la Ley de 19 de enero de 1793 proclamaba a la obra como la «plus sacrée, la plus personnelle de toutes les propriétés», cfr. Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique, et droit voisins*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1992, p. 4, nota. 5.

⁷ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 30.

⁸ Cfr. Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 63 y ss. Precisa Baylos que las creaciones intelectuales tienen tres facetas distintas «evidentemente inseparables, pero cada una de ellas aportadora de notas más calificativas y definitorias de su naturaleza que la mera y simple inmaterialidad. Nos referimos a que al mismo tiempo tienen la noción de hechos personales, de realidades culturales y de medios normativos de acción» (*Ibidem*, p. 63).

⁹ «Porque la cultura, por dimanar inmediatamente de la naturaleza racional y social del hombre, tiene siempre necesidad de una justa libertad para desarrollarse y de una legítima autonomía en el obrar según sus propios principios». Documentos Pontificios y Conciliares de Pablo VI (1963-1978) Concilio Vaticano II. Constitución «*Gaudium et spes*» sobre la Iglesia en el Mundo actual (7 de diciembre de 1965) en *El Derecho a la verdad. Doctrina de la Iglesia sobre prensa, radio y televisión (1831-1968)*, edición al cuidado de Jesús L. Iribarren Rodríguez, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1968, p. 437.

¹⁰ Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Fundación Autor, 2005, pp. 20.

las creaciones intelectuales debe referenciarse desde un punto de vista económico¹¹, y lo que es más importante artístico¹², para tomar conciencia de su proyección en la propia sociedad de la información¹³. En esta nueva sociedad de la información donde la productividad se cifra en el factor información que constituyen las obras literarias, artísticas y científicas; ocupan un papel preponderante los autores, y junto a ellos, la Propiedad intelectual como institución jurídica encargada de canalizar el flujo de información entre creador, emisor y receptor¹⁴.

Al tratar de ir abriendo las intrínsecas del fundamento y las funciones de la institución jurídica de la propiedad intelectual, tres son los órdenes o intereses que deben ser protegidos por la propiedad intelectual: en primer lugar, los intereses individuales de naturaleza económica. La obra es un *bien con valor económico* y su creador obtiene los beneficios que pueda brindar su explotación. Asimismo, del valor económico de la obra y dentro del conjunto de intereses individuales, también derivan los intereses patrimoniales de otros

¹¹ Es abundante la literatura científica que se ha ocupado de estudiar el funcionamiento económico de los derechos de propiedad intelectual partiendo de un análisis económico del derecho. Estos estudios sobre el impacto económico de los derechos de propiedad intelectual se llevan a cabo incluyendo no sólo los derechos de autor *stricto sensu*, sino también los derechos sobre patentes, marcas, etc. Sin embargo, no nos detendremos en este punto que excede el objetivo de nuestro trabajo. Sobre el particular, véase Adam B. Jaffe, "Technological Opportunity and Spillover of R&D: Evidence from Firms Patents, Profits and Market Value", en *American Economic Review*, vol. 76 (1986), pp. 984 y sigs.; William R. Johnson, "The Economics of Copying", en *Journal of Political Economy*, vol. 93 (1985), pp. 158 y sigs.; William M. Landes y Richard A. Posner, "An economic analysis of Copyright Law", en *Journal of Legal Studies*, vol. 18 (June, 1989), pp. 325 y sigs. Landes y Posner explican cómo sin la protección del sistema del *copyright*, los creadores y editores carecerían de los incentivos suficientes para realizar su labor y la consecuencia inmediata supondría una caída en el mercado de los bienes que fomentan el desarrollo cultural (*Ibidem*, pp. 331 y sigs.); Francis W. Rushing y Carole Ganz Brown, *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance: International Comparisons*, Boulder (Colorado), Westview Press, 1990 y Paul A. David, "Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda. Brevetti, Diritti d'Autore, e Segreti Industriali nella teoria economica e nella Storia", en Giuseppe Clerico y Salvatore Rizzello, *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Casa editrice dott. Antonio Milani, Padova, 1998, pp. 19 y sigs. Desde el punto de vista de la eficiencia económica, David, aborda el fundamento de la teoría económica moderna de los derechos de propiedad intelectual, concretando los efectos económicos derivados de la intervención y regulación pública, el régimen de libre competencia y las teorías sobre las circunstancias/deficiencias del mercado para sostener la inversión del conocimiento y desarrollo científico y tecnológico. Así también, sobre el equilibrio entre la intervención pública y las reglas del mercado en la protección de las obras del ingenio, Margherita Turvani, "L'Economia della scienza e dei diritti di proprietà intellettuale: Il commento di un istituzionalista", en Giuseppe Clerico y Salvatore Rizzello, *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Casa editrice dott. Antonio Milani, Padova, 1998, pp. 105-121.

¹² Las riquezas intelectuales no sólo poseen un valor material, antes al contrario, los creadores (poetas, artistas) tienen la noble labor vivificadora de revelar la identidad y fecundidad interior de cada pueblo. Véase los Documentos Pontificios y Conciliares de Juan XXIII (1958-1963) al XXII Congreso Internacional de la Sociedad de Autores y Compositores (22 junio de 1962) en *El Derecho a la verdad...*, op. cit., p. 342.

¹³ Con esta denominación entiende Fernando Bondía Román el progreso hacia una sociedad industrial desarrollada donde las modernas tecnologías de la información asumen el protagonismo de «su sistema nervioso». Cfr. p. 17 y 115.

¹⁴ *Ibidem*, p. 124.

sujetos¹⁵ que, no siendo sus creadores, intervienen en ella gracias al esfuerzo creativo y la inversión que realizan, bien a través de su representación (artistas, intérpretes), o realizando una inversión para hacer llegar como creativos su conocimiento al público (editores, productores fonográficos o audiovisuales). Junto a los citados derechos de contenido patrimonial, los sistemas latino-germánicos reconocen una serie de derechos de naturaleza espiritual conocidos como «derechos morales» que corresponden al autor de la obra y son irrenunciables e inalienables.

Al margen de la dimensión individual existe una vertiente colectiva; hay un interés público que se concreta en la sana voluntad de fomentar el progreso cultural¹⁶, estimulando a los autores a divulgar en beneficio de todos sus creaciones artísticas o científicas y, facilitando el acceso a todas las personas para que se interesen en la estima y adquisición de las creaciones del espíritu. Las obras literarias, artísticas y científicas constituyen uno de los elementos claves del progreso de una sociedad y las innovaciones tecnológicas en materia de información contribuyen decisivamente a la difusión de las creaciones intelectuales. Existe por tanto, una correlación entre el avance tecnológico y el desarrollo social y sociológico que, encuentra su principal proyección dentro del Ordenamiento jurídico en la institución de la Propiedad Intelectual¹⁷. Con la importancia que está adquiriendo en estos últimos años la propiedad intelectual en la sociedad de la información, un nutrido sector de la doctrina¹⁸ considera que su fundamento reside en la existencia de unos principios configuradores de un iusnaturalismo racional del autor o su retribución y también, como no, en su función social. Esta concepción, ciertamente lúcida, es reforzada por Tullio Ascarelli¹⁹ y Antonio Ciampi²⁰.

La propia estructura de los derechos de propiedad intelectual permite dar una respuesta a todos los intereses que hay detrás de cada creación. Si bien, en ocasiones estos intereses colisionan, y es ahí precisamente donde el

¹⁵ Adviértase, sin embargo, que a pesar de la existencia de un interés económico recíproco para autores y editores, éste no debe ser confundido, entre otras razones porque el autor de la obra tiene un interés personal en su consideración de creador.

¹⁶ «Con la palabra cultura se indica, en sentido general, todo aquello con lo que el hombre afina y desarrolla sus innumerables cualidades espirituales y corporales; procura someter el mismo orbe terrestre con su conocimiento y trabajo; hace más humana la vida social, tanto en la familia como en toda la sociedad civil, mediante el progreso de las costumbres e instituciones; finalmente, a través del tiempo expresa, comunica y conserva en sus obras grandes experiencias espirituales y aspiraciones para que sirvan de provecho a muchos, e incluso a todo el género humano». En esta definición el Pensamiento Social de la Iglesia describe magistralmente el papel de la cultura en el mundo actual, Documentos Pontificios y Conciliares de Pablo VI (1963-1978) Concilio Vaticano II. Constitución «*Gaudium et spes*»..., ed. cit., p. 432.

¹⁷ Para Fernando Bondía Román, *La propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, Trivium, 1988, p. 18, la Propiedad Intelectual se articula como fundamento jurídico de las industrias de la información, como instrumento de control de nuevas tecnologías, como motor del progreso social.

¹⁸ *Ibidem*, p. 84.

¹⁹ Véase Tullio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970. Ascarelli llega a afirmar que «la protección de las obras del ingenio tiene su justificación última en un interés público y no se sitúa como una exigencia anterior a la Ley», p. 628.

²⁰ Para Antonio Ciampi, *Diritto di autore. Diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 56, el derecho que tiene el autor sobre su obra es un Derecho natural del individuo, respecto del cual el Estado verifica su existencia.

sistema regulador de las creaciones intelectuales debe construir esta tutela de salvaguarda de los intereses individuales, demográficos y sociales en aras de promover una forma más universal de cultura; ya que, en las propias creaciones literarias, artísticas y científicas reside la identidad y el desarrollo de los pueblos de Europa y de América.

El sistema continental de los derechos de autor se fundamenta en la premisa de que el autor debe ser reconocido como tal y recompensado por su esfuerzo intelectual con unos derechos que le otorguen el control de su obra²¹. La aparición de la Propiedad Intelectual como institución protectora de los derechos patrimoniales y morales que corresponden al autor de una obra, está estrechamente ligada a la aparición de la imprenta²². Para Fernando Bondía²³ no existen manifestaciones de reconocimiento de un derecho patrimonial de autor con entidad suficiente hasta la aparición de la imprenta. Remontándonos a los antecedentes históricos encontramos un hallazgo en el siglo I d.C.: los *epigramas* de Marco Valerio Marcial acusando a Fidentino de poeta plagiaro por copiar los versos de aquél haciéndolos pasar como suyos. Éste es el primer antecedente de plagio²⁴ literario. Es Marcial quien introduce el concepto de plagio en el ámbito literario, ya que el concepto legal de plagiaro aparece vinculado al delito contra la libertad de las personas²⁵. Así también, el poeta Virgilio, trazó inmortal sentencia contra el plagiaro Batilo en su célebre «*hos ego versiculos feci, tulit alter honores, sic vos non vobis*» reivindicando la paternidad de su obra haciendo famoso su «*sic vos non vobis*»²⁶. En Roma existió un reconocimiento puramente moral de la paternidad del autor sobre su

²¹ En este sentido Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de Derecho industrial...*, op. cit. Para él la propiedad intelectual es «una protección dirigida fundamentalmente a realizar el postulado de la justicia de dar al creador lo que es suyo y de garantizarle los valores espirituales y económicos representados por su obra» (p. 472).

²² Afirma Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de Derecho industrial...*, op. cit., p. 124, que con esta invención «se da uno de los supuestos esenciales para la aparición del valor de autónomo de la obra, como prototipo reproducible objetiva y uniformemente, que es la posibilidad de la rápida multiplicación de las copias». Para Remo Franceschelli, *Trattato di Diritto Industriale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960 «la possibilità della rapida moltiplicazione delle copie, portò alla luce un valore nuovo, che prima era importante sì, ma in certo senso sommerso in quello del costo del materiale scrittorio e dell'opera di scritturazione: il valore del contenuto» (p. 336).

²³ Fernando Bondía Román, *La propiedad intelectual...*, op. cit., p. 73.

²⁴ Sobre esta problemática puede consultarse Jean-Louis Cornille, *Plagiat et créativité*, Amsterdam, Rodopi, 2008; Bolesław Nawrocki, *Le plagiat et le droit d'auteur*, Genève, Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, 1964; Jean-Luc Hennig, *Apologie du plagiat*, Paris, Gallimard, 1997; Charles Nodier, *Questions de littérature légale: du plagiat, de la supposition d'auteurs, des supercheres qui ont rapport aux livres*, Genève, Libraire Droz, 2003; Mario Manfredi, *Soggezione interpersonale e reato di plagio*, Bari, Ed. Adda, 1974; Fernando Ferrara et al., *Le lettere rubate: studi sul pastiche letterario: quaderno del seminario si studi sull'occidente medievale e moderno*, Napoli, Istituto Universitario Orientale, 1983 y Nicolas Jean Soutzo, *Grand scandale clérical: un chanoine et un évêque de l'église enseignante infallible s'associent pour piller et plagier frauduleusement le livre d'un fidèle de leur église*, Nîmes, La Laborieuse, 1904.

²⁵ De hecho, el concepto de plagiaro aparece en la *lex Fabia de plagiariis* en alusión a la persona que hacía esclavo suyo a hombre libre, que se apropiaba de un esclavo ajeno, incurriendo en un crimen de *plagium* o «secuestro» calificado como delito grave. Antonio Agúndez Fernández, *Estudio jurídico del plagio literario*, Granada, Comares, 2005, p. 42, concibe el plagio como la figura determinante del nacimiento de los derechos de autor.

²⁶ Remo Franceschelli, *Trattato di Diritto...*, op. cit., p. 88 y Zara Olivia Algardi, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Padova, Casa editrice dott. Antonio Milani, 1978, p. 35.

obra no sancionado, sin embargo, por las leyes pero sí por la opinión pública. Se protegía la reputación del autor a través de la *actio furti* y de la *actio iniuriarum*²⁷. Y así como en época romana, en nuestros días la figura del plagiarío recobra notable actualidad con ejemplos tan flagrantes como el de la política alemana Silvana Koch-Mehrin, miembro del Partido Liberal Alemán. Una de las políticas más destacadas del FPD y socio del gobierno en su momento (no ahora) de Angela Merkel, a quien en 2011, la Universidad de Heidelberg le retiró el título de doctor por plagio en su tesis doctoral²⁸.

Retomando el hilo de la historia, para la doctrina que se ha dedicado al análisis de la evolución histórica de la propiedad intelectual, no será sino hasta finales del siglo XVIII, cuando se configure dicha institución tal y como se entiende en la actualidad²⁹.

Con el triunfo de la ideología liberal burguesa llegamos a la consagración de esta institución jurídica. «El matiz liberal cumplió su misión histórica frente al precedente monopolio de explotación otorgado por la discrecionalidad del Rey»³⁰. Desde los orígenes de la regulación de la propiedad intelectual, el análisis histórico nos muestra cómo se han gestado los dos sistemas normativos que están vigentes actualmente contruidos a partir de fundamentos diversos. Nos referimos en primer lugar, al sistema del *copyright*³¹

²⁷ Cfr. Remo Franceschelli, *Trattato di Diritto...*, op. cit., p. 87 y Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de Derecho industrial...*, op. cit., p. 132, considera que el Derecho romano no tenía conciencia del valor autónomo de las creaciones, por ello no se contempló la obra como un bien separable de su soporte físico.

²⁸ La acusación de quien fuese vicepresidenta del Parlamento Europeo por plagiar parte de su tesis doctoral titulada traducida al castellano «Historia de la Unión Monetaria entre la economía y la política (1865-1927)», provenía de la campaña anónima que llevó a cabo en Internet la plataforma «VroniPlagWiki». La acusación de plagio también se dirigió contra diversos personajes relacionados algunos con la política, pero en su mayoría no. De los primeros Karl-Theodor zu Guttenberg, ministro alemán de Defensa, a quien la Universidad bávara de Bayreuth le retiró el título de Doctor tras comprobar que había cometido plagio. Puede consultarse el artículo de Christopher F. Schuetze "The whiff of Plagiarism again hits german elite", en *The New York Times*, el 24 de abril de 2011.

²⁹ En este sentido, Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de Derecho industrial...*, op. cit., p. 135; Remo Franceschelli, *Trattato di Diritto Industriale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1960 y Antonio Agúndez Fernandez, *Estudio jurídico del plagio...*, op. cit., p. 3. Para un conocimiento de la evolución histórica de la institución, puede consultarse Nicola Stolfi, *Il diritto di autore*, Milano, Società Editrice Libreria, 3ª ed., 1932 y Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, vol. I, Paris, Jules Renouard, 1838.

³⁰ Tullio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia...*, op. cit., p. 693. Recuérdese que, con la imprenta, surge un monopolio de explotación con la concesión de los primeros privilegios de Regalía a los impresores-libreros para la explotación económica de los libros.

³¹ Por cuanto al sistema del copyright estadounidense respecta, véase entre otras la excelente obra de Paul Goldstein, *Copyright's Highway: The Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York, Hill & Wang, 1994; Ian E. Novos y Michael Waldman, "The Effects of Increased Copyright Protection: An Analytical Approach", en *Journal of Political Economy*, vol. 92 (1984), pp. 236-246 y Siva Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The rise of Intellectual Property and how it threatens creativity*, New York University Press, New York, 2003, donde el autor realiza un examen de la evolución del copyright americano a lo largo del siglo XX para culminar en el momento actual caracterizado por el auge tecnológico, que tiene su principal reflejo en el conocido caso Napster, pp. 149 a 184. Para Vaidhyanathan el carácter punitivo y restrictivo de Ley de copyright americana obstaculiza el desarrollo cultural e impide la libertad de expresión y creatividad artística (*Ibidem*, p. 153). Especialmente gráfico es el trabajo de David I. Bainbridge, *Introduction to Computer Law*, 5th edition, Longman, 2004, centrado en el desarrollo de la delincuencia informática, la piratería en la Red, la atribución de responsabilidad a los intermediarios y prestadores de servicios en Internet por las acciones

implantado en los países anglosajones y sistema de derechos de autor latino-germánico, en los países de la Europa continental.

La primera ley que implanta en Inglaterra el *copyright* es el estatuto de la Reina Ana en 1709, que deroga el privilegio real del que habían disfrutado desde 1557 los editores, la *Stationers Company* y los decretos franceses de 1791 y 1793, referente de los pilares proclamados en la Revolución Francesa, en la materia que nos ocupa. En Estados Unidos, el derecho individual del autor se afianza en los primeros años del siglo XVIII, y se incorpora a la Constitución de 1789. Así su art. 1, sección octava atribuye al Congreso la facultad de «promover el progreso de las ciencias y de las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores e inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos»³². El fundamento del sistema jurídico del *copyright* descansa sobre unos intereses colectivos de naturaleza económica³³. Es el derecho del titular de exclusión de terceros de copiar o reproducir su creación intelectual³⁴.

Belloso Martín³⁵ señala las principales diferencias entre los dos sistemas:

a) Mientras el sistema de *copyright* se basa en la concesión de unos derechos patrimoniales a favor de los autores o productores culturales, el sistema de derechos de autor está vinculado a un concepto de derecho de la personalidad.

b) El sistema de *copyright* permite la atribución de la condición de autor a personas jurídicas, mientras que en el sistema de derechos de autor sólo una persona natural puede llevar a término un acto de creación.

c) La fijación en forma material de la obra es esencial en el sistema de *copyright*. En el ámbito del derecho de autor no es precisa para la protección de la obra.

d) En el sistema del *copyright*, el empresario puede ser el inicial propietario del *copyright*, mientras que en el derecho de autor, la regla general es que el empleado es el inicial propietario del derecho de autor, aunque pueda ser cedido al empresario mediante contrato.

relacionadas con las conductas que atentan contra los derechos de propiedad intelectual como la puesta en circulación de material ilegal, la protección de la marca en Internet, etc., especialmente, pp. 326 y ss.

³² La Constitución de 1789 en su art. 1, sección VIII se refiere al *copyright* como institución «to promise the progress of science and useful arts by securing for limited time to authors and inventors the exclusive right to their respective writing and discoveries».

³³ En esencia, se concibe como instrumento de promoción del desarrollo cultural y económico del país. Jennifer Davis, *Intellectual Property Law*, 4th edition, Oxford University Press, 2012, realiza un análisis interesante sobre los fundamentos teóricos del *copyright*. Su existencia posee una justificación moral de raigambre filosófica basada en el derecho natural que posee el autor sobre los frutos de su propio trabajo, otra justificación práctica, ya que la protección legal incentiva la creatividad artística y, en tercer lugar, un beneficio social y comercial, pp. 23-24.

³⁴ Tina Hart y Linda Fazzani, *Intellectual Property Law*, second edition, Palgrave Law Master, New York, 2000, pp. 139-142.

³⁵ Nuria Belloso Martín, "Los derechos de autor en la sociedad tecnológica", op. cit., p. 72 y 73, citando para ello a Santiago Muñoz Machado, *La regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000. Sobre las diferencias entre *copyright* y derecho de autor véase también Fernando Bondía Román, *La propiedad intelectual: su significado...*, op. cit., pp. 82 y sigs.; Frank Gotzen, "Les sujets d'inquiétude", en Isabelle de Lamberterie, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, Édition du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1991, pp. 83-87 y Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences: Étude de droit comparé*, Bruxelles y Paris, 1993.

e) En el sistema de *copyright* el reconocimiento legal de los derechos morales de autor ha sido prácticamente inexistente³⁶. Sin embargo, en el sistema de derechos de autor, los derechos morales ocupan una posición dominante y por ende, un alto nivel de protección de éstos. Quizás sea esta la diferencia más importante entre sistema de derechos de autor y el *copyright*³⁷.

3. Régimen jurídico de la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información

Hasta ahora hemos definido la propiedad intelectual y su fundamento y funciones en el nuevo contexto de la sociedad de la información; ahora nos compete definir el régimen legal de esta institución. Realizaremos, en primer lugar, un breve análisis de la regulación jurídica en nuestro país y, en segundo término, nos ocuparemos de las disposiciones que atañen a la propiedad intelectual en el ámbito de Internet. En España, la regulación esencial de los derechos de propiedad intelectual se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Conformado en esencia por la Ley de propiedad Intelectual de 1987 y por las modificaciones derivadas de la Ley de 20/1992, de 7 de julio, y de las diferentes leyes de incorporación de Directivas comunitarias sobre esta materia. En principio, fueron cinco las directivas que se incorporaron a nuestro ordenamiento Jurídico: Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de los programas de ordenador, incorporada al Derecho español mediante la Ley 16/1993, de 23 de diciembre; 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, incorporada a nuestro Derecho por la Ley 43/94, de 30 de diciembre; la Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, 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 la distribución por cable, incorporada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril; Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor, que al ser incorporada a nuestro Derecho por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, supuso el aumento del plazo de protección de 60 a 70 años; la Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996 sobre la protección jurídica de las bases de datos.

³⁶ Existe un *reconocimiento* parcial en la Ley inglesa de 1988 y en la Ley de Copyright de EE.UU. es inexistente, apenas se reconocen los derechos morales en algunas leyes que regulan unas categorías concretas.

³⁷ El sistema jurídico del *copyright* posee un perfil más mercantilizado; no en balde, Tina Hart y Linda Fazzani, *Intellectual Property...*, op. cit., pp. 175 a 181, arguye que el *copyright* posee un fundamento económico, mientras que los derechos morales protegen en esencia aquellos intereses artísticos de su creador. Ello se infiere de la desigual concepción entre el autor y la titularidad de derechos. Mientras que nuestro sistema normativo se basa en el principio de que el autor es el creador de la obra y es quien realiza el acto intelectual de la creación, por tanto, la concesión del derecho moral de autor obedece a su naturaleza personal emanada del hecho creador del sujeto; sin embargo, en el sistema del *copyright* cuya finalidad estriba en promover el desarrollo artístico y económico de un país, no se reconocen unos derechos que protejan el vínculo personal autor-obra, sino esencialmente la concesión de unos derechos de explotación limitados en el tiempo que incentiven la creatividad artística en la sociedad.

Siendo el TRLPI la norma fundamental en materia de propiedad intelectual, no nos detendremos en estudiar detalladamente las disposiciones de la Ley, sino que mostraremos de forma somera algunas de las líneas esenciales que sirven de base para arrojar luz a nuestro trabajo. Así pues, la Ley en el artículo 1 señala que «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación». Obsérvese la inexigibilidad de la inscripción registral a efectos de la protección de los derechos de propiedad intelectual. Se contiene en nuestra legislación otra de las características esenciales de nuestro sistema continental referido a los sujetos autores, con base en el «principio de autoría», según el cual sólo las personas físicas son consideradas los autores. Así lo recoge explícitamente el artículo 5 de la Ley, cuyo tenor es inequívoco: «persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica». El autor es el titular originario de la propiedad intelectual. Gráficamente ha señalado Carrasco Perera que el art. 5.1 no es una norma que atribuya derechos de propiedad intelectual, sino que constituye una determinación del supuesto de hecho de la norma que contiene el artículo y, por tanto, el predicado de la norma que el art. 5 conecta al hecho de la creación, no es una titularidad sino que otorga la condición de autor³⁸. Y aunque la autoría se manifieste a través de un acto de creación de la persona natural, lo cierto es que, esta premisa se ve alterada tal como recoge el párrafo segundo del art. 5 cuando establece que, en los casos expresamente previstos en la Ley, las personas jurídicas podrán beneficiarse de la protección que la Ley concede a los autores. Así también, el art. 8 en relación con las obras colectivas establece que «se considera obra colectiva la creada por la iniciativa y bajo coordinación de una persona natural o jurídica que la edita y divulga bajo su nombre...»; el art. 19 sobre los programas de ordenador: «será considerado autor del programa de ordenador la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado o persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor...» y, con respecto a la bases de datos, el art. TRLPI recoge que: «a los efectos del presente Título se entenderá por: a. Fabricante de la base de datos, a la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y asume el riesgo de efectuar las inversiones sustanciales...». Otro de los rasgos esenciales de la legislación española, se refiere al objeto del derecho de autor. El artículo 10 del TRLPI define el objeto como las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) Los libros, escritos, discursos, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra, etc.; b) Las composiciones musicales, con o sin letra; c) Las obras dramáticas, las coreografías y, en general, las obras teatrales; d) Las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; e) Las esculturas y obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, 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; i) Los programas de ordenador.

Asimismo, son objeto de propiedad intelectual las obras derivadas: las traducciones y adaptaciones, las revisiones, actualizaciones y anotaciones, los

³⁸ Ángel Carrasco Perera, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007, pp. 97 y 98.

compendios, resúmenes y extractos, los arreglos musicales, y cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica.

Como vemos, la Ley no establece un catálogo de obras artísticas, literarias o científicas cerrado sino que lo lleva a cabo de una manera ejemplificativa³⁹. La creación de una obra hace surgir los derechos de propiedad sobre la misma siempre que se trate de una creación original⁴⁰ y que se halle plasmada en cualquier medio o soporte del género artístico, literario o científico.

Continuando con este somero análisis de la regulación española, respecto del contenido de la propiedad intelectual, sólo resta apuntar que nuestra ley reconoce la existencia de derechos morales y patrimoniales y derechos *conexos* que la ley denomina «otros derechos de propiedad intelectual» de los que nos ocuparemos en el apartado tercero del presente Capítulo. No obstante, por cuanto a los derechos que entran en juego en las transmisiones realizadas a través de internet se refiere, ha de tenerse presente, ya que constituye el objeto de nuestro estudio, que dichos derechos se encuentran regulados en los art. 17 y siguientes del TRLPI. Son dos los derechos patrimoniales: el derecho de reproducción (art. 18 TRLPI) y el derecho de comunicación pública (art. 20 TRLPI). O dicho de otro modo, el comportamiento prototípico de la piratería intelectual, a saber: la conducta típica de reproducción y de comunicación pública. Téngase presente, que, la obra tiene que ser introducida en un servidor web, lo que, de suyo, implica un acto de reproducción digital de esta; y, sépase también que, aunque se den una serie de reproducciones temporales de la obra para su accesibilidad al público por la propia dinámica de Internet, no corresponden, en puridad, con los derechos patrimoniales exclusivos⁴¹.

Dado que nuestro trabajo se centra en ciertos comportamientos de piratería en internet, y al objeto de trasponer a derecho interno la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, se introduce en nuestro Ordenamiento la Ley 23/2006, de 17 de julio de 2006, relativa a la armonización de determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información, también denominada DDASI. No vamos a ahondar en el estudio de la directiva, más que en los puntos esenciales que nos permitan dejar constancia de la armonización normativa con la realidad actual. En este sentido, las modificaciones más significativas

³⁹ Recordemos que el artículo 13 TRLPI de 1996 excluye de forma taxativa de la consideración de objeto de la propiedad intelectual a «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».

⁴⁰ Vid. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 154-155. El autor entiende que la exigencia de la originalidad de la obra debe apreciarse en el momento de la creación; y debe ser una exigencia de novedad objetiva, ya que, limitar el requisito de la originalidad a una novedad subjetiva, provocaría cierta confusión habida cuenta de la dificultad que supone probar en cada caso que, a pesar del parecido con una obra preexistente, no se copió.

⁴¹ Por todos Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2003, p. 295. Señala el autor que «respecto del régimen jurídico de las copias efímeras técnicas en nuestro derecho, parece que la solución más correcta es entender que en realidad las copias efímeras no son reproducciones en sentido legal, ya que nuestra LPI maneja un concepto funcional de reproducción, que implica que ésta deba hacer viable el acceso y disfrute de la obra o prestación, cosa que no ocurre en el caso de las copias efímeras que, por esa misma razón, carecen de un valor económico propio. Las copias efímeras son simplemente pasos intermedios de un proceso técnico de comunicación pública, como tales, creemos que son irrelevantes para el derecho de reproducción».

hacen referencia a la nueva modalidad de comunicación pública que abarcaría aquella que se realiza por Internet. El derecho de puesta a disposición del público se recoge en el art. 20.2 del TRLPI apartado i) como una modalidad de comunicación pública «la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija». La inclusión de este precepto deriva de la adaptación de nuestra normativa al entorno digital y a las nuevas formas de comercialización de obras a través de Internet. De suerte que, las obras puestas a disposición del público efectuadas a través de medios *intangibles*, las realizadas a través de Internet, se consideran actos de comunicación pública y por el contrario, los supuestos en los que la disposición se efectúe en soporte *tangible*, se circunscriben dentro de la conducta de distribución⁴². De otra parte, y en consonancia con las reproducciones que tienen lugar en la red, se introduce la modificación del límite de copia privada, entre otras razones por los peligros que se han incrementado con las redes de intercambio de archivos. El derecho a la copia privada, viene recogido en la Ley de Propiedad Intelectual en su art. 31.2 como una excepción al requisito del consentimiento del autor para que su obra pueda ser reproducida. La copia privada no es un acto ilícito toda vez que la ley lo configura como un límite a los derechos de autor. Antes del Real Decreto Ley de 20/2011 de 30 de diciembre de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público por el que se suprime la compensación equitativa por copia privada prevista en el art. 25 con los límites establecidos en el art. 31.2 de la presente Ley, el usuario pagaba un canon compensatorio por copia privada conocido en el ámbito digital como canon digital⁴³. El Gobierno será el que establezca de manera reglamentaria el procedimiento de pago a los preceptores de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. El derecho a la compensación es uno de los derechos que integra el contenido de la propiedad intelectual y de hecho, junto con el derecho de participación, se agrupan dentro de lo que la normativa denomina «Otros derechos».

El cambio se produjo tras la llegada al Gobierno del Partido Popular, que «tras vaciar de contenido⁴⁴ el *canon digital* en diciembre de 2011», como establece el Decreto 1657/2012, fijó el importe de compensación a cargo de los Presupuestos Generales del Estado: «El artículo 25 LPI, si bien no ha sido objeto de una derogación formal, sí lo ha sido materialmente, de modo que no son aplicables aquellas partes del mismo que se oponen a lo establecido en la disposición adicional décima del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, norma que ha modificado el mecanismo de financiación de la compensación, deja de depender de la recaudación que las entidades de gestión de los

⁴² No en balde, se redefinió el concepto de distribución del art. 19.1 de la Ley de propiedad intelectual ordenando la puesta a disposición del público «en un soporte tangible».

⁴³ Artículo 31.2 LPI: «No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25». Con anterioridad el art 31.2 señalaba que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor «para uso privado del copista, sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 25 y 99 a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa».

⁴⁴ Véase <http://cyberlaw.ucm.es/component/content/featured.html?start=30>.

derechos de propiedad intelectual obtienen de los intermediarios en el mercado de equipos, aparatos y soportes de reproducción, para pasar a financiarse directamente con cargo a los Presupuestos Generales. Así, el legislador ha considerado oportuno que los ciudadanos puedan beneficiarse, en territorio español, del límite de copia privada en los términos establecidos en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, como contraprestación a una parte de los impuestos que satisfacen y de los que se nutren los ingresos públicos».

Se incluyen dentro del límite las reproducciones de obras ya divulgadas cuando éstas se lleven a cabo por persona física para su uso privado, a partir de obras a las que se haya accedido legalmente y la copia no sea objeto de utilización colectiva. Es necesario enfatizar la importancia de este límite en la era digital en la que asistimos a un aumento exponencial de copias privadas de obras superando incluso los niveles de calidad. No obstante, sobre esta cuestión se ahondará más adelante. A su vez, y sin perjuicio de lo anterior, la Ley 23/2006, introduce medidas tecnológicas de protección del copiado de obras (artículos 160 a 162).

Debido al carácter transfronterizo de Internet, se requiere una legislación homogénea que pueda ofrecer un entorno en el ámbito digital seguro⁴⁵, sin tener en cuenta el lugar de donde proceden las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual. De hecho, la regulación sobre la materia ha sido una preocupación constante en las legislaciones internacionales como ha quedado de manifiesto con la firma de Tratados internacionales comprometiendo al mayor número de Estados posibles. El punto de partida es el Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Este Tratado constituye la base de la legislación en materia de derechos de autor en todo el mundo. En la actualidad forman parte del Convenio un total de 164 países, entre los que se incluye España en el año 1973. El convenio ya establecía el objeto de protección, los sujetos tutelados, los derechos exclusivos de autor y algunos de los límites a los derechos. Sin embargo, como no podía ser de otra forma, la regulación se presenta insuficiente en el contexto de las nuevas tecnologías. En materia de derechos de propiedad en el ámbito digital merecen una mención especial los dos Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁴⁶ sobre Derecho de Autor (WCT) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas (WPPT), suscritos ambos el 20 de diciembre de 1996. Conocidos como «Tratados de Internet». Estos Tratados contienen reglas básicas para adaptar la regulación internacional del derecho de autor y conexos a Internet. En el ámbito de la Unión Europea, el documento de partida es el *Libro Verde sobre la Propiedad Intelectual en la sociedad de la información* de 1995 sobre los derechos de autor en relación a la era digital. La legislación comunitaria viene regida por dos principios: el primero la uniformidad de mecanismos que garanticen el libre movimiento de bienes y mercadería. El segundo principio directriz de la Unión europea de protección de

⁴⁵ La era digital ha añadido mayor complejidad a las dificultades ya existentes en el estudio de los derechos de autor, cfr. Maurizio Barbarisi, «La Tutela della proprietà intellettuale», en Emilio Tosi, *I problemi giuridici di Internet*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 135-173.

⁴⁶ La OMPI es un organismo especializado de la Naciones Unidas, que nace en 1967 con la firma del convenio de Estocolmo. Su principal objetivo es promover la protección de las obras del ingenio.

los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información, es la ponderación entre estos derechos y los relativos a la libertad de acceso a la cultura y la intimidad de los usuarios en Internet. El Derecho Comunitario ha adoptado en los últimos años diferentes medidas destinadas a la protección de derechos de propiedad intelectual y de la sociedad de la información. La antedicha Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los Derechos de Autor en la sociedad de la información; la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y con ella la Ley 34/ 2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) de trasposición de esta Directiva; y la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto a los derechos de propiedad intelectual y con ella la Ley 56/2007, de medidas de impulso de la sociedad de la información que tuvo lugar a finales de 2007 incorpora a derecho español la Directiva.

4. Naturaleza jurídica de la Propiedad Intelectual a efectos de la delimitación del bien jurídico protegido por el artículo 270 del Código Penal

Tanto en el seno de la doctrina civil y como en la mercantil no existe unanimidad respecto a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual. La cuestión de si la propiedad intelectual puede considerarse realmente una «propiedad» no ha sido pacífica. Examinando en perspectiva histórica, el término «propiedad intelectual» ocupa un lugar de enlace entre el originario de propiedad literaria, que pronto mostraría su insuficiencia⁴⁷ y el hoy predominante concepto de derechos de autor, que se ha consolidado en el ámbito internacional. No nos detendremos en este estudio en distingos terminológicos, sin embargo, no será ocioso señalar el magnífico trabajo de Andrés Ollero Tassara acerca del controvertido carácter «fundamental» de los derechos del autor⁴⁸, en el que se acomete, en una línea

⁴⁷ La ley española de 10 de junio de 1847 hablaba de «propiedad literaria», término que se mantiene durante años en Reales Órdenes, aun a costa de referirse forzosamente, como la de 22 de marzo de 1850, a los que aspiren a «publicar en escultura». Después de la ley de 10 de enero de 1879 -presentada bajo la rúbrica «propiedad literaria» y aprobada con la de «propiedad intelectual»- aquel término sigue manteniendo vigencia durante años; así lo demuestra su empleo como sinónimo de propiedad intelectual en los Reales Decretos de 11 de junio de 1866, 6 de julio de 1894 y 31 de enero de 1896.

⁴⁸ Andrés Ollero Tassara, «Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate», en *Revista de Derecho Político*, nº 27-28 (1988), especialmente, pp. 120 y sigs. Sitúa en primer plano el término derecho de autor por la amplitud que recibe al albergar los «derechos morales» y reserva el de propiedad intelectual para referirse a los aspectos patrimoniales vinculados a la explotación de sus obras. En esta dirección de pensamiento, el autor textualmente precisa «La entrada en juego de los llamados derechos morales parece denunciar que los *derechos de autor van más allá de un derecho de propiedad*, entendido con el alcance estrictamente patrimonial que un mínimo rigor exige. Ser autor llevaría consigo derechos de alcance aún mayor que el mero aprovechamiento de unas posibilidades de explotación, nada despreciables sin duda. Hace un siglo la propiedad aparecía como un «derecho innato», «inherente al ser humano», que «abarca las facultades que constituyen su ser; es el elemento que completa su personalidad (...). Hoy, por el contrario, la propiedad ha dejado de identificarse con la libertad (...). Podríamos, pues, señalar que al crecimiento de la relevancia de los derechos del autor se une un decrecimiento de la del derecho de propiedad, que no hace sino reforzar idéntico fenómeno: la insuficiencia de la segunda como marco de referencia de los primeros» (*Ibidem*, p. 126).

de discurso crítico, una disección valorativa de indudable rigor doctrinal. Comienza destacando cómo «los autores se vieron obligados a luchar en su día contra una visión platónica de su labor (el arte por amor al arte...). Sus primeros logros no llegaron a ver convertidas sus pretensiones de rendimiento económico en derechos. *Configurar* tal “derecho” como *propiedad* aportaba por entonces una doble ventaja: emparentar con una figura de raigambre iusnaturalista, merecedora del más sólido fundamento jurídico, y aspirar, como consecuencia, a su disfrute perpetuo, al abrigo de humores o coyunturas. El afán por superar una *concepción* forzosamente *platónica* de la actividad creativa se vio con el tiempo sustituido por otro de signo diverso: ahora el peligro era reducir tales derechos al cobro de determinados porcentajes de la explotación de la obra artística. Característica al respecto es la emergencia de los llamados “derechos morales”, cuyo encaje en el marco de la propiedad exige más imaginación aún que el cambio de tan curiosa terminología»⁴⁹. Por otra parte, Ollero subraya la falta de correspondencia entre la desafortunada denominación de *propiedad intelectual* (sic) y el término *derecho del autor*⁵⁰. Y sitúa en primer plano el término derecho de autor por la amplitud que recibe al albergar los «derechos morales» y reserva el de propiedad intelectual para referirse a los aspectos patrimoniales vinculados a la explotación de sus obras.

El término «propiedad intelectual» se utiliza como equivalente a los derechos de autor⁵¹, y los denominados derechos conexos⁵² pertenecientes a artistas, intérpretes o ejecutantes entre otros sujetos y que permiten beneficiarse de la explotación de una obra de la que no se es autor, porque se haya intervenido de algún modo en su publicación o difusión. No se incluyen los derechos sobre patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, etc., ya que éstos se regulan bajo la denominación de «propiedad industrial». Sin embargo, en el mundo anglosajón bajo la denominación de «intellectual property» se reconocen un conjunto de derechos sobre bienes inmateriales como las patentes, diseños industriales, marcas, o *copyright* entre otros⁵³.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 121.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 125.

⁵¹ Vid. Nuria Belloso Martín, “Los derechos de autor en la sociedad tecnológica...”, op. cit., p. 67. Para quien los derechos de autor en un sentido general se entienden como conjunto de normas y principios que regulan los derechos morales y patrimoniales que la Ley concede a los autores, por el solo hecho de la creación de un obra literaria, artística y científica, publicada o inédita.

⁵² Para una revisión detenida de la propiedad intelectual y los derechos conexos véase Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., espec., pp. 130 y sigs. Para Andrés Ollero Tassara, “Derechos del autor y propiedad intelectual...”, op. cit., p. 127, los derechos conexos nos sitúa en «una *propiedad intelectual* situada fuera del marco conceptual de los derechos del autor».

⁵³ Especialmente significativos son los trabajos de Jennifer Davis, *Intellectual Property...*, op. cit., Tina Hart y Linda Fazzani, *Intellectual Property...*, op. cit., donde se lleva a cabo una exploración pormenorizada de todos estos derechos sobre bienes inmateriales (patents, copyright, industrial designs, trade marks) que definen la *Intellectual Property*; Rosemary J. Coombe, *The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, and the Law*, Durham, Duke University Press, 1998, pp. 128 y sigs; Ashish Arora, “Licencing Tacit Knowledge: Intellectual Property Rights and Market for Know-How”, en *Economics of Innovation and New Technology*, vol. 4 (1995), pp. 41-60; William R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1999; Adam D. Moore, *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*, Lanham (Maryland), Rowman & Littlefield, 1997 y Jeremy Phillips y Alison Firth, *Introduction to Intellectual Property Law*, 4th ed., London, Butterworths, 2001.

«Las vicisitudes planteadas en el transcurso de un siglo por el recurso al término propiedad intelectual podrían servir de expresivo test sobre la delicada relación entre dogmática jurídica y realidad social. Figuras o esquemas conceptuales que, en un determinado momento, se muestran como instrumentos oportunos para el logro de ese ajuste teleológico que da sentido al derecho pueden convertirse, con el paso del tiempo, en el obstáculo más eficaz para garantizar dicha finalidad»⁵⁴.

El análisis de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual tiene como punto de partida las peculiaridades que caracterizan dicha institución jurídica. Por un lado, es manifiesto, en efecto, que el objeto sobre el que recaen los derechos de propiedad intelectual está constituido por *bienes de naturaleza inmaterial*, obras del espíritu o creaciones artísticas. Debido a la inmaterialidad de la creación intelectual, ésta sólo puede ser aprovechada a través de su exteriorización⁵⁵, pero que nunca se identificará con la creación misma⁵⁶.

Por otro, el contenido de la propiedad intelectual no es único, ni unívoco⁵⁷. El TRLPI de 1996, está sistemáticamente elaborado con un libro primero dedicado a los derechos de autor y un libro segundo titulado «de los otros derechos de propiedad intelectual»⁵⁸. Lo dicho hasta ahora, conlleva, de rondón a entender que, el núcleo de la propiedad intelectual y el que, por ende, le da carta de naturaleza es el derecho de autor⁵⁹. Así pues, la doble vertiente patrimonial-moral de los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, se recoge en el art. 2 de la LPI y desarrollados en el Capítulo III del Título II del Libro I y en los términos siguientes: «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena

⁵⁴ Andrés Ollero Tassara, "Derechos del autor y propiedad intelectual...", op. cit., p. 119-120.

⁵⁵ Señala Jennifer Davis, *Intellectual Property...*, op. cit., p. 2, que la Coca-Cola o un best-seller, pueden constituir el medio físico objeto de los derechos de Propiedad intelectual como incluyente de las patentes, marcas y copyright respectivamente. Debido a la inmaterialidad de la creación, la obra no puede ser aprovechada como tal, necesita materializarse y el valor económico de la obra deriva de la posibilidad de convertirla en un bien material. Sólo a partir de dicho proceso de materialización se puede aprovechar económicamente; y por ello, la protección de los derechos de propiedad intelectual se centra en garantizar la exclusiva sobre esa materialización. Sin dicha protección, tanto los autores como las empresas culturales no contarían con los incentivos requeridos para producir el capital intelectual lo cual supondría una merma para el mercado y de un bien como este (*Ibidem*, pp. 4-5).

⁵⁶ Para Tullio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia...*, op. cit., p. 265, una cosa es el *corpus mysticum*, que es la obra en sí, y otra es el *corpus mechanicum*, que es el bien físico en el que se materializa la obra. El *corpus mysticum* es el objeto de los derechos de propiedad intelectual y el *corpus mechanicum* es el objeto del derecho de propiedad ordinaria.

⁵⁷ Cfr. Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 12 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 130 y sigs. La concesión de estos derechos supone el reconocimiento y valoración de determinados sujetos como el artista, intérprete, las entidades de radiodifusión o el productor fonográfico o audiovisual, que, con su actividad contribuyen a la divulgación y difusión de la obra. Esta denominación utilizada por la LPI de 1987 ha sido criticada por un importante sector doctrinal considerando que al hablar de «otros derechos» la Ley les designa precisamente como lo que no son derechos de propiedad intelectual, con el peligro de deformar la naturaleza del derecho de autor al equiparar a su creador con estos otros sujetos intervinientes. Con todo, «lejos de reconocer la igualdad entre estos derechos y los derechos de autor, y de identificar el fonograma a la obra original y por tanto al productor con el creador, la Ley separa y distingue los derechos conexos y los derechos de autor».

⁵⁹ El Derecho de autor atiende básicamente al autor, al creador de una obra del ingenio en aras de tutelar el fruto de su creación, así, Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, deuxième édition, Paris, 1980, p. 28.

disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley».

El artículo 14, encabezando la Sección 1ª del referido capítulo, recoge los derechos morales de autor, siendo su inclusión una de las principales novedades de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987. La entrada en juego de los llamados derechos morales parece denunciar que *los derechos del autor van más allá de un derecho de propiedad*⁶⁰. «Ser autor –precisa Andrés Ollero Tassara– llevaría consigo derechos de alcance aun mayor que el mero aprovechamiento de unas posibilidades de explotación nada depreciables sin duda. El marco de la propiedad resulta estrecho al profundizarse en la honda dimensión personal que la creatividad lleva consigo»⁶¹.

Son derechos ligados al autor de manera permanente y son irrenunciables (el ejercicio corresponde en exclusiva al autor) e inalienables (intransmisibles e inembargables). Tales derechos recogidos en siete apartados son: derecho de divulgación de la obra, derecho de paternidad, derecho a la integridad de la obra, derecho de modificación de la obra⁶², retirada del comercio, acceso al ejemplar único o raro de la obra.

Junto a los derechos morales, la propiedad intelectual también se integra de un conjunto de derechos patrimoniales de autor con una importante función social⁶³. Dentro de ellos, el art. 17 consagra los derechos de explotación que son aquellos que facultan al autor de manera exclusiva la explotación de la obra, esto es, a decidir sobre el uso de su obra, que no podrá llevarse a cabo sin su autorización, salvo en determinados casos previstos en la vigente LPI que se conocen como límites o excepciones *en favor del interés social*⁶⁴. Dentro del derecho exclusivo de explotación se citan, en especial, las siguientes modalidades (porque la LPI prevé la posibilidad de que existan otros al margen de los descritos): el derecho de reproducción (art. 18), el derecho de

⁶⁰ Vid. Andrés Ollero Tassara, “Derechos del autor y propiedad intelectual...”, op. cit., p. 125.

⁶¹ *Ibidem*, p. 126.

⁶² Conviene recordar la condena por parte de la audiencia de Vizcaya al Ayuntamiento de Bilbao en marzo de 2009, a pagar una indemnización de treinta mil euros al arquitecto Santiago Calatrava por «alterar» su obra del puente Zubi-Zuri, añadiendo una pasarela que facilitaba el acceso a las torres Isokazi. La condena fruto del recurso interpuesto por el arquitecto a una sentencia de 2007 que desestimaba una primera demanda al pedir ser indemnizado con 250.000 euros y la retirada de las obras que afectaban a su puente o, en su defecto, una indemnización de 3.000.000 euros.

⁶³ Por cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de explotación patrimonial de autor, Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., la concibe como «un derecho real sobre bienes inmateriales, distinto al derecho de propiedad, por el distinto poder que se puede ejercer sobre un bien material y sobre un bien inmaterial (consistente fundamentalmente en un *ius prohibendi*), aunque similar en cuanto que otorga a su titular un poder absoluto, únicamente limitado por su función social» (p. 140).

⁶⁴ Véase al respecto Carlos Vázquez González, “Los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial”, en *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2012, p. 323. La Ley reconoce los siguientes usos de obras protegidas sin autorización, sin perjuicio de que, en algunos casos, se abone una remuneración por dichos actos de explotación: Reproducción sin autorización; cita e ilustración en la enseñanza; trabajos sobre temas de actualidad; utilización de bases de datos y de las obras con ocasión de informaciones de actualidad y de las situadas en vías públicas; cable, satélite y grabaciones técnicas; reproducción, préstamo y consulta de obras mediante terminales especializados en determinados establecimientos; actos oficiales y ceremonias religiosas; parodias.

distribución (art. 19), el derecho de comunicación pública (art. 20), el derecho de transformación (art. 21)⁶⁵.

Además de estos derechos de explotación, la Ley de Propiedad Intelectual se refiere a *otros derechos patrimoniales* de naturaleza compensatoria en una Sección 3ª en la que incluye el derecho de participación de los autores de obras de artes gráficas o plásticas en el precio de las reventas que de sus obras se hagan y en las que participen, como vendedores, compradores o intermediarios, profesionales del mercado del arte (art. 24) y el derecho de compensación equitativa por copia privada⁶⁶.

Como derivación de lo anterior, la cuestión de si la propiedad intelectual puede considerarse realmente una «propiedad» no ha sido pacífica⁶⁷. En este contexto, un concreto sector doctrinal considera que el derecho de propiedad intelectual es un derecho de la personalidad⁶⁸. Sin embargo, asiste la razón a quienes han puesto de manifiesto el difícil encaje de los derechos patrimoniales entre estos derechos de la personalidad. En esta línea se sitúa nuestra mejor doctrina civilista: Bercovitz, Gullón⁶⁹, Lacruz Berdejo, entre otros, cuando afirman que el derecho de autor no es uno de los derechos de la personalidad. Pretendidamente, piensa Rogel Vide –y no está sólo en este punto– que «el *derecho de autor* contiene facultades que son personalísimas, pero no es un derecho de la personalidad. La obra intelectual, la obra del ingenio no es un bien de la personalidad. Es algo creado por la persona, pero perfectamente distinto y separado de ella»⁷⁰.

Conforme a la doctrina tradicional la propiedad intelectual es considerada como propiedad especial⁷¹. Cuando se habla de propiedad intelectual salta a la vista la referencia al término «propiedad»⁷². Para ilustrar mejor esta dirección de pensamiento baste la argumentación de Rogel Vide sobre el particular que transcribo y glosó. «Pues bien, la multiplicidad de “facultades” (elencadas en el art. 14, 17 y siguientes de la LPI) –y no “derechos subjetivos” según el autor– insertas en la propiedad intelectual, [...] hacen que estemos en presencia de una propiedad, sí, en cuanto que el derecho del autor⁷³ está concebido como

⁶⁵ Estos derechos serán analizados, en concreto, al tratar la conducta típica en el artículo 270 de Código Penal.

⁶⁶ Vid. supra Real Decreto 1657/2012 por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los presupuestos Generales del Estado.

⁶⁷ Cfr. Nuria Belloso Martín, “Los derechos de autor...”, op. cit., pp. 67-76.

⁶⁸ Ivan Cherpillod, “Le droit d’auteur aujourd’hui”, en Isabelle de Lamberterie, *Le droit d’auteur aujourd’hui*, Édition du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1991, p. 25.

⁶⁹ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, en *Sistema de derecho civil*, se pronuncian sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual y ponen de manifiesto la confusión conceptual que lleva a configurar los derechos morales de autor como derechos de la personalidad. La confusión procede de equiparar las ideas de «derechos personalísimos» y «derechos de la personalidad».

⁷⁰ Carlos Rogel Vide, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Reus, 2003, p. 57.

⁷¹ En esta línea doctrinal se sitúa entre otros, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Manual de Propiedad intelectual*, 3ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 20; Carlos Rogel Vide, *Estudios completos...*, op. cit., pp. 12 y ss. y Fernando Bondía Román, *Propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 159-160.

⁷² Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 82.

⁷³ Cfr. Carlos Rogel Vide, *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, Bosch Editor, 1998, p. 17. Rogel Vide llama la atención sobre la aparente, que no real, contradicción entre propiedad intelectual y derecho de autor. Consecuentemente, cuando se habla de

derecho subjetivo que permite al titular gozar y disponer de su obra, más en presencia también de una *propiedad especial*»⁷⁴.

El Código Civil español trata «de la Propiedad en general» en el Capítulo I del Título II «De la propiedad» del Libro II «De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones», capítulo en el que se contiene el principal artículo 348, del siguiente tenor: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

Asimismo, trata «de la propiedad intelectual» en el Capítulo III del Título IV del Libro Segundo, Título que se denomina «de algunas propiedades especiales». Su especialidad queda manifiesta por el objeto sobre el que recae tal derecho, constituido por bienes de naturaleza *inmaterial*⁷⁵ a diferencia del objeto material sobre el que recae el derecho de propiedad, esto es, bienes materiales. En el Capítulo III referido se contiene el art. 428: «El autor de una obra literaria, científica o artística, tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad». Los derechos patrimoniales exclusivos de los que goza el autor, que le facultan a decidir sobre el uso de su obra, se proyectan en una vertiente negativa en forma de *ius prohibendi erga omnes*, impidiendo su ejercicio a terceras personas sin su autorización salvo en los casos previstos en la LPI. Esta exclusividad y el sistema de autorizaciones asemeja estos derechos al derecho de propiedad⁷⁶ (derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en la ley, conforme al art. 348 CC). Por su parte el art. 429 ordena lo siguiente «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 aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad». Aplicación subsidiaria de estas normas que pareciera corroborar –a nuestro juicio– la consideración del derecho de autor como «derecho de propiedad»⁷⁷.

La propia Ley de Propiedad Intelectual dice en su art. 7.4 –para supuestos de obras de colaboración– que «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 las reglas establecidas en el Código civil para la comunidad de bienes» (arts. 392 y ss.). Nos hallamos, ante otra argumentación que justifica la aplicación subsidiaria a los derechos de autor de normas relativas a la propiedad. Téngase presente que, según preceptúa el art. 4.2 del mismo, «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes». Llegados a este punto, Ollero Tassara propugna tres posturas: 1) la defendida por algunos civilistas, que defienden la reconducción estricta de los derechos de autor a los esquemas de la propiedad común; 2) otra, más imaginativa, que aspira a reinventar la propiedad, para que los derechos de autor puedan habitar cómodamente en su seno; 3) una tercera, animada por documentos y

«derecho de autor» se hace referencia al sujeto titular; mientras que el término «propiedad intelectual» hace referencia al contenido del derecho mismo.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁵ Sobre la inmaterialidad de las creaciones intelectuales y la especialidad del funcionamiento económico del sistema de protección de las mismas puede consultarse Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., espec., pp. 104 y ss.

⁷⁶ Vid. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Manual de propiedad...*, op. cit., p. 27.

⁷⁷ En este mismo sentido Fernando Bondía Román, *Propiedad intelectual...*, op. cit., p. 160 y Carlos Rogel Vide, *Nuevos estudios...*, op. cit., pp. 16-17.

«convenios internacionales consistente en emancipar a los derechos del autor, cuyo núcleo básico tendría *rango fundamental*, del incómodo marco de la propiedad común, en un momento histórico en que el carácter fundamental de ésta se hallaba en entredicho»⁷⁸.

Sea como fuere, el término «*propiedad intelectual*» es utilizado por la Ley del mismo nombre, el Código civil, el Código penal, y por nuestra Constitución, cual hemos de ver en un posterior capítulo.

Una vez analizado el contenido de la propiedad intelectual y los derechos que la conforman, abordamos una polémica sobre la naturaleza jurídica de la institución objeto de este estudio que reside precisamente en la dualidad de derechos morales y patrimoniales de autor que reconoce la legislación sobre la materia. Se precisa concretar si la Ley de Propiedad Intelectual configura estos derechos como dos facultades indisolubles de un único derecho o por el contrario dos facultades separables y con régimen jurídico diferenciado. La tenaz polémica entre «monistas» y «dualistas» ha sido uno de los puntos clave de la elaboración dogmática de los derechos de autor. No haré, pues, sobre este particular sino muy breves consideraciones. En España, nuestra doctrina comenzó a plantearse la cuestión de si la propiedad intelectual era un derecho formado por dos derechos de naturaleza diferente, uno de contenido patrimonial y otro de carácter moral, o por el contrario, si la propiedad intelectual era un único derecho subjetivo, un todo inescindible. Con la entrada en vigor de la Ley de 1987, la doctrina civilista comenzó a adentrarse en el monismo y dualismo. Los partidarios de la tesis monista (implantada principalmente en los países germanos) configuran la propiedad intelectual como un derecho subjetivo único con diversas facultades, que no derechos, morales y patrimoniales interrelacionadas. Rogel Vide, al estudiar en profundidad el tema, en sede civil, señala: «...no creemos que pueda seriamente pretenderse que, en la propiedad intelectual hay dos derechos subjetivos distintos: uno patrimonial y otro no patrimonial. La propiedad intelectual, tal y como ha sido configurada por el ordenamiento jurídico, aparece como una situación de poder única, autónoma, independiente y unitaria»⁷⁹. Para José Luis Lacruz Berdejo (1921-1989), con base en el artículo 1 de la LPI que señala «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de su creación» aduce que la propiedad intelectual parte de una asignación originaria de todas sus facultades, tanto morales como patrimoniales a una única persona, lo que parece darle desde esta situación de asignación originaria, un carácter unitario, tratándose por tanto de un derecho único⁸⁰. Y glosando el art. 2 de la LPI a cuyo tenor «la propiedad intelectual esté integrada»⁸¹ por derechos de carácter

⁷⁸ Sobre esta problemática puede consultarse Andrés Ollero Tassara, «Derechos del autor y propiedad intelectual...», op. cit., p. 123.

⁷⁹ Cfr. Carlos Rogel Vide, *Estudios completos...*, op. cit., p. 56. En contra, Fernando Bondía Román, *Propiedad intelectual...*, op. cit., al señalar «La nueva LPI sigue una clara concepción dualista al considerarla integrada por dos derechos, uno de carácter personal y otro patrimonial (art. 2). Resulta así que legalmente, la propiedad intelectual aparece configurada como una extraña figura abstracta o institución híbrida mezcla de dos tipos de derechos, y no como un verdadero derecho subjetivo» (p. 155).

⁸⁰ Cfr. José Luis Lacruz Berdejo, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., pp. 31 y ss.

⁸¹ José Luis Lacruz Berdejo, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit. Es el propio Lacruz quien afirma que si en vez del verbo «integrar» se hubiese

personal y patrimonial»; Lacruz concluye afirmando que tales derechos nacen como una fracción de un derecho subjetivo único del que emanan en calidad de simples facultades⁸². Por el contrario, los seguidores de la teoría dualista, de inspiración francesa, defienden que la propiedad intelectual es un derecho formado por dos derechos de naturaleza diferente: los derechos patrimoniales y morales de autor. Como apunta Ollero Tassara, el nacimiento de las posturas dualistas, que ponen especial énfasis en la existencia de dos tipos de derechos personales y patrimoniales del autor, encontraron sentido dentro del esfuerzo por abrir paso a los derechos morales, superando la angostura del *monismo* que defendía una propiedad intelectual tomada en serio. No obstante, precisa el autor, que consolida la dimensión personal; surge, por motivos de coherencia doctrinal, la tendencia contraria: superar un *dualismo* que disloca el tronco común de todos los derechos del autor⁸³.

Observa Rodríguez Moro que la Ley de Propiedad intelectual cumpliendo el mandato del art. 349 CC, ha querido el «derecho de propiedad intelectual» genérico en dos grupos de *derechos* (que no facultades) distintos e independientes, de distinto régimen jurídico, que con mucha frecuencia se solapan e interrelacionan a la hora de ejercerlos⁸⁴. En el mismo sentido y más ampliamente se pronuncia Miró Llinares cuando insiste en el diferenciado régimen jurídico con que la Ley de Propiedad Intelectual ha dotado a los intereses morales y patrimoniales avalando por consiguiente su consideración como derechos independientes, pero interrelacionados; si bien los primeros responden a la consideración de la obra como un hecho personal del autor; los segundos, responden a la conjugación de los intereses materiales del autor con otros intereses económico-sociales y por eso se trata de un derecho transmisible y limitado en el tiempo⁸⁵.

Sea como fuere, bajo la apariencia de la acerva polémica doctrinal, existe una realidad palmaria: tanto el dualismo o como el monismo coinciden en considerar a los derechos del autor, o al menos a su dimensión moral, como significativos de la dignidad personal⁸⁶.

En nuestra andadura hacia la determinación del bien jurídico protegido hemos definido la propiedad intelectual como aquella institución jurídica integrada por los derechos de autor propiamente dichos –unos de orden económico y otros de carácter personal–, y los derechos conexos. La cuestión

utilizado el verbo «componer» ello hubiese apuntado a una pluralidad de derechos independientes que se yuxtaponen, p. 31. Consultar además Andrés Ollero Tassara, “Derechos del autor y propiedad intelectual...”, op. cit., p. 132.

⁸² José Luis Lacruz Berdejo, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 31.

⁸³ Andrés Ollero Tassara, “Derechos del autor y propiedad intelectual...”, op. cit., p. 131. La tesis de A. Ollero no es clara, para mí en este punto, pues, sentadas las premisas no saca, a mi modesto juicio, las conclusiones que se derivan de las mismas. Así, concluye este argumento precisando que «el nuevo “monismo” post dualista considera fuera de duda la operatividad práctica de los derechos morales y a lo que aspira ahora -continuando, paradójicamente la evolución cumplida por el dualismo- es a resaltar aún más su predominio, dado que son los más cercanos a la creatividad personal, fuente de todos los derechos de autor; mientras a los derechos patrimoniales correspondería una dimensión instrumental disponible -por los vericuetos del proceso de explotación- incluso para los no autores» (*Ibidem*, p. 131).

⁸⁴ Vid. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 91.

⁸⁵ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 150-151.

⁸⁶ Andrés Ollero Tassara, “Derechos del autor y propiedad intelectual...”, op. cit., p. 135.

que ahora nos ocupa tiene considerable relevancia ya que, siendo nuestra intención la determinación del objeto de protección penal sobre el que versa esta clase de delitos, debemos proceder a analizar cómo regula nuestra Carta Magna esta institución; que escala de valores recoge la Norma Suprema en aras de concretar el bien jurídico protegido en el artículo 270 del Código Penal. Nos hallamos ante una polémica que cobra en ocasiones apariencia bizantina. Paladina resulta la falta de consenso entre la doctrina en la determinación de la constitucionalización del derecho de autor. Nos compete la labor de concretar los artículos de la Constitución en que los derechos de propiedad intelectual pueden ser reconocidos; así cómo determinar qué rango otorga nuestra Norma Fundamental a los derechos morales y a los patrimoniales de autor, si proporciona unicidad en los criterios de protección o por el contrario establece para ellos distinto rango.

La propiedad intelectual viene referida expresamente en el artículo 149.1.9ª de la Constitución que reza así: «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] Legislación sobre propiedad intelectual e industrial». Obsérvese que, la cuestión que nos ocupa ahora, esto es, determinar el grado de constitucionalización del derecho de autor en nuestro país, está vinculada con la naturaleza jurídica que se haya asignado. Como señalamos el Código civil conceptúa la propiedad intelectual como una propiedad especial, regulando la institución en el Libro II del Título IV y el art. 429 establece que «en los casos no previstos ni resueltos por la Ley de Propiedad Intelectual se aplicarán las reglas establecidas en este código para la propiedad». La consideración de la propiedad intelectual como un derecho especial de propiedad y la naturaleza económica de los derechos de explotación de los artículos 17 a 21 de la LPI, nos lleva a defender que la protección constitucional de los derechos de autor está ubicada junto al Derecho de Propiedad Privada, en el art. 33 CE, el cual se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo II, del Título I. Sin embargo, la propiedad intelectual está constituida por derechos morales, y en ellos se encuentra el germen de la discusión doctrinal y jurisprudencial, precisamente en la naturaleza constitucional de estos derechos morales, ya que no se reconoce en ningún precepto constitucional. Por ello, algunos autores la conectan directamente con el art. 20.1b) que declara la protección del derecho «a la producción y creación literaria artística, científica y técnica», lo que conlleva, de rondón otorgar al derecho de autor o al menos –los derechos morales–, la condición de derecho fundamental, al tratarse de un derecho de la personalidad⁸⁷. El punto de partida del debate se produce con la sentencia de 9 de diciembre de 1985 relativa al llamado caso «Pablo Serrano». El caso resuelto era el siguiente: al escultor Pablo Serrano le fue encargada por la empresa propietaria de un hotel para su emplazamiento en el vestíbulo de éste, una escultura: «Viaje a la luna en el fondo del mar». Una vez realizado el encargo y pagado su importe, la empresa, alegando que lo realizado «no se ajustaba al boceto elegido» y contrastaba de forma ostensiblemente notoria con la decoración del hotel, ordenó desmontarla, guardando sus elementos en un almacén, ante la negativa del artista a que fuese instalada en otro lugar. El escultor formuló entonces demanda judicial basada en el derecho moral del autor, que le otorgaba la paternidad de la obra y que le permitía poder impedir que se deformase, solicitando en un segundo

⁸⁷ Cfr. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 93.

pleito, que se condenase a la empresa hotelera a poner a su disposición los materiales que se utilizaron en su día para la citada obra, para que finalmente el propio autor pudiera decidir sobre la posible reconstrucción de ésta. La demanda del escultor fue desestimada por el Juzgado y por la Audiencia por inadecuación del procedimiento (pues se había seguido el de la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, de 26 de diciembre de 1978, ya que se invocaba el artículo 20.1.b) de la Constitución, sobre derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica), entablándose por el demandante recurso de casación que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985, desestimatoria del recurso. En términos concretos, el Tribunal supremo entendió que lo único que consagra como fundamental la Constitución en el art. 20.1b), en lo que nos interesa, es «un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor». Así, un importante sector doctrinal, con base en el pronunciamiento de dicha sentencia⁸⁸, postula una protección constitucional de la propiedad intelectual dentro del artículo 33 CE. Asimismo, la sentencia de 9 de diciembre de 1985 niega el carácter de derecho fundamental a los derechos morales⁸⁹; y significativamente, lo que se consagraría como fundamental sería «un derecho genérico a producir y crear obras artísticas». De modo que habría que entender que el derecho de autor quedaría fuera del art. 20.1 b) CE por no proteger el resultado de la creación⁹⁰. Consideraciones del género, que se contienen la sentencia, son defendidas por Rogel Vide razonando del siguiente modo. «No hay que confundir los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, que se enmarcan dentro de la Sección Primera del Capítulo II del Título Primero de la Constitución –sección que trata «de los derechos fundamentales y libertades públicas»–, con la propiedad intelectual, pues una cosa es la libertad de crear,

⁸⁸ Nuria Belloso Martín, “Los derechos de autor en la sociedad...”, op. cit., p. 81; Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la...*, op. cit., pp. 17 a 20; Alejandro González Gómez, *El tipo básico de los delitos contra la Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 68 a 81; Juan José González Rus, “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, en *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, pp. 765 a 767; Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., espec., p. 104; Carlos Rogel Vide, *Nuevos estudios...*, op. cit., pp. 17 a 22, ratificando su posición en *Estudios completos...*, op. cit., pp. 12 y 13 y Raquel de Román Pérez, “La naturaleza jurídica del derecho de autor”, en César Iglesias Rebollo (coord.), *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad industrial*, Zaragoza, Ed. Reus, 2005, pp. 13 a 48.

⁸⁹ Vid. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 94.

⁹⁰ Nuria Belloso Martín, “Los derechos de autor en la sociedad...”, op. cit., p. 80. En el mismo sentido Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., pp. 101-102, para quien el artículo 20.1b) CE reconoce y protege la libertad para crear obras «en abstracto»; y no el denominado derecho de autor sobre la obra ya producida o creada. En contra Javier Plaza Penadés, *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1b) de la Constitución*, Valencia, Tirant Monografías, 1997; señalando que el art. 20.1 b) CE no sólo constitucionaliza el derecho a crear y a producir obras intelectuales, como un derecho previo a la realización de la obra, sino que además se proyecta sobre la obra en sí, como resultado final de dicha actividad y sobre los derechos de autor que corresponden al autor sobre la obra misma (p. 21).

que se reconoce al ciudadano frente a los poderes del Estado muy singularmente, y otra la propiedad intelectual, los derechos sobre la obra creada de quienes creen obras del espíritu, que no son, ciertamente, todos los mortales»⁹¹. Por último Rogel Vide, repasa brevemente el desarrollo legislativo de la propiedad intelectual y concluye, pretendidamente, recordando que su aprobación tuvo lugar por Ley ordinaria que no orgánica como lógica y consecuentemente debería haber sido, si realmente el artículo art. 20.1b) reconociera el derecho fundamental de autor⁹².

Volviendo al punto de partida del debate, la sentencia del caso «Pablo Serrano» contó con un voto particular, el del Magistrado Antonio Fernández Rodríguez, quien consideraba que se había vulnerado el derecho a la creación y producción literaria, artística, científica y técnica del art. 20.1 b) CE. Así, un relevante sector doctrinal, apoyado en los argumentos del voto particular, defendió la tesis de que el artículo 20.1 b) CE reconocía un derecho fundamental de autor⁹³. Consideran incluidos en el art. 20.1 b) que reconoce el derecho a la producción y creación literaria, artística y científica, tanto los derechos morales como los patrimoniales de autor, ambos, por tanto, derechos fundamentales. Uno de los principales argumentos que mantiene este sector de la doctrina que defiende el carácter de derecho fundamental de la propiedad intelectual es el de la artificiosidad desconexión entre la protección del derecho a producir o crear una obra y la protección del derecho sobre la obra ya producida o creada⁹⁴. Otro argumento reside en el artículo 10.2 CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la propia Constitución conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el artículo 27.2 de la DUDH se dice 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 autora⁹⁵. Otro de los argumentos que, según este reconocido sector de la doctrina, el reconocimiento de los derechos de autor en el art. 20.1 b) procede del estudio de otros preceptos constitucionales en el Derecho comparado, principalmente la Constitución portuguesa de 1976, cuyo artículo 42 señala que «1) Es libre la creación intelectual, artística y científica. 2) Esta

⁹¹ Carlos Rogel Vide, *Nuevos estudios...*, op. cit., p. 18.

⁹² *Ibidem*, p. 19.

⁹³ Vid. Fernando Bondía Román, *Propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 93-94. El autor textualmente precisa «El artículo 20 de la Constitución española recoge una amplia formulación de la libertad de expresión en relación con los diferentes medios utilizados para la manifestación del pensamiento [...]. Dentro de esta amplia formulación en la que se consagra en síntesis, el derecho a la creación, emisión y recepción de productos intelectuales, se enmarca el derecho de propiedad intelectual, al reconocer y proteger la letra b) del párrafo 1º el derecho “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. Encuadramiento que resulta completamente lógico y consecuente con la evolución anteriormente señalada, pues la propiedad intelectual constituye no sólo una consecuencia de la libertad de expresión, sino, lo que es más importante, una garantía de la misma [...], cauce o *iter* por donde discurre la libertad de expresión»; Virgilio Latorre Latorre, *Protección penal del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 78 y ss. y Andrés Ollero Tassara, “Derechos de autor...”, op. cit., pp. 135 y ss.

⁹⁴ En contra de esta concepción Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la...*, op. cit., p. 19, para quien la distinción entre *derecho a producir o crear* y *derecho sobre lo producido y creado* resulta patente, incluso, a partir de un análisis íntegramente gramatical del contenido del artículo 20.1 b) de la CE.

⁹⁵ Fernando Bondía Román, *La propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 105 y 106 y Javier Plaza Penadés, *El derecho de autor...*, op. cit., pp. 267 y 268.

libertad comprende el derecho a la invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor».

No obstante, el entusiasmo parcelador de la doctrina no se complace con esta división. Una tercera postura defiende que el derecho moral de autor, como parte de los derechos de propiedad intelectual que protege los intereses personales del autor, están tácitamente contenidos en el art. 20.1 b) CE; mientras que, los derechos patrimoniales, recordamos que son los derechos de explotación (propiedad intelectual *stricto sensu*), y precisamente, debido a las limitaciones por causa de la función social encuentran su protección en el art. 33 CE⁹⁶. Particularmente Díaz y García de Conlledo considera que el art. 20.1 b) reconoce como derecho fundamental el derecho moral del autor y considera que el legislador penal debe tener presente ese superior rango constitucional de la faceta personal frente al inferior rango de la faceta patrimonial⁹⁷.

Por último existe otra corriente que, aunque minoritaria, considera que existe un reconocimiento disperso en un buen número de preceptos que vienen a constitucionalizar todos los intereses que conforman la regulación de la institución jurídica. Es el caso de Bondía Román, quien sin perjuicio de considerar que la propiedad intelectual se reconoce como derecho fundamental en el art. 20.1 b), lo conecta con el art. 44 que reconoce la promoción y tutela del acceso a la cultura por los poderes públicos así como el deber de éstos de promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general⁹⁸; por consiguiente, la dimensión social de la cultura, resaltada por el artículo 44.1 de la Constitución, entra en juego. Así también, el derecho fundamental de propiedad intelectual ha de ponerse en conexión con el derecho a la información del art. 20.1 d) y con el art. 33.2 CE que sanciona la función social de la propiedad privada⁹⁹. La posición de Miró Llinares es similar. Entiende el autor que una fundamentación constitucional difusa permite promover los intereses morales, materiales, socioeconómicos y socioculturales a los que responde la propiedad intelectual; evitando polarizar el fundamento constitucional en un reconocimiento del derecho moral como derecho fundamental a través del art. 20.1 b) y del derecho patrimonial en el art. 33 CE¹⁰⁰. Comoquiera que la propiedad intelectual, es un instrumento básico para la promoción y el desarrollo cultural, encuentra su fundamento en el artículo 44.1CE que reconoce el derecho de acceso de los ciudadanos a la cultura¹⁰¹; en el

⁹⁶ Miguel Díaz y García Conlledo, "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, sept.-dic., 1990; Javier Plaza Penadés, *El derecho de autor...*, op. cit., p. 272. Sin embargo, para Ollero Tassara incluir sólo los derechos morales en el art. 20.1 b) CE, para remitir los patrimoniales en el art. 33 CE, sería quedarse en un dualismo excesivo. Ver Andrés Ollero Tassara, "Derechos de autor...", op. cit., p. 150.

⁹⁷ Miguel Díaz y García Conlledo, "Los derechos de autor y conexos...", op. cit., pp. 853 y ss. En contra Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 168. Tras el análisis del reconocimiento constitucional de los derechos de propiedad intelectual, Miró Llinares niega que exista una preponderancia de ninguno de los derechos que forman parte del derecho de propiedad intelectual.

⁹⁸ Fernando Bondía Román, *La propiedad intelectual...*, op. cit., p. 97.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 101.

¹⁰⁰ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 166 a 169.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 167. En términos parecidos se pronuncia Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., quien defiende un encuadre constitucional de los derechos de propiedad intelectual en

art. 38 que proclama el reconocimiento de la libertad de empresa dentro de una economía de mercado y que otorga como contenido esencial el principio de libertad de empresa¹⁰².

Después de un estudio de las posiciones doctrinales llega el momento de una toma de postura sobre tan controvertida cuestión. Por nuestra parte, defendemos la ubicación de los derechos de propiedad intelectual en el art. 33 CE, referente al reconocimiento del derecho a la propiedad privada. Postular una protección constitucional en el art. 33 CE encaja mejor con la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico en el que la propiedad intelectual no deja de ser, tal y como se reconoce en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Código civil, propiedad especial, dando así coherencia plena a la terminología *propiedad intelectual*. Se entiende, de suyo, que una protección constitucional de la propiedad intelectual, en su integridad, dentro del art. 33 CE, niega la posibilidad de su reconocimiento como un derecho fundamental. La exclusión de toda protección reforzada derivaría entonces del propio artículo 53.2 de la Constitución.

5. *La piratería intelectual: su tratamiento penal*

Hasta ahora hemos definido la propiedad intelectual: su fundamento y funciones en el nuevo contexto de la sociedad de la información y su régimen legal. Así también, hemos profundizado en la naturaleza jurídica y su reconocimiento constitucional. Ahora nos compete examinar el fenómeno de la piratería, que, desafortunadamente y sin que haya explicación lógica para ello, no aparece mencionada de forma expresa ni en el TRLPI, ni en el código Penal pero que sin lugar a dudas constituye una amenaza contra los derechos de propiedad intelectual. La OMPI define la piratería como «la reproducción de obras publicadas o de fonogramas por cualquier medio adecuado con miras a la distribución al público y también la remisión de una radiodifusión de una persona sin la correspondiente autorización». Asimismo, el Libro Verde de la Comisión Europea, sobre la lucha contra la usurpación de marca y piratería en el mercado interior, la entiende como «la reproducción no autorizada de obras protegidas por derechos de autor o derechos afines con finalidades comerciales, así como todas las operaciones comerciales posteriores relativas a dicha reproducción». En términos generales la piratería intelectual supone el desarrollo de actividades comerciales de obras del ingenio sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual. La práctica totalidad de diferentes tipos de obras intelectuales están expuestas a prácticas de piratería.

Particularmente, Ledesma Ibáñez¹⁰³ utiliza el término «piratería digital» como todo acto de explotación de derechos de propiedad intelectual que se lleva a cabo en el ámbito de la Red, sin autorización de su titular sustrayéndose del mandato legal en beneficio propio.

La piratería provoca pérdidas económicas muy relevantes, y genera al mismo tiempo una disminución de estímulo para la promoción de la actividad artística, toda vez que la piratería no aporta valor añadido a la creatividad porque dificulta la capacidad de innovación. Las tecnologías en la sociedad de

el mismo precepto, en lo que corresponda al fundamento socio-cultural de la regulación y tutela de estos derechos (p. 105).

¹⁰² *Ibidem*, p. 167.

¹⁰³ Vid. Jorge Ledesma Ibáñez, *La piratería digital...*, op. cit., p. 25.

la información han alcanzado un nivel desconocido en nuestros días y ello conlleva que el Derecho regule estas situaciones con extrema cautela en aras de ordenar el cumplimiento de normas de forma razonable. Así, se ha puesto de manifiesto¹⁰⁴ el escepticismo de la opinión pública en relación con la legitimidad de los derechos de autor en la actualidad. Internet ha posibilitado la difusión de las obras pero también ha provocado un aumento exponencial de las posibilidades de lesionar los derechos de la propiedad intelectual. Asimismo, la tecnología digital, aunque ofrece más oportunidades para difundir las obras intelectuales mediante nuevas técnicas de explotación, a su vez, aumenta las dificultades de persecución de las conductas que infringen la propiedad intelectual¹⁰⁵. Se tendrá que convenir que el sistema de protección de la propiedad intelectual en la sociedad de la información se muestra insuficiente por la dimensión que adquieren algunas conductas cuando se ejercen en internet. Así, ha quedado demostrado que, muchas de las medidas tecnológicas *anticopy* insertas en DVD o CD para evitar su copiado han sido neutralizadas por programas informáticos como la encriptación de información utilizado por usuarios que comparten archivos en red. La tecnología digital permite el acceso a las obras de forma inmediata y simultánea así como la desmaterialización de éstas, pudiendo circular por la red: bien almacenadas, comprimidas, compartidas, a través de redes sociales, sistemas de intercambio de archivos, *blogs*, páginas *web*, *chats*, *news*, etc. Esta circunstancia se traduce en un nuevo modelo de comunicación internacional donde las fronteras entre los Estados, las regiones o las corporaciones desaparecen. Las notas de atemporalidad, deslocalización, y transnacionalidad caracterizan las conductas delictivas que se realizan a través de internet, derivadas de las condiciones específicas del medio en que se realizan¹⁰⁶.

De resultas de esta transnacionalidad, en Internet se pueden desarrollar comportamientos delictivos desde un Estado y afectando a distintos Estados. Por ello, como hemos tenido ocasión de examinar con anterioridad, es necesario, junto a un marco jurídico nacional reforzado, una normativa internacional armonizada que facilite la persecución de estas conductas. Así la segunda dificultad, como ya se ha apuntado anteriormente, consiste en que las copias que se hacen de las obras mantienen los mismos niveles de calidad que el producto original, lo cual no sólo desincentiva la adquisición del original por los usuarios, sino que además cuando las obras son puestas a disposición en redes de intercambios de archivos (como veremos a continuación) los titulares de los derechos de propiedad intelectual pierden el control de las copias sobre su obra, esto es, de control de explotación de sus derechos y por consiguiente una merma de venta de las obras en otros soportes tangibles. Es indiscutible que la tecnología digital permite realizar copias exactas de obras protegidas y con un coste infinitesimal. Consecuentemente, un mayor número de expertos están advirtiendo a la ciudadanía de la insuficiencia de los sistemas

¹⁰⁴ En este sentido dice atinadamente Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 61, nota 97: «Este escepticismo quizás sea consecuencia de que los usuarios de productos culturales que se descargan archivos en la red, [...] se vea bombardeada por una continua campaña publicitaria, pública y privada, que lo señala con el dedo como el culpable de la crisis por la que atraviesa la industria cultural, diciéndole que está cometiendo un delito e incluso en ocasiones colgándole la etiqueta de “ladrón” o “criminal”».

¹⁰⁵ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 124.

¹⁰⁶ Para un examen más detallado de las singularidades de la piratería en Internet, véase Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., espec., pp. 66 y ss.

tradicionales para hacer frente a los problemas que Internet está generando en el orden legal, y tecnológico, incluso social.

Las razones del éxito de la red Internet son, entre otras las que a continuación se citan¹⁰⁷: a) poseer un carácter de ingobernabilidad debido a una estructura descentralizada. Ello conlleva, de rondón, una autoridad que pueda controlar las actividades que en la red se desarrollan; b) El anonimato del que gozan los sujetos infractores que juega a su favor; es prácticamente imposible su identificación a diferencia de lo que sucede en los supuestos tradicionales de vulneración de la propiedad intelectual; c) Simplicidad en su acceso; d) El lenguaje digital permite que cualquier ordenador dentro de la red transfiera información; e) La inmediatez de las comunicaciones; f) Los costes de las transacciones son muy escasos gracias a la tecnología de reproducción.

Como ha puesto de relieve Serrano Gómez, existe una tensión de intereses contrapuestos, de una parte, de los titulares de los derechos de propiedad intelectual que propugnan una protección de su producción creadora dentro de la red; por otro, los usuarios, reclaman mayor libertad de uso para que Internet, como medio de transmisión de información que puede ser digitalizada, permita el intercambio social y cultural¹⁰⁸. Una necesaria readaptación a la realidad social y económica está marcada por la línea de actuación de los grupos de presión y las industrias culturales que reclaman mayor fortalecimiento de los derechos exclusivos de explotación a costa de duras restricciones de los usos en la red con los propios instrumentos de control que la tecnología desarrolla. Ejemplo de la dirección que legalmente se ha seguido en la materia es el «sistema de los tres avisos»¹⁰⁹, en países como Francia con la Ley HADOPI (Haute Autorité pour la Diffusion d'Oeuvres et la Protection des droits sur Internet) o el sistema de Ley Sueca Antipiratería. Es un sistema con el que se controla y responsabiliza a los usuarios de los sistemas P2P por las descargas ilegales de las obras, con este sistema, si pasados tres avisos el usuario no cesa en su actividad se llega incluso la desconexión de Internet¹¹⁰.

Con todo, abogamos por la acomodación de determinados usos en la red, esto es, usos concernientes al disfrute de las obras, toda vez que Internet constituye el medio de distribución más eficaz y barato de acceso universal a la cultura.

Dos son las modalidades que se abordan en este estudio: las redes P2P de intercambio de archivos, y las descargas directas de archivos. «El sistema de intercambio de archivos P2P supone la existencia de un entramado de ordenadores, de una red, en la que, a diferencia de los servidores normales de Internet, la comunicación se realiza entre iguales, de ahí su nombre *peer to*

¹⁰⁷ Eduardo Serrano Gómez, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, Ed. Civitas, 2000, pp. 89-90.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 90.

¹⁰⁹ En España, la «Ley Sinde» fue introducida en la Disposición Final Segunda en la Ley de Economía Sostenible en el año 2010. En ella se atribuyeron potestades a la Comisión de Propiedad Intelectual, que es un órgano administrativo para proteger los derechos de propiedad intelectual, permitiendo la retirada de contenidos de la red que vulnerasen estos derechos.

¹¹⁰ La desconexión la efectuaría el ISP en un plazo de 15 días y con amenaza de multa de 3.000 euros en caso de no realizar el corte. La Ley Hadopi entró en vigor el 1 de julio de 2010 y tres años más tarde el Gobierno francés presidido por François Hollande mediante Decreto núm. 0157 de 9 de julio de 2013 del Ministerio de Cultura francés ha derogado este mecanismo de control que sanciona con el corte de la conexión.

peer –P2P– “de igual a igual”. De suerte que no hay un único ordenador servidor que contenga la información que otro ordenador cliente demanda. El ordenador de cada uno de los usuarios en la red es, al mismo tiempo, servidor y cliente de los demás, ya que cada ordenador contiene información demandada por otros usuarios y, a la vez, cada usuario, a través de su ordenador, reclama a otros información»¹¹¹. En este sistema los archivos ya no se almacenan y descargan desde una página web sino que son los usuarios de la red los que ponen a disposición de otros usuarios los archivos desde su ordenador¹¹². Este entramado en el que cada ordenador es, a la vez, servidor y cliente de los restantes usuarios de la red, no significa que no haya un servidor en sentido estricto, que es el que se encuentra por encima de los ordenadores que integran la red. La función de este servidor no es ofrecer la información que demandan los usuarios: los archivos con las obras artísticas, literarias, doctrinales o científicas; porque es un servidor donde no hay contenidos alojados, su papel se limita, por ende, a poner en contacto, a los diferentes usuarios en red, permitiendo saber a cada ordenador, que otro ordenador, de los que se hallen conectados al mismo tiempo, dispone del archivo.

La filosofía de las redes P2P descansa en la idea de que todos los usuarios deben compartir: el usuario que más comparta, más acceso tendrá de forma más rápida a un mayor número de contenidos¹¹³. Es un sistema que tiene un alcance ilimitado de cientos de millones de usuarios potenciales, y ello pone de manifiesto la globalización en el intercambio de archivos con absoluta ausencia de límites territoriales.

Dentro del sistema de intercambio de archivos nos encontramos tres modalidades¹¹⁴: a) Redes P2P Centralizadas: todos los intercambios de archivos se llevan a cabo a través de un servidor único, siendo éste el punto de conexión entre los distintos ordenadores de los usuarios¹¹⁵; b) Redes P2P Descentralizadas: la búsqueda se realiza a los ordenadores de otros usuarios, que a su vez las reenvían al resto de usuarios hasta encontrar el archivo buscado¹¹⁶; c) Redes P2P Híbridas: encontramos en esta modalidad de redes

¹¹¹ José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho penal”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 678.

¹¹² Alberto José de Nova Labián, *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital*, Barcelona, Ed. Experiencia, 2010, p. 103.

¹¹³ Vid. Jorge Ledesma Ibáñez, *La piratería digital...*, op. cit., p. 28.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁵ El primero fue el llamado «fenómeno Napster». Napster era una página web que ofrecía en sus inicios gratuitamente un servidor con el que se conectasen los usuarios registrados y un *software* para contactar y descargar archivos de Mp3. La conexión a este servidor y el empleo del *software* permitía que cualquier usuario que estuviese conectado pudiese acceder a los archivos de Mp3 que otro usuario quisiera compartir. Así, un usuario podía descargar en su disco duro obras protegidas sin coste alguno. Napster Inc. era una empresa creada por Shawn Fanning y Sean Parker en 1999 como servicio para compartir archivos de música. Las medidas legales promovidas por RIAA (Asociación de la Industria Discográfica de EE.UU.) bajo la acusación de la vulneración de los derechos de *copyright* contra esta página web no tardaron en llegar; el caso A & M Records Inc. Contra Napster Inc. 239 3rd 1004 (9th Cir. 2001) terminó en condena con la cancelación del servicio de *Napster*. Actualmente el sistema Emule es el más utilizado de todos los sistemas P2P porque permite el intercambio de archivos directamente entre usuarios, además los servidores sirven de intermediarios permitiendo la interconexión entre usuarios y la realización de búsqueda de los archivos compartidos.

¹¹⁶ Fue llevado al mercado por las empresas *Kazaa B. V.*, *Grockster* y *Streamcast*, que permitían no sólo el intercambio de archivos de audio Mp3, sino también de cualquier tipo de

la presencia de un servidor central que administra los recursos de banda ancha, de enrutamiento y comunicación entre nodos. No obstante, el servidor no conoce la identidad de cada nodo por lo que no almacena información¹¹⁷.

En estas modalidades de intercambios de archivos P2P tres son los agentes intervinientes en el proceso; en primer lugar, el creador del *software*; en segundo lugar, los prestadores de servicios de internet que proporcionan el acceso a la red y alojan los datos en sus servidores y, en tercer lugar, el usuario que lleva a cabo las descargas por Internet.

Siguiendo con las modalidades, uno de los principales sistemas de descarga de archivos que se utilizan en Internet, es el de las descargas que responden a la denominación de «descargas directas». Con esta denominación se alude a aquellas descargas que se realizan sin necesidad de contar con un *software* específico porque sólo se precisa, de un navegador y un ancho de banda. Con ellas, podemos descargarnos un archivo a nuestro ordenador sin necesidad de conectarnos a las redes de intercambios de archivos P2P porque aquí el usuario no comparte sus archivos con el resto de internautas conectados a la red, si no que únicamente se descarga el archivo seleccionado sin poner a disposición del público los archivos que tenga guardados. Inicialmente, las «descargas directas» se dieron a conocer mediante el uso de servidores FTP (Protocolo de transferencia de Archivos). Se trata de un protocolo de la red Internet para transferir grandes bloques de datos por la red. Sin embargo, este sistema ha caído en desuso entre los internautas que descargan archivos musicales o audiovisuales aunque sigue utilizándose como sistema de gestión y administración de páginas web. Otro sistema de descargas directa de archivos es el que se realiza a través de las páginas web que ofrecen servicios de almacenamiento de archivos como son *Rapidshare*, *Megaupload*, *Mediafire*, *Gigabyte*, entre otros¹¹⁸. Este tipo de páginas favorece la creación de cuentas gratuitas, facilitando el acceso a los archivos para que sean descargados directamente al disco duro a gran velocidad.

En esta modalidad intervienen dos agentes fundamentales: el usuario que sube al servidor el archivo protegido (*uploader*), y el que se lo descarga (*down loader*). Ambos llevan a cabo actos protegidos por la propiedad intelectual, la comunicación pública y la reproducción sin la autorización de los titulares de las obras protegidas.

La finalidad del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos individuales o colectivos. El último recurso de los poderes del Estado que constituye el *ius puniendi*, intervendrá en la tutela de bienes jurídicos para los hechos que revistan mayor gravedad (principio de lesividad). Sin embargo, de acuerdo al principio de subsidiariedad y de *ultima ratio* que en términos conceptuales atribuimos al Derecho penal, no todos los hechos ilícitos o reprochables

archivos. El programa *Ares Galaxy* posee el funcionamiento técnico de una red descentralizada pura P2P como en el caso del *Emule*, que, actualmente es el más utilizado de todos los sistemas P2P porque permite el intercambio de archivos directamente entre usuarios, además los servidores sirven de intermediarios permitiendo la interconexión entre usuarios y la realización de búsqueda de los archivos compartidos.

¹¹⁷ El sistema *BitTorrent* es el ejemplo de este tipo de redes y es el más utilizado tras el *Emule*. La diferencia principal entre ambos reside en que en *BitTorrent* aunque son los usuarios los que almacenan los archivos que se comparten, se tiene que acudir a un servidor central «tracker», que es el que proporciona la conexión y almacena y distribuye un fichero con extensión torrent que permite la conexión con el servidor.

¹¹⁸ Alberto José de Nova Labián, *La Propiedad Intelectual...*, op. cit., pp. 100-101.

socialmente son penalmente relevantes sino una vez comprobada la ineficacia de otros instrumentos jurídicos. Ya hemos constatado la protección previa al derecho penal de la propiedad intelectual en la LPI. La protección penal se recoge en el Código penal de 1995. Los delitos relativos a la propiedad intelectual vienen regulados junto con los delitos relativos a la propiedad industrial, al mercado y a los consumidores, en el Capítulo XI, de un extenso Título XIII –del Libro II del CP– encabezado por el epígrafe «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

Por tanto, los derechos de propiedad reciben en nuestro Ordenamiento jurídico una doble protección: por vía civil y penal; por ello, desde el comienzo es necesario señalar que, no toda vulneración de la LPI se considera delito. Tendremos ocasión de comprobar cómo determinadas conductas objeto de nuestro estudio, no siendo constitutivas de delito, no dejan de considerarse ilícitos civiles. La doctrina y la jurisprudencia exigen que las infracciones de la LPI alcancen un determinado grado de injusto no siendo suficiente para responder a tales conductas con una protección civil¹¹⁹ para poder considerarlas delito, cumpliendo con los principios de última ratio y proporcionalidad. Precisamente, sobre estos principios descansa la necesaria distinción entre el ilícito civil y el ilícito penal (delito). Mientras que la infracción civil presupone la conculcación de los derechos exclusivos de autor; el delito requiere de la realización de una conducta prevista como tal en el Código penal que obedezca a un mayor desvalor o alcance un determinado grado de injusto para fundamentar el merecimiento de pena. El núcleo duro que delimita con precisión ambos ilícitos está constituido por los requisitos genéricos de ánimo de lucro y de perjuicio para tercero que la ley penal exige y que, indudablemente, será objeto de un circunstanciado análisis en nuestro trabajo.

6. El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la Propiedad Intelectual

Para abordar tan espinosa cuestión, es necesario hacer una referencia a la regulación anterior al Código Penal de 1995. El legislador penal español desde siempre ha tutelado los derechos de propiedad intelectual. Lo hizo con el Código Penal de 1822 y con los posteriores códigos de 1848, 1850, 1928, 1932, 1944 y las reformas del Código Penal de 1963 y 1987¹²⁰. El artículo 534 del CP de 1944, en su redacción originaria, establecía que «incurrirán en las penas señaladas en el artículo 531, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad intelectual o industrial». Ello obligaba a acudir a la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 para determinar las conductas que vulneraban estos derechos y a su vez, el bien jurídico. La referencia a la defraudación, la ubicación junto a las estafas y la imposición de pena en función del importe del perjuicio causado según art. 531 dejaba clarividente constancia del carácter eminentemente patrimonial de los delitos. Sin embargo, la reforma de 1963 inició el camino hacia la protección penal de los derechos morales de propiedad intelectual en estos términos «el que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, independientemente de las sanciones

¹¹⁹ SSTS de 27 de abril de 1979, de 13 de junio de 1987, SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2001.

¹²⁰ Para un estudio de la evolución de la tutela penal de la propiedad intelectual véase Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 41 y ss.

determinadas en las leyes especiales»; y una nueva ubicación separada de las estafas junto con los delitos relativos a la propiedad industrial.

Por su parte, la Ley de 1987 supuso la instauración de un régimen jurídico de protección de los derechos morales de propiedad intelectual, pero básicamente civil. La vía penal se reservaba para la protección de los derechos patrimoniales y de ciertos derechos morales de forma indirecta, cuando su lesión implicara la lesión de un derecho patrimonial.

Mientras que las primeras regulaciones de la propiedad intelectual eran normas penales en blanco que sancionaban paladinamente «la infracción de los derechos de propiedad intelectual», de suerte que cualquier ilícito civil contra la propiedad intelectual podría resultar a su vez delictivo; con la reforma del Código Penal de 1987, se crea un tipo penal que definía el contenido esencial del injusto y no se remitía por completo a la normativa especial, salvando los problemas de inseguridad que aquella deficiente técnica legislativa producía¹²¹. El Código encuadraba estos delitos en el Título XIII: «De los delitos contra la propiedad» del Capítulo IV: «De las defraudaciones» y en la Sección 3ª «De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial». El tipo básico del artículo 534 bis a) del antiguo CP consideraba punibles las mismas conductas que en la actualidad: reproducir, plagiar, distribuir, y comunicar públicamente en su párrafo primero, importar, exportar y almacenar en su párrafo segundo, sin contar con un párrafo tercero como en la actualidad el 270.3 en conductas referidas a neutralización de sistemas *anticopy* protectores de obras.

A los efectos de la cuestión que tratamos de vislumbrar, la principal diferencia, reside en que el antiguo tipo básico del art. 534 bis a) no requería del elemento de ánimo de lucro y «en perjuicio de tercero» como se recoge en el CP actual. Por otra parte, el sistema de agravantes del art. 534 bis b) también se diferencia del actual. De un lado, el ánimo de lucro era motivo de la primera agravante, las otras tres circunstancias de contenido moral han desaparecido y eran: infringir el derecho de divulgación de autor, usurpar la condición de autor de una obra o parte de ella y modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor. Finalmente, el art. 534 bis b) establecía otras dos circunstancias agravantes con una pena mayor, a saber: a) que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean particular trascendencia económica; b) que el daño revista especial gravedad. En ambos casos se exigía el ánimo de lucro.

Con la entrada en vigor del vigente Código Penal de 1995 se introdujeron importantes cambios en la regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual. Si bien, muchas de las opiniones doctrinales se han seguido fundamentando en premisas del pasado como ahora tendremos ocasión de analizar. Actualmente el tipo básico en el artículo 270 mantiene las mismas conductas: reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente, importar, exportar y almacenar. Sin embargo, el cambio operado se produce, en primer lugar, y fundamentalmente, con la inclusión del ánimo de lucro que antes constituía una circunstancia agravante –como acabamos de concretar (art. 534 bis b) 1)– y el perjuicio de tercero como elementos del tipo básico. En segundo lugar, la desaparición de las antiguas agravaciones del art. 534 bis b) que basaba la mayor pena en el mayor injusto por la lesión del derecho moral junto

¹²¹ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 205 y ss.

con el derecho patrimonial, ahora las agravantes se reducen y se incluyen en el apartado a) y b) del art. 271: «que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica» y «que el daño causado revista especial gravedad». En tercer lugar, la nueva ubicación sistemática de estos delitos que junto con los relativos a la propiedad industrial dejaron de formar parte del Capítulo IV, referido a las defraudaciones, para integrarse, junto con otros delitos en el Capítulo XI, en el Título XIII.

Los cambios sustanciales que incorpora el artículo 270 frente al 534 bis del antiguo Código Penal: las conductas punibles del tipo básico con la inclusión de los elementos del ánimo de lucro y el perjuicio de tercero; la desaparición de las circunstancias agravantes relativas a la lesión de los derechos morales, y la ubicación sistemática entre los delitos del Título XIII del CP; son argumentos que, para un amplio sector doctrinal, evidencia que el legislador del Código Penal de 1995 tutela únicamente la vertiente patrimonial¹²². Se protegen exclusivamente los intereses patrimoniales de los titulares de derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual¹²³.

Otro grupo de autores defienden que la protección del art. 270 se centra primordialmente en el aspecto patrimonial aunque también afecta, de forma secundaria, esto es, en menor medida, a los derechos morales de autor¹²⁴.

Finalmente, algunos autores sostienen opiniones *intermedias* de defensa en términos igualitarios de los derechos morales y patrimoniales pertenecientes al autor, u otros titulares de los correspondientes derechos de propiedad

¹²² Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a...*, op. cit., p. 2265; Enrique Gimbernat Ordeig, “Las llamadas «importaciones paralelas» y el artículo 270, párrafo segundo, del Código Penal”, en *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999, p. 729; Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo de lucro comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud”, *InDret*, 2/2009. Ambos autores, aunque sostienen que la regulación del art. 270 se centra en la protección del componente patrimonial, sin embargo, el bien jurídico protegido es la propiedad intelectual; Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, “Régimen Jurídico de la protección penal de la propiedad intelectual”, en *Estudios penales en Homenaje a Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 610; Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 220 y en *Internet y delitos...*, op. cit., p. 140; Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Revista Penal*, nº 21 (enero 2008), p. 104 y Dulce María Santana Vega, “Aspectos penales y político-criminales de la piratería musical”, en *Estudios penales en Homenaje a Cobo del Rosal*, op. cit., p. 859.

¹²³ Fernando Miró Llinares, *La protección...*, op. cit., p. 239. En este sentido, también se ha manifestado la jurisprudencia, así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 411/2006 (Sección 6ª), de 23 de abril, afirma expresamente que «el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial es común y no es otro que los derechos de explotación en exclusiva que corresponden a su titular».

¹²⁴ Alejandro González Gómez, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 83 y sigs., espec., p. 117; para quien, la protección penal recae primordialmente sobre las (principales) facultades patrimoniales, y en forma secundaria sobre (algunas de) las facultades morales. Ello, resulta significativo, dado que el autor desde una teoría monista, entiende la propiedad intelectual como una unidad, de la que emanan el conjunto de facultades de carácter económico y personal (*Ibidem*, p. 81); Ricardo M. Mata y Martín, “El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito digital”, en Julio Pérez Gil (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para probar e investigar el delito*, Madrid, La Ley, 2012, p. 467 y Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte especial*, 11ª ed., Valencia, 2002, p. 429.

intelectual, o de sus cesionarios en los términos que establece la Ley¹²⁵. Singular resulta la posición de González Rus, quien, situado en una tesis monista de la propiedad intelectual, considera que no es posible una separación tajante entre derechos morales y patrimoniales, ya que el derecho de propiedad intelectual es unitario; y, por ende, el objeto de protección está formado por la propiedad intelectual en su totalidad¹²⁶. Sin embargo, completa su disquisición sosteniendo que el Código penal de 1995, por conveniencias político-criminales derivadas de una intervención mínima, protege las facultades patrimoniales pero, la interrelación entre estas facultades y las morales, determina que las últimas, reciban una protección indirecta (no querida ni buscada) en la medida en que la violación de los derechos de explotación supone la vulneración simultánea de los derechos morales con los que en cada caso se relacionen¹²⁷.

Expuesto cuanto antecede y de acuerdo con la naturaleza jurídica de esta compleja institución, y el contenido de protección del art. 270, no puedo sino concluir respondiendo que el bien jurídico protegido en estos delitos está constituido por los derechos patrimoniales, es decir, por los derechos de explotación que sean *en exclusiva* de propiedad intelectual de los titulares originarios: autores y titulares de derechos conexos y los cesionarios en exclusiva. Las lesiones puras al derecho moral y que no afecten a los derechos de explotación no serán sancionadas en vía penal a pesar de que se ejecuten con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero¹²⁸.

Consignado esto, cabe preguntarse si, partiendo de una posición dualista, la protección del derecho de explotación implica una protección indirecta de los derechos morales de autor. Así las cosas, entiendo con Rodríguez Moro¹²⁹ que, nuestra consideración del bien jurídico protegido se armoniza con la concepción dualista adoptada, porque el legislador penal se ha centrado exclusivamente en la protección de los ataques que mayor gravedad revisten contra uno de los dos derechos de propiedad intelectual, e incluso, en opinión de algunos autores, la finalidad del art. 270 también alcanza intereses supraindividuales unidos a derechos de explotación en exclusiva con el fin de «reforzar la defensa de un instrumento para la promoción de la cultura y el mercado de las creaciones del ingenio en beneficio de la sociedad»¹³⁰. Ello no obsta que, aunque hayamos postulado que no forman parte del bien jurídico los derechos morales, en ocasiones, al realizar la conducta típica quedará afectado algún derecho de contenido moral¹³¹; sin que ello suponga una protección

¹²⁵ Vid. Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 5; Juan José González Rus, “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, en *El Nuevo Código Penal...*, op. cit., p. 279 y Carlos Vázquez González, *Curso de Derecho Penal...*, op. cit., p. 321.

¹²⁶ Señala con precisión Juan José González Rus, “Bien jurídico...”, op. cit., p. 759.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 767.

¹²⁸ Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., p. 141. En Francia, «Le Code de la propriété intellectuelle» aunque recoge tipos que regulan una miríada de infracciones a los derechos patrimoniales, también podría extenderse a infracciones puras vulneradoras de derechos morales. Así, los arts. 335-2 y 335-3 que criminalizan conductas como la edición de obras llevadas a cabo «con desprecio de las leyes y reglamentos relativos a la propiedad de los autores». Vid. Jean-Luc Piotraut, *Droit de la propriété intellectuelle*, Ellipses, Paris, 2004, pp. 83 y 84 y André Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2004, pp. 111.

¹²⁹ Cfr. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 145.

¹³⁰ Vid. Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., pp. 142-143.

¹³¹ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 221.

indirecta, toda vez que el Ordenamiento jurídico ha optado por la despenalización de los derechos morales de autor, por cuanto los ataques puros a los derechos morales, son, únicamente, ilícitos civiles¹³².

7. El tipo básico

Las conductas constitutivas de un tipo básico caracterizan los hechos penalmente relevantes en su enunciación más esencial, agrupando los requisitos indefectibles para que concurra delito en su modalidad básica.

El artículo 270 del CP se compone de tres apartados en los que se regulan una serie de conductas que vulneran los derechos de explotación de propiedad intelectual. El tipo básico se ubica en su primer apartado, en su párrafo primero y contiene las líneas directrices de los delitos relativos a la propiedad intelectual. En él se incriminan las conductas de reproducción, plagio, distribución, comunicación pública de la obra sin consentimiento del titular de los derechos. La realización de alguna de las modalidades sin el consentimiento de su titular es un requisito imprescindible para que exista responsabilidad penal. Asimismo, como requisitos genéricos de las conductas que recoge el tipo básico debe concurrir el ánimo de lucro y la actuación del sujeto activo en perjuicio de tercero. El legislador en 2010 incorporó un tipo atenuado en el último párrafo del art. 270.1 referido a una de sus conductas típicas. Únicamente se establece pena alternativa de multa o de trabajos en beneficio de la Comunidad cuando el hecho realizado consista en una actividad de distribución de pequeña entidad y produzca beneficios económicos de escasa cuantía; incluso si tal beneficio no excede de los 400 euros, el hecho infractor se castiga y se califica como falta de acuerdo con la previsión del art. 623.5.

Por su parte, en los apartados segundo y tercero se recogen los tipos específicos conectados con aquel a los que el Código asigna idéntica pena. El tipo del apartado segundo castiga conductas como la importación, exportación y almacenaje de obras protegidas. El tipo del art. 270.3 castiga conductas relativas a los dispositivos de elusión de las medidas protectoras de las obras, pero sin relación con la actuación efectiva sobre la misma. El precepto se refiere a la fabricación, importación, puesta a disposición o tenencia de medios que permiten neutralizar los dispositivos técnicos de protección de las obras. Precisamente, estas conductas se apartan de manera notable de las previstas en el tipo básico como lesivas para los derechos de autor¹³³. El artículo 271 del CP prevé, un aumento de pena en caso de que en la comisión de alguno de los tipos recogidos en los tres apartados del artículo 270 se dé alguna de las circunstancias que recoge. Así lo establece el precepto cuando señala que el tipo agravado se aplicará «cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias», o sea, cuando concurra en la comisión de alguno de los comportamientos del tipo básico, alguna de las previsiones que el artículo enumera. Por consiguiente, la efectividad de las agravantes se restringe a la realización simultánea de las conductas del tipo básico: reproducción, plagio, distribución, comunicación pública (art. 270.1), además de la importación, exportación, almacenamiento (art. 270.2) no autorizado, llevadas a cabo con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

¹³² Enrique Gimbernat Ordeig, "Las llamadas importaciones paralelas...", op. cit., p. 729.

¹³³ Así, Ricardo M. Mata y Martín, "El tipo básico de los delitos contra...", op. cit., p. 472.

Antes de comenzar el abordaje de los elementos del tipo básico, siquiera, debemos de responder a la cuestión previa sobre si el art. 270.1 es una norma penal en blanco o un tipo penal con elementos normativos. Este tema ha sido objeto de estudio de la doctrina penal y no por una simple cuestión nominativa, sino por la voluntad de determinar la relación entre este artículo y la normativa especial que regula los derechos de propiedad intelectual. Sin ánimo de ser exhaustivos, y con una lectura del precepto, nos situamos en la línea defendida por el sector mayoritario de la doctrina que entiende que no nos hallamos formalmente ante una ley penal en blanco¹³⁴ al no existir una remisión expresa a la legislación civil sobre propiedad intelectual para determinar el alcance de las conductas. La interpretación y aplicación de los delitos necesita la normativa civil. En la legislación civil aparecen definidos los objetos y las conductas típicas, lo que obliga a los Tribunales a realizar una interpretación que respete el principio de unidad del Ordenamiento jurídico. Con fundamento en ello la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) 876/2001, de 19 de mayo, sostienen que «el art. 270 del código Penal 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»¹³⁵. A pesar de la interrelación conceptual exegética de la norma penal con la civil, no podemos deducir, sin más, en el mismo sentido en que lo hace González Gómez¹³⁶, una correspondencia interpretativa absoluta de los conceptos de derecho civil en el ámbito penal.

Por consiguiente, nos hallamos ante elementos normativos y por ende, el aplicador no es libre para otorgar un contenido a los conceptos de reproducción, comunicación pública o distribución, que no sea acorde con la normativa civil. Es inviable una aplicación de la norma penal conforme a parámetros distintos de los que delimita el ilícito civil. De lo contrario, como señala atinadamente González Rus, se llegaría a la paradoja de que fuera delito lo que no constituye una infracción de la propiedad intelectual o que no se consideraran infracciones de la misma, comportamientos que lo son de acuerdo con la LPI¹³⁷.

Desde el punto de vista de la lesividad requerida por el legislador para la consumación del delito, nos hallamos ante un delito de peligro hipotético¹³⁸, ya

¹³⁴ Vid., al respecto, Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la ley...*, op. cit., p. 2266; Alejandro González Gómez, *El tipo básico de los delitos...*, op. cit., p. 121; Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 563; Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 265; Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 163 y siguientes entiende que el tipo penal básico es una ley penal en blanco, y Dulce María Santana Vega, “Aspectos penales y político-criminales...”, op. cit., p. 859.

¹³⁵ En contra, considerando que es una norma penal en blanco, SAP Pontevedra 33/2007 (Sec. 5ª), 13 de febrero.

¹³⁶ Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 121.

¹³⁷ Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 563.

¹³⁸ Coincidimos en este punto con el planteamiento defendido por Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet”, en *La propiedad intelectual en la era digital...*, pp. 225 y ss. Desde el punto de vista objetivo, estos delitos se caracterizan por exigir una acción apta o idónea para producir la lesión del bien jurídico, donde lo característico es la posibilidad de peligro para el objeto de

que se trata de proteger los intereses económicos del titular del derecho de propiedad intelectual, cuya lesión no se exige para la consumación delictiva. Se exigiría que el comportamiento sea objetivamente idóneo para causar un perjuicio económico. El legislador adelanta la punición al instante en el que dicho perjuicio presenta una probabilidad de existir y por ello utiliza el elemento típico en perjuicio de tercero¹³⁹. Para ser relevante la acción se requiere la idoneidad, la aptitud de la conducta para afectar al bien jurídico protegido.

En términos concretos, el artículo 270 de CP alude al objeto a través del cual se materializan las diferentes conductas que sanciona, esto es: «una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte¹⁴⁰ o comunicada a través de cualquier medio». Técnicamente, la referencia típica constituye un elemento normativo¹⁴¹, y por ende, su concreción debe hacerse conforme a lo dispuesto en la LPI. De acuerdo con lo dispuesto en ella, el artículo 10 establece en un primer párrafo, los elementos esenciales que toda obra ha de reunir y a continuación recoge un listado indicativo de diferentes tipos de obras. Así, el precepto en su encabezamiento se refiere a obras como creaciones, que sean a su vez originales, y que además, estén expresadas por cualquier medio o soporte «tangible o intangible actualmente conocido o que se invente en el futuro». Asimismo, el art. 270.1 sanciona las conductas de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública de alguno de los elementos que integran el objeto material en todo o en parte. Por consiguiente, las conductas son típicas tanto si se cometen sobre el contenido total de la obra como en parte de ella.

La definición del artículo 10 LPI enuncia la exigencia de distintos requisitos: en primer lugar, el artículo 10 se refiere a «creaciones originales». La originalidad se refiere al hecho constitutivo de la propiedad intelectual, pues aunque el artículo 1 de la LPI otorgue la propiedad intelectual de la obra a su autor por el sólo hecho de su creación, toda vez que no se exige el requisito formal de la inscripción en el Registro, es esa creación, además de original, la que genera los derechos de propiedad intelectual correspondientes a su autor¹⁴². Sin ánimo de profundizar en las distintas posiciones mantenidas por la doctrina civilista y penal, no resulta tarea sencilla delimitar lo que ha de considerarse original. La intelección objetiva¹⁴³ de una obra es la consideración

tutela, con independencia de que éste haya entrado o no de acción del comportamiento antijurídico.

¹³⁹ Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a...*, op. cit., p. 2266.

¹⁴⁰ Alberto José de Nova Labián, *La Propiedad Intelectual...*, op. cit., p. 82, pone de manifiesto que la protección penal únicamente debe alcanzar al bien inmaterial (creación), y no el elemento material en el que se plasma la obra (*corpus mechanicum*); pues interesa tutelar la idea y no el soporte físico cuya protección tiene su encaje en los delitos de apoderamiento.

¹⁴¹ En igual sentido, Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho...*, op. cit. y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 240.

¹⁴² En esta dirección, vid. Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 158.

¹⁴³ Vid. supra. Una obra es original siempre que constituya una novedad objetiva respecto de las demás obras, siempre que aporte nuevos contenidos y distintos de las obras preexistentes, así vid. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 154; Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 281. Para Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 2266. Se parte de la imposibilidad de una innovación carente de raíces o referencias.

sostenida en este trabajo, ello no obsta, con ciertas matizaciones¹⁴⁴, considerar que una obra es original cuando pertenezca a su autor, cuando sea suya, como reflejo de su personalidad y singularidad¹⁴⁵. En segundo lugar, que la obra sea exteriorizada a través de cualquier medio o soporte que permita su percepción a terceros.

Junto con la obra literaria, artística o científica, el tipo básico del párrafo primero del artículo 270.1 reconoce también su transformación como objeto material. Y afirmamos esto porque, no en balde, el concepto de transformación desde el punto de vista de su naturaleza no ha estado exento de polémica doctrinal¹⁴⁶. La transformación viene definida en el art. 21 de la LPI como cualquier modificación en la forma de una obra de la que se deriva una obra nueva diferente, incluyendo la referencia expresa a la traducción y adaptación. Además, de las transformaciones de las obras, el tipo básico incluye como objeto material del tipo a las interpretaciones o ejecuciones artísticas de éstas, que, según el art. 105 de la LPI, consisten en la representación, canto, lectura, recital o cualquier otra manifestación similar de una obra. Sin embargo, el precepto exige para su protección penal que estén fijadas en cualquier medio o soporte o comunicadas a través de cualquier medio. Dentro de ellas, debemos incluir las actuaciones en vivo de artistas, intérpretes y ejecutantes, los fonogramas que recojan la ejecución o interpretación de una obra, las grabaciones audiovisuales y las emisiones radiofónicas. Considerada la interpretación o ejecución de la obra como objeto material del delito y sin obviar el hecho de que el art. 270 hace referencia a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, podemos inferir la inclusión en el objeto de protección de los derechos de explotación exclusiva de los titulares de «otros derechos de propiedad intelectual»¹⁴⁷. Esta cuestión será abordada cuando analicemos el sujeto pasivo del delito. En el supuesto de las interpretaciones o ejecuciones, efectuadas directamente al público sin que sean plasmadas en un soporte tangible, es usual su grabación a través de un móvil o cámara de video. Cuando se cuelga en Internet material grabado en video o audio de una actuación (musical o cinematográfica) estamos realizando un acto de comunicación pública y que formaría parte del tipo. No obstante, sólo será susceptible de responsabilidad penal tal conducta cuando no se haya realizado para uso privado, porque se efectúe una posterior actividad de comercialización del material sometido a grabación, esto es, que esté presente el elemento subjetivo del ánimo de lucro. Asimismo, habría que probar la idoneidad de tal conducta para ocasionar un perjuicio a los titulares de los derechos de explotación y que la conducta mereciese la correspondiente penalización.

¹⁴⁴ El requisito de la originalidad subjetiva no es necesario por sí sólo para conformar la originalidad de la obra; pues es necesario, no sólo que la creación sea personal del autor, sino que aporte algo nuevo y diferente.

¹⁴⁵ Sigue esta teoría subjetiva, Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 159. En sentido similar, en la doctrina francesa Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, deuxième édition, Paris, 1980, p. 28 y Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, troisième édition, Paris, 1978, p. 5, la obra en cuestión debe expresar las notas o rasgos de la personalidad del autor, su impronta.

¹⁴⁶ Una de las causas de dicha polémica se encuentra en el hecho de que el concepto de transformación es utilizado por la Ley de Propiedad Intelectual bien para referirse a un tipo de derecho como para referirse a un tipo de objeto. Así Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 299.

¹⁴⁷ En el mismo sentido Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 303.

Finalmente, el art. 13 de la LPI establece 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».

Como hemos defendido que el bien jurídico que se protege son los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación en exclusiva de propiedad intelectual, los sujetos pasivos del delito, de acuerdo con el artículo 270 del CP, pueden ser tanto los titulares de los derechos de propiedad intelectual como sus cesionarios. Es necesario acudir a la Ley de Propiedad Intelectual para determinar las personas titulares de los intereses que se ven lesionados al realizarse el comportamiento delictivo. Así, la LPI distingue dos grupos de titulares originarios, lo son en virtud de una concesión legal de titularidad. El primer grupo lo componen el autor de la obra o los titulares de los (propios) derechos de autor¹⁴⁸. La LPI, en su Libro I, concede al autor de la obra tanto la titularidad originaria de los derechos morales en su art. 14, como los derechos de explotación en los artículos 17 a 21 y siempre que no los haya cedido voluntariamente o mediante cesión legal. El modo de adquirir la titularidad viene recogido en el art. 1 de la LPI, que señala que «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el sólo hecho de la creación» y según preceptúa el art. 6.1 de la LPI, salvo prueba en contrario, autor es aquel que aparece como tal en la obra, mediante su nombre, firma o signo que lo identifique. Se trata por lo tanto de una presunción *iuris tantum*. Asimismo, tal y como señala la LPI, el acto de creación ha de dar como resultado «una obra literaria, artística o científica», siendo ésta el objeto central sobre el que recaen los derechos de propiedad intelectual que deben ser protegidos. En los casos de autoría plural la LPI ordena en los artículos 7 a 9 ciertas especificidades. La obra en colaboración (art. 7 LPI) es el resultado unitario de la colaboración de varios autores y los derechos sobre la obra resultante corresponden a todos ellos. Diríase, por tanto que es la única situación de verdadera cotitularidad de derechos¹⁴⁹. Partiendo de este presupuesto, según el art. 7 de la LPI, precepto que regula la obra en colaboración, los derechos de propiedad intelectual pertenecen a todos en la proporción que ellos mismos determinen. Esto entronca con la cuestión de la diferenciación de cada una de las aportaciones individuales de los coautores¹⁵⁰.

Si las aportaciones no son identificables, habrá una única obra y los coautores serán titulares de los derechos de explotación sobre ella en la medida que determinen¹⁵¹. En el caso de que sea posible la diferenciación de cada una de las aportaciones de la obra, los coautores podrán explotarla separadamente tal como ordena el art. 7.3 de la LPI, y siempre que no causen perjuicio a la explotación de la obra común.

Asimismo, para divulgar y para modificar la obra es preciso el consentimiento de todos los coautores por unanimidad. Ningún coautor

¹⁴⁸ En tal sentido Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 139.

¹⁴⁹ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 180.

¹⁵⁰ Véase Ángel Carrasco Perera, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 125.

¹⁵¹ Aplicándose de forma subsidiaria las reglas del Código civil relativas a comunidad de bienes (art. 7.4 LPI).

rehusará injustificadamente su consentimiento para la explotación de la obra en la forma que se divulgó, una vez que esta ya ha sido divulgada (art. 7.2).

Por su parte, la obra colectiva, constituye un tipo de obra distinta a la anterior. Según el art. 8 la obra colectiva es creada bajo coordinación de una persona natural o jurídica que edita o divulga bajo su nombre. La LPI atribuye los derechos de propiedad intelectual, a la persona que edita o divulga la obra bajo su nombre, lo que le convierte en sujeto pasivo del delito en el tipo, ya que en la obra colectiva, a diferencia de la obra en colaboración no es posible la atribución separada de las aportaciones a cada autor y su explotación¹⁵². En contraposición, para otro sector de la doctrina, con fundamento en el art. 8 de la LPI los coautores, a pesar de no disponer de ningún derecho sobre el conjunto de la obra total, podrán explotar separadamente sus aportaciones, siempre que con ello no se perjudique la explotación de la obra colectiva¹⁵³. En tercer lugar, otro tipo de obra con autoría plural es la obra compuesta, que, según establece el art. 9 LPI, es aquella «obra nueva que incorpore una obra preexistente, sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de los derechos que a éste corresponda y de su necesaria autorización». En lo que respecta a la determinación del sujeto pasivo, el creador de la obra compuesta es el autor, es el titular de los derechos de explotación y por tanto sujeto pasivo del delito.

El segundo grupo lo conforman «los titulares de los otros derechos de propiedad intelectual»¹⁵⁴, denominados *derechos conexos o afines* a los del autor, recogidos en el Libro II. La LPI concede la titularidad a favor de unos sujetos que, a pesar de no ser los creadores de la obra, mantienen una relación con ella, ora porque la interpretan o ejecutan, ora porque llevan a cabo actividades comerciales necesarias para su explotación¹⁵⁵. Estos sujetos cuyos derechos se recogen en los títulos I al VI del citado Libro son: a) los artistas, intérpretes o ejecutantes; b) los productores de fonogramas; c) los productores de grabaciones audiovisuales; d) las entidades de radio difusión; e) los realizadores de meras fotografías; f) las personas divulgadoras de algunas producciones editoriales. Defendemos la protección penal de los sujetos titulares de los otros derechos de propiedad intelectual con base en lo preceptuado en el art. 270 CP en referencia a (todos) «los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual», porque, si bien es cierto que no se mencionan en el tipo básico ni a productores ni a entidades de radiodifusión, tampoco quedan definidos de forma expresa los sujetos que se reputan como autores, sino que se habla de «obra literaria, artística o científica»¹⁵⁶. Otra justificación de dicha protección resulta de la relación con el objeto material descrito en el tipo. Así pues, se convierten en sujetos pasivos del delito los titulares de derechos conexos cuando únicamente sus derechos

¹⁵² Vid. en idéntico sentido Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 323.

¹⁵³ Así Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Manual de propiedad...*, op. cit., p. 83 y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 179.

¹⁵⁴ Defienden la protección penal de los titulares de los otros derechos de propiedad intelectual, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 5 y 7; Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 567; Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., p. 149 y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 184.

¹⁵⁵ Vid. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 181.

¹⁵⁶ Vid. Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 154.

recaigan sobre el objeto material recogido en el Código Penal¹⁵⁷. El art. 270, además de referirse a la obra, se refiere a su *transformación y a su interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte* y, en este caso, los derechos sobre esa interpretación o ejecución corresponden a los productores fonográficos y audiovisuales cuando el soporte es un fonograma o una grabación audiovisual; *o comunicada través de cualquier medio*, siendo las entidades de radiodifusión los titulares de los derechos de explotación de las correspondientes emisiones¹⁵⁸.

El segundo grupo de sujetos pasivos protegidos en el tipo básico del art. 270 CP son los cesionarios. Son aquellas personas, físicas o jurídicas a las que, a partir de una cesión, los titulares transmiten en todo o en parte sus derechos de explotación, para que se encarguen de la explotación comercial de la obra¹⁵⁹. Es decir, son aquellos que mediante un negocio jurídico se hacen acreedores de una protección sobre sus derechos patrimoniales referidos a la obra.

Al respecto el art. 42 de la LPI ordena que únicamente son susceptibles de cesión los derechos de explotación, ya que los derechos morales y remuneratorios son intransmisibles según establece el art. 14 LPI¹⁶⁰. Sin embargo, únicamente podrá ser sujeto pasivo del delito el cesionario siempre que lo sea «en exclusiva» de un derecho o de todos los de explotación¹⁶¹.

El art. 270 del CP no requiere ningún requisito exclusivo para la condición de sujeto activo. El precepto, para referirse al sujeto activo utiliza el término genérico indeterminado «quien»¹⁶², esto es, será castigado quien realice algunas de las conductas descritas, sin exigir posteriormente ningún otro requisito personal. La cuestión y no única polémica doctrinal existente relacionada con el sujeto activo es determinar si el autor de una obra puede llegar a ser sujeto activo de un delito relativo a la propiedad intelectual puesto que como sabemos el autor puede ceder en exclusiva sus derechos de explotación al cesionario que pasa a ser titular. Podemos afirmar que el autor de una obra original puede ser sujeto activo de un delito contra la propiedad intelectual de su propia obra cuando vulnere los derechos de explotación del titular de aquel¹⁶³. Como hemos dejado patente al referirnos al bien jurídico protegido, el legislador penal protege únicamente la faceta económica de los derechos de propiedad intelectual. Con fundamento en la consolidación de los intereses patrimoniales como los únicos intereses salvaguardados penalmente, si el titular de la obra comete alguna de los comportamientos descritos en el tipo penal en contra de los derechos adquiridos por el cesionario, podría cometer el delito ya que el cesionario, en virtud del contrato de cesión en

¹⁵⁷ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 329.

¹⁵⁸ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 330 y Dulce María Santana Vega, "Aspectos penales...", op. cit., p. 861.

¹⁵⁹ Vid., a este respecto, Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 144.

¹⁶⁰ Existen salvedades en las que se permite el ejercicio de los derechos morales a otras personas. Así ocurre con el ejercicio de los derechos a exigir el reconocimiento de la condición de autor y respeto de la integridad de la obra (art. 14.3 y 4).

¹⁶¹ Únicamente el cesionario en exclusiva tiene facultades autónomas para explotar y defender sus derechos, al margen incluso del propio cedente. Así lo hace constar, Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 567. Ver además Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., p. 149.

¹⁶² Así Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 122.

¹⁶³ Así opinan, entre otros, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, "Sobre la tipicidad...", op. cit., pp. 6 y 7; Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., p. 149 y en *La protección penal...*, op. cit., pp. 307-310, y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 337.

exclusiva, pasa a convertirse en el titular de los derechos de explotación que conforman el bien jurídico¹⁶⁴. Consignado esto, es preciso puntualizar que el cesionario debe ostentar la titularidad de los derechos de explotación cedidos por el creador «en exclusiva», según dispone el art. 48 de la LPI en los siguientes términos, se atribuye al cesionario «la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente». Por el contrario, el autor no podrá ser sujeto activo del delito en caso de que la cesión «no sea exclusiva» según lo establecido en el art. 50 LPI, puesto que aquí la titularidad sigue siendo del autor «en concurrencia con otros cesionarios»¹⁶⁵. En el supuesto de hecho contrario, es decir, en el caso de las infracciones cometidas por el cesionario al autor, la diferencia estriba en que la vulneración afectará tanto a los derechos morales como a los derechos de explotación¹⁶⁶. Pero en el primer caso, obviamente la conducta será atípica porque como hemos visto, el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la propiedad intelectual está integrado por los derechos de explotación exclusiva. En el segundo caso, cuando el cesionario infrinja los derechos de explotación del autor, aquel se convertirá en sujeto activo por las razones ya alegadas en el caso de la comisión del delito por el autor frente a su cesionario¹⁶⁷.

Correlativamente hay que señalar que, en principio, el art. 270 permite cualquier forma de autoría y participación de los art. 28 y 29 del CP¹⁶⁸, porque, incluso como acabamos de manifestar, es posible que el propio autor de una obra, cuando ceda en exclusiva sus derechos de explotación, puede convertirse en autor del delito de propiedad intelectual sobre su creación.

Sin embargo, y llegados a este punto, resulta de cierto interés hacer referencia a la posibilidad o no de aplicación del art. 30 del CP a los delitos cometidos a través de Internet. El artículo 30 CP es una norma prevista para «los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos» –antiguamente denominados delitos de imprenta–. Establece un sistema de responsabilidad «en cascada» para los delitos cometidos a través de medios de comunicación de masas. En la actualidad el artículo presenta dos características: en primer lugar, ordena una estructura escalonada de la responsabilidad, y no responden simultáneamente todos los intervinientes de los hechos sino de forma excluyente y subsidiaria, en cuatro niveles: autor, director, editor e impresor o equivalentes, cuando se trate de medios de comunicación distintos, como en el caso de Internet, donde, se podría hacer responsable subsidiario a los proveedores de servicios y a quien aloja en su servidor contenidos que son claramente antijurídicos. En segundo término, excluye la punibilidad de cómplices y encubridores.

Hacemos nuestros los argumentos de Gómez Tomillo¹⁶⁹ para la aplicación del art. 30 del CP. Dos son los requisitos que deben estar presentes: en primer lugar, que el contenido difundido pueda ser considerado en sí mismo ilícito,

¹⁶⁴ Así también, Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 326.

¹⁶⁵ Véase al respecto, Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 309.

¹⁶⁶ Cfr. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 341.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 310.

¹⁶⁸ Vid., en la literatura científica, Fernando Miró Llinares, *Internet y los delitos...*, op. cit., p. 157; Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 467 y Alberto José de Nova Labián, *La propiedad intelectual en el mundo...*, op. cit., p. 81.

¹⁶⁹ Vid. Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por hechos lesivos de derecho de propiedad intelectual cometidos a través de internet”, en *El proceso penal en la sociedad de la información...*, op. cit., p. 500.

desvalorado por el ordenamiento jurídico. Es un requisito que se desprende del primer nivel de responsabilidad del propio artículo: «los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate...» así no tendría sentido alguno su persecución si lo creado se ajustase al ordenamiento jurídico. En segundo lugar, que la conducta consista en la difusión y que tal difusión de contenidos antijurídicos forme parte de la conducta típica. Es un requisito que el propio artículo establece para su aplicación a los delitos que se realizan por «medios de difusión mecánicos».

Algunos autores, restringen la aplicación del precepto a los delitos relacionados con la libertad de expresión, es decir, debe sólo limitarse a aquellos delitos que se desarrollen en un medio de difusión que de algún modo esté relacionado con la libertad de prensa. Limitando la aplicabilidad en cascada, a la conducta del plagio insertado en un medio de difusión de lícita circulación¹⁷⁰. El propio González Gómez defiende esta posición en los siguientes términos: «al nada remoto supuesto que un texto plagiado se incorpore, para su publicidad, a un medio lícito de difusión, resultará aplicable el sistema de responsabilidad en cascada» mientras que cuando «el plagio se difunda autónomamente, las reglas de participación aplicables son las propias del art. 270 del Código Penal y de los 28 y 31 del Código Penal»¹⁷¹.

La cuestión se suscita a la vista de la literalidad del precepto, el cual establece que la norma se aplica a los delitos cometidos utilizando medios de comunicación «mecánicos». Etimológicamente el término «mecánico» está relacionado con la idea de «máquina», cuando un ordenador es, se piense o se razone al respecto lo que se quiera, incuestionablemente una máquina¹⁷². Desde un punto de vista teleológico, no puede soslayarse que el fundamento de la responsabilidad escalonada descansa en la limitación de responsabilidad cuando está en juego la libertad de expresión o información y evitar el anonimato. Es indiscutible que en la actualidad no hay un medio más anónimo de expresión que Internet¹⁷³. Otro argumento que permite potencialmente la aplicación del art. 30 a los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet, es, el empleo de la analogía *in bonam partem*, en la medida en que el precepto supone una limitación de responsabilidad¹⁷⁴.

Asentadas estas premisas, cabría la posibilidad de su aplicación a los delitos contra la Propiedad Intelectual cometidos a través de Internet¹⁷⁵. Pese a todo lo expuesto, y a pesar de que la cuestión no resulta sencilla, rechazamos¹⁷⁶ tal posibilidad de aplicación porque el sistema de responsabilidad en cascada se diseña históricamente para delitos de expresión u opinión y en los delitos contra la Propiedad Intelectual, lo que se protege son los derechos

¹⁷⁰ Así Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 136 y 137 y Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 468.

¹⁷¹ Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 137.

¹⁷² Así, Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 200. Hay quien señala que Internet se corresponde con un medio de difusión técnico, así Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 482.

¹⁷³ Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por hechos lesivos...”, op. cit., p. 499.

¹⁷⁴ Vid. Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 200.

¹⁷⁵ Así lo ha hecho, Dulce María Santana Vega, “Aspectos penales y políticos...”, op. cit., p. 860, quien sostiene que, en un primer nivel se encontraría quien copia los CDs o quien los introduce en el entorno digital.

¹⁷⁶ Entendemos correcta la posición de Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 211.

patrimoniales, y al establecer el art. 30 CP un régimen excepcional, se requiere una interpretación circunscrita sólo a los casos en que exista esa vinculación y no a nuevas formas delictivas que no guardan conexión con el origen y fundamento de la institución¹⁷⁷.

Respecto a la responsabilidad de los titulares de los servidores P2P, que ponen en contacto a los diferentes usuarios, entendemos que el sujeto no es autor de un delito contra la propiedad intelectual en la medida en que no lleva a cabo las conductas típicas: reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente una obra protegida. No es jurídico penalmente como relevante la puesta en contacto entre usuarios. Nada hay que pueda ilustrar mejor esta proposición que las razones siguientes¹⁷⁸: A) Por cuanto a la calificación de la conducta como autoría o participación, no se reconduce ésta a la acción descrita en el tipo penal, sobre la que acaso se podría afirmar la existencia de un mero dominio negativo, pero que incluso desde los postulados más elásticos de la teoría del dominio del hecho, se puede llegar a configurar la autoría. Tal vez, podría ser calificado como cómplice, sin embargo, existen dificultades para articular su responsabilidad por los motivos que siguen. B) La conducta posee carácter omisivo, no existe una acción positiva alguna, ya que la puesta en contacto entre los diferentes usuarios en la Red P2P se hace mediante un programa informático. Habrá, a lo sumo, una abstención de actuar de quien se encuentra al frente del servidor que no impide el flujo de datos entre los dos operadores que intercambian archivos. C) La puesta en contacto entre usuarios tiene lugar a través de un programa informático, consecuentemente no hay presencia de dolo en el responsable del servidor. Distinto sería que alguna de las entidades encargadas de la gestión de derechos de autor ponga en conocimiento de la empresa que su servidor está siendo utilizado para dichas actividades. Con todo, en estos casos, el dolo adolece de falta de concreción y no puede entenderse suficientemente fundamentado.

Correlativamente, en el caso de quien proporciona el enlace desde una página web, destacamos la propuesta de Miró Llinares¹⁷⁹ que responsabiliza al titular de la página web que utiliza el sistema P2P como autor mediato por instrumentalizar a sujetos activos que actúan sin ánimo de lucro (por ej. utilización de métodos indirectos como la publicidad para obtener beneficios económicos)¹⁸⁰. No es menos cierto que los titulares de las páginas web basan su defensa en que su herramienta está pensada para realizar intercambios lícitos. En la jurisprudencia se ha planteado la cuestión en alguna resolución. Así el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre de 2008 que desestimó una denuncia contra los propietarios de la página www.sharemula.com que facilitaba enlaces a la Red P2P eMule, sin alojar archivos, ni realizar directamente la descarga¹⁸¹.

¹⁷⁷ Manuel Gómez Tomillo, "Responsabilidad penal por hechos lesivos...", op. cit., p. 501. Por el contrario, Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 483, defiende la aplicación del sistema de responsabilidad escalonada, aunque limitado únicamente al supuesto de plagio parcial.

¹⁷⁸ Cfr. Manuel Gómez Tomillo, "Responsabilidad penal por delitos...", op. cit., pp. 228-229.

¹⁷⁹ Vid. Fernando Miró Llinares, *Internet y los delitos...*, op. cit., pp. 191-192.

¹⁸⁰ Manifiesta su discrepancia con la postura de Fernando Miró Llinares, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, "Sobre la tipicidad...", op. cit., p. 20.

¹⁸¹ Argumenta la Audiencia que «el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página Web, sin tener que "teclear" el nombre de

Uno de los elementos más significativos de la parte objetiva del tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual es el elemento «en perjuicio de tercero». Su importancia estriba en ser un requisito delimitador de la frontera entre el delito y el ilícito civil junto con el elemento subjetivo «ánimo de lucro». Ambos elementos dotan a la conducta de un mayor desvalor, que consecuentemente conlleva el reproche penal. Por ello, de la interpretación que hagamos de ambos elementos, en nuestro caso restrictiva, dependerá la frontera delimitadora entre la infracción civil y penal.

El artículo 270.1 CP exige que la conducta del tipo básico se cometa *en perjuicio de tercero*. Este elemento se introdujo en el Código penal en 1995 porque anteriormente, y tras la reforma de 1987, el perjuicio sólo se apreciaba para la modalidad de *especialmente* agravada de la letra b) del segundo apartado del artículo 534 *bis* b) que aumentaba la pena en el supuesto de que «el daño causado revista especial gravedad». El perjuicio también se tiene en cuenta para la apreciación del tipo agravado de la letra b) del artículo 271.

Este elemento, que resulta discutido desde su propia naturaleza, ha generado las más variadas discrepancias doctrinales, lo que pone de manifiesto, la criticable técnica legislativa adoptada¹⁸². En términos concretos, en la literatura científica y en la jurisprudencia, cabe apreciar tres posiciones distintas. En primer lugar, para algunos autores se trata de un elemento subjetivo del injusto, como el ánimo de lucro¹⁸³. Esta afirmación exigiría que el sujeto obrase con un especial propósito de perjudicar al titular de los derechos de propiedad intelectual, lo que de entrada, excluiría la aplicación del tipo en los comportamientos donde la intervención penal es más necesaria; pues, como señala gráficamente Palma Herrera¹⁸⁴, muy inusualmente quien pone a disposición de otros usuarios de una red de intercambios de archivos obras protegidas por derechos de autor, ya sea una película o música, o las reproduce, llevará a cabo ambas conductas para causar un perjuicio a los titulares de los derechos de explotación de la misma. El hecho de que se haya incorporado después del elemento ánimo de lucro –inequívocamente subjetivo– y unido mediante una conjunción copulativa, no puede llevarnos a interpretarlo como intención de perjudicar paralelo al ánimo de lucro, ya que dicha interpretación, no se corresponde con la literalidad del precepto¹⁸⁵, toda vez que la pretensión del sujeto activo no es otra que lucrarse con tales actividades

esa página. Por eso no supone una reproducción ni una distribución de la página Web, ya que no reproducen. El problema podría ser distinto en otro tipo de enlaces 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».

¹⁸² Vid. Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual...”, op. cit., p. 216.

¹⁸³ Vid., entre otros, Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 347 a 350 y Dulce María Santana Vega, “Aspectos penales y político-criminales...”, op. cit., p. 867. Esta es también la tesis que se ha sostenido en alguna jurisprudencia: Auto de AP Madrid 18 de enero de 2008 (Fto. Jco. 4º y 5º).

¹⁸⁴ José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., p. 679.

¹⁸⁵ De la misma opinión, entre otros, Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual...”, op. cit., p. 218 y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 346.

pero no perjudicar al titular de los derechos vulnerados¹⁸⁶. Lo habitual es que el usuario que descarga de Internet un archivo no quiera tanto perjudicar a otro como obtener un beneficio para sí. Asimismo, la naturaleza subjetiva del elemento dificulta con mucho la aplicación del tipo¹⁸⁷. Entendemos que los elementos subjetivos del injusto deben ser interpretados de forma restrictiva por la dificultad para garantizar la actitud interna del autor de perjudicar los intereses de los titulares, y por las complicaciones de prueba que ello implica.

En segundo lugar hay quien lo identifica como resultado de la conducta, lo que exige para apreciar el tipo el que se origine un perjuicio efectivo¹⁸⁸. Sin embargo, si la generación de un efectivo perjuicio fuese un requerimiento del tipo básico, el precepto hubiese utilizado expresiones tales como «con perjuicio» o «causando perjuicio a tercero»¹⁸⁹. Pero además, desde la posición de quienes entienden este elemento como un verdadero resultado lesivo, no tiene sentido entender el perjuicio como resultado respecto de las conductas de reproducción¹⁹⁰.

Desde nuestra perspectiva, estimamos que el elemento «en perjuicio de tercero» tiene un carácter objetivo¹⁹¹, equivalente a la capacidad lesiva de la acción para causar un perjuicio. Y debe ser interpretado siguiendo a Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández como la exigencia de una potencialidad lesiva de la conducta, es decir, potencialidad lesiva para el bien jurídico, para afectar a las expectativas de ganancia del titular del derecho de explotación y merecer atención penal¹⁹². Ausente, por tanto, dicha potencialidad lesiva, se excluiría la tipicidad¹⁹³. Con esta concepción objetiva del elemento se exige la idoneidad de la conducta para producir un perjuicio a los titulares de los derechos, sin que sea necesario que éste se produzca para la consumación del delito¹⁹⁴. Relacionada con esta postura está la de Rodríguez Moro, para quien, este

¹⁸⁶ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 346.

¹⁸⁷ Cfr. José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., p. 679.

¹⁸⁸ Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2001, pp. 449-450. Así, en la jurisprudencia de las audiencias vid., por ejemplo, SAP la Coruña 250/2006 de 13 de noviembre, Fto. Jco. 5º C).

¹⁸⁹ En palabras de Luis Rodríguez Moro, *La tutela penal...*, op. cit., p. 345.

¹⁹⁰ Cfr. Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 347-348; Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 9. Glosando el art. 270, dice sobre el particular que «en el tipo se castigan principalmente conductas que suponen una anticipación de la intervención penal a momentos anteriores al de la lesión, como por ej. las conductas de reproducción no consentidas [...]. Ello significa que debe descartarse la interpretación del elemento “en perjuicio de tercero” como la exigencia de un resultado de lesión del bien jurídico, pues resultarían atípicas todas las conductas que por su anticipación son incapaces por sí mismas de generar tal resultado».

¹⁹¹ Siguen esta interpretación, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 10; Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., pp. 217 y sigs., especialmente p. 221; Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., pp. 348 y sigs. y José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., p. 680.

¹⁹² Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., pp. 9 y 10.

¹⁹³ Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 221.

¹⁹⁴ En la jurisprudencia vid. la SAP Córdoba 45/2002, de 12 de junio (Sección 3º), Fto. Jco. 3º que establece cómo «en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código dice “en perjuicio de tercero”, expresión que es distinta a “con perjuicio para tercero”. Ésta última expresión –según un reputado sector doctrinal– implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquella supone una producción meramente potencial. Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause...».

elemento enfatiza la necesidad de que las conductas que no conlleven la lesión del bien jurídico, sí pongan en peligro los intereses económicos que derivan de los derechos de explotación en exclusiva. En el caso de la conducta de reproducción que todavía no habría ocasionado ningún perjuicio patrimonial, se exige que sea idónea para producirlo, es decir, se exige que tal conducta que no lesione el bien jurídico, sí genere un necesario peligro para dicho bien¹⁹⁵.

Ello sabido, recuérdese que, los delitos de aptitud abstracta se caracterizan no sólo por la idoneidad de la acción para la lesión del bien jurídico, sino también por la idoneidad para generar la misma situación de peligro¹⁹⁶, situación ésta que se ajusta a la modalidad comisiva de reproducción¹⁹⁷.

Por último, es harto significativo el cambio de opinión de González Rus¹⁹⁸, quien, a pesar de interpretar en su día en sentido objetivo este elemento como una condición objetiva de la conducta que posee la idoneidad suficiente para perjudicar a los titulares de los derechos de propiedad intelectual; en la actualidad, con base en las circunstancias tecnológicas actuales ha revisado la formulación del criterio objetivo, concibiéndolo como un elemento subjetivo de lo injusto equivalente a la voluntad de colocar en el mercado obras o copias ilícitas sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

No obstante lo anterior, como apunta Mata y Martín¹⁹⁹, la capacidad de perjudicar a los titulares de los derechos de explotación de cada acción individual es pequeña. Así las cosas, el propio Palma Herrera²⁰⁰ señala, y no está sólo en este punto, que «la duda es si vale cualquier mínimo perjuicio o es necesario de una cierta entidad». Entendemos, que debe optarse por una interpretación del tipo que restrinja al máximo su alcance con fundamento en el principio de intervención mínima. Por consiguiente, entiendo con Palma Herrera que no cualquier violación del ejercicio del derecho de explotación en exclusiva debe abrir la puerta a la intervención penal, y en el caso de las redes P2P serían aquellos comportamientos que presenten capacidad para causar un perjuicio de cierta entidad, quedando en la esfera de protección civil aquellas conductas que no alcancen tales niveles. Para finalizar, resta apuntar, que la objetividad de este elemento facilita las posibilidades de prueba²⁰¹.

El artículo 270 CP recoge en su párrafo primero cuatro comportamientos típicos: la reproducción, la distribución, el plagio y la comunicación pública. Conductas que por su naturaleza de elementos normativos deben ser dotados de contenido y cuya concreción se encuentra en la LPI. La conducta debe producirse «sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios», por lo que el consentimiento de la persona autorizada hace atípico el comportamiento.

Desde nuestra perspectiva, apenas existen dudas en entender que las conductas consistentes en colgar en Internet obras protegidas o utilizar sistemas P2P para poner a disposición de otros dichas obras (conductas uploading); y las conductas de descargarse un archivo al propio ordenador ya

¹⁹⁵ Cfr. Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., pp. 349 a 356.

¹⁹⁶ Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., pp. 9 y 10.

¹⁹⁷ Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 221.

¹⁹⁸ Para una revisión más detallada, véase Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 568.

¹⁹⁹ Ricardo M. Mata y Martín, “El tipo básico de los delitos...”, op. cit., p. 491.

²⁰⁰ José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., pp. 681-682.

²⁰¹ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 349.

sea desde una página web, o desde un ordenador ajeno a través del sistema de intercambio de archivos y sin contar con la autorización del titular (conductas de downloading), pueden ser subsumidas en las modalidades de reproducción y comunicación pública²⁰² respectivamente. Si bien, un relevante sector doctrinal estima que se trata de un acto de reproducción²⁰³. Partiendo de tales presupuestos, vamos a examinar aquí únicamente éstas conductas típicas.

La reproducción es la primera de las conductas que menciona el art. 270 CP. El artículo 18 de la LPI señala que «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 o la obtención de copias». La reproducción ilícita es la forma más generalizada de defraudación de la propiedad intelectual²⁰⁴, y constituye la conducta base para la realización posterior de cualquier otra conducta lesiva de los derechos de explotación como la distribución o comunicación pública²⁰⁵. Es manifiesto, que la era digital ha multiplicado las formas de fijación de las obras. La introducción de una obra en la memoria de un ordenador ya supone una reproducción, se efectúe tal copia desde un original como desde internet. Se trata de una definición fruto de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual por la Ley 23/2006, de 7 de julio, en aras de aglutinar las nuevas formas de fijación digital de las creaciones. Este concepto de reproducción permite la protección de obras que no estén expresadas en un soporte, es decir, que se den a conocer en forma incorporal como actuaciones teatrales, conciertos en público ya que son susceptibles de ser reproducidas a partir de su grabación. La captación a través de un medio de grabación como cámaras de video o de fotografía digital, sin el consentimiento de los titulares de los derechos correspondientes supone una fijación, esto es, una reproducción, aunque sólo se obtenga una copia, pues a partir de ella se puede comunicar al público la obra y obtener otras copias constituyendo sucesivas reproducciones²⁰⁶.

En la descarga de archivos de obras protegidas (downloading) nos encontramos ante una conducta de reproducción tanto en el supuesto de descargas directas como a través del sistema P2P, con la particularidad en este último supuesto que el usuario que descarga un archivo, está obligado a compartirlo durante el tiempo en que está realizando dicha descarga. Para

²⁰² Así la Circular de la Fiscalía 1/2006; Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., pp. 12 y 15; Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital...*, op. cit., espec., pp. 30-31; Fernando Miró Llinares, *Internet y los delitos...*, op. cit., p. 191; Alberto José de Nova Labián, *La protección intelectual...*, op. cit., pp. 98 a 109 y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 399.

²⁰³ Entienden que el intercambio de archivos a través de las redes P2P no integran la conducta típica de comunicación pública Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 213; José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, p. 673, en la medida en que en esos casos no se da acceso directo a la representación o ejecución de la obra que es lo que requiere este comportamiento. Asimismo Palma Herrera, glosando el último inciso del art. 20 de la LPI, sitúa la comunicación pública en una relación de subsidiariedad respecto a la distribución, de tal forma que sólo puede haber comunicación pública cuando no haya distribución previa que es lo que hace quien ofrece el material protegido por medio de estas redes.

²⁰⁴ Vid. Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 571.

²⁰⁵ Fernando Miró Llinares, *La tutela penal...*, op. cit., p. 360.

²⁰⁶ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 262.

realizar un examen de su ilicitud y tipicidad es necesario determinar si la reproducción está amparada por el concepto de copia privada, por lo cual hay que partir del límite que establece el art. 31.2 de la LPI. La copia privada lo ha de ser de obras, efectuándose en cualquier soporte, ya sea analógico o digital. Debe ser efectuado por persona física para su uso privado, que ha de entenderse por contraposición al «uso colectivo»²⁰⁷, y sólo a partir de obras a las que se haya accedido legalmente²⁰⁸. Finalmente, la copia obtenida no podrá ser objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, lo que implica que no tendrán acceso a ella una pluralidad de personas fuera del ámbito estrictamente privado o familiar²⁰⁹, ni se puede sacar con ella un beneficio económico. El precepto excluye de lo dispuesto a las bases de datos electrónicas y a los programas de ordenador. Si la reproducción se realiza bajo estas premisas no requiere de la autorización del autor, sin embargo, la referencia al «autor», debe hacerse extensible, como se mencionó supra a los «titulares de los otros derechos de propiedad intelectual»²¹⁰.

La novedad más importante que introdujo el legislador de 2006 reside en que la reproducción efectuada por persona física para su uso privado debe realizarse a partir de obras a las que haya accedido legalmente. Se trata de una expresión que plantea distintas cuestiones interpretativas²¹¹. Debe prevalecer una interpretación literal²¹² del concepto de «acceso legal» del art. 31.2 de la LPI, donde la legalidad se predica literalmente del modo en que el usuario accede a la obra y no la fuente o la copia de la obra en sí, lo cual ha sido corroborado por la jurisprudencia²¹³ en estos términos: «Asimismo, respecto del límite de copia privada, es preciso añadir que el art. 31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente». De esta forma, queda refrendado para el caso concreto de las descargas por el sistema P2P. «En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad

²⁰⁷ Como señala Ignacio Garrote Fernández-Díez, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios*, 3ª edición, op. cit., p. 560, a pesar de la ambigüedad de la expresión «para su uso privado» están cubiertas por el límite las reproducciones confeccionadas para ser cedidas dentro del ámbito estrictamente íntimo o familiar. «Para evaluar si el uso es colectivo no hay que atender a la propia actividad de reproducción, sino al destino efectivo al que luego se destina dicha reproducción».

²⁰⁸ La copia de otra copia pirata nunca se considerará copia privada, vid., por todos, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, «Sobre la tipicidad...», op. cit., p. 14.

²⁰⁹ Ignacio Garrote Fernández-Díez, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios* (3ª edición)..., op. cit., p. 561.

²¹⁰ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 382.

²¹¹ Ignacio Garrote Fernández-Díez, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios* (3ª edición)..., op. cit., p. 564; Alberto José de Nova Labián, *La protección intelectual...*, op. cit., p. 56-57 y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 386.

²¹² Ignacio Garrote Fernández-Díez, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios* (3ª edición)..., op. cit., (nota nº 176), p. 568, estima que, «el foco debería haberse puesto en la licitud de la fuente a partir de la cual se hace la reproducción, no en la forma en la que la persona que hace la reproducción accede a dicha fuente».

²¹³ Consultar Sentencia de 9 de marzo de 2010, del juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona.

de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente»²¹⁴.

En el caso de las redes P2P, con frecuencia suele ocurrir que el usuario que descarga de Internet, comparte con el resto de usuarios de la red archivos descargados en la «carpeta compartida». Cuando estos contenidos son compartidos con el público, lo que se produce es una puesta a disposición de cualquier usuario, que podrá acceder a los contenidos en cualquier momento. Para Rodríguez Moro²¹⁵ esta reproducción es objeto de una utilización colectiva, lo que implica una extralimitación en el uso privado que exige la excepción, y, por tanto, la ilegalidad de la reproducción.

La cuestión que se suscita entonces es qué ocurre cuando el usuario de un programa *peer to peer* descarga una reproducción de otro usuario en la red, pero sin almacenarla en la carpeta compartida. Es decir, el usuario sólo «baja» los contenidos pero no los «sube». En este caso no hay un uso colectivo, se limita a almacenarlo para su uso personal. La duda aquí es si el usuario que sólo descarga contenidos ha tenido un acceso legal a la obra. Un sector de la doctrina entiende que la reproducción para uso privado no convierte *per se* en ilícita porque el usuario ha abonado la cuota de acceso a la Red y no hay puesta a disposición por no haber «carpeta compartida»²¹⁶. De otro lado, hay quien opina que el abono de la cuota de acceso a la Red supone, en todo caso, la legalidad de acceso a Internet y no la legalidad de acceso a la obra dentro de Internet²¹⁷. Para Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández²¹⁸, descargarse un archivo al propio ordenador, conducta denominada *downloading*, ya sea desde una página web o desde un ordenador ajeno a través del sistema P2P sin autorización del titular, es una reproducción ilícita. De suerte que, un acto de reproducción estaría amparado por dicho límite siempre que la copia se hubiese obtenido a través de obras que hayan sido colgadas en Internet con la autorización del titular de los derechos. Y de una comunicación pública ilícita no puede surgir una copia lícita porque el propio art. 31.2 LPI establece que, sólo existe derecho a copia privada cuando se ha accedido legalmente al original del que se hace la copia. Y como es fácilmente presumible, un conjunto no pequeño de las creaciones que circulan por la Red, en la mayor parte de los casos no han sido autorizadas por los titulares, por consiguiente no concurriría el acceso legal a la copia y la conducta de reproducción no estaría dentro del límite de copia privada²¹⁹.

²¹⁴ Auto del Juzgado Mercantil de Barcelona nº 7, de 2 de julio de 2009, corroborado por la Sentencia de 9 de marzo de 2010. Es un Auto de denegación de medidas cautelares de cierre de la página web www.elrincondejesus.com.

²¹⁵ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 387.

²¹⁶ Así lo señala Ignacio Garrote Fernández-Díez en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios*, 3ª edición, op. cit., p. 570. El autor sostiene la misma opinión en el caso de las descargas directas de archivos a través de páginas web. Con todo, se evita la procelosa tarea interpretativa acerca del conocimiento sobre la licitud o ilicitud que pudiera tener el usuario.

²¹⁷ Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 389.

²¹⁸ Vid. Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, «Sobre la tipicidad...», op. cit., pp. 17-18. En el mismo sentido Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital...*, op. cit., p. 84, para quien el acceso legal debe referirse en todo momento al acceso a la obra con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual.

²¹⁹ A favor de su licitud Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., p. 189. Este autor entiende que la descarga de obras protegidas realizadas sin autorización del titular de los derechos se trata de una reproducción lícita si es para uso privado y sólo se puede hablar de

En cuanto al requisito de que la copia no sea de utilización colectiva, es donde se plantean las mayores dudas. Se prohíbe la utilización colectiva de la reproducción, que de producirse, supondría automáticamente la inaplicación del límite; ello se daría en los supuestos en que las reproducciones, en principio privadas, fuesen intercambiadas con usuarios ajenos al círculo familiar en redes P2P, o cuando se cuelgan gratuitamente en páginas webs²²⁰.

Aunque una obra no se encuentre amparada por el derecho a copia privada, la ilicitud de la reproducción, no implica proclamar la tipicidad de la conducta. En dicha reproducción tienen que concurrir los elementos que integran el tipo básico: ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. La conducta de quien realiza unas fotocopias de una obra protegida para uso privado en la máquina de un centro público, no tiene la potencialidad lesiva suficiente para ser considerada delito²²¹

A pesar de la ilicitud civil de una reproducción, la conducta no será penalmente relevante al carecer del ánimo de lucro²²² exigido en el ámbito penal²²³, siempre que se demuestre, que en la conducta, sólo existe la intención de ahorro del precio de compra de los ejemplares de la obra²²⁴.

Asimismo, por cuanto al elemento del perjuicio de tercero, es necesaria su verificación para que la conducta sea típica. Para ello, la descarga de la obra debe ser idónea para producir dicho perjuicio, pues únicamente realizan el tipo del injusto las conductas peligrosas previas a aquellas que de facto lesionen el bien jurídico²²⁵. A mayor abundamiento, la conducta de quien firma una película en una sala de cine para su uso privado, constituye un ilícito civil al no tratarse de una copia obtenida de un original al que se ha accedido lícitamente y, por tanto, no está cubierta por el derecho a la copia privada. Sin embargo, no será delito si el sujeto no tiene la intención de publicarla en Internet para obtener con ello una contraprestación, puesto que, como argumenta la Fiscalía, falta en el

ilicitud cuando la reproducción se destina a la comunicación pública, es decir, hay una puesta a disposición de terceros de obras protegidas. A su vez la conducta será delictiva si se realiza con ánimo de lucro.

²²⁰ Vid. SAP de Cantabria de 18 de febrero 2008. El tenor es inequívoco: «Pues bien, resulta claro que la expresión “utilización colectiva”, aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio como ocurre en el sistema “Peer to Peer” (P2P) [...]. Las copias que con esta finalidad eran poseídas por el acusado no podían por tanto considerarse copias para uso privado estrictamente, ni podían considerarse entonces –ni ahora conforme a la legislación vigente–, amparadas por la excepción legal a la prohibición de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual».

²²¹ Sostienen esta opinión, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 15 y Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 371.

²²² La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado se manifiesta en los siguientes términos: «el 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 ilícita de la obra pero que no puede ser considerada como conducta penalmente típica».

²²³ Así, José Manuel Palma Herrera, “Las redes...”, op. cit., p. 684.

²²⁴ Vid. Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro...”, op. cit., p. 108.

²²⁵ Así, Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 370-371.

presente caso el denominado ánimo de lucro específico, entendido como ánimo de comercialización²²⁶.

La conducta de colgar en Internet obras protegidas o utilizar sistemas de intercambios de archivos para poner a disposición de otros usuarios dichas obras «uploading» se considera un acto de comunicación pública²²⁷ del artículo 20 de la LPI. Es necesario partir de la definición de comunicación pública del citado artículo que señala que «se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». Lo trascendente para nuestro estudio viene con la reforma operada en la LPI por la referida Ley 23/2006, de 7 de julio que añadió el llamado «derecho de puesta a disposición»²²⁸ del público en Internet en la letra i) del art. 20.2 como una modalidad concreta de comunicación pública. El artículo incluye entre «estos actos 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 momento que elija». Se convierte en comunicación pública la puesta a disposición del público de las obras que se lleven a cabo a través de medios intangibles, es decir, a través de Internet. De esta forma, la distribución queda limitada a los casos en que la puesta a disposición se realice en soporte tangible²²⁹, acorde con la reforma de definición de distribución del art. 19.1 LPI en la que se incluye la referencia a que debe realizarse «en soporte tangible». Dicha calificación de comunicación pública también ha sido corroborada por nuestros tribunales. Como apunta la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2001, lo verdaderamente integrador del tipo penal es la modalidad de comunicación pública, que puede 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»²³⁰.

La conducta de comunicación pública del art. 20 de la LPI, está sujeta a la autorización de los titulares de los derechos de explotación, y si se lleva a cabo sin tal autorización es ilícita, toda vez que, en la conducta de comunicación pública prohibida, el *uploaders* ya sea a través de una página de Internet, o a través del sistema P2P, pone a disposición de un número indeterminado de personas, más allá del círculo doméstico o familiar una obra protegida. Las reproducciones que los usuarios almacenan en la carpeta comprimida de su ordenador al descargar una obra protegida mediante el sistema P2P, no están dentro de la excepción a la copia privada porque hay una puesta a disposición del público (un uso colectivo) de tal forma que cualquier persona puede

²²⁶ Para Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 13, el argumento más adecuado para defender la atipicidad, es la falta de lesividad potencial para el bien jurídico protegido que no merece ser objeto de persecución penal.

²²⁷ Defienden esta posición, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 17; Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital...*, op. cit., p. 30; Alberto José de Nova Labián, *La protección intelectual...*, op. cit., p. 108 y Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 299. En contra, Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos...”, op. cit., p. 213 y José Manuel Palma Herrera, “Las redes...”, op. cit., p. 673.

²²⁸ Francisco Rivero Hernández, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a...*, op. cit., p. 360, lo denomina puesta a disposición del público de forma «interactiva».

²²⁹ A esta posibilidad se refiere también, Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 300.

²³⁰ Vid. Auto de 11 de noviembre de 2009 del Juzgado de Instrucción nº 3 de Cerdanyola del Vallés.

acceder a ella desde el lugar y en el momento que elija; luego, la conducta sería constitutiva de un acto de comunicación pública del art. 20.2.i) LPI²³¹ que requiere de autorización del titular de los derechos de la obra.

La descarga en la red implica para el *uploader* un acto de reproducción ilícita, al ser objeto de utilización colectiva y al mismo tiempo, un acto de comunicación pública ilícita del art. 20.2 i) de la LPI al poner a disposición de los internautas las obras protegidas para su acceso desde el lugar y en el momento que elijan²³². No obstante lo anterior, no podemos concluir afirmando que la conducta sea típica, porque para ello debemos demostrar nuevamente el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero. Quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red con acceso público obras protegidas sin autorización de los titulares de los derechos de explotación realiza un ilícito civil por vulneración del derecho de comunicación pública, pero no habrá delito si no existe contraprestación²³³ para el *uploader*, por tanto no se cumple con el elemento ánimo de lucro. Si por el contrario, el sujeto cobrara un precio por la descarga, o insertase publicidad por la que cobra²³⁴, entonces las conductas claramente comportarían ánimo de lucro comercial que, de completarse con las restantes exigencias penales, serían constitutivas de delito.

El ánimo de lucro entendido como «comercialización» no se aprecia en el sujeto que mediante el sistema P2P pone a disposición de otros usuarios los contenidos que almacena en su ordenador, pues el sujeto no obtiene otro lucro que el dinero del ahorro²³⁵ realizando la misma operación con las obras que otros usuarios guardan en sus ordenadores; en consecuencia, no obtiene ningún beneficio o contraprestación económica por la publicación. Concluimos con la sola ilicitud civil de tal conducta²³⁶.

²³¹ En este sentido, Ignacio Garrote Fernández-Díez en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios*, 3ª edición, op. cit., pp. 570-571. Al respecto, La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado declara expresamente que no cabe hablar en el caso del intercambio de reproducciones en las redes P2P de copia privada por haber «uso colectivo o lucrativo». Sin embargo, esta misma Circular señala que quien «se baja o se descarga de la Red una obra como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado por otro realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como una conducta penalmente típica». Sostenemos el argumento de que quien mantiene una carpeta compartida abierta al público no está amparado por la excepción de la copia privada, pues hace un uso colectivo de la copia descargada.

²³² Así también, Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 383.

²³³ Igualmente la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2006.

²³⁴ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 406.

²³⁵ Señala Ignacio Garrote Fernández-Díez, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios*, 3ª edición, op. cit., p. 571, nota 185, que el ahorro de costes vinculado al intercambio de este tipo de reproducciones proporciona un lucro indirecto a los usuarios de las redes P2P.

²³⁶ Conclusión a la que llega, igualmente, Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, «Sobre la tipicidad...», op. cit., p. 17; Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado p. 34. Concluye la Fiscalía con la atipicidad de la conducta en los siguientes términos «Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin autorización de su titular o los usuarios de un sistema *peer to peer* de intercambio de archivo, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que las circunstancias concurrentes acrediten lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo de ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de «lucro comercial»».

En lo referente al tipo subjetivo del injusto el ánimo de lucro es un elemento que está presente en gran parte de los delitos patrimoniales y económicos del Código penal. Es el primero de los elementos genéricos a cualquiera de las conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual y marca la frontera entre el ilícito civil y penal conforme al principio de *ultima ratio* sobre el que se fundamenta el Derecho penal a la hora de tutelar los bienes jurídicos. Es el elemento que más se recurre a la hora de excluir la punibilidad de las conductas que nos ocupan, refuerza la naturaleza patrimonial del delito y es imprescindible para que la conducta sea típica²³⁷. Sin embargo, la verdadera *quaestio disputata*, que divide radicalmente a la doctrina, se encuentra en su afirmación o negación ya que resulta decisiva para el tratamiento penal. En lo que sí parece haber consenso es en su naturaleza subjetiva²³⁸. Pero al margen de considerar el ánimo de lucro como un elemento subjetivo del injusto, la cuestión dista mucho de ser pacífica en la medida en que interpretemos un elemento de perfil tan poco nítido como este. Por un lado, están los que defienden una concepción amplia. Esta posición está amparada por el criterio del Tribunal Supremo²³⁹ y algún sector doctrinal²⁴⁰ que mantiene un concepto sumamente expansivo concebido como la intención de obtener cualquier ventaja no sólo patrimonial sino incluso lúdica, contemplativa, social. Existe otra concepción de carácter más restrictiva, que dota al ánimo de lucro de un contenido de *gravedad* acorde con su función delimitadora entre ilícitos penales y no penales. Se entiende sólo como intención de obtener una ventaja patrimonial significativa, excluyéndose otro tipo de beneficios relativos a aspectos no económicos ni tampoco efectos indirectos de la conducta²⁴¹. Finalmente, una última interpretación considera que para este tipo de delitos, el

²³⁷ Vid. Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 7.

²³⁸ Así lo defienden Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 7; Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital...*, op. cit., pp. 81 y sigs.; Ricardo M. Mata y Martín, “El tipo básico de los delitos...”, op. cit., p. 483; Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 440; Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios...”, op. cit., pp. 105-106; Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal...*, op. cit., p. 413; José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., p. 677. En contra se posiciona Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por hechos lesivos de derechos de propiedad intelectual cometidos a través de Internet”, en *El proceso penal en la sociedad...*, op. cit., p. 505. Gómez Tomillo propugna desde un punto de vista político criminal, eliminar el ánimo de lucro por considerarlo un elemento distorsionador en esta clase de delitos en la medida en que no está claro en este contexto.

²³⁹ Ver, por todas, Sentencia Sala 2ª de 18 de septiembre 1998, FJ 2º: «De acuerdo con la tradicional doctrina, el ánimo de lucro es requisito consustancial en los delitos contra la propiedad intelectual, siquiera en algunos de ellos jueguen otros factores preponderantes, tales el engaño en la estafa o el abuso de confianza en la apropiación indebida. Ánimo de lucro que, para los delitos de robo ha de ser sinónimo de provecho en sentido amplio, al menos desde el punto de vista gramatical como garantía, del latín *lucrum*, que se obtiene de cualquier operación, negocio o acto, de la índole que sea, lo que aplicado al campo penal supone entonces el propósito de obtener esa ventaja económica que contemplada dentro de la íntima conciencia del sujeto activo de la infracción se traduce, simplemente, en un “cuasi derecho” de adquisición adornado por la gratuidad y la antijuridicidad, en tanto que gratuita e ilegalmente se desenvuelve la conducta de quien con o sin violencia, hace suyas las cosas ajenas quizás en seguimiento del dicho de las Partidas “ninguno non debe enriquecer torticeramente con daño de otro”».

²⁴⁰ José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., p. 677.

²⁴¹ Ver por todos Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios...”, op. cit., p. 105. Correlativamente, en sentido estricto, entiende la autora que debe ser interpretado el perjuicio de tercero.

ánimo de lucro debe ser entendido estrictamente como ánimo de lucro comercial. Relacionando a su vez el ánimo de comercializar con una lesividad suficiente, que entienden ausente en otras conductas llevadas a cabo sin dicho ánimo, que por respeto al principio de proporcionalidad y a los principios de intervención mínima deben considerarse atípicas²⁴².

Estas concepciones son puestas de relieve en las redes de intercambio de archivos, aquí, el ánimo de lucro es decisivo para que el comportamiento sea encuadrable en el artículo 270 CP. Palma Herrera²⁴³, quien entiende el ánimo de lucro en sentido amplio como cualquier tipo de ventaja, beneficio o utilidad; explica que las redes de intercambio de archivos P2P actúan bajo la filosofía del aforismo latino *do ut des* «te doy para que me des». Es decir, los programas informáticos que gestionan el intercambio de archivos, establecen privilegios para quienes mayor cantidad de archivos (obras literarias, artísticas, científicas) pongan a disposición del resto de usuarios. Cuanto mayor sea el número de descargas, mayores son las ventajas para el usuario que ofrece el material. Estas ventajas están cifradas en la selección del material que se encuentra en la Red y en la velocidad de descarga. En el intercambio de archivos, continúa Palma Herrera, existe además un ánimo de lucro ajeno, ya que un sujeto pone a disposición de los usuarios de la red obras protegidas con la finalidad de que éstos las descarguen y obtengan la ventaja sin contraprestación directa en los términos que fija el mercado.

Para Mata y Martín²⁴⁴ una concepción amplia lleva a excesos al incluir cualquier tipo de beneficio, por ello, descarta los comportamientos que impliquen el ahorro por la no adquisición del objeto en el comercio convencional. Así, Miró Llinares sugiere que en los casos de usuarios que acceden a programas P2P como Emule, no se obtiene ningún beneficio económico de la actividad de intercambio porque, considerar que el ahorro de un precio por no pagar el auténtico precio de la obra es ánimo de lucro, lleva a exceder los límites punitivos²⁴⁵. Para este autor, del mismo modo, la reproducción de la obra a que da lugar la descarga resultará atípica si se realiza para uso privado, salvo que se copien los archivos con fines comerciales²⁴⁶.

La interpretación del ánimo de lucro que sostiene la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado como lucro comercial exclusivamente es la tendencia que también se sigue en los textos internacionales. Con todo, merece la pena detenerse en el criterio que inicialmente sostuvo la Fiscalía ya

²⁴² Criterio interpretativo establecido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2006, de 5 de mayo de 2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003. Sin embargo, como atinadamente ponen de relieve Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 8, «ni cualquier conducta realizada con ánimo de comercializar comportará una lesividad suficiente, ni tampoco se puede rechazar que conductas realizadas con ánimo de lucro pero sin ánimo de comercializar comporten la lesividad merecedora del castigo penal». En esta línea María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas, “¿Cómo absolver a los «top manta»? (Panorámica jurisprudencial)”, en *InDret* 2/2007, p. 8-9.

²⁴³ José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P...”, op. cit., p. 677-678.

²⁴⁴ Ricardo M. Mata y Martín, “El tipo básico de los delitos...”, op. cit., p. 487. También en semejante sentido Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios...”, op. cit., p. 105.

²⁴⁵ Fernando Miró Llinares, *Internet y los delitos...*, op. cit., p. 185. Por esta vía, entiende Miró que se permitiría sancionar penalmente comportamientos que serían lícitos en vía penal.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 189.

que será tenido en cuenta por la jurisdicción penal. La Fiscalía parte de la interpretación que tradicionalmente ha mantenido el Tribunal Supremo y afirma²⁴⁷ que en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante un sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como «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 se llegó o no a obtenerlo efectivamente». En el caso del sistema P2P, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener las obras sin coste en un sistema telemático de intercambio. Sin embargo, la fiscalía renuncia a este concepto de ánimo de lucro para interpretar el tipo. La postura que finalmente mantiene es entender el ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial, al objeto de diferenciar las conductas que deben ser castigadas penalmente y las que deben serlo por vía civil, conforme al principio de intervención mínima que debe regir la tutela penal. En tal sentido, la inexistencia de ánimo de lucro, interpretado de manera restrictiva como ánimo de comercialización, en estas conductas ha sido esgrimida por alguna sentencia para fundamentar la atipicidad²⁴⁸. A mayor abundamiento, en el sentido de la necesaria comercialización, se orienta la normativa europea. Así la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual. Posteriormente, el 12 de julio de 2007 el Comité Económico y Social europeo emitió un Dictamen sobre la propuesta de la anterior Directiva señalando que «la armonización prevista se refiera sólo a las infracciones cometidas a escala comercial, [...] los intercambios privados de ficheros en Internet, la reproducción de música o representación de obras, sean materiales o intelectuales, en un ámbito familiar o privado con fines de estudio y experiencia están implícitamente excluidos del campo de aplicación de la legislación propuesta: sería útil que esta exclusión fuese explícita». En el sentido de lucro comercial se manifiesta también Puente Alba y Ledesma Ibáñez²⁴⁹.

²⁴⁷ Circular 1/2006, p. 33.

²⁴⁸ AJP nº 1 de Madrid, 19 de marzo de 2008, que señala lo siguiente: «[...] las prácticas consistentes en bajar de la red obras musicales o audiovisuales como sucede en este caso a través de la página web *IndiceDonKey*, o la de compartir ficheros dispersos en ordenadores de numerosos usuarios, que se encuentran interconectados, de constituir una infracción de los derechos de autor, por carecer de la autorización de su titular, representa una conducta de comunicación pública no autorizada, que puede sancionarse y repararse en el ámbito de la jurisdicción civil, sin que concurra el elemento subjetivo de ánimo de lucro, que exige el tipo penal, ya que ese concepto ha de interpretarse en sentido estricto de “lucro comercial”, y no en el amplio representado “por la consecución de cualquier ventaja, utilidad, o beneficio”». En este mismo sentido de entender que la falta de intención de comercializar las obras descargadas de Internet acredita la falta de ánimo de enriquecimiento ilícito que exige el tipo, se ha pronunciado la SJP nº 3 Santander, de 14 de julio de 2006, en la cual se enjuicia el caso de un internauta procesado por descargarse de Internet álbumes musicales a través de distintos sistemas de descarga de archivos y por ofrecerse a intercambiar su colección con otros internautas en chats y correos electrónicos sin mediar precio.

²⁴⁹ Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios...”, op. cit., p. 110; Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital...*, op. cit., p. 88.

Por último, juzgo útil destacar la opinión discrepante de Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández²⁵⁰, quienes, desde una interpretación del tipo fundamentada en los principios de *ultima ratio* e intervención mínima, excluyen la tipicidad de conductas como la descarga para uso privado de una película en Internet, traducida en la exigencia de una potencialidad lesiva de la conducta al elemento «en perjuicio de tercero». Pues, quien realiza tal conducta ha actuado con ánimo de ahorrarse el precio de la descarga legal o de la compra de la obra. En consecuencia, se podrán castigar conductas que aun habiéndose realizado sin ánimo comercial, por mor de una determinada lesividad, supongan grave perjuicio para los derechos protegidos²⁵¹.

Con base en lo dicho hasta ahora, en mi opinión, la manera de deshacer el aparente nudo gordiano, consiste en entender, siguiendo el criterio establecido en el ámbito de la Unión Europea y en la precitada Circular, que no se entiende como ilícito penal la puesta a disposición del público de contenidos protegidos, así como tampoco el intercambio de archivos en línea cuando no se realicen a escala comercial.

8. Especiales supuestos de ausencia de tipo de injusto: el consentimiento del titular del derecho y los límites al derecho de explotación

El tipo básico del art. 270 del CP condiciona la aplicación de pena a realización de aquellas conductas que sean cometidas «sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». El precepto castiga conductas realizadas «sin el consentimiento» del sujeto con capacidad para autorizar su realización y los cesionarios. No cabe duda alguna de que la autorización del titular del derecho de explotación, esto es, el titular del bien jurídico protegido, supone la atipicidad de las conductas, en virtud de una exigencia que supone la ausencia en el tipo penal²⁵². Dicho de otro modo, la consecuencia de esta exigencia es que cuando las conductas recogidas en el precepto se realicen amparadas por la autorización de quien es titular o cesionario de los derechos sobre la creación objeto del delito no serán sancionadas por vía penal. Se otorga al consentimiento un valor representativo de la posición del legislador hacia la protección de intereses de carácter patrimonial²⁵³.

Este requisito de ausencia de autorización también se recoge en los tipos de los artículos 270.2 y 270.3 del CP. El art. 270.2 sanciona las conductas de importación, exportación y almacenamiento cuando sean cometidas «sin la referida autorización»; y el art. 270.3 hace alusión a medios destinados a la supresión «no autorizada» de sistemas *anticopy*.

²⁵⁰ Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, «Sobre la tipicidad...», op. cit., p. 8.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 19.

²⁵² Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 447 para enfatizar esta línea argumentativa, sostiene que «incluso si el legislador no lo hubiera incluido expresamente, el consentimiento del titular del derecho de explotación supone la atipicidad de la conducta puesto que al tratarse de un bien jurídico patrimonial individual caracterizado por ser un derecho de exclusión de terceros, éste sólo se ve lesionado cuando irrumpe en la exclusiva de un sujeto no autorizado, pero no, por supuesto, cuando un sujeto es autorizado para participar en la explotación, incluso si lo es sin contraprestación alguna».

²⁵³ En el mismo sentido, Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 2276.

No obstante lo anterior, por lo que se refiere a la autorización, hay que diferenciar aquellos casos en los que su existencia convierte la conducta en atípica de aquellos otros en los que por circunstancias legales recogidas en la LPI, no se necesita autorización del titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios para realizar la reproducción, o comunicación pública de una obra literaria, artística o científica. Así las cosas, la licitud de la conducta en sede civil, también lo será en sede penal.

La autorización es el permiso que otorga el titular de los derechos de explotación o su cesionario para que otro sujeto efectúe alguna de las conductas que el Código Penal incrimina. Se requiere acreditación para la concesión de este permiso por parte de quien puede hacer uso de él. Pero, ¿quién puede consentir? El Código penal habla del titular de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, abarcando de este modo la totalidad de posibles sujetos pasivos del delito, que, en su condición de titulares del bien jurídico protegido pueden autorizar la realización de cualquier conducta recogida en el tipo. Sin embargo, cada uno de los sujetos (autor, cesionario, artista, intérprete o ejecutante, productor fonográfico, audiovisual, etc.) autorizará sólo sobre su derecho de explotación, y no sobre derechos cuya titularidad pertenezca a otros²⁵⁴. Este hecho reviste especial significación ya que, al existir diversas titularidades sobre los derechos relacionados con la misma obra, puede ocurrir que surjan dificultades en la determinación del sujeto que puede autorizar la acción de explotación²⁵⁵. En lo que a la naturaleza jurídica de la autorización respecta, se entiende de suyo como una causa de justificación, sin embargo, ello no obsta su concreción como causa de atipicidad por el hecho de su regulación expresa en el precepto como uno de sus elementos, pues la existencia de dicho consentimiento impide la persecución penal de la conducta²⁵⁶.

La autorización, para que sea válida y que llegue a producir sus efectos, ha de ser emitida por persona titular o cesionaria del derecho sobre los que aquella incide. Nos referimos a los sujetos pasivos del delito que son los titulares de los derechos de explotación y sus cesionarios²⁵⁷. Los titulares de los derechos de explotación y titulares de derechos conexos (artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, entidades de radio difusión y editores de obras inéditas) que podrán, como hemos manifestado *supra*, permitir la realización de

²⁵⁴ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 449 y 450.

²⁵⁵ En estos términos aparece recogido en el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22 de abril de 1996, al señalar que «la multiplicidad y la diversidad de las conductas típicas alternativas descritas en la figura legal suscitan asimismo nuevos problemas, de notable relevancia político-criminal, por cuanto dificultan tanto la determinación técnica de la cualidad del sujeto activo como la individualización del sujeto pasivo, titular de las respectivas facultades jurídicas de los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual o de las respectivas cesiones de los mismos, al tiempo que propician arduas cuestiones en relación específica con la hipótesis de cesionarios en cadena superpuestos sobre una misma explotación económica del derecho de la propiedad intelectual».

²⁵⁶ Así, Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 2277; Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad...”, op. cit., p. 7 y Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 447 a 449. Sin embargo, Dulce María Santana Vega, “Aspectos penales...”, op. cit., p. 869 la considera como causa de justificación.

²⁵⁷ Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 245.

las conductas típicas respecto de aquellos derechos que les pertenezcan²⁵⁸. Para determinar el alcance de la autorización en los supuestos de titularidad compartida, debemos atender a la normativa especial y a la modalidad de obra para determinar quién o quiénes y en qué condiciones pueden consentir.

En la obra en colaboración, que definíamos como el resultado unitario la colaboración de varios autores, dijimos que los derechos sobre ella correspondían a todos los autores y resaltamos, asimismo, la viabilidad de explotación de las aportaciones de los coautores por separado atendiendo a su separabilidad. En el caso de que las aportaciones no sean separables se estará a lo ordenado en el art. 7.2 de la LPI, que requiere el consentimiento de todos los coautores para divulgar y modificar la obra. Será el Juez quien resuelva en defecto de acuerdo. Una vez divulgada la obra, ningún coautor puede rehusar injustificadamente su consentimiento para su explotación en la forma en que se divulgó. En el caso que haya aportaciones diferenciadas aparte de la obra común, la solución está en el art. 7.3 cuando dice «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». Cada autor de la obra podrá autorizar sobre la explotación de su aportación, siempre que no afecte a la del resultado unitario de la obra en colaboración²⁵⁹.

La obra colectiva, que está constituida por las aportaciones de distintos autores que se fusionan en una creación única y autónoma, el art. 8.2 de la LPI establece que los derechos sobre la obra corresponden «a la persona que edite y divulgue bajo su nombre». Por tanto, sólo será válida la autorización del sujeto editor y divulgador²⁶⁰ de la obra colectiva, puesto que es él el titular de cualquier derecho de explotación sobre ella. En cuanto a la obra compuesta, entendida como aquella en que existe una incorporación, por reproducción o transformación, de una obra original anterior, no cabe ninguna duda de que es el autor de la obra compuesta el sujeto que puede autorizar su explotación²⁶¹. Junto a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, hemos dicho que también pueden emitir este consentimiento los titulares de derechos conexos de propiedad intelectual sobre sus concretos derechos. El cesionario puede otorgar permiso sobre los derechos cedidos, las modalidades de explotación transmitidas y el ámbito territorial acordado (art. 43.1 LPI)²⁶².

Por último, por lo que se refiere a la forma de autorización, el art. 45 de la LPI ordena que «deberá formalizarse por escrito», sin embargo, en

²⁵⁸ Así, por ej., el autor de la obra podrá autorizar la reproducción y distribución, o el intérprete fijar su ejecución, en virtud de su disponibilidad sobre el bien jurídico protegido.

²⁵⁹ Cfr. Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 452.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 452.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 252.

²⁶² El art. 43.2 LPI señala que «la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realiza la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sean indispensables para cumplir la finalidad del mismo». En los apartados tercero y cuarto, se establecen dos estipulaciones que se consideran nulas en la transmisión *inter vivos*: la cesión de derechos respecto de obras que pueda crear el autor en el futuro y que éste se comprometa a no crear en un futuro. El apartado quinto establece que «las transmisiones de los derechos de explotación no alcanzan a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión».

concordancia con un reconocido sector de la doctrina²⁶³ también debe considerarse válida la autorización verbal, aunque debe ser siempre expresa y acreditada perfectamente por el cesionario.

En la propiedad intelectual los derechos subjetivos tutelados no son absolutos, ya que, como señalamos al comienzo de nuestro artículo, existen unos intereses sociales²⁶⁴ de índole cultural y económica que los limitan temporal y materialmente. Así pues, aunque el 270 del CP condene aquellas conductas que se realicen sin la autorización de los titulares de los derechos propiedad intelectual o de sus cesionarios, la LPI recoge algunos supuestos en los que un tercero puede ejercer los derechos de explotación de la obra sin el consentimiento de aquellos. Estos supuestos se recogen en el Título III del Libro II de la LPI. Se dividen en dos grupos: límites temporales, recogidos en el Capítulo I bajo la rúbrica de «Duración» (artículos 26 a 30), referidos a la duración de los derechos de explotación; y los límites materiales, recogidos en la en el Capítulo II bajo la rúbrica de «Límites» (artículos 31 y ss. LPI).

El objeto de tutela del art. 270 CP se concreta en los derechos de explotación exclusiva, sin embargo, la existencia de límites a los derechos de propiedad intelectual²⁶⁵ en el sistema penal, lleva al reconocer que el contenido de injusto llegará hasta lo marcado por dichos límites.

En cuanto a los límites temporales, el Derecho penal no protege un derecho de explotación de carácter perpetuo porque impediría la libre utilización de la obra²⁶⁶; por el contrario, protege un derecho patrimonial concedido durante un plazo concreto de tiempo al sujeto para que obtenga provecho de su propia creación, transcurrido el cual, la obra pasa a dominio público. La LPI marca una diferencia entre los derechos morales y los derechos patrimoniales a la hora de su limitación en el tiempo. Así como los primeros se transmiten *mortis causa* a los herederos del autor y posteriormente a los herederos de aquellos, los derechos de explotación exclusiva sólo duran la vida del autor y setenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento (art. 26LPI). Transcurrido dicho plazo, las obras caerán en dominio público y puede ser explotada por un tercero libremente. Esto se fundamenta en la tradición continental del derecho de propiedad intelectual basado en la «justicia» de la concesión de derechos subjetivos al autor, y el deseo de divulgar las creaciones para el bien social²⁶⁷. No obstante, al margen de este plazo de duración existen excepciones. Así el art. 27 establece para las obras anónimas o seudónimas el plazo de 70 años desde su divulgación. Sin embargo, «cuando antes de cumplirse este plazo fuera conocido el autor, bien porque el seudónimo que ha adoptado no deje dudas sobre su identidad, bien porque el mismo autor las revele, será de aplicación lo dispuesto en el artículo precedente»²⁶⁸. El art. 28.1 establece para

²⁶³ Así, Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 454.

²⁶⁴ Teniendo presente la naturaleza y la función social que cumple la Propiedad Intelectual, se debe garantizar que el autor participe en la explotación de la obra de manera equitativa, cfr. Christophe Geiger, «Propriété intellectuelle. Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?», en *La Semaine Juridique*, 29 (2004), p. 1314.

²⁶⁵ Como señala Christophe Geiger, «Propriété intellectuelle...», op. cit., «les propriétés intellectuelles constituent des îlots d'exclusivité dans une mer de liberté», p. 1313.

²⁶⁶ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 456.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 455.

²⁶⁸ Para Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios...*, op. cit., p. 580, la antigua Ley 22/1987 contenía una formulación más idónea respecto a los modos de conocimiento de la identidad, se refería a «cuando la identidad del autor fuera conocida» y un tercero ajeno podía

las obras en colaboración un plazo de duración de sus derechos de explotación de «toda la vida de los coautores y setenta años desde la muerte o declaración de fallecimiento del último coautor superviviente». El art. 28.2 establece para las obras colectivas un plazo de 70 años desde su divulgación o el plazo de vida del último coautor y 70 años tras la muerte si se identifican ante el público como autores las personas que han creado la obra. El art. 98 referido a los programas de ordenador, la ley distingue si el autor es persona natural, en cuyo caso, se aplica el plazo del art. 26 y si es persona jurídica el plazo es de 70 años tras la divulgación lícita.

Por otro lado, en los que refiere a los derechos conexos, la LPI establece unos plazos de duración inferiores a los otorgados a los derechos de los autores. Conforme a los artículos 112, 119, 125 y 127, el plazo de los derechos de explotación exclusiva de artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales, y entidades de radiodifusión, es de 50 años computados desde el día 1 de enero del año siguiente al que se efectuó la interpretación o ejecución, la grabación fonográfica o audiovisual o la emisión²⁶⁹.

Teniendo en cuenta los límites materiales de los artículos 31 y ss. de la LPI, nos encontramos ante supuestos materiales que constituyen excepciones al ejercicio exclusivo por parte del autor o los cesionarios de los derechos de explotación²⁷⁰. Uno de los límites más importantes, cual es el de la copia para uso privado, ya ha sido estudiado en el análisis específico de las conductas típicas. Por dicho motivo, señalaremos otras limitaciones que más discusión plantean y que por ende, poseen también interés en la actualidad como es la limitación del art. 32 y el 37; no sin antes recordar que el propio artículo 31 bis 2, mantiene la línea de defensa del interés social²⁷¹ en los siguientes términos «la reproducción, distribución y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en beneficio de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa, guarden una relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleven a cabo mediante un procedimiento o medio adaptado a la discapacidad, y se limiten a lo que esta exige»; y el art. 31 bis 1, en aras del interés colectivo, permite la realización de las mismas conductas sin autorización de los titulares cuando se lleven a cabo para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos o judiciales²⁷². Para el estudio de las limitaciones del resto de los artículos, nos remitimos a los trabajos específicos sobre la materia²⁷³.

El art. 32 de la LPI, recoge el llamado «derecho de cita», consistente en la posibilidad de incluir en la obra propia, fragmentos de otras obras sin el consentimiento de sus autores y sin tener que remunerarles, conforme lo

revelar la identidad del autor en contra de su voluntad, supuesto que no se recoge el actual art. 27.

²⁶⁹ Para el caso de los artistas y los productores, si dentro de dicho plazo se produce una divulgación lícita de una grabación de las interpretaciones, o de la grabación audiovisual, los derechos expiran a los 50 años de la divulgación, computados desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de su producción.

²⁷⁰ El art. 132 se aplica también a los derechos de explotación de los titulares de los derechos conexos.

²⁷¹ Vid. Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 374.

²⁷² Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, en Rodríguez Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., pp. 577-583.

²⁷³ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., pp. 533-669.

ordenado en el precepto. Su fundamento estriba en un interés por la cultura y el desarrollo de la investigación²⁷⁴. El uso del derecho de cita, ésta ha de reunir una serie de exigencias. En primer lugar, la cita ha de ser parcial, es decir, que se trate de la inclusión de fragmentos de la obra citada. Se exceptúan expresamente «las obras de carácter plástico (pinturas o esculturas) o fotográfico-figurativas», las cuales pueden ser citadas de forma completa. En segundo lugar, la cita ha de ser de obras ajenas, ya divulgadas y de naturaleza escrita, sonora o audiovisual. En tercer lugar, la cita ha de realizarse con fines docentes o de investigación, siempre que se efectúen en «la medida justificada por el fin de esa incorporación». Si se sobrepasa dicho límite, la cita supondrá un ilícito civil, pero no constituye delito al carecer de la capacidad lesiva suficiente para afectar a la explotación de la obra citada y al bien jurídico protegido²⁷⁵. Y finalmente, extiende la consideración de la cita a «las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revistas de prensa». La cita también debe indicar la fuente y el nombre de la obra utilizada. Si no se hace, sería un plagio de la obra citada y, reconducida, en todo caso, por la vía de un ilícito civil siempre que la copia afecte al derecho de explotación exclusiva de la creación por su autor²⁷⁶.

En cuanto al art. 37, se refiere a la reproducción y préstamo libres que pueden ser realizados por instituciones de carácter cultural o científico. Los museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o integradas en instituciones de carácter cultural o científico, podrán efectuar reproducciones de obras sin precisar autorización de sus titulares, los cuales «no podrán oponerse» cuando se efectúen para exclusivos fines de investigación y sin finalidad lucrativa. Recordemos, además que, aun no siendo esta la finalidad de la reproducción, la conducta sería atípica siempre que se realizara sin ánimo de lucro²⁷⁷. Obsérvese que el legislador, en la tipificación de este precepto, tiene en cuenta, frente a los intereses individuales de los autores de obras intelectuales «los intereses culturales de la sociedad destinataria de las obras, que progresa y se desarrolla mediante la promoción de la investigación y la facilidad de acceso a las creaciones intelectuales»²⁷⁸.

9. Culpabilidad

La minoría de edad como causa de inimputabilidad y el error de prohibición como desconocimiento de la antijuridicidad, son dos circunstancias que excluyen la culpabilidad. Al respecto no haremos sino unas breves precisiones.

Resulta frecuente que algunas de las conductas típicas relacionadas con Internet sean llevadas a cabo por menores de edad debido al manejo continuo de los medios informáticos y del conocimiento de la Red. Por cuanto a la minoría de edad respecta, el art. 19 del CP señala que «los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código», aunque lo serán según lo previsto en la LO/2000, de 12 de enero, reguladora de la

²⁷⁴ Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 586.

²⁷⁵ Así también, Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 393 y Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 459 y 460.

²⁷⁶ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., p. 460.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 461.

²⁷⁸ Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 633.

responsabilidad penal del menor, tal y como ordena dicho artículo 19 CP. Dicha Ley, en su art. 1.1 establece la exigencia de responsabilidad a las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código penal o las leyes penales especiales. Del mismo modo, en su art. 3 ordena que a los menores de 14 años les será de aplicación lo previsto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil. Los menores de 14 años sí son «inimputables». Por consecuencia, los menores de 14 años, que lleven a cabo las conductas típicas con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero y sin la autorización pertinente no serán responsables de un delito contra la propiedad intelectual.

El error de prohibición se recoge en el art. 14.3 del CP que establece lo siguiente: «el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad penal. Si el error fuera vencible se aplicará la pena inferior en uno o dos grados». El sujeto infractor actúa sin el conocimiento de que su conducta es ilícita, lo que, de suyo, excluye la culpabilidad²⁷⁹. A pesar de las premisas apuntadas, se ha planteado la posibilidad de acudir al error de prohibición en los casos de los llamados «manteros»²⁸⁰ o inmigrantes que ejercen la venta callejera de productos piratas, en aras de reducir su responsabilidad penal. Aun aceptando que no tengan por qué conocer nuestras leyes sobre la materia, sólo el hecho de que rehúyan de la policía, evidencia cierto conocimiento de la ilicitud de su conducta, lo que conlleva la inaplicación del error de prohibición²⁸¹. No obstante lo anterior, en lo que a los delitos relativos a la propiedad intelectual respecta, apreciar el error de prohibición nos parece una posibilidad hartamente improbable en tanto en cuanto en la sociedad actual, es difícil asegurar el absoluto desconocimiento sobre la ilicitud de las conductas que en este artículo venimos desarrollando.

10. Formas de aparición del delito

En lo concerniente a la reproducción, al ser concebida como una conducta previa de puesta en peligro abstracto del bien jurídico, el delito se consuma con la fijación de la obra por cualquier medio, no siendo un requisito indispensable su comercialización²⁸². No obstante, para que el delito efectivamente se

²⁷⁹ En los casos en que falta el conocimiento y la cognoscibilidad de la antijuricidad se habla de error de prohibición. En el primer caso se habla de error de prohibición invencible y en el segundo de vencible. Constituye una variante de la teoría de la culpabilidad pura, en la medida en que el error de prohibición vencible da lugar a una atenuación obligatoria de la pena; en esta dirección lo ve José Luis Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general*, Valencia 2007, Tirant Lo Blanch, especialmente, pp. 429 y 437.

²⁸⁰ La venta callejera de 100 discos piratas por estos manteros podría estimarse insignificante desde el punto de vista de la globalidad del bien jurídico protegido, pero la reiteración de dichas conductas en distintas ciudades y países, posee la capacidad suficiente para afectar a la producción de las multinacionales discográficas. A veces hay que tener en cuenta el problema social por el que atraviesan los manteros, que se ven obligados al ejercicio de esa profesión condicionados por el hambre, no solo propia sino también de sus familias. Cfr. Cesare Pedrazzi, «Interessi economici e tutela penale», en Alfonso M. Stile, *Beni giuridici e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985, p. 304.

²⁸¹ Así, Dulce María Santana Vega, «Aspectos penales...», op. cit., p. 869.

²⁸² Alejandro González Gómez, *El tipo básico...*, op. cit., p. 172 y Fernando Miró Linares, *La protección penal...*, op. cit., p. 366.

produzca²⁸³ la creación debe quedar fijada, o lo que es lo mismo, reproducida en un medio. Mientras no haya dicho resultado, no habrá reproducción²⁸⁴. En el caso de una descarga de la obra desde la Red al ordenador, la reproducción o fijación se considera perfeccionada una vez finalizado el proceso. Así las cosas, la consecuencia de fijar la obra en el medio o formato conlleva la apreciación de tentativa en este delito. En la conducta de comunicación pública analizada supra, entendida como «todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», creemos muy complicada la apreciación de tentativa²⁸⁵.

En principio el art. 270 del CP no ofrece especialidades en cuanto al régimen general de autoría y participación de los arts. 28 y 29 del CP²⁸⁶. Con respecto a las formas de autoría del art. 28, junto a la autoría inmediata, en la que el sujeto comete el hecho delictivo directa y personalmente por sí solo; es frecuente su realización conjunta. La jurisprudencia ha apreciado la coautoría en un considerable número de supuestos en los que, es habitual que varios sujetos colaboren en la reproducción y comunicación pública de obras en Internet. Así, por ej., en la reproducción de programas informáticos llevada a cabo por diferentes colaboradores en sus domicilios sin cumplir con los requisitos establecidos en la LPI²⁸⁷; también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 31 de marzo de 1998, que sanciona un supuesto de coautoría en un delito relativo a la propiedad intelectual, en los términos que a continuación se citan: «tanto Juan C. S. como Director General del Programa, como Albert C. como Director de diseño, pues sin la actividad desarrollada entre ambos no habría podido ofrecerse el producto publicitario adquirido, concurriendo entonces los requisitos indispensables de coautoría, entre los que cabe destacar la unidad del tipo penal violado, la intervención de dos o más personas en su ejecución, y la existencia de un consenso, pacto, acuerdo simple o concurrencia de voluntades («pactum» o «societas scaeleris») que no necesita un acuerdo formal, sino que es suficiente con que éste sea tácito y con que el coautor sume su parte del dominio del hecho a la de otros coautores en una ejecución; conocimiento de la ilicitud de esta conducta («conscientia scaeleris»), y que cada uno de los concertados ejecute una actividad externa o adopte una actitud manifestada que tienda a la consumación del delito, actuando los partícipes *in solidum* y perpetrando directa, material y personalmente, los actos ejecutivos de carácter esencial, aunque no es preciso que cada partícipe realice por sí mismo la totalidad de dichos actos sino parte de ellos». Por tanto, como se refleja en la Sentencia, en todo caso, para la apreciación de la coautoría se debe exigir, como así exige un sector importante de la doctrina, el dominio funcional del hecho por parte de los coautores y la

²⁸³ Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 441.

²⁸⁴ El resultado de la fijación no es distinto de la conducta de reproducción, sino que la fijación es en lo que consiste aquella conducta típica.

²⁸⁵ Para Juan José González Rus en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de derecho penal español...*, op. cit., p. 576, no cabe de ningún modo la tentativa ya que «la eventual materialización efectiva del lucro o la real causación de un perjuicio efectivo no define la consumación, sino que pertenece al agotamiento del delito, en consecuencia no cabe la tentativa».

²⁸⁶ Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 467.

²⁸⁷ Vid. SAP de Zaragoza de 26 de diciembre de 2000.

efectiva ejecución conjunta del hecho delictivo²⁸⁸. Siguiendo al mismo autor, podrían apreciarse supuestos de autoría mediata, en los que se considera autor del delito a aquel que realiza el hecho «por medio de otro del que se sirve como instrumento», como contempla el art. 28 párrafo primero CP. En estos casos será responsable penal del hecho únicamente el sujeto que tiene el dominio del hecho delictivo, dominio del que carece el sujeto que sirve como instrumento²⁸⁹. Cabe cuestionarse que sucede cuando un menor de edad es utilizado por un adulto como instrumento para realizar las conductas típicas. En este caso, el adulto es autor mediato del delito en la modalidad agravada del art. 271 letra d) «Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos». Sin embargo, algún sector de la doctrina²⁹⁰ entiende que si el menor conoce y comete el delito junto con el adulto, y además concurren todos los elementos del tipo, se apreciaría una coautoría.

Asimismo, la jurisprudencia ha apreciado en algunas sentencias la cooperación necesaria en un delito contra la propiedad intelectual. Así la Audiencia Provincial de Alicante de 11 de octubre de 1999, ha apreciado la cooperación necesaria respecto de sujetos que han efectuado labores de carga y descarga de material pirateado en almacenes o transportando dicho material²⁹¹. Resulta menos habitual encontrar casos de inducción «directa» de un sujeto a otro para la ejecución de conductas del tipo básico en este delito. Y ello porque, en estos delitos, son los propios sujetos los que las realizan por sí solos o en colaboración las conductas sin necesidad de un impulso ajeno para cometer el delito²⁹².

Debemos recordar en este punto que el tipo básico, es un tipo mixto alternativo, lo cual implica que resulta indiferente que se verifique una o varias de las conductas recogidas ya que, no se exige la acumulación de ataques al bien jurídico, basta la verificación de un primer ataque para su incriminación²⁹³.

Para el abordaje de la problemática concursal relacionada con los delitos relativos a la propiedad intelectual debemos recordar que el art. 270 del CP protege los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación en exclusiva y derechos conexos. Especiales consideraciones se han efectuado sobre el delito de estafa, que podrá apreciarse en concurso cuando, junto con la infracción de la propiedad intelectual se afecte al patrimonio de terceros. Así sucede en los casos en lo que se vendan al público discos

²⁸⁸ Vid., por todos, José Miguel Zugaldía Espinar (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 714 a 720.

²⁸⁹ José Miguel Zugaldía Espinar (dir.), *Derecho penal...*, op. cit., p. 721.

²⁹⁰ Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 436.

²⁹¹ Dice textualmente la Sentencia que «David realizaba tareas de cooperación necesaria en la producción de un delito contra la propiedad intelectual, pues era él quien entraba y salía del garaje en donde se hallaron los elementos necesarios para el empaquetado de music-casetes, portando restos de material fonográfico, y cargando y descargando, en diferentes vehículos, las cajas que contenían material fonográfico ilegal; b) la propia declaración en juicio oral de David quien reconoce que su patrón Julio P. estaba enfermo y que él mismo ayudaba a «llevar cajas» a empresas de transporte y al domicilio de la otra acusada M^a José G. V.; igualmente, la prueba indiciaria descrita es suficiente, a juicio de este Tribunal para entender probado que David L.R. realizaba tareas de cooperación necesarias sin las cuales no se hubiese consumado el delito contra la propiedad intelectual enjuiciado».

²⁹² Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 471.

²⁹³ Vid., por todos, Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 2268.

pirateados como si se tratasen de ejemplares originales²⁹⁴. Entendemos junto con la doctrina y la jurisprudencia que estamos ante un concurso ideal²⁹⁵. Incluso hay quien parece definirlo como un concurso ideal medial en cuanto se trataría de dos infracciones en la que una de ellas es medio comisivo de la segunda²⁹⁶. En el seno de la jurisprudencia, fue en la década de los años 70, cuando se adoptó la posibilidad de este concurso con base en la separación que se produjo de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual de las estafas en el Código penal anterior confirmada por la reforma de 1963. Las Sentencias de 27 de abril de 1979²⁹⁷, de 14 de febrero de 1984 y de 30 de mayo de 1984, no sólo proclamaron la separación de ambas figuras delictivas sino que sentaron la base jurisprudencial de ser apreciadas ambas figuras en concurso de delitos.

De conformidad con el art. 3 de la LPI, la doctrina ha planteado la posibilidad de concurso de delitos entre la propiedad intelectual y el delito de apropiación indebida si hay un apoderamiento del soporte en el que se plasma la creación²⁹⁸ para su posterior reproducción o comunicación pública. Si el delito de apoderamiento fuese necesario para la realización del delito de propiedad intelectual, habría un concurso medial entre ambas figuras²⁹⁹.

Por otra parte, en la relación concursal entre el delito de tenencia de medios (art. 270. 3 CP) y el delito de reproducción ilegal de programas (art. 270.1 CP), entendemos que el delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador es dependiente del delito de reproducción ilegal, y por tanto debería admitirse un concurso de leyes a resolver a favor del segundo de conformidad con el principio de consunción³⁰⁰.

11. Penalidad

Efectuaremos en este último apartado del artículo un resumen de las diferentes penas previstas para los autores de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

El tipo básico del párrafo primero del art. 270.1 del CP y los tipos específicos de los apartados segundo y tercero de dicho artículo, establecen para los autores las mismas penas: prisión de seis meses a dos años, y multa de doce a veinticuatro meses. La Ley 15/2003 del CP de reforma del Código penal

²⁹⁴ Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos...*, op. cit., p. 157.

²⁹⁵ Fernando Miró Llinares, *La protección penal...*, op. cit., pp. 470 y sigs. El autor puntualiza que en los casos de usurpación, daría lugar a un concurso ideal de delitos, ya que nos encontraríamos ante una sola acción significativa, y ello siempre que la usurpación sea considerada delito contra la propiedad intelectual.

²⁹⁶ Así Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 2281. Para el autor el concurso de delitos se configura de manera que el atentado contra la propiedad intelectual es medio para la comisión del delito contra el patrimonio del estafado.

²⁹⁷ Esta primera Sentencia ya reconoce una separación y autonomía, basándose en la reforma de 1963 ya que hasta la fecha habían estado recogidas en un mismo capítulo; pero no llega a aplicar el concurso por no apreciar el delito de estafa al no quedar acreditado el engaño.

²⁹⁸ Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 452.

²⁹⁹ Así, la SAP de Guipúzcoa de 28 de septiembre de 1998 aprecia un concurso medial en un caso de hurto de unos planos arquitectónicos para su ulterior plagio.

³⁰⁰ Cfr. Carlos Vázquez González, *Curso de derecho penal...*, op. cit., p. 329; Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios...*, op. cit., p. 2281.

establece la aplicación de estas penas de forma cumulativa. Esta ley trajo consigo una elevación penológica debido, entre otras razones, a los efectos dañosos provocados por la piratería intelectual a través de Internet, así como la influencia ejercida por las entidades de gestión de los derechos propiedad intelectual. Coincidimos con la opinión de Rodríguez Moro³⁰¹ al señalar que el legislador prescinde del principio de proporcionalidad al elevar la pena para las infracciones a pequeña escala que, con frecuencia, se cometen en este tipo de delitos. No obstante, la incorporación del tipo atenuado del párrafo segundo del art. 270.1, establece una pena más leve: «multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días» para las conductas de distribución al por menor de escasa entidad cometidas principalmente, por inmigrantes en situación irregular en nuestro país. En el caso de que el beneficio obtenido con la distribución al por menor no exceda los 400 euros, se aplica la falta del art. 623.5 CP.

Por lo que respecta a los tipos agravados, el art. 271 CP, señala que «se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido. Por un periodo de dos a cinco años» a los autores de una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Se trata de tres penas de distinta naturaleza cuya imposición se establece de forma cumulativa³⁰². Precisar que la pena pecuniaria tiene unos límites de idéntica duración que los recogidos en la pena prevista en el tipo básico.

En lo que respecta a la pena de multa que prevé el tipo básico y los tipos de los apartados segundo y tercero del art. 270, se establece a través del sistema días-multa, con una extensión de 12 a 24 meses. Por su parte, según el art. 50.5 del CP, los Jueces determinarán de forma motivada el número de cuotas a imponer (diarias, semanales o mensuales), y la cuantía de cada una de ellas en función de la gravedad del delito y la culpabilidad del autor, otorgando este sistema una ponderada individualización de la pena³⁰³.

12. Conclusiones

No podemos finalizar nuestro trabajo sin un vaciado de las conclusiones más significativas a las que hemos llegado durante nuestro estudio. En suma y por cuanto ha quedado escrito en el presente artículo, no está escrita aún ni con mucho, la última palabra respecto de la propiedad intelectual.

1ª. La propiedad intelectual es una institución jurídica que regula las creaciones del espíritu consistentes en obras literarias, artísticas y científicas que nace para proteger los intereses individuales de los autores y demás sujetos intervinientes en el proceso de creación o difusión de la obra para beneficio de toda la sociedad. De esta forma la propiedad intelectual constituye un instrumento y una realidad gnoseológica para regulación de la cultura a través del objeto que la constituye, esto es, la creación intelectual que por su singular naturaleza genera una diversidad de intereses y valores dignos de protección a los que responde la institución jurídica.

³⁰¹ Luis Rodríguez Moro, *Tutela Penal...*, op. cit., p. 598.

³⁰² Son las mismas penas previstas para los tipos agravados de los delitos relativos a la propiedad industrial del art. 276 CP.

³⁰³ Vid. José Miguel Zugaldía Espinar (dir.), *Derecho penal...*, op. cit., p. 136.

2ª. El TRLPI de 1996, normativa en vigor reguladora de los derechos de propiedad intelectual, configura la institución en la formación de dos derechos de naturaleza dispar: de un lado, los derechos de autor o derechos de propiedad intelectual en sentido estricto; y, de otro, «los otros derechos de propiedad intelectual» denominados derechos conexos. El centro de la institución son los derechos de autor, aunque la Ley extienda su protección a situaciones relacionadas con el proceso posterior de comunicación de la obra al público.

3ª. El autor, por el hecho de la creación posee unos derechos morales y unos derechos de explotación exclusiva. Estos derechos se protegen por vía civil, pero para la determinación por vía penal hemos concluido entendiendo que la propiedad intelectual tiene una naturaleza dualista y está constituida por la suma de estos dos derechos subjetivos de diferente contenido y con distinto régimen jurídico y, por ende, indisolubles. Esta conclusión es de especial relevancia a la hora de determinar el bien jurídico protegido.

4ª. No existe ningún precepto en la Constitución española que reconozca expresamente el derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, la ausencia de un reconocimiento directo no implica que esta institución no encuentre fundamento en nuestra Norma Suprema. Defendemos la ubicación de los derechos de propiedad intelectual en el art. 33 CE, referente al reconocimiento del derecho a la propiedad privada. Postular una protección constitucional en el art. 33 CE encaja mejor con la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico en el que la propiedad intelectual no deja de ser, tal y como se reconoce en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Código civil, propiedad especial. A pesar del reconocimiento constitucional, la protección en vía penal sólo se predica de aquellos bienes jurídicos dignos de protección que fundamenten los tipos de incriminación penal por virtud del principio de intervención mínima.

5ª. El desarrollo que ha experimentado en los últimos decenios la sociedad de la información ha alterado algunos de los postulados sobre los que descansaba esta institución. Dada la dimensión que desde el punto de vista social han adquirido las obras del ingenio con el desarrollo de las tecnologías de la información, se precisa de cambios en la propia regulación. En la era digital en la que vivimos la regulación sobre propiedad intelectual está obligada a compatibilizar la necesidad de que la información sea lo más libre y accesible con su propia existencia. Internet posibilita la difusión de las obras del ingenio, pero a su vez, incrementa la facilidad de cometer infracciones de los derechos de autor. Creemos necesario introducir cambios en la institución para adaptarse a la tutela de los intereses a los que responde en la nueva sociedad.

6ª. La piratería intelectual ha operado un cambio significativo con la aparición de Internet. Internet fomenta el interés por el fenómeno de la creación, pero también, fomenta el riesgo del crecimiento en el mercado de copias piratas con el consiguiente daño directo a los autores, editores, productores fonográficos, etc., e indirecto a la sociedad en tanto que se pone en peligro el mercado de las creaciones del ingenio y por ende, el desarrollo cultural. Pese a ello, Internet no debe suponer la desaparición de las creaciones del ingenio. No defendemos una visión extremista del papel de la propiedad intelectual en Internet que impida toda su virtualidad. Antes al contrario, nos identificamos con una concepción modernizadora de los derechos de propiedad intelectual, que acepte la necesidad de modificaciones

en la propia regulación en aras de un correcto desarrollo de la sociedad de la información.

7ª. El Código Penal español protege únicamente los derechos de explotación exclusiva de los autores y de los titulares de los derechos conexos. No existe protección penal de los derechos morales de autor. Ello se explica porque el distinto régimen jurídico que el TRLPI de 1996 concede a los derechos morales y los patrimoniales de autor de conformidad con la distinta naturaleza jurídica de éstos, hace que sea perfectamente posible la lesión de un derecho patrimonial sin que se vea afectado el derecho moral.

8ª. La interpretación y aplicación de los delitos necesita de la normativa civil. En este sentido, el TRLPI, resulta de fundamental importancia. El artículo 270 CP indica que no nos hallamos formalmente ante una ley penal en blanco, al no existir una remisión expresa a la legislación civil para determinar el alcance de las conductas. Sin embargo, tanto éstas como los objetos protegidos aparecen por regla general definidos en dicha legislación, lo que obliga al juez a realizar una interpretación de la órbita penal en coherencia con el resto del Ordenamiento jurídico. Es inviable una aplicación de la norma penal conforme a criterios distintos de los que configuran el ilícito civil. Ya que, podría producirse la paradoja de que fuese delito lo que no constituye una infracción de la propiedad intelectual.

9ª. La interpretación de los elementos típicos de un tipo penal ha de ser acorde con el bien jurídico protegido en cada caso y la concreta estructura típica del delito en cuestión. En este contexto, el art. 270 del Código protege las obras literarias, artísticas o científicas, así como su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, frente a cualquiera de las conductas que se establecen en el precepto penal y que para ser típicas, han de realizarse con ánimo de lucro, en perjuicio de tercero y sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. En consecuencia, el perjuicio de tercero y el ánimo de lucro son los dos elementos que dotan a la conducta de un mayor desvalor y delimitan la frontera entre el delito y el ilícito civil. El primer elemento, determinante del carácter típico del intercambio de archivos, cumple una función de servir de criterio objetivo limitativo del tipo, para exigir una potencialidad lesiva de la conducta que sea merecedora de atención penal. Y el segundo, es un elemento subjetivo del injusto y es entendido en el sentido estricto de lucro comercial. Por tanto, si quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red con acceso público obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, y no obtiene ningún beneficio económico o contraprestación para él, no cumplirá con el elemento típico de ánimo de lucro tal y como lo entiende la Fiscalía y la Jurisprudencia, constituyendo la conducta un ilícito civil. En cambio, si el sujeto cobrarse un precio por descarga de la obra, o insertase publicidad por la que cobra, entonces estas conductas sí comportarían ánimo de lucro y por ende serían constitutivas de delito.

10ª. Entendemos que las conductas consistentes en colgar en Internet obras protegidas o utilizar sistemas de intercambios de archivos para poner a disposición de otros dichas obras y las conductas de descargarse un archivo al ordenador propio ya sea desde una página web, o desde un ordenador ajeno a través del sistema P2P sin autorización del titular pueden ser subsumidas en las modalidades de reproducción y comunicación pública.

11^a. La descarga de un archivo al propio ordenador, conducta denominada *downloading*, bien desde una página web o desde un ordenador ajeno a través del sistema P2P sin autorización del titular, es una reproducción ilícita. El acto de reproducción estará amparado por el límite del derecho a copia privada, siempre que la copia se hubiese obtenido a través de obras que hayan sido colgadas en Internet con la autorización del titular de los derechos. Y de una comunicación pública ilícita no puede surgir una copia lícita porque el propio art. 31.2 LPI establece que sólo existe derecho a copia privada cuando se ha accedido legalmente al original del que se hace la copia. La conducta de comunicación pública del art. 20 de la LPI también está sujeta a la autorización de los titulares de los derechos de explotación, y si se lleva a cabo sin tal autorización es ilícita, siempre que el *uploader* ya sea a través de una página de Internet, o a través del sistema P2P, ponga a disposición de un número indeterminado de personas, más allá del círculo doméstico o familiar una obra protegida. Las reproducciones que los usuarios almacenan en la carpeta comprimida de su ordenador al descargar una obra protegida mediante el sistema P2P, no están dentro de la excepción a la copia privada porque hay una puesta a disposición del público y la conducta sería constitutiva de un acto de comunicación pública del art. 20.2.i) LPI. Sin embargo, toda conducta de reproducción y comunicación pública a pesar de su ilicitud civil, sólo será típica cuando esté presente el elemento de ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, es decir, suficiente potencialidad lesiva. Con todo, no constituye delito la puesta a disposición del público de contenidos protegidos, así como tampoco el intercambio de archivos cuando no se realicen a escala comercial.

12^a. No existe ninguna circunstancia específica para ser sujeto activo del delito, cualquier persona física puede ser sujeto activo de los delitos relativos a la propiedad intelectual. El propio autor de la obra puede ser sujeto activo del delito del artículo 270 siempre que haya cedido sus derechos de explotación en exclusiva a un cesionario y atente con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero realizando algunas de los comportamientos típicos. Respecto a la específica responsabilidad de los titulares de los servidores P2P, entendemos que el sujeto no es autor de un delito contra la propiedad intelectual en la medida en que no lleva a cabo las conductas típicas: reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente una obra protegida. Por su parte, sujeto pasivo será el titular o el cesionario del correspondiente derecho de propiedad intelectual de acuerdo con la Ley de propiedad intelectual, afectado por la conducta típica.

13^a. El artículo 270 del Código en su párrafo primero condiciona la aplicación de la pena a la realización de las conductas «sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». Por ello, concurriendo tal autorización, no llega a existir delito. Lo mismo ocurrirá cuando el comportamiento se realice dentro alguno de los supuestos de límites, tanto temporales como materiales, a los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual.

14^a. Dos son las circunstancias que excluyen la culpabilidad, a saber: la minoría de edad como causa de inimputabilidad y el error de prohibición, como desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.

15^a. Los delitos contra la propiedad intelectual son delitos comunes, en los que no se exige que el autor cumpla ningún requisito especial. Se aplican al mismo, las reglas generales de autoría y participación de los artículos 28 y 29 de Código. No obstante, hemos negado la posibilidad de aplicación del régimen

de responsabilidad en cascada del artículo 30, dada la relación de éste con la libertad de expresión y la falta de conexión con nuestra institución.

16ª. En lo relativo a las relaciones concursales nos hemos centrado en la posibilidad de que la vulneración a los derechos de explotación realizada con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero se acompañe de la afectación de otro bien jurídico distinto de aquel como ocurre con el delito de estafa, cuando la realización de una conducta lesiva de un derecho de explotación afecta, a su vez, al patrimonio de otros sujetos individuales. Lo hemos resuelto como un supuesto de concurso ideal de delitos apoyándonos en la jurisprudencia del TS, principalmente en las sentencias de 14 de febrero y 30 de mayo de 1984 en las que se sentó la doctrina jurisprudencial sobre el concurso de delitos entre estafa y propiedad intelectual.

17ª. Los delitos contra la propiedad intelectual en su modalidad básica se sancionan cumulativamente con prisión de seis meses a dos años, y multa de doce a veinticuatro meses. La modalidad atenuada, del segundo párrafo del art. 270.1, puede castigarse con pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a setenta días. Y la falta del artículo 623.5 se sanciona con localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses. Respecto a los tipos agravados, el art. 271 CP, señala que se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un periodo de dos a cinco años.

13. Bibliografía

Theodor W. Adorno, *Mínima moralía. Reflexiones desde la vida dañada*, trad. Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Ed. Taurus, 2001.

Antonio Agúndez Fernández, *Estudio jurídico del plagio literario*, Granada, Comares, 2005.

Zara Olivia Algardi, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*, Padova, Casa editrice dott. Antonio Milani, 1978.

Ashish Arora, "Licencing Tacit Knowledge: Intellectual Property Rights and Market for Know-How", en *Economics of Innovation and New Technology*, vol. 4 (1995), pp. 41-60.

Tullio Ascarelli, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, Barcelona, Bosch, 1970.

David I. Bainbridge, *Introduction to Computer Law*, 5th edition, London, Longman, 2004.

Miguel Bajo Fernández y Silvina Bacigalupo Saggese, *Derecho penal económico*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2001.

Maurizio Barbarisi, "La tutela della proprietà intellettuale", en Emilio Tosi, *I problemi giuridici di Internet*, Milano, Giuffrè, 2003.

Hermenegildo Baylos Carroza, *Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993.

Nuria Belloso Martín, "Los derechos de autor en la sociedad tecnológica", en Antonio M. Javato Martín (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Madrid, La Ley, 2011.

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Manual de Propiedad intelectual*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Fernando Bondía Román, *La propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, Trivium, 1988.

Ángel Carrasco Perera, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

María Teresa Castiñeira Palou y Ricardo Robles Planas, “¿Cómo absolver a los «top manta»? (Panorámica jurisprudencial)”, en *InDret*, 2/2007, Barcelona, abril, 2007, pp. 1-15.

Ivan Cherpillod, “Le droit d’auteur aujourd’hui”, en Isabelle de Lamberterie, *Le droit d’auteur aujourd’hui*, Édition du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1991.

Ivan Cherpillod, *L’objet du droit d’auteur*, Lausanne, Cédidac-Litec, 1985.

Antonio Ciampi, *Diritto di autore. Diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1957.

Claude Colombet, *Grands principes du droit d’auteur et des droits voisins dans le monde: approche de droit comparé*, Litec, Paris, 1990.

Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique*, deuxième édition, Paris, 1980.

Claude Colombet, *Propriété littéraire et artistique, et droits voisins*, 6ª ed., Paris, Dalloz, 1992.

Rosemary J. Coombe, *The Cultural Life of Intellectual Properties: Authorship, Appropriation, and the Law*, Durham, Duke University Press, 1998.

Jean-Louis Cornille, *Plagiat et créativité*, Amsterdam, Rodopi, 2008.

William R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1999.

Paul A. David, “Le istituzioni della proprietà intellettuale e il pollice del panda. Brevetti, diritti d’Autore, e segreti industriali nella teoria economica e nella storia”, en Giuseppe Clerico y Salvatore Rizzello, *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Padova, Casa editrice dott. Antonio Milani, 1998.

Jennifer Davis, *Intellectual Property Law*, 4th edition, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Henri Desbois, *Le droit d’auteur en France*, 3^{ème} édition, Paris, 1978.

Miguel Díaz y García Conlledo, “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, sept-dic, 1990, pp. 803-857.

José Luis Díez Ripollés, *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2007.

Fernando Ferrara *et al.*, *Le lettere rubate: studi sul pastiche letterario: quaderno del seminario di studi sull’occidente medioevale e moderno*, Napoli, Istituto Universitario Orientale, 1983.

Alison Firth, Shelley Lane y Yvonne Smith, *Reading in Intellectual Property*, London, Sweet & Maxwell, 1998.

Remo Franceschelli, *Trattato di Diritto Industriale*, vol. I, Giuffrè, Milán, 1960.

Nicolás García Rivas, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

Ignacio Garrote Fernández-Díez, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

Christophe Geiger, “Propriété intellectuelle. Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?”, en *La Semaine Juridique*, 29 (2004), pp. 1313-1317.

Alicia Gil Gil y Carlos Martín Fernández, “Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo de lucro comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud”, *InDret*, 2/2009, pp. 1-35.

Enrique Gimbernát Ordeig, “Las llamadas «importaciones paralelas» y el artículo 270, párrafo segundo, del Código Penal”, en *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999.

Paul Goldstein, *Copyright's Highway: The Law and Lore of Copyright from Gutenberg to the Celestial Jukebox*, New York, Hill & Wang, 1994.

Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet”, en *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, Madrid, La Ley, 2011.

Manuel Gómez Tomillo, “Responsabilidad penal por hechos lesivos de derecho de propiedad intelectual cometidos a través de internet”, en Julio Pérez Gil (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para probar e investigar el delito*, Madrid, La Ley, 2012.

Alejandro González Gómez, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Madrid, Tecnos, 1998.

Juan José González Rus, en Lorenzo Morillas Cueva (coord.), *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, Dykinson, 2011.

Frank Gotzen, “Les sujets d’inquiétude”, en Isabelle de Lamberterie, *Le droit d’auteur aujourd’hui*, Édition du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1991.

Tina Hart y Linda Fazzani, *Intellectual Property Law*, Second edition, New York, Palgrave Law Master, 2000.

Jean-Luc Hennig, *Apologie du plagiat*, Paris, Gallimard, 1997.

Jesús L. Iribarren Rodríguez, *El Derecho a la verdad. Doctrina de la Iglesia sobre prensa, radio y televisión (1831-1968)*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1968.

Adam B. Jaffe, “Technological Opportunity and Spillover of R&D: evidence from Firms Patents, Profits and Market Value”, en *American Economic Review*, vol. 76 (1986), pp. 984-1001.

Javier Plaza Penadés, *El derecho de autor y su protección en el art. 20.1b) de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

William R. Johnson, “The Economics of Copying”, en *Journal of Political Economy*, vol. 93 (1985), pp. 158-174.

José Luis Lacruz Berdejo, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

William M. Landes y Richard A. Posner, “An economic analysis of Copyright Law”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 18 (June, 1989), pp. 325-366.

Virgilio Latorre Latorre, *Protección penal del derecho de autor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

Jorge Ledesma Ibáñez, *Piratería digital en la propiedad intelectual. Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional*, Barcelona, Ed. Bosch, 2011.

André Lucas, *Propriété littéraire et artistique*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2004.

Mario Manfredi, *Soggezione interpersonale e reato di plagio*, Bari, Ed. Adda, 1974.

Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos, “Régimen Jurídico de la protección penal de la propiedad intelectual”, en *Estudios penales en Homenaje a Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

Ricardo M. Mata y Martín, “El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito digital”, en Julio Pérez Gil (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información. Las nuevas tecnologías para probar e investigar el delito*, Madrid, La Ley, 2012.

Fernando Miró Llinares, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Fundación Autor, 2005.

Fernando Miró Llinares, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Madrid, Ed. Dykinson, 2003.

Adam D. Moore, *Intellectual Property: Moral, Legal, and International Dilemmas*, Lanham (Maryland), Rowman & Littlefield, 1997.

Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte especial*, 11^a ed., Valencia, 2002.

Bolesław Nawrocki, *Le plagiat et le droit d'auteur*, Genève, Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle, 1964.

Charles Nodier, *Questions de littérature légale: du plagiat, de la supposition d'auteurs, des supercheries qui ont rapport aux livres*, Genève, Librairie Droz, 2003.

Alberto José de Nova Labián, *La Propiedad Intelectual en el Mundo Digital*, Barcelona, Ed. Experiencia, 2010.

Ian E. Novos y Michael Waldman, “The Effects of Increased Copyright Protection: An Analytical Approach”, en *Journal of Political Economy*, vol. 92 (1984), pp. 236-246.

Andrés Ollero Tassara, “Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate”, en *Revista de Derecho Político*, nº 27-28 (1988), pp. 113-180.

José Manuel Palma Herrera, “Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho penal”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

Cesare Pedrazzi, “Interessi economici e tutela penale”, en Alfonso M. Stile, *Beni giuridici e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene Editore, 1985.

Carmen Pérez de Ontiveros Baquero, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3^a ed., 2007.

Jeremy Phillips y Alison Firth, *Introduction to Intellectual Property Law*, 4th ed., London, Butterworths, 2001.

Jean-Luc Piotraut, *Droit de la propriété intellectuelle*, Paris, Ellipses, 2004.

Luz María Puente Alba, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Revista Penal*, nº 21 (enero 2008), pp. 103-112.

Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, vol. I, Paris, Jules Renouard, 1838.

Francisco Rivero Hernández, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, Tecnos, 3ª ed., 2007.

Luis Rodríguez Moro, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Carlos Rogel Vide, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Reus, 2003.

Carlos Rogel Vide, *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*, Barcelona, Bosch Editor, 1998.

Raquel de Román Pérez, “La naturaleza jurídica del derecho de autor”, en la obra colectiva coordinada por César Iglesias Rebollo, *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad industrial*, Zaragoza, Ed. Reus, 2005.

Francis W. Rushing y Carole Ganz Brown, *Intellectual Property Rights in Science, Technology, and Economic Performance: International Comparisons*, Boulder (Colorado), Westview Press, 1990.

Dulce María Santana Vega, “Aspectos penales y político-criminales de la piratería musical”, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

Nicolas Jean Soutzo, *Grand scandale clérical: un chanoine et un évêque de l'église enseignante infaillible s'associent pour piller et plagier frauduleusement le livre d'un fidèle de leur église*, Nîmes, La Laborieuse, 1904.

Nicola Stolfi, *Il diritto di autore*, Milano, Società Editrice Libreria, 3ª ed., 1932.

Alain Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences: Étude de droit comparé*, Bruxelles y Paris, 1993.

Margherita Turvani, “L'Economia della scienza e dei diritti di proprietà intellettuale: Il commento di un istituzionalista”, en Giuseppe Clerico y Salvatore Rizzello, *Diritto ed economia della proprietà intellettuale*, Casa Editrice dott. Antonio Milani, Padova, 1998.

Siva Vaidhyathan, *Copyrights and Copywrongs: The rise of Intellectual Property and how it threatens creativity*, New York, New York University Press, 2003.

Carlos Vázquez González, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Dykinson, 2012.

José Miguel Zugaldía Espinar (dir.), *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

<p><i>Recibido el 13 abril de 2014. Corregido en varias ocasiones en mayo y junio de 2014. Aceptado el 29 de junio de 2014.</i></p>
