

«Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios»

A día de hoy, uno de los logros principales de la tecnología *peer-to-peer* (P2P) ha sido la articulación de redes para compartir libremente información (materializada en archivos informáticos) entre sujetos ubicados en un plano de igualdad. Entre la información compartida a través de estas redes neutrales y descentralizadas (que operan en internet al margen de la *World Wide Web*) se encuentran obras del espíritu acreedoras de la protección jurídica dispensada por las leyes de propiedad intelectual y cuyos titulares no han autorizado su reproducción y distribución por este medio. El presente estudio cuestiona la relevancia penal que, según la legislación española, cabe atribuir a las conductas (fundamentalmente, de *up-loading* y *down-loading*) desarrolladas por los cibernautas que participan en estas redes. Tras examinar la tecnología que subyace a estos sistemas y describir algunas medidas adoptadas en los Estados Unidos, se procura dilucidar la tipicidad de tales actuaciones a la luz del art. 270 del vigente Código Penal.

Gaur egun, peer-to-peer (P2P) teknologiaren lorpen nagusietako bat berdintasuneko planoan dauden pertsonen artean informazioa (fitxategi informatikoetan gauzatua) oztoporik gabe partekatzeko sareak artikulatzea izan da. Sare neutral eta deszentralizatu horien bidez (interneten barruan, baina world wide web delatik at aritzen baitira) partekatzen den informazio horien artean, gogoaren obra zenbait daude, jabetza intelektualaren legeek eskaintzen duten babes juridikoa dutenak eta euren titularrek bide horretan erreproduzitzeko eta banatzeko baimena eman ez dutenak. Honako azterlan honek sare horietan parte hartzen duten zibernauten jokaerek (bereziki up-loading eta down-loading direlakoak), Espainiako legeen arabera, zigor arloan izan ditzaketen ondorioak landu ditu.

Right now, one of the main achievements of *peer-to-peer* (P2P) technology has been the articulation of networks so as to be able to freely share information (materialised in computer files) between equal subjects. Among the information shared through these neutral and decentralised networks (that operate in the Internet apart from the World Wide Web) there are works of the spirit that deserve the legal protection exercised by the laws on intellectual property, the owners of which have not authorised their reproduction and distribution by this means. The present study questions the penal relevancy that, according to Spanish legislation, it is possible to attribute to the conduct (fundamentally, *up-loading* and *down-loading*) developed by those who surf in these networks.

ÍNDICE

1. Introducción: La tecnología *peer-to-peer* (P2P)
 2. Reacciones en los Estados Unidos por parte de los titulares de obras protegidas
 3. El artículo 270 del Código Penal español. Apuntes acerca de la tipicidad de la puesta a disposición y la obtención de obras protegidas a través de redes «P2P»
- Referencias bibliográficas

Clasificación JEL: K14, O34, L82

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este estudio es intentar una aproximación desde el Derecho penal vigente en España a un fenómeno relativamente novedoso, pero que a buen seguro experimentará en los próximos años una expansión de gran importancia. Se trata del intercambio masivo, gratuito y no autorizado de obras del espíritu susceptibles de protección por las leyes de propiedad intelectual a través de sistemas descentralizados que operan en internet al margen de la *World Wide Web*.

La consideración de la tipicidad de las conductas desarrolladas por los miles de usuarios que en España emplean estas redes exige un análisis preliminar de la tecnología (*peer-to-peer*) que subyace a estos sistemas. Este análisis, junto con la referencia a algunas de las medidas de respuesta

adoptadas en los Estados Unidos (donde el fenómeno ha alcanzado una entidad notable) constituyen el contenido de la introducción que sigue.

1.1. La tecnología *peer-to-peer*

A mediados del año 2000 la expresión «*peer-to-peer*» («P2P», en su forma abreviada) comenzó a ganar espacio en la jerga de los expertos en computación para hacer referencia a un conjunto de proyectos de investigación dirigidos a fomentar el desarrollo de nuevas formas de empleo de internet.

En sus orígenes, internet fue concebida como una red de ordenadores comunicados entre sí a través de direcciones IP con el fin de posibilitar tanto el acceso mutuo como el intercambio de informa-

ción en un contexto fundamentalmente cooperativo¹. Sin embargo, la expansión paulatina de la red en la década de los 90 y su conversión en un fenómeno comercial y cultural de masas alteraron sustancialmente el escenario inicial. En el año 2000 la configuración de internet era el resultado de un creciente proceso de control por parte de gestores centralizados de datos (como los portales y motores de búsqueda) encargados de organizar el acceso a los contenidos ubicados en los sitios *web* y servidores conectados a internet². Esta situación, progresivamente estructurada en torno a un paradigma unidireccional o de «flujo descendente» («downstream paradigm») en el que el usuario o cliente es mero receptor pasivo de información preparada por el

servidor o proveedor (como ocurre con la televisión o los periódicos), permanece, en parte, en la actualidad³.

Los diversos proyectos surgidos en torno a la «ideología» *peer-to-peer* pretendían subvertir este *statu quo* en pos de un objetivo en buena medida revisionista: descentralizar la red y difuminar las diferencias entre servidores y clientes. Para alcanzar este propósito, la tecnología P2P recobró la idea de un intercambio directo de recursos geográficamente distribuidos (tanto información como capacidad de procesamiento) sin un control central definido. De esta manera, el ordenador de cada usuario de la red P2P se convierte en un elemento activo que no se limita a recibir la información filtrada y suministrada por los motores de búsqueda que gestionan habitualmente los contenidos de internet. La comunicación significativa ya no tiene lugar bajo un esquema servidor-cliente o proveedor-consumidor, sino entre iguales que cooperan, entre pares (*peers*)⁴.

¹ Las direcciones IP (acrónimo de *internet Protocol*) son expresiones numéricas (con la forma 000.000.000.000) que identifican a los ordenadores conectados a internet. Cada ordenador conectado —ya sea servidor o cliente— tiene una dirección IP exclusiva que, dependiendo de los casos, puede ser siempre la misma o cambiar con cada nueva conexión. La incomodidad de recordar identificaciones numéricas determinó la aparición de un nuevo sistema de identificación: los nombres de dominio (que adoptan la forma *www.nombre.es*). Los denominados «servidores DNS» (*Domain Name System*) son ordenadores que permiten la «traducción» entre nombres de dominio y direcciones IP.

² De forma probablemente no casual, los dos vectores fundamentales del fenómeno objeto de este trabajo han sufrido en los últimos tiempos sendos procesos de mercantilización. Y si bien en el ciberespacio iniciativas como las que a continuación se expondrán han frenado en parte esta tendencia, las perspectivas son menos halagüeñas para la propiedad intelectual. El proceso de alejamiento de los autores y de acercamiento paulatino a la industria, del que da cuenta GÓMEZ SEGADÉ, «Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del copyright», en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996, pp. 131 y ss., parece irrefrenable.

³ Vid. N. MINAR-M. HEDLUND, «A network of peers», en *Peer-to-peer. Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology*, ed. de A. Oram, O'Reilly & Associates, Sebastopol (CA), 2001, pp. 4 y ss. Acerca del pensamiento descentralizado que inspira el desarrollo originario de internet informan también MORÓN LERMA, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 90 y ss. y MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en internet*, Taurus, Madrid, 2000, pp. 11 y ss. La descripción de internet que efectúa MORÓN LERMA, *Internet y Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 115 y ss., como medio de comunicación bidireccional e interpersonal puede aceptarse como modelo contrafáctico, pero cada vez menos como descripción de su empleo actual por el común de los cibernautas, sometidos, en general, a esquemas «servidor inteligente-receptor pasivo».

⁴ Sobre todas estas cuestiones *vid.* el Prefacio de A. ORAM, en *Peer-to-peer...*, *op. cit.*, pp. vii y ss.

Algunas de las propuestas que cabe incluir bajo esta denominación (sin ocultar las dificultades de delimitación, dada la heterogeneidad de supuestos que pueden afrontarse desde una perspectiva P2P) alcanzaron pronto un notable impacto social: tal fue el caso de sistemas descentralizados de intercambio de archivos como *Freenet*⁵ o *Gnutella*⁶ y de programas que posibilitaron el uso para objetivos comunes de los recursos de computación no utilizados por los ordenadores conectados a la red, como *SETI@home*⁷. Éste fue también parcialmente el caso, como a continuación se dirá, del famoso sistema *Napster*.

1.2. Las redes peer-to-peer para el intercambio libre de archivos: *Napster*

Este trabajo se limita a uno de los empleos básicos de la tecnología P2P que, por supuesto, no agota en absoluto el amplio espectro del fenómeno: la articulación

de redes de intercambio libre de información (materializada en archivos o ficheros informáticos) entre sujetos que participan en un plano de igualdad⁸. Desde un primer momento, hay que precisar a este respecto que los proyectos P2P no parten del axioma —habitual en el diseño «comercial» de internet— de que la información ha de tener por origen un servidor dominado conjuntamente por autores y editores. Es un hecho que muchos usuarios quieren publicar contenidos de los que no son necesariamente creadores; en la perspectiva P2P la creación y publicación ni son ontológicamente idénticas ni han de tener lugar necesariamente de manera combinada⁹.

Por otra parte, es oportuno también advertir que el uso que en este contexto se hace del término «intercambio» no resulta en exceso preciso. Es importante aclarar que estas redes no organizan un sistema de trueque o permuta en el que se obtiene información a cambio de información. Como más adelante se detallará, cada usuario pone a disposición de los demás la información que estima conveniente sin contraprestación directa alguna; sus posibilidades se limitan a buscar y hallar —entre la información compartida por los demás— elementos que resulten de su interés. Así, es más ajustado pensar en estas redes como un instrumento para compartir que considerarlas

⁵ Desarrollado a partir de la idea expuesta por Ian Clarke, investigador de la Universidad de Edimburgo, en su informe de 1999 *A Distributed Decentralised Information Storage and Retrieval System*. Vid. A. LANGLEY, «Freenet», en *Peer-to-peer...*, op. cit., pp. 123 y ss.

⁶ Vid. G. KAN, «Gnutella», en *Peer-to-peer...*, op. cit., pp. 94 y ss.

⁷ *Seti@home* emplea los recursos de computación no utilizados por los ordenadores conectados a la red para el análisis de las señales captadas por el radiotelescopio de Arecibo, en búsqueda de indicios de vida extraterrestre. Vid. D. ANDERSON, «SETI@home», en *Peer-to-peer...*, op. cit., pp. 67 y ss. Últimamente se han puesto en marcha otras experiencias de similar funcionamiento que participan de la tecnología p2p para el procesamiento compartido: es el caso, por ejemplo, del *United Devices Cancer Research Project* para la investigación molecular del cáncer, dirigido por el Departamento de Química de la Universidad de Oxford y la *National Foundation for Cancer Research*.

⁸ De hecho, el *Anuario de internet 2001. Evolución y desarrollo en España*, ed. de J.I. Alonso, Espasa, Madrid, 2001, p. 119, limita en su glosario de términos la definición de p2p a la «comunicación bilateral exclusiva entre dos personas a través de internet para el intercambio de información en general y de ficheros en particular».

⁹ N. MINAR-M. HEDLUND, «A network of peers», op. cit., pp. 15 y ss.

un sistema para intercambiar. Si se ha generalizado el uso de «intercambio» se debe a la inexistencia en nuestro idioma de un sustantivo expresivo del acto de compartir¹⁰.

Características esenciales de estas aplicaciones son su descentralización funcional, su empleo de recursos marginales (literalmente) de internet, su operatividad independiente del sistema de nombres de dominio y su autonomía respecto de los servidores centrales. La descentralización es la clave del sistema, pero es un objetivo arduo: en puridad, una red descentralizada no sólo ha de perseguir que cada usuario participe por igual, sino que debe aspirar a que no existan usuarios que jueguen un papel especial en la organización o administración del sistema. Lo cierto es que muchas de las propuestas P2P de mayor éxito social son de naturaleza híbrida: *Napster*, la conocida aplicación para compartir composiciones musicales comprimidas en formato MP3, era un claro ejemplo de estos sistemas híbridos¹¹.

El intercambio de archivos en el seno de *Napster* estaba descentralizado: los

diversos usuarios de la aplicación descargaban directamente los ficheros que deseaban del ordenador de otro usuario. Sin embargo, existía un directorio central, localizado en los servidores de *Napster, Inc.*, a través del que los usuarios efectuaban la búsqueda. Los contenidos estaban descentralizados, pero no los indicadores que permitían alcanzarlos. Desde el punto de vista técnico, esta configuración hacía posible conjugar la fortaleza de una base de datos centralizada con las ventajas de un almacenamiento distribuido, movilizandole la capacidad —hasta entonces desaprovechada— de los millones de ordenadores conectados a internet¹². La información (ficheros comprimidos MP3 que almacenaban composiciones musicales protegidas por las leyes de propiedad intelectual) circulaba por el sistema desde el ordenador de un usuario al de otro usuario sin autorización del titular de los correspondientes derechos. No se exigía, al menos en un primer momento, el pago de cantidad alguna por el uso de la aplicación, que era de acceso público y gratuito.

La semi-descentralización de *Napster* contribuyó sin duda a su éxito, pero facilitó sobremedida su persecución judicial por parte de la industria productora de fonogramas, pues permitió a las demandantes identificar una cabeza visible y solvente contra la que dirigir los esfuerzos procesales. Entre otros factores (como el suministro gratuito desde el sitio *web* de *Napster* del *software* necesario

¹⁰ En rigor existen «compartimento» y «compartimiento» (A.A.V.V., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22.ª ed., Madrid, 2001, p. 603), pero su empleo en este sentido es completamente inusual.

¹¹ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas", responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet», en *Pe.í.*, n.º 6, septiembre-diciembre 2000, pp. 65 y ss., SERRANO GÓMEZ, «Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?», en *Actualidad Civil*, n.º 31, agosto-septiembre 2001, pp. 1109 y ss., y C. SHIRKY, «Listening to Napster», en *Peer-to-peer...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss. Pese a este carácter híbrido, el *Anuario de internet 2001...*, *op. cit.*, p. 119, cita a *Napster* en su glosario de términos como ejemplo de aplicación p2p.

¹² N. MINAR-M. HEDLUND, «A network of peers», *op. cit.*, pp. 16 y ss., y C. SHIRKY, «Listening to Napster», *op. cit.*, pp. 21 y ss.

para el enlace al sistema), la localización de las actividades de conexión y búsqueda en un sistema centralizado de servidores pertenecientes a la propia sociedad posibilitó la articulación de la acción judicial, fundada en la complicidad activa (*contributory infringement*) de *Napster, Inc.* por su participación en las labores de búsqueda, por su falta de supervisión de la actividad de los usuarios y por la obtención de beneficios económicos mediante la publicidad inserta en su sitio *web*¹³.

1.3. Las nuevas redes *peer-to-peer* para el intercambio libre de archivos

El fin de la actividad de *Napster* no terminó en absoluto la desaparición de las aplicaciones P2P para el intercambio de archivos. Antes al contrario, de las cenizas de su derrota judicial surgió una nueva generación de estructuras P2P (*Kazaa*, *Edonkey*, o *WinMX*, a las que se unen las supervivientes *Freenet* y *Gnutella*) que, con una configuración técnica y organizativa distinta de la de *Napster* (pero

compartiendo su idea medular), pretenden esquivar las acometidas legales que motivaron la desaparición de éste. A día de hoy, son estas aplicaciones el instrumento a través del que multitud de cibernautas comparten y movilizan gratuitamente y sin autorización una cantidad ingente de obras del espíritu susceptibles de protección por las leyes de propiedad intelectual (videogramas en diversos formatos, fonogramas, *software* de utilidad y de entretenimiento, libros electrónicos, fotografías, etc.). Estos sistemas P2P están modificando la economía de almacenamiento y transmisión de la propiedad intelectual¹⁴.

Como ya se ha dicho, estas nuevas aplicaciones se han esforzado en sortear el acoso legal de la industria. Para ello han insistido fundamentalmente en dos aspectos: (i) incrementar la neutralidad de la aplicación, proyectada para compartir cualquier tipo de información y (ii) disminuir la concentración en el control del sistema.

En cuanto afecta a la primera de estas cuestiones, es evidente que las herramientas informáticas diseñadas en esta nueva generación de aplicaciones P2P persiguen ante todo la neutralidad. Cualquier información, legal o ilegal, protegida o de público dominio, de utilidad científica o propósito lúdico, interesante o banal, es susceptible de comunicación a través de la aplicación. Esta diversificación de la información compartida (circunstancia

¹³ Referencias del caso se encuentran en SERRANO GÓMEZ, «Napster y la propiedad intelectual...», *op. cit.*, pp. 1109 y ss., y G.J.H. SMITH, *Internet Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, 3.ª ed., Londres, 2002, pp. 43 y ss. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, pp. 75 y ss., apunta la dificultad de entender comprendidos supuestos de participación asimilables al *contributory infringement* en el tenor del artículo 138 de la Ley española de Propiedad Intelectual, que, en rigor, sólo atribuye responsabilidad a la persona que realiza directamente la acción infractora. Cosa distinta es la posibilidad de considerar que empresas como *Napster, Inc.* son, propiamente, prestadores de servicios de la sociedad de la información y que, en consecuencia, puede exigirse su responsabilidad en los términos establecidos por la reciente Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

¹⁴ C. SHIRKY, «Listening to Napster», *op. cit.*, p. 32. Tanto GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 83, como SERRANO GÓMEZ, «Napster y la propiedad intelectual...», *op. cit.*, p. 1118, apuntaban ya como interrogante de futuro la inminente expansión de estas aplicaciones.

ausente en el sistema *Napster*) debilita la vinculación teórica de la red con la distribución no autorizada de obras protegidas; de hecho, los acuerdos de licencia que debe aceptar el usuario (*end user*) con carácter previo a su enlace expresan su compromiso (entre otros) de no transmitir ni comunicar información ilegal, dañina o, en concreto, que pueda infringir los derechos de propiedad intelectual de cualquier persona física o jurídica¹⁵.

¹⁵ Así, a modo de ejemplo, según el artículo 2.6 del *End User License Agreement* entre *Sharman Networks Ltd.* (creadora del *software* Kazaa) y los usuarios de éste, la concesión de la licencia se subordina al compromiso por parte del usuario de no emplear el *software* para transmitir, acceder o comunicar cualquier dato que infrinja cualquier patente, marca, secreto industrial, derecho de propiedad intelectual o cualesquiera otros derechos de propiedad de cualquier sujeto («Transmit, access or communicate any data that infringes any patent, trademark, trade secret, copyright or other proprietary rights of any party»). En el mismo sentido, el artículo 6 del Acuerdo (accesible en www.kazaa.com/us/terms.htm) establece, bajo la rúbrica «Copyright Infringement», las siguientes precisiones:

«6.1 Sharman respects copyright and other laws. Sharman requires all Kazaa Media Desktop users to comply with copyright and other laws. Sharman does not by the supply of the Software authorise you to infringe the copyright or other rights of third parties.

6.2 As a condition to use the Software, you agree that you must not use the Software to infringe the intellectual property or other rights of others, in any way. The unauthorised reproduction, distribution, modification, public display, communication to the public or public performance of copyrighted works is an infringement of copyright.

6.3 Users are entirely responsible for their conduct and for ensuring that it complies with all applicable copyright and data-protection laws. In the event a user fails to comply with laws regarding copyrights or other intellectual property rights and data-protection and privacy, such a user may be exposed to civil and criminal liability, including possible fines and jail time»

GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 76, nota al pie n.º 55, sólo ve en este tipo de declaraciones un signo indicativo de la «mala conciencia del suscriptor», negándoles cualquier tipo de relevancia jurídica.

No obstante, el respeto por las leyes (y, en particular, por las de propiedad intelectual) de las empresas que desarrollan las aplicaciones P2P de libre intercambio de archivos no se traduce en el establecimiento de barreras técnicas para obstaculizar la distribución de información protegida ni en un compromiso de supervisión de la actividad de los usuarios. La aplicación es neutral en sentido estricto. Pero basta con comprobar su funcionamiento unos minutos para verificar cómo la mayor parte de la información compartida corresponde a obras protegidas por los derechos de autor. De ahí la atención dispensada por los responsables de la creación de estos sistemas al segundo de los aspectos mencionados: la descentralización. La disminución de la concentración diluye la responsabilidad e impide la fiscalización de la actividad de los usuarios. Los creadores del *software* pretenden proporcionar a los usuarios una herramienta neutral e instarles a emplearla rectamente; no colaboran en la búsqueda y obtención por los usuarios de obras protegidas ni controlan sus actividades.

En este sentido, todas estas utilidades comparten una característica: la ausencia de servidor central. El sistema se vertebra en torno a cientos de servidores (que, de modo constante, surgen, se renuevan y desaparecen) establecidos y controlados individual y voluntariamente por algunos de sus usuarios. El *software* de la aplicación permite al usuario conectar en línea su ordenador con cualquiera de estos servidores (quizá a uno distinto en cada conexión) y buscar —con el *software* de la aplicación, pero a través del servidor— los

archivos a los que desea acceder. Como el programa es capaz de identificar archivos idénticos en los ordenadores de distintos usuarios, la información pretendida puede ser descargada simultáneamente desde múltiples fuentes, lo que incrementa la velocidad. En cualquier caso, los archivos no pasan a través del servidor (un ordenador que se limita a conectar los terminales de los usuarios unos con otros), sino que se transmiten directamente entre los usuarios (precisamente esto es lo que permite hablar de tecnología P2P).

El funcionamiento de algunas de estas aplicaciones determina además que mientras un usuario está descargando un archivo en su ordenador, ha de poner simultáneamente a disposición del resto de usuarios las partes del mismo que ya ha descargado. Es decir, los ficheros son compartidos o distribuidos (*uploaded*) mientras están siendo obtenidos o descargados (*downloaded*), con lo que el usuario se convierte (y no tiene más remedio que convertirse) en receptor/transmisor de información.

Por último, el método de identificación de archivos integrado en alguno de estos sistemas (en concreto, de *Edonkey*) permite crear hipervínculos (*links*) susceptibles de incorporación a un sitio *web* y cuya pulsación con el puntero del ratón permite iniciar automáticamente la búsqueda y descarga del archivo sin necesidad de efectuar esta tarea mediante el sistema de búsqueda del programa. Esta última característica ha propiciado la aparición de sitios *web* dedicados en exclusiva a la recopilación sistematizada de hipervínculos que permiten la búsqueda y descarga automática del archivo desea-

do si se tiene instalado en el ordenador el *software* de la aplicación correspondiente. Estos sitios, que en modo alguno ignoran ni ocultan que los hipervínculos conducen a obras protegidas, no alojan sin embargo archivos: simplemente facilitan una vía rápida y sencilla para descargar información sin necesidad de buscarla.

2. REACCIONES EN LOS ESTADOS UNIDOS POR PARTE DE LOS TITULARES DE OBRAS PROTEGIDAS

Las características de las aplicaciones descritas están llevando a los titulares de los derechos de propiedad intelectual a la convicción de que los vigentes instrumentos jurídicos (que les permitieron enfrentarse a *Napster*) pueden resultar insuficientes para combatir las infracciones cometidas a través de las nuevas redes P2P. Ello está motivando planteamientos alternativos tan sorprendentes, en algunos casos, como la decisión de *Microsoft Corp.* (uno de los principales afectados) de publicitar su nuevo *software* multimedia (*Windows Media 9*) a través de la red P2P *Kazaa*¹⁶.

Mucho menos amistoso es el proyecto de ley H.R. 5211, presentado por el congresista demócrata HOWARD BERMAN en la segunda Sesión del 107.º Congreso de los Estados Unidos, para limitar la responsabilidad de los titulares de derechos de propiedad intelectual por el desarrollo de acciones dirigidas a proteger sus obras

¹⁶ El anuncio de esta iniciativa es accesible en <http://www.kazaa.com/us/news/microsoft.htm>.

en las redes P2P¹⁷. Como su propio nombre indica, esta propuesta de julio de 2002 pretendía limitar la responsabilidad en la que pudieran incurrir los titulares de derechos de autor al emplear medidas tecnológicas para prevenir la infracción de sus derechos mediante el intercambio de archivos entre ordenadores conectados a redes descentralizadas.

El proyecto postulaba la incorporación de un nuevo artículo (*section*) 514 al *United States Code* en el que, con carácter general, se eximiera de responsabilidad (tanto civil como penal) a los titulares de derechos de propiedad intelectual que incapacitaran, interfirieran, bloquearan, desviarán o de otro modo impidieran o menoscabaran la distribución, exhibición, ejecución o reproducción de sus obras protegidas en una red P2P de intercambio de archivos accesible al público. La exención —en la práctica, una habilitación legal para desarrollar intervenciones privadas susceptibles de deteriorar el funcionamiento de las redes P2P— se sometía a algunas limitaciones:

- a) La actuación no había de conducir a la alteración, supresión o menoscabo de la integridad de archivos o datos residentes en el ordenador de un usuario de la red (*file trader*).
- b) La exención no alcanzaba a los supuestos en los que el titular de los derechos:

—perjudicara la disponibilidad de un archivo que no contuviera una

- obra de cuyos derechos fuera titular, salvo que ello fuera razonablemente necesario para impedir la infracción de sus derechos;
- ocasionara un daño económico a cualquier persona distinta del usuario infractor;
- ocasionara un daño económico superior a 50 dólares (por cada actuación) a la propiedad del usuario infractor.

- c) El titular de los derechos había de notificar al *Department of Justice*, con 7 días de antelación, las medidas tecnológicas que pensaba emplear para impedir la infracción de sus derechos. No obstante, no se sometía a la intervención a autorización previa de un organismo público.

La cercanía de la presentación de este proyecto de Ley (pronto conocido como «P2P Piracy Prevention Act») al final del período legislativo impidió su consideración detenida. No obstante las críticas cosechadas por la iniciativa, su impulsor manifestó en una declaración pública el 26 de septiembre de 2002 que el proyecto había sido introducido al final del 107.º Congreso con la expresa intención de perfeccionarlo antes de su reintroducción en el Congreso 108.º (iniciado en enero de 2003)¹⁸.

Un proyecto como éste es consecuencia de la frustración generada por la

¹⁷ Proyecto de Ley *H.R. 5211* «To amend title 17, United States Code, to limit the liability of copyright owners for protecting their works on peer-to-peer networks».

¹⁸ Puede consultarse el texto de esta declaración, así como acceder a información acerca de este proyecto de ley en la página asignada al congresista Howard L. Berman en el sitio *web* mantenido por la Cámara de Representantes (*House of Representatives*) de los E.E.U.U. (<http://www.house.gov/berman/>).

convicción de que las infracciones que se cometen a través de las redes descentralizadas P2P no pueden combatirse adecuadamente con los remedios legales existentes. Esa misma frustración ha conducido a ponderar la viabilidad de un camino que hasta ahora la industria se había mostrado reticente a emprender por razones de rentabilidad económica e imagen corporativa: el ejercicio de acciones contra los usuarios de las redes que pudieran ser considerados infractores individuales de los derechos de propiedad intelectual.

El pasado 21 de enero de 2003 el diario *on-line* de noticias tecnológicas *news.com* informaba de que, al amparo del artículo 512 de la *Digital Millenium Copyright Act* y por solicitud de la asociación que agrupa a los productores estadounidenses de fonogramas (la *Recording Industry Association of America* —RIAA—), un Juez federal había exigido al proveedor de servicios de internet *Verizon Communications* que revelara la identidad de un usuario de la red P2P *Kazaa* que, supuestamente, compartía sin autorización a través de la misma cientos de archivos de obras protegidas digitalizadas. La interpretación del precepto defendida por el Juez supone la atribución a cualquier titular de un derecho de propiedad intelectual de la potestad de requerir a los proveedores de servicios información acerca de un usuario, debiendo aquéllos cumplir con el requerimiento sin necesidad de control judicial previo. *Verizon Communications* aducía que esta previsión legal no resultaba aplicable a los proveedores de servicios que son meros conductos para los usuarios

de redes P2P y que no alojan ningún tipo de material ilegal en sus servidores. El Juez no ha hallado razones para efectuar distingos. De confirmarse la resolución, ello significaría que los titulares de los derechos pueden conseguir la identificación de los usuarios sin necesidad de interponer acción judicial alguna, con lo que ello supone de ahorro de costes y tiempo¹⁹.

Lo significativo de este asunto —en cuanto afecta al entorno jurídico de nuestro país— es que parece presagiar una variación en la política procesal de la industria musical respecto de la interposición de acciones contra presuntos infractores individuales de los derechos de propiedad intelectual²⁰. Si esta reciente actuación es una muestra del comportamiento procesal futuro de los titulares de los derechos (al menos, de las multinacionales productoras de fonogramas y videogramas), puede ser de utilidad investigar las respuestas que arbitra el ordenamiento penal español en relación con estos supuestos.

Precisamente, el propósito que afronta la segunda parte de este trabajo es apuntar

¹⁹ Pueden consultarse algunos pormenores del caso en <http://news.com.com/2100-1023-981449.html>. A efectos comparativos, cabe señalar que los controvertidos artículos 11 y 12 de nuestra Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, pendiente su desarrollo reglamentario, imponen a los prestadores un deber de colaboración con organismos del Estado.

²⁰ Aunque cabe adivinar también en este caso un intento de la industria de hacer recaer sobre los proveedores de servicios de la sociedad de la información la carga de controlar el cumplimiento por los usuarios de las leyes de propiedad intelectual.

una primera reflexión acerca de la relevancia penal que, según la legislación española, cabe atribuir a la conducta de los usuarios de estas redes.

3. EL ARTÍCULO 270 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. APUNTES ACERCA DE LA TIPICIDAD DE LA PUESTA A DISPOSICIÓN Y LA OBTENCIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS A TRAVÉS DE REDES P2P

Por las redes P2P circula información muy heterogénea; son los propios usuarios quienes individualmente deciden la naturaleza de la que comparten. Las redes P2P no están específicamente destinadas al intercambio de información de una determinada especie y, no obstante, es un hecho que buena parte de los elementos que transitan por ellas son obras del espíritu acreedoras de la protección jurídica dispensada por las leyes de propiedad intelectual y cuyos titulares no han autorizado su reproducción y distribución.

Esta situación justifica la pregunta por la eventual relevancia penal de las diversas conductas que ejecutan quienes participan en el fenómeno. En este sentido, tres son *prima facie* los grupos de sujetos susceptibles de incurrir en responsabilidad criminal: (i) los creadores del *software*, de la aplicación P2P que permite el funcionamiento de la red; (ii) los titulares de sitios *web* donde se recogen, de forma ordenada y a sabiendas de su destino, hipervínculos que automatizan la descarga pretendida por el usuario y (iii) los propios usuarios que se benefician del sis-

tema al acceder de forma gratuita a cualquier obra del espíritu compartida a través de la red.

Este trabajo se dedica únicamente a discutir algunos aspectos relativos a la tipicidad de las conductas desarrolladas por los integrantes de este último grupo, merecedor de atención especial tanto por el elevado (y creciente) número de sujetos que lo componen como por los significativos presagios de un cambio de rumbo en la política procesal de los más activos titulares de derechos afectados. La especificidad de estos sistemas permite además sospechar que la eventual relevancia penal de las conductas de los individuos pertenecientes a los dos primeros grupos mencionados estaría ligada, en su caso, a supuestos de participación criminal en la conducta de los usuarios, circunstancia que asimismo abona la dedicación preferente a la actividad de estos últimos.

La primera tarea afrontada será perfilar los caracteres objetivos de los comportamientos que desarrollan estas personas, al objeto de dilucidar este primer aspecto de su tipicidad.

3.1. La conducta objetiva de los usuarios: *up-loading* y *down-loading*

El tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual, recogido en el artículo 270 del vigente Código Penal de 1995, incrimina la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de una obra literaria, artística o científica o de su transformación, interpretación o eje-

cución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio. Como se verá, el tipo incorpora además la exigencia —ausente del artículo 534 *bis* a) del anterior Código— de que la conducta se produzca no sólo sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, sino con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. Por otra parte, la pena prevista para las conductas descritas se dispone también para la importación, exportación o almacenamiento intencionados de ejemplares de dichas obras, producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Desde 1987, el legislador ha prescindido de la técnica de la ley penal en blanco —dominante desde 1848— en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual²¹. Sin embargo, tanto los

tipos en su día incorporados por la Ley Orgánica 6/1987 como los actuales artículos 270 a 272 del Código Penal de 1995 (en adelante, CP) abundan en referencias explícitas e implícitas a la legislación civil especial. En consecuencia, el sentido de estos elementos normativos ha de precisarse en el contexto de la Ley de Propiedad Intelectual²².

Esta conclusión es aplicable de modo particular a la delimitación de las conductas objeto de incriminación y, en concreto, a la de aquéllas que pueden parecer vinculadas con la circulación de obras protegidas a través de las redes P2P, como son la reproducción, la distribución y el almacenamiento²³. Ello con más razón, si cabe, toda vez que la legislación civil establece criterios acerca del uso legal de estos términos.

²¹ DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 113; GIMBERNAT ORDEIG, «Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, p. 745; JORGE BARREIRO, Comentario al art. 270, en *Comentarios al Código Penal*, Direcc. Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 1997, p. 764; SOTO NIETO, «Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual», en *Poder Judicial. Monográficos. Nuevas formas de delincuencia*, n.º IX, 1988, pp. 369 y ss., y V. LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 103 y ss. Consideraban, sin embargo, que los tipos penales introducidos mediante la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, (artículos 534 *bis* y ter del Código Penal entonces en vigor) seguían siendo normas penales en blanco ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, «Protección penal de la propiedad intelectual», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 160 y ss. y FERRÉ OLIVÉ, «Delitos contra los derechos de autor», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991, p. 68.

²² Así, ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, «Protección penal de la propiedad intelectual», *op. cit.*, pp. 168 y ss.; BUENO ARÚS, «Los delitos relativos a la informática», en *El Código Penal de 1995: Parte Especial*, CGPJ-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996, p. 181; CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual. Especial consideración al delito introducido en el Código Penal tras la reforma de 1987.*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 290 y ss.; DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección...*, *op. cit.*, p. 124; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, «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*, 1990, p. 805; JORGE BARREIRO, Comentario al art. 270, en *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.* p. 764; QUINTERO OLIVARES, en GÓMEZ BENÍTEZ-QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 24 y ss., y ROMEO CASABONA, «La protección penal del software en el Derecho español», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 35, Madrid, 1988, pp. 317 y ss.

²³ A la reproducción y distribución aludía, con relación a *Napster*, SERRANO GÓMEZ, «Napster y la propiedad intelectual...», *op. cit.*, p. 1111.

3.1.1. Reproducción

Así, según el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996), «se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella». En consecuencia, reproducción es tanto la efectiva (obtención de ejemplares de la obra) cuanto la potencial (incorporación de la obra a un medio material diverso del original que posibilita su comunicación o la ulterior obtención de copias)²⁴. La amplitud semántica de la definición legal permite integrar sin problemas en la reproducción la carga o almacenamiento en la memoria de un ordenador de obras previamente digitalizadas, operación en la que se procede efectivamente a una fijación de la obra en un soporte físico (la memoria del ordenador) que habilita la obtención posterior de ejemplares²⁵. Que el

uso legal de «reproducción» recoge este comportamiento ha sido ya reconocido en sede jurisdiccional por las recientes sentencias de 25 de abril y 7 de junio de 2002 dictadas respectivamente por las Secciones 5.^a y 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (ARP 2002/484 y AC 2002/1551)²⁶.

La digitalización y almacenamiento de obras en soportes estables de memoria conectados a la red era hasta hace poco relativamente habitual en la *World Wide Web*, donde titulares de sitios *web* (proveedores de información) ofrecían al público (usuarios receptores) obras previamente alojadas en el servidor dependiente del sitio mediante el procedimiento que se ha descrito, conocido usualmente como *up-loading*. Precisamente éste era el supuesto de hecho de las citadas sentencias de la Audiencia de Barcelona.

Esta conducta es mucho menos frecuente en la actualidad tras el surgimiento de las redes P2P, en las que, al buscarse el alejamiento del modelo servidor-cliente en pos de una comunicación entre pares, la conducta de *up-loading* pasa a ser desarrollada por todos los usuarios que comparten obras a través de la aplicación. Esta circunstancia, prescindiendo en este momento de los elementos subjetivos concurrentes, coloca a los usuarios de estas redes en

²⁴ GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 169 y ss.

²⁵ Así ARMENGOT VILAPLANA, «La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial», *La Ley*, Año xxiii, n.º 5670, 5 de diciembre de 2002, p. 2; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *El derecho de propiedad intelectual...*, op. cit., pp. 97 y ss.; MASSAGUER FUENTE, «La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 199-200, 1991, p. 51; PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 98; ROGEL VIDE, «Internet y Derecho de Autor», en *Derecho sobre internet*, BSCH (edición electrónica), 2001, p. 9, y SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 24 y ss.

²⁶ Esta última sentencia, dictada en juicio de menor cuantía, establece taxativamente en su Fto. Jurídico 2.º que «la digitalización y almacenamiento en soportes estables de memoria conectados a la red (*up-loading*) desde los que las obras son accesibles al público, a cuyo alcance está la comunicación y la obtención de copias (*down-loading*), viene comprendida en el ámbito de la reproducción, tal como se define en el art. 18 LPI».

el sector de la realidad cubierto por la descripción típica del artículo 270 del CP.

3.1.2. *Distribución*

Pero el *up-loading*, probablemente, puede considerarse también un supuesto de distribución, en cuanto, según el artículo 19.1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996 (en adelante, LPI) «se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma». El usuario que comparte obras protegidas a través de una red P2P pone a disposición del público una copia de la obra, previamente digitalizada y almacenada en la memoria del ordenador²⁷. Aun cuando este modo de puesta a disposición no puede integrarse en ninguna de las formas más comunes que señala el artículo 19.1 de la LPI (venta, alquiler, préstamo), no puede objetarse su consideración como distribución, pues tales modos se mencionan únicamente *ad exemplum*, tal como demuestra la expresa admisión de cualquier otra forma de puesta a disposición²⁸.

²⁷ A través de una red p2p, la obra se pone, en principio, a disposición de un sinnúmero de destinatarios (potencialmente, todos los usuarios de la red), cumpliéndose así sin duda el requisito de publicidad aparejado por la LPI a la distribución, tanto si se entiende que la norma exige únicamente traspasar la esfera privada (BUSCH, *La Protección Penal de los Derechos de Autor en España y Alemania*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 136 y GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, p. 175) como si se estima necesaria la puesta a disposición de una «generalidad de personas» (QUINTERO OLIVARES, *Protección penal...*, *op. cit.*, p. 68).

²⁸ La puesta a disposición de las obras por el usuario de una red p2p no puede considerarse estrictamente un préstamo, y ello no sólo por cuanto el artículo 19.4 de la LPI regula el uso semántico del término exigiendo que la puesta a disposición

3.1.3. *Almacenamiento*

Por último, la conducta podría constituir, además, un supuesto de «almacenamiento» castigado en el párrafo segundo del artículo 270 del CP. Al contrario de lo que ocurre con la reproducción y la distribución, la referencia típica al almacenamiento tiene carácter descriptivo y no normativo, al no existir una definición legal de esta conducta en la LPI²⁹. No obstante, el almacenamiento —al igual que la importación y exportación también mencionadas en el segundo párrafo del artículo 270— es una conducta íntimamente ligada con la distribución, cuya expresa tipificación determina (en cuanto el almacenamiento es, en rigor, un acto preparatorio de la ulterior distribución) una anticipación de la protección penal³⁰. Desde esta perspectiva, el acopio de obras en la memoria de un ordenador con vistas a su ulterior distribución en una red P2P podría encajar en la descripción

se produzca «para su uso por tiempo limitado» y mediante «establecimientos accesibles al público» (lo que no ocurre en este caso), sino porque, en rigor, no existe (ni actual ni potencialmente) la «entrega» de la cosa que exigen tanto el comodato como el préstamo propiamente dicho según el artículo 1740 del Código Civil. *Vid.* GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 74.

²⁹ ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, «Protección penal...», *op. cit.*, p. 171; BUENO ARÚS, «Los delitos relativos...», *op. cit.*, p. 182; BUSCH, *La Protección Penal...*, *op. cit.*, p. 156; GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995», en *Propiedad Intelectual. Aspectos civiles y penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995, p. 239.; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, pp. 177 y 184, y V. LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

³⁰ *Vid.* GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, p. 177; V. LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, *op. cit.*, pp. 145 y ss., y SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 137.

típica del almacenamiento aun si posteriormente no se llegaran a poner las obras a disposición del público. Adicionalmente, como ya se ha dicho, esta conducta sería en todo caso un supuesto de reproducción³¹.

3.1.4. *Comunicación pública*

No parece, en cambio, que mediante las redes P2P puedan ejecutarse actos de comunicación pública, pues la definición legal del artículo 20 de la LPI exige la posibilidad de acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares y, en el supuesto de hecho contemplado, el acceso

³¹ Existe una abierta polémica doctrinal acerca de si las conductas típicas recogidas en el párrafo segundo del artículo 270 del CP son punibles desde el momento en el que no son autorizadas, con independencia de que su objeto sean copias lícitas o ilícitas (de esta disputa da cuenta, en extenso, V. LA-TORRE, *Protección penal del derecho de autor*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.). Se trata de una cuestión relativamente intrascendente para el supuesto que aquí concierne, ya que el almacenamiento exige, como se ha dicho, la reproducción, y no es razonable pensar en una autorización de esta reproducción por el titular de los derechos que asegurara la licitud de las copias reproducidas y almacenadas. Por otra parte, los supuestos en los que la reproducción es lícita sin autorización del titular son incompatibles con el *up-loading*; en particular, la reproducción para uso privado del copista (artículo 31.2.º de la LPI) excluye los supuestos en que la copia es objeto de utilización colectiva, como ocurriría de compartirse en una red p2p.

En cualquier caso, la sentencia de 2 de abril de 2001 dictada por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (RJ 2001/2926), ha terciado en la discusión al sentar que la referencia del segundo párrafo del artículo 270 a la importación, exportación o almacenamiento de «ejemplares de dichas obras» ha de entenderse alusiva a obras reproducidas, comunicadas o distribuidas sin autorización, interpretación que se pretende fundada no sólo en el contexto lingüístico sino en consideraciones teleológicas, ya que el tipo penal exige la producción de un perjuicio económico penalmente relevante que no cabe apreciar, por ejemplo, en las importaciones paralelas de fonogramas lícitos (supuesto de hecho de la sentencia).

sensorial al contenido de la obra sólo es posible una vez que el usuario ha procedido a su descarga (*download*), con lo que, propiamente, accedería ya a un ejemplar obtenido y se trataría de un caso de distribución y no de comunicación pública³².

3.1.5. *El down-loading y la copia para uso privado*

En conclusión cabe decir que las redes P2P de intercambio de archivos tienen como columna vertebral el desarrollo de procedimientos de *up-loading* por parte de sus usuarios. Cuando este proceso de digitalización, almacenamiento y puesta a disposición del resto de usuarios tiene por objeto una «obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística» y se produce sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, la conducta —en cuanto a su aspecto objetivo— integra los supuestos de reproducción, distribución y/o almacenamiento referidos en el artículo 270 del CP.

³² Vid. PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss., y SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual...*, *op. cit.*, pp. 41 y ss. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, pp. 74 y ss., apunta la posibilidad de ubicar esta puesta a disposición dentro de un concepto «ampliado» del derecho de comunicación pública al hilo del 20.2.i) de la LPI, pero, por una parte, como el propio autor señala, la comunicación pública se acomoda a la difusión de punto a multipunto y no a la transmisión de punto a punto y, por otra, en los supuestos aquí contemplados sí que se produce efectivamente distribución de ejemplares. Entiende preferible incardinar el supuesto en el derecho de comunicación pública ARMENGOT VILAPLANA, «La piratería musical...», *op. cit.*, p. 2, opción que también acoge la citada sentencia de 25 de abril de 2002 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ARP 2002/484).

Mas ha de considerarse que en una red P2P cada usuario es de forma concurrente potencial proveedor y receptor de información. ¿Qué cabe decir del usuario que se mantiene como potencial proveedor, pero sólo actualiza su condición de receptor? ¿Encaja en el tipo objetivo del artículo 270 del CP el comportamiento del usuario que limita su participación en la red a la descarga de contenidos protegidos sin compartir —sin poner a disposición de los demás usuarios— obras objeto de propiedad intelectual sin autorización?

Se trata de una hipótesis que técnicamente no puede plantearse en determinadas aplicaciones P2P. Tal es el caso, por ejemplo, de *Edonkey*, cuyo funcionamiento determina, como ya se comentó, que mientras un usuario está descargando un archivo en su ordenador, ha de poner necesaria y simultáneamente a disposición del resto de usuarios las partes del mismo que ya ha descargado. En consecuencia, los procesos de *up-loading* y *down-loading* son solidarios, de modo que el usuario no puede ser receptor sin actuar a la vez como transmisor de información.

Pero no es éste el caso de todas las aplicaciones P2P. *Kazaa Media Desktop*, por ejemplo, permite a cada usuario especificar qué archivos quiere compartir mediante la designación de una carpeta del disco duro de su ordenador. Sólo los archivos alojados en esa carpeta (que puede estar vacía) serán puestos a disposición del resto de usuarios. Ciertamente, el *software* de *Kazaa* asigna a cada usuario un «nivel de participación» en atención a la cantidad de *megabytes*

de información distribuidos y a la integridad de los archivos compartidos. Cada nuevo usuario comienza en un nivel intermedio y, según sea su comportamiento, la aplicación le asigna un nivel bajo o alto (o le mantiene en el intermedio), lo que influye en la prioridad a la hora de descargar la información pretendida. Este sistema, que beneficia a quienes más comparten, no impide sin embargo la obtención de información por quienes no comparten nada, con lo que pueden existir usuarios que empleen la red únicamente para obtener sin autorización obras objeto de propiedad intelectual (aunque con baja prioridad y lentamente), sin poner a disposición de los demás usuarios ni las descargadas ni otras obras protegidas.

¿Queda esta clase de usuarios, ya desde la mera consideración de los aspectos objetivos de su conducta, fuera del ámbito de tipicidad definido por el artículo 270 del CP? Desde un primer momento se puede observar que la descarga de obras del espíritu no entraña distribución ni alojamiento de ninguna clase. Cosa distinta cabe decir, en cambio, de la reproducción. En este sentido, aun cuando la operación de *down-loading* (que concluye con la fijación del archivo en el disco duro del ordenador del usuario) no se viera seguida de la copia de ese archivo en un soporte extraíble (disquete, *cd-rom* o *dvd-rom*), la primera incorporación al disco duro del fichero que contiene la obra protegida ya sería considerada una reproducción de acuerdo con los criterios de uso legal del término establecidos en el artículo 19 LPI. No parece razonable otra opinión cuando el proceso de descarga supone en sí mismo la fija-

ción de la obra digitalizada en un medio (el disco duro del ordenador del usuario receptor) que permite tanto su comunicación como la obtención de ulteriores copias de ella, supuesto, por otra parte, que será el habitual.

Ahora bien, que la descarga al disco duro de un ordenador de una obra protegida deba considerarse como un acto de reproducción no determina —ni desde consideraciones puramente objetivas— la inclusión de tal comportamiento en el ámbito de tipicidad del artículo 270 del CP. Y ello es así porque el enunciado legal exige otro requisito —al margen de la consideración del material descargado como una «obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística», condición que se da por supuesta—, como es la ausencia de autorización para la ejecución del acto por parte de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual. Naturalmente, la hipótesis que cabe plantearse no entraña la existencia de autorización por parte de los titulares de los derechos, sino la posibilidad de ejecución del acto prescindiendo de tal autorización, por operar en el seno de uno de los límites a las facultades de explotación establecidos en los artículos 31 y siguientes de la LPI, y, en particular, por constituir la incorporación del archivo al disco duro un supuesto de reproducción para uso privado del copista, permitido por el artículo 31.2.º de la LPI³³.

Como es sabido, los artículos 25 y 31.2.º de la LPI consienten la reproducción realizada para uso privado —siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa— de obras divulgadas en forma de libros o publicaciones, así como de fonogramas, videogramas o de otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales. La expresión legal «uso privado» comprende —en opinión de la doctrina mayoritaria— el empleo de la copia por un único sujeto o por una pluralidad de personas en un ámbito doméstico y reducido, con una amplitud, por tanto, ligeramente superior a la que cabe atribuir a la expresión «uso personal», recogida en la redacción del artículo 25 de la LPI previa a su reforma mediante Ley 20/1992, de 7 de julio³⁴.

Esta autorización legal es la causa mediata de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de la LPI, dirigida a compensar a los titulares por los derechos de propiedad intelectual que pudieran dejar de percibir como consecuencia de la reproducción privada. Este sistema de autorización y remuneración posibilita, pues, la libre realización de copias privadas en virtud de lo que cabe considerar una licencia legal indirecta: la ley sustituye al titular de los derechos en la concesión de la necesaria autorización y, en consecuencia, quien realiza la reproducción efectúa legítima-

³³ En estos casos, copista es el usuario que descarga el archivo, aunque para ello se sirva del *software* creado por un tercero (GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 67, nota al pie n.º 6).

³⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 72; PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 118, y ROGEL VIDE, «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», en *Revista de Derecho Privado*, Febrero-1997, pp. 94 y ss.

mente la copia en ejercicio de la autorización legal³⁵.

Es preciso dejar constancia de que el precepto no exige que la obra objeto de reproducción haya sido adquirida por el copista. La habilitación legal de la copia privada sólo exige que la obra haya sido divulgada, por lo que ampara la reproducción para uso privado, en los términos establecidos en el artículo 31.2.º de la LPI, de todo tipo de ejemplares (por ejemplo, prestados o alquilados)³⁶.

Este régimen legal permite concluir que la reproducción para uso privado del copista constituye, desde la perspectiva jurídico-penal, un supuesto de atipicidad en relación con el artículo 270 del CP³⁷.

³⁵ Vid. ROGEL VIDE, «La copia privada...», *op. cit.*, p. 101, quien recoge la opinión sobre este punto de la doctrina civilista. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Riesgos de las nuevas tecnologías...», *op. cit.*, p. 107, precisa que el canon en sí no puede considerarse una licencia legal para la copia (pues la copia privada no precisa licencia al estar al margen del derecho exclusivo), sino una licencia legal para la fabricación e introducción en el comercio de los aparatos de copiado.

³⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, pp. 67 y ss., y PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 119.

³⁷ BUSCH, *La Protección Penal...*, *op. cit.*, pp. 202 y ss.; GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual...», *op. cit.*, p. 232; GIMBERNAT ORDEIG, «Consideraciones sobre los nuevos delitos...», *op. cit.*, p. 744; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, pp. 209 y ss.; MARTÍNEZ RUIZ, «La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal», en *La Ley*, Año xviii, n.º 4407, 31 de octubre de 1997, pp. 2 y ss., y QUINTERO OLIVARES, «Internet y Propiedad Intelectual», en *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001, p. 392. En contra, FERRÉ OLIVÉ, «Delitos contra los derechos...», *op. cit.*, p. 79 (pese a que estima —p. 84— que «el consentimiento pertenece al tipo y su presencia excluye este elemento de la teoría del delito»); ROMEO CASABONA, «La protección penal del software...», *op. cit.*, pp. 317 y ss., y VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Tecnos, Ma-

De esta manera, habría que considerar atípica la conducta del usuario que emplea la red P2P únicamente para descargar obras objeto de propiedad intelectual destinadas a su uso privado, pues tal operación constituye un acto de reproducción legalmente autorizado en virtud de los artículos 25 y 31.2.º de la LPI³⁸.

En contra de esta conclusión se manifiesta Plaza Penadés, por entender que la copia privada obtenida a través de una red p2p (el autor contempla el caso de *Napster*) no supera la denominada «prueba de tres fases», pues si bien puede cumplir los límites fijados por el artículo 31.2.º de la LPI (uso no colectivo ni lucrativo), vulneraría en todo caso el artículo 40 *bis* que estipula que los artículos del Capítulo II de la LPI (que disponen los límites a las facultades de explotación del titular) «no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses

drid, 1990, pp. 221 y ss., quienes consideran que la actuación dentro de los límites de los derechos patrimoniales de explotación de la obra se encuentra amparada por una causa de justificación (el ejercicio legítimo de un derecho del artículo 20.7.º del CP), pero no es atípica.

³⁸ Así, QUINTERO OLIVARES, «Internet y Propiedad Intelectual», *op. cit.*, p. 393. ARMENGOT VILA-PLANA, «La piratería musical...», *op. cit.*, p. 2, precisa que la copia es lícita civilmente, aunque si la obra reproducida está protegida por medidas tecnológicas que impiden su libre reproducción y el usuario suprime o elimina esas medidas, esta última actividad constituirá una infracción en los términos del artículo 6 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información (que aún no ha sido objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico, pese a que, según su artículo 13, debía haber sido incorporada antes del 22 de diciembre de 2002).

legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran». En concreto, Plaza alude al detrimento de la explotación normal, vinculado a derechos patrimoniales, y no al perjuicio de los intereses legítimos del autor, que considera ligado a los derechos morales³⁹.

No obstante reconocer la plausibilidad de este argumento, la conclusión que el autor pretende derivar resulta controvertible⁴⁰. En este sentido, es preciso advertir que el quebranto de la explotación normal de la obra pertenece a la esencia de la copia privada, pues la explotación «normal» comprende precisamente la adquisición de la obra por el particular y no su reproducción para uso privado. Para compensar este detrimento inherente a la copia privada, la LPI articula un sistema de remuneración compensatoria que carecería de justificación si la copia para uso privado no supusiera un menoscabo de la explotación normal de la obra. En adición, el propio 31.2.º de la LPI asegura el ejercicio no abusivo de la autorización legal mediante límites objetivos, como la prohibición de que la copia privada se emplee colectiva o lucrativamente⁴¹.

En esta tesitura, maximizar el tenor del 40 *bis* hasta convertirlo en un pretexto al alcance de los titulares de derechos para reclamar la «limitación de los límites» legales sin aducir otro motivo que la mera invocación de un indeterminado «detrimento de la explotación normal», supondría un notable desequilibrio del sistema y justificaría cuestionar la licitud de lo percibido en virtud del artículo 25 de la LPI. Si la remuneración compensatoria es la contrapartida de una licencia legal indirecta⁴² y la licencia se restringe de tal manera que la actividad autorizada no se puede desplegar porque los límites fijados son inherentes a su propio desarrollo, cabría considerar que el cobro de la contrapartida carece de causa.

A ello se añade que para alegar la ilicitud de una copia privada con origen en una red P2P sería precisar demostrar que esa copia (que puede ser una y puede ser la única) ha producido un detrimento de la explotación normal de la obra, empeño que parece complicado. Por estas razones estimo que los artículos 25 y 31.2.º de la LPI amparan la conducta del usuario que emplea la red P2P

³⁹ PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 211.

⁴⁰ *Vid.* GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 72.

⁴¹ Entiendo que el análisis del sometimiento a los límites que prohíben la utilización colectiva y lucrativa debe efectuarse respecto de la copia realizada, pues el artículo 31.2.º de la LPI establece taxativamente que es «la copia» lo que no debe ser «objeto de utilización colectiva ni lucrativa». Carece de relevancia jurídica, en consecuencia, que el sistema o marco en el que se obtiene la copia sea colectivo o lucrativo, en tanto que la propia copia no sea empleada de esta forma. Por ello, no creo posible concluir con SERRANO GÓMEZ, «Napster y la propie-

dad intelectual...», *op. cit.*, p. 1112, que en el supuesto contemplado «no se cumplen los requisitos necesarios para su existencia (de la copia privada) establecidos en nuestra Ley de Propiedad Intelectual» únicamente porque el programa *Napster* supone un uso colectivo evidente ya que «los ficheros son intercambiados entre miles de personas anónimas». Una cosa es defender que el usuario que pone la copia obtenida a disposición del resto de usuarios a través de la red está haciendo un uso colectivo de ella, y otra cosa es negar la licitud de la copia descargada para uso privado y que no es objeto de ulterior puesta a disposición.

⁴² ROGEL VIDE, «La copia privada...», *op. cit.*, p. 101.

únicamente para descargar obras objeto de propiedad intelectual para su uso privado, comportamiento que en consecuencia habría de considerarse penalmente atípico.

Esta conclusión alcanza a la reproducción de las obras estipuladas en el artículo 25 de la LPI (libros y publicaciones asimiladas, fonogramas, videogramas y otros soportes sonoros, visuales o audiovisuales), pero resulta muy discutible respecto de los programas de ordenador, expresamente excluidos de la habilitación legal para la reproducción para uso privado por el artículo 25.3.º de la LPI. Las únicas limitaciones legales al derecho exclusivo de reproducción que el artículo 99.a) de la LPI atribuye al titular son las establecidas en el artículo 100, entre las que no se encuentra la reproducción para uso privado⁴³.

En primera instancia, ello debería conducir a considerar que la descarga de *software* a través de una red P2P cae dentro del perímetro delimitado por los elementos objetivos del tipo descrito en

⁴³ Ha sido tradicional justificar el privilegiado régimen de protección de los programas de ordenador en su especial vulnerabilidad frente a las reproducciones no autorizadas, argumento que hoy en día es difícil de sostener ya que la evolución de los procesos de digitalización ha dejado igualmente inermes ante la reproducción al resto de creaciones objeto de propiedad intelectual. *Vid.* en este sentido GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, p. 210. Más esclarecedora (y realista) parece la alusión del 2.º Considerando de la Directiva 91/250 del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (incorporada al ordenamiento español mediante Ley 16/93, de 23 de diciembre) a la «considerable inversión de recursos humanos, técnicos y financieros» que exige el desarrollo de los programas de ordenador frente al «coste mínimo» que requiere su copia.

el artículo 270 del CP, aun cuando el propósito que guíe esta actuación sea el uso privado⁴⁴. A fin de evitar esta conclusión (que consideran una contradicción sistemática insuficientemente justificada) y en pos de mantener la fragmentariedad de la protección penal, algunos autores fundamentan la atipicidad objetiva de la conducta en su falta de antijuridicidad material por la ausencia de una lesión de entidad relevante a las facultades de explotación del titular⁴⁵.

⁴⁴ Así lo hace GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-14 (1999), accesible en la dirección <http://criminet.ugr.es>, p. 9.

⁴⁵ Es el caso de GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, pp. 205 y ss. FERRÉ OLIVÉ, «Delitos contra los derechos...», *op. cit.*, p. 79 (nota 37 *in fine*), por su parte, excluye también la antijuridicidad de la reproducción de un programa de ordenador para uso personal sin autorización del titular del derecho de explotación, pero por entender que esta conducta está amparada por una causa de justificación.

En torno a esta cuestión, la sentencia de 20 de junio de 1995 dictada por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ARP 1995/707), pese a existir constancia procesal de que el acusado había reproducido programas de ordenador sin autorización del titular (vulnerando así el contenido del artículo 99.2 de la LPI vigente en el momento de cometerse los hechos) y había intercambiado con finalidad lúdica y gratuitamente esas copias con otros individuos, estableció que «no toda vulneración o desconocimiento de los derechos derivados de la propiedad intelectual supone sin más la realización de una conducta típica, y por ello, no es suficiente con la realidad constatada de que el acusado con su conducta haya infringido lo dispuesto en el art. 99.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, en relación a la autorización del titular del derecho de explotación; porque no debe perderse de vista que el derecho de propiedad en cualquiera de sus manifestaciones goza de una protección tanto civil como penal; y esta última, por su naturaleza y circunstancias, debe actuar sólo en relación a los supuestos más graves de vulneración o desconocimiento del derecho». En consecuencia, la Sala procedió a absolver al acusado.

3.2. Elementos subjetivos en la conducta de los usuarios: el ánimo de lucro

Así las cosas, cabe concluir que la ejecución del proceso de digitalización, almacenamiento y puesta a disposición a través de una aplicación P2P de una obra objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos, coloca al usuario bajo los parámetros objetivos que definen las conductas de reproducción, distribución y almacenamiento reseñadas en el artículo 270 del CP. Quedan a salvo, según lo dicho, aquellos usuarios que limitan su intervención en la red a la descarga de obras ya divulgadas (distintas, al menos en principio, de los programas de ordenador) para su uso privado, pues este comportamiento es ya, desde consideraciones estrictamente objetivas, atípico.

Naturalmente, la formulación de un juicio de tipicidad definitivo respecto de los supuestos que integran el primer grupo de conductas (el *up-loading* de obras protegidas) exige contrastar la concurrencia en la actuación del sujeto del resto de elementos que contribuyen a la delimitación de la conducta incriminada: esto es, el ánimo de lucro y la exigencia de que el comportamiento se produzca en perjuicio de tercero.

Ambas menciones, que constituyen una novedad del actual tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual frente a lo dispuesto por el artículo 534 bis a) de la anterior regulación, han sido juzgadas por la mayor parte de los autores como una manifestación evidente de una opción legislativa por la restricción

de la protección penal de la propiedad intelectual a lo netamente patrimonial⁴⁶.

En consecuencia, es preciso cuestionarse en primer lugar si en todo *up-loading* no autorizado de una obra objeto de propiedad intelectual a través de una aplicación P2P concurre o nó ánimo de lucro, pues la

⁴⁶ Entre otros, ARMENDÁRIZ LEÓN, «Delitos relativos a la propiedad intelectual: referencia al tipo básico del art. 270 CP», en *Revista Icade*, n.º 42, Madrid, 1997, p. 270; BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 1322 y ss.; GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual...», *op. cit.*, pp. 203 y ss., y en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Coord. Bercovitx Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 2369 a 2392; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, pp. 238 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal español, Tomo I* (Direcc. Cobo del Rosal), Marcial Pons, 1996, pp. 767 y ss.; JORGE BARREIRO, Comentario al art. 270, en *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 766; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996, pp. 140 y ss.; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pp. 86 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3.ª ed., Bosch, 1996, pp. 413 y ss., y SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual...*, *op. cit.*, p. 139 (nota al pie n.º 112). Ya apreciaban la preeminente protección de los derechos patrimoniales por parte del artículo 534 bis de la anterior regulación ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, «Protección penal de la propiedad intelectual», *op. cit.*, pp. 161 y ss.; CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual...*, *op. cit.*, pp. 192 y ss.; DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección...*, *op. cit.*, p. 117; GIMBERNAT ORDEIG, «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, 1993, pp. 589 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 427 y ss. y POLAINO NAVARRETE, «Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, *op. cit.*, pp. 869 y ss., y en «Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual», en *Poder Judicial. Monográficos. Nuevas formas de delincuencia*, n.º IX, 1988, pp. 425 y ss.

respuesta negativa a esta pregunta determinaría ya el juicio de atipicidad respecto de la conducta.

Los autores que han tratado monográficamente esta cuestión coinciden en afirmar que hay ánimo de lucro cuando la conducta del sujeto se encuentra guiada por una tendencia subjetiva hacia la obtención de una utilidad, beneficio o ventaja patrimonial⁴⁷. La exigencia doctrinal en este tipo de una especificidad patrimonial del lucro pretendido por el autor viene parcialmente motivada por el sistema de protección penal de la propiedad intelectual anterior al vigente CP.

En el régimen introducido por la Ley Orgánica 6/1987, el ánimo de lucro se conformaba como un elemento subjetivo de la conducta cuya concurrencia determinaba la aplicación del tipo cualificado del artículo 534 *bis* b) del CP entonces vigente, desplazando en consecuencia al tipo básico recogido en el 534 *bis* a). El contexto sistemático de la regulación permitía postular que el legislador había usado

en el tipo cualificado la expresión «ánimo de lucro» en un sentido más estricto que el frecuentemente atribuido a estos términos por un sector de los Tribunales, que pretendía extender el campo semántico cubierto por «ánimo de lucro» a cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho obtenido por el autor, incluso de carácter meramente contemplativo o de beneficencia. La defensa de un uso tan extenso de «ánimo de lucro» en los delitos relativos a la propiedad intelectual impedía la vigencia y aplicación del tipo básico del artículo 534 *bis* a)⁴⁸.

Mas la incorporación del ánimo de lucro al tipo básico en el artículo 270 del vigente CP plantea una situación novedosa. Por una parte, han desaparecido las razones de coherencia lógica y sistemática que proscribían un uso omnicompreensivo de la expresión «ánimo de lucro». Mas también es cierto que si hay una particularidad que caracteriza al nuevo tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual es su naturaleza estrictamente patrimonial, tanto en razón de su ubicación sistemática como en atención a la inclusión de nuevos elementos (como la referencia al perjuicio, aun con las dificultades de precisión que, como se verá, genera).

Ello permite reivindicar con cierto fundamento que la referencia típica al ánimo de lucro en el artículo 270 del CP debe contraerse exclusivamente a la intención de obtener una ventaja de naturaleza patrimonial, sin que la pretensión de alcanzar cualesquiera otros provechos o beneficios

⁴⁷ ARMENGOT VILAPLANA, «La piratería musical...», *op. cit.*, p. 4; FERRÉ OLIVÉ, «Delitos contra los derechos...», *op. cit.*, p. 87; GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal...*, *op. cit.*, p. 126; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, p. 240; ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos...*, *op. cit.*, p. 94, y SOTO NIETO, «Delitos contra los derechos...», *op. cit.*, p. 398, quien, en relación con el tipo agravado recogido en el anterior 543 *bis* b), señalaba cómo «este propósito o ánimo de lucro que acentúa el desvalor del injusto no deberá interpretarse extensivamente. Un individuo puede incurrir en plagio, añadiendo fraudulentamente codos a su estatura intelectual o artística, buscando un reconocimiento, un honor o un prestigio que no le pertenecen, pero ajeno a todo estímulo económico; una eventual y no buscada compensación económica no debe, a posteriori, transmutar la índole de la infracción».

⁴⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal...*, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

permita apreciar la concurrencia de ánimo de lucro en la conducta del sujeto activo⁴⁹.

En consecuencia, la conducta de los usuarios que comparten obras protegidas a través de una red P2P sin autorización de los titulares sólo será típica si concurre en su actuación un ánimo de lucro específicamente patrimonial. La peculiaridad de la conducta exige, no obstante, tomar en consideración las siguientes precisiones:

a) No parece un argumento muy prometedor el que pretende demostrar la existencia de ánimo de lucro a partir de la consideración del *up-loading* de obras protegidas como condición o pre-requisito para el acceso y utilización de la red P2P. Esta tesis vendría a sostener que el usuario que comparte obtiene siempre una contraprestación económica (acreditativa de su ánimo de lucro) consistente en la posibilidad de participar en el intercambio libre de ficheros y, por tanto, de obtener obras protegidas compartidas por los demás. El razonamiento es endeble porque, como se ha indicado antes, las aplicaciones P2P no exigen al usuario compartir ningún archivo específico para permitirle acceder a la red y descargar la información obrante en los ordenadores de los demás usuarios. En ello consiste, precisamente, la neutralidad del sistema tan perseguida por sus creadores.

⁴⁹ La posibilidad de que la expresión «ánimo de lucro» sea empleada por el legislador de forma diversa según el tipo penal en el que se integra ya fue defendida por GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal...*, *op. cit.*, p. 126, y V. LATORRE, *Protección penal del derecho...*, *op. cit.*, p. 156, y es consecuencia natural de atribuir al contexto la importancia que tiene en la determinación del uso significativo de un término.

Mayores perspectivas de éxito tiene esta tesis si se vincula a las aplicaciones que imponen ineludiblemente la puesta a disposición de los fragmentos ya obtenidos de los archivos que los usuarios se encuentran descargando. En estos supuestos, podría aducirse con cierta convicción que el lucro patrimonial pretendido por el usuario radicaría precisamente en la posibilidad de hacerse gratuitamente con la misma obra que se ve obligado a compartir.

b) Por otra parte, la determinación de la efectiva presencia de ánimo de lucro patrimonial debe efectuarse en el caso concreto y a la luz de las circunstancias concomitantes. En este sentido, la expresión «ánimo de lucro» es un elemento típico de naturaleza descriptiva, de forma que su uso significativo no viene prefigurado por las normas civiles de propiedad intelectual. Por ello creo que no es determinante que el artículo 15.4.º del Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado el 20 de diciembre de 1996, establezca que «A los fines de este Artículo, los fonogramas puestos a disposición del público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales».

Esta presunción *iuris et de iure* se efectúa únicamente «a los fines» del propio artículo, que configura en su apartado 1.º el derecho de los intérpretes o ejecutantes a percibir una remuneración equitativa por la comunicación al público con fines comerciales de los fonogramas publicados. Esta previsión podrá, en su caso, determi-

nar que toda puesta de fonogramas a disposición del público a través de un sitio *web* o en el seno de una red P2P genere el derecho del intérprete o ejecutante a percibir una remuneración, pero en absoluto puede entrañar la atribución automática de ánimo de lucro al sujeto, sin mediar prueba suficiente de la persecución de un beneficio patrimonial con la conducta⁵⁰.

No obstante, como se dirá a continuación, esta pretensión de atribuir carácter patrimonial a toda puesta a disposición de obras del espíritu (y no sólo fonogramas) a través de sitios *web* o de redes P2P es susceptible de adoptar una presentación más plausible en el ámbito jurídico-penal, como la que sigue.

c) En este sentido, algunos autores que refieren el ánimo de lucro a un contexto patrimonial señalan explícitamente que la ventaja patrimonial no tiene por qué perseguirse en beneficio propio; antes bien, basta para que exista ánimo de lucro que el autor busque con su conducta la obtención de una ganancia patrimonial por un tercero⁵¹. Admitir esta tesis y, en

consecuencia, la posibilidad de entender concurrente el elemento típico subjetivo con la presencia de un ánimo de lucro exclusivamente ajeno, implicaría asumir la existencia de ánimo de lucro en todo *up-loading* no autorizado de obras protegidas, ya que este proceso propende —por su propia naturaleza y salvo supuestos de laboratorio, en los que el autor pretende únicamente fines de notoriedad o de manifestación política— a ofrecer al resto de usuarios la posibilidad de acceder gratuitamente a una obra por cuyo disfrute tendrían de otro modo que efectuar un desembolso patrimonial.

Sin embargo, con apoyo en principios tan caros al pensamiento penal como los de mínima intervención, lesividad e insignificancia, las resoluciones de nuestros Tribunales parecen asumir que el contexto del artículo 270 exige que a la conducta del sujeto activo se halle ligada una pretensión —por mínima que sea— de carácter no ya patrimonial, sino negocial o comercial, en los términos recogidos, por ejemplo, por el artículo 10 del Convenio de Budapest sobre el Cibercrimen, elaborado en el seno del Consejo de Europa y firmado

⁵⁰ Mucho menos cuando, a 15 de enero de 2002, la Unión Europea no ha depositado todavía el instrumento de ratificación del Tratado (en espera del transcurso del plazo estipulado para la transposición de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, que expiró el pasado 22 de diciembre de 2002) y otros Estados que sí lo han hecho (como Japón y E.E.U.U.) han efectuado notificaciones al amparo del artículo 15.3.º restringiendo los supuestos de aplicación del derecho de remuneración previsto en el apartado 1.º del precepto.

⁵¹ Así, BUENO ARÚS, «Los delitos relativos...», *op. cit.*, pp. 182 y ss., y GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas...», *op. cit.*, p. 9, quien se-

ñala que «incluso en la copia que se hace gratuitamente a un tercero concurre el ánimo de lucro, puesto que la liberalidad comporta una disposición patrimonial». La sentencia de 26 de septiembre de 1992 del Tribunal Supremo (RJ 1992\7356) entiende, no obstante, que no concurre ánimo de lucro en el autor de un plagio que cede a un tercero los (supuestos) derechos de propiedad intelectual derivados del plagio sin recibir cantidad alguna a cambio, caso en el que cabría haber apreciado ánimo de lucro ajeno (del tercero al que se ceden los derechos). Asimismo, la sentencia de 23 de mayo de 2000 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid (ARP 2000/1988) desestima la posibilidad de que la recaudación de un donativo destinado a una asociación cultural permita integrar el ánimo de lucro necesario para la tipicidad de una comunicación pública no autorizada.

por más de 30 Estados (entre ellos España) el 23 de noviembre de 2001⁵².

Esta propuesta interpretativa, que conduciría a excluir el ánimo de lucro ajeno o incluso el propio, pero ocasional, suele presentarse como corolario del carácter subsidiario y fragmentario que debe asumir la protección penal de la propiedad intelectual y que se aduce como justificación

⁵² El artículo 10 del Convenio establece la obligación de los Estados firmantes de adoptar medidas legislativas de incriminación de las infracciones de los derechos de autor y derechos afines cuando éstas se cometen intencionadamente por medio de un ordenador y a escala comercial (*on a commercial scale*). Puede consultarse el texto del Convenio en el sitio *web* del Consejo de Europa (www.coe.int). *Vid.* también M. LEZERTUA, «El proyecto de Convenio sobre el Cybercrimen del Consejo de Europa», en *Internet y Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

La práctica totalidad de resoluciones judiciales dictadas en España atienden precisamente a la existencia de una «infraestructura negocial» para determinar la existencia de ánimo de lucro. Pueden mencionarse a modo ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1992 (RJ 1992/1358), la sentencia de 12 de septiembre de 2000 dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Granada —venta ambulante— (JUR 2002\272314), la sentencia de 2 de septiembre de 2002 de la Audiencia Provincial de Teruel —venta y alquiler— (JUR 2002\262667), las sentencias de 19 de febrero y 17 de mayo de 2002 de, respectivamente, las Secciones 1.ª y 7.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla —venta— (JUR 2002\89083 y 2002\222790), la sentencia de 3 de octubre de 2001 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla —alquiler— (JUR 2002\107359), las sentencias de 15 de marzo, 8 de abril y 9 de mayo de 2002 de, respectivamente, las Secciones 1.ª, 6.ª y 15.ª de la Audiencia Provincial de Madrid —venta— (JUR 2002\230722, 2002\183487 y JUR 2002\207519), la sentencia de 10 de julio de 2001 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Madrid —alquiler— (ARP 2001\763); la sentencia de 22 de abril de 2002 de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona —venta ambulante— (JUR 2002\177051), la sentencia de 27 de septiembre de 2001 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria —venta ambulante— (JUR 2001\327959) y la sentencia de 14 de septiembre de 2001 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz —alquiler— (ARP 2001\663), entre otras muchas.

de la exigencia de un ánimo de lucro más intenso, ligado a infraestructuras comerciales y a la persecución de beneficios económicos de cierta entidad⁵³.

3.3. La ejecución de la conducta en perjuicio de tercero

Si la captación del uso que el artículo 270 del CP da a la expresión «ánimo de lucro» resulta dificultosa, mayor es la oscuridad del sentido de la exigencia de que la conducta se produzca «en perjuicio de tercero».

No obstante, no parece haber excesivo problema para aceptar que, de forma coherente con cuanto se ha venido diciendo sobre el contexto de la tutela penal de la propiedad intelectual en el CP vigente, el perjuicio debe ser de carácter patrimonial⁵⁴.

⁵³ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: "copias robadas"...», *op. cit.*, p. 75, nota al pie n.º 49; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, pp. 239 y ss. y López Garrido/García Arán, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, *op. cit.*, p. 140, quienes señalan que la exigencia de ánimo de lucro en el tipo básico «permite descartar los supuestos de bagatela, que integran una cuantiosa cifra negra que probablemente el mercado debe asumir como inevitable (las fotocopias de partes de libros por su usuario)». *Vid.* para este supuesto en particular ORTOS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos...*, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁴ En este sentido, la sentencia de 26 de octubre de 1999 dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (ARP 1999\4621) establece con rotundidad que «el perjuicio se configura indudablemente como un elemento que adquiere carácter crematístico, derivado de la vulneración del concreto derecho de explotación de que se trate». También GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, p. 241, y GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas...», *op. cit.*, p. 9. En contra, ARMEN-GOT VILAPLANA, «La piratería musical...», *op. cit.*, p. 4, y JORDANA DE POZAS, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia (Tomo II)*, Direcc. Conde-Pumpido Ferreiro, Trivium, 1997, p. 2948.

Ahora bien, el armazón de la expresión «en perjuicio de tercero» es una locución prepositiva («en perjuicio de») respecto de la que no sólo es controvertible cuál es la preposición a la que suple, sino que es incluso cuestionable que sustituya a una preposición específica.

Los autores que se han ocupado de la cuestión han sugerido tres formas diversas de entender la locución: i) como exigencia de que se produzca efectivamente un perjuicio patrimonial ajeno⁵⁵; ii) como elemento subjetivo del injusto, expresivo de la presencia de un ánimo, concurrente con el de lucro, dirigido específicamente a la producción de un perjuicio patrimonial ajeno⁵⁶; y iii) como condición objetiva de la conducta, que ha de ser idónea para la producción del perjuicio patrimonial, sin requerir que éste se produzca efectivamente y bastando con que el dolo del autor comprenda la lesividad potencial de la conducta⁵⁷.

⁵⁵ Es el caso de BUENO ARÚS, «Los delitos relativos...», *op. cit.*, p. 184; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 241, y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 174 y ss., quien precisa que el entendimiento objetivo de la expresión no supone afirmar en todo caso que el resultado ha de ser lesivo, pues cabe que éste consista en la producción de un peligro concreto o hipotético.

⁵⁶ Entre otros, JORDANA DE POZAS, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia (Tomo II)*..., *op. cit.*, p. 2947; JORGE BARREIRO, Comentario al art. 270, en *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 773 y LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, *op. cit.*, p. 140. GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual...», *op. cit.*, pp. 219 y ss., y *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, p. 2375, entiende que la estructura del tipo determina tanto la exigencia de un *animus nocendi* específico como la aptitud objetiva del hecho para producir el perjuicio.

⁵⁷ GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos...», *op. cit.*, p. 9.

La primera tesis —que la expresión «en perjuicio de tercero» supone la exigencia de producción efectiva de un perjuicio patrimonial ajeno— afronta objeciones de entidad, como la configuración como tipos de peligro de algunas de las conductas descritas en el artículo 270⁵⁸ o la ausencia de repercusión del perjuicio en la determinación de la pena⁵⁹. Por otra parte, a la tesis que exige la idoneidad lesiva de la conducta para el patrimonio de un tercero cabe oponer que el legislador se ha servido de términos de menor vaguedad en los artículos 282 y 290 del CP cuando se ha pronunciado en este sentido. Por último, el entendimiento de la expresión como elemento subjetivo del injusto puede conducir a la inaplicación del tipo, por cuanto el perjuicio que de la actividad se pueda derivar para el titular es algo que en muy contados supuestos será objeto de la intención directa del autor del delito y que en rarísimas ocasiones podrá ser objeto de prueba, a menos que se atenúe la tradicional exigencia de *animus* específico en los elementos subjetivos del injusto para admitir los supuestos de dolo eventual.

En la aplicación del precepto por nuestros Tribunales parece preponderante la

⁵⁸ Como la reproducción o el almacenamiento, en opinión de GIMBERNAT ORDEIG, «Otra vez: los delitos...», *op. cit.*, pp. 590 y ss., que recoge GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual...», *op. cit.*, p. 233, y GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

⁵⁹ GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos...», *op. cit.*, p. 9, si bien este mismo autor aduce la referencia del tipo agravado del artículo 271 b) del CP al «daño causado» como elemento contextual alusivo a la efectiva producción del perjuicio.

exigencia de un efectivo perjuicio al que, además, se reclama una entidad económica de cierta importancia. Así, la citada sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2001 (RJ 2001/2926) señala que el tipo penal exige la producción de un perjuicio económico penalmente relevante, tesis reiterada por la aún más reciente sentencia de 2 de octubre de 2002 (RJ 2002/9155) y apuntada o recogida en resoluciones como las citadas sentencias de 20 de junio de 1995 y 26 de octubre de 1999 dictadas, respectivamente, por las Secciones 10.^a y 3.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (ARP 1995/707 y 1999\4621), el Auto de 28 de mayo de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya (JUR 2002\215817), la sentencia de 10 de mayo de 2002 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (ARP 2002\593), la sentencia de 23 de octubre de 2002 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valencia (JUR 2002\7699), la sentencia de 7 de febrero de 2001 de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas (ARP 2001\24) y la sentencia de 27 de julio de 2000 de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria (ARP 2000\2437), entre otras⁶⁰.

Es precisamente este entendimiento objetivo de la expresión, en combinación con una interpretación teleológica que auspicia la restricción del ámbito típico

⁶⁰ No obstante, debe dejarse constancia de que otras resoluciones mantienen la tesis del elemento subjetivo, como la citada sentencia de 12 de septiembre de 2000 dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Granada (JUR 2002\272314), la sentencia de 6 de octubre de 2000 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (JUR 2001\8279) o la sentencia de 12 de junio de 2002 de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba (ARP 2002\520).

en virtud de los principios de lesividad y de mínima intervención, lo que está propiciando que los Tribunales, en resoluciones como las mencionadas, exijan para la tipicidad no sólo la constatación de un perjuicio patrimonial efectivo, sino de un perjuicio patrimonial de entidad relevante⁶¹, en ausencia del cual, la conducta deviene irrelevante para el Derecho penal.

Así las cosas, el entendimiento comercial-negocial del ánimo de lucro y la exigencia de una entidad económica relevante en el perjuicio pueden determinar que los supuestos corrientes de *up-loading* no autorizado de obras protegidas a través de aplicaciones P2P, sean considerados por Jueces y Tribunales supuestos de ilicitud meramente civil, que no justifican la intervención punitiva, conclusión que puede verse favorecida tanto por las características criminológicas de buena parte de los usuarios de estas aplicaciones (que en muchos casos son jóvenes cibernautas —incluso menores de edad— en los que no será frecuente observar pretensiones comerciales) como por el moderado perjuicio ocasionado individualmente por cada usuario.

No obstante, no cabe en absoluto descartar el triunfo de acciones penales dirigidas contra usuarios que destaquen por el número de obras puestas a disposición de los demás (lo que posibilita apreciar en su conducta la idoneidad para

⁶¹ O, por lo menos, de una potencialidad lesiva para incidir en el mercado (GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos,...», *op. cit.*, pp. 9 y ss.).

producir —o la efectiva producción de— perjuicios económicos penalmente relevantes), o bien contra usuarios que empleen un *down-loading* masivo para nu-

trirse de obras posteriormente destinadas al comercio ilícito (caso en el que no es, obviamente, de aplicación el límite del artículo 31.2.º de la LPI).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A.A.V.V., *Anuario de internet 2001. Evolución y desarrollo en España*, ed. de J.I. Alonso, Espasa, Madrid, 2001.
- A.A.V.V., *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22.ª ed., Madrid, 2001.
- ANDERSON, D., SETI@home, en *Peer-to-peer. Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology*, ed. de A. Oram, O'Reilly & Associates, Sebastopol (CA), 2001.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, «Delitos relativos a la propiedad intelectual: referencia al tipo básico del art. 270 CP», en *Revista Icade*, n.º 42, Madrid, 1997.
- ARMENGOT VILAPLANA, «La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial», *La Ley*, Año xxiii, n.º 5670, 5 de diciembre de 2002.
- ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS, «Protección penal de la propiedad intelectual», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas», en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- BOIX REIG/JAREÑO LEAL, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, Coord. Vives Antón, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- BUENO ARÚS, «Los delitos relativos a la informática», en *El Código Penal de 1995: Parte Especial*, CGPJ-Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1996.
- BUSCH, C., *La Protección Penal de los Derechos de Autor en España y Alemania*, Cedecs, Barcelona, 1995.
- CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual. Especial consideración al delito introducido en el Código Penal tras la reforma de 1987*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.
- DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, «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*, 1990.
- FERRÉ OLIVÉ, «Delitos contra los derechos de autor», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1991.
- GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995», en *Propiedad Intelectual. Aspectos civiles y penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995.
- GARCÍA RIVAS, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, «Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989.
- GIMBERNAT ORDEIG, «Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual», en *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, 1993.
- GÓMEZ BENÍTEZ-QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988.
- GÓMEZ SEGADE, «Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El

- Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del copyright», en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, «Napster: «copias robadas», responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en internet», en *Pe.i.*, n.º 6, septiembre-diciembre 2000.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 01-14 (1999), accesible en la dirección <http://criminnet.ugr.es>.
- GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal español, Tomo I* (Direcc. Cobo del Rosal), Marcial Pons, 1996.
- JORDANA DE POZAS, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia (Tomo II)*, Direcc. Conde-Pumpido Ferreiro, Trivium, 1997.
- JORGE BARREIRO, Comentario al art. 270, en *Comentarios al Código Penal*, Direcc. Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 1997.
- KAN, G., «Gnutella», en *Peer-to-peer. Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology*, ed. de A. Oram, O'Reilly & Associates, Sebastopol (CA), 2001.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- LANGLEY, A., «Freenet», en *Peer-to-peer. Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology*, ed. de A. Oram, O'Reilly & Associates, Sebastopol (CA), 2001.
- LATORRE, V. *Protección penal del derecho de autor*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- LEZERTUA, M., «El proyecto de Convenio sobre el Cybercrimen del Consejo de Europa», en *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001.
- LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Eurojuris, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ RUIZ, «La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal», en *La Ley*, Año xviii, n.º 4407, 31 de octubre de 1997.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MASSAGUER FUENTE, «La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva CE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador», en *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 199-200, 1991.
- MINAR, N.-HEDLUND, M., «A network of peers», en *Peer-to-peer. Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology*, ed. de A. Oram, O'Reilly & Associates, Sebastopol (CA), 2001.
- MORÓN LERMA, *internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, *La regulación de la red. Poder y Derecho en internet*, Taurus, Madrid, 2000.
- ORTS BERENGUER/ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- PLAZA PENADÉS, *Propiedad intelectual y Sociedad de la Información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- POLAINO NAVARRETE, «Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual», en *Poder Judicial. Monográficos. Nuevas formas de delincuencia*, n.º IX, 1988.
- POLAINO NAVARRETE, «Los delitos contra la propiedad intelectual en la reforma penal española», en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3.ª ed., Bosch, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, «Internet y Propiedad Intelectual», en *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2001.
- ROGEL VIDE, «Internet y Derecho de Autor», en *Derecho sobre internet*, BSCH (edición electrónica), 2001.
- ROGEL VIDE, «La copia privada de obras literarias y su régimen jurídico», en *Revista de Derecho Privado*, Febrero-1997.
- ROMEO CASABONA, «La protección penal del software en el Derecho español», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 35, Madrid, 1988.
- SERRANO GÓMEZ, «Napster y la propiedad intelectual: ¿una relación imposible?», en *Actualidad Civil*, n.º 31, agosto-septiembre 2001.
- SERRANO GÓMEZ, *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Civitas, Madrid, 2000.

SHIRKY, C., «Listening to Napster», en *Peer-to-peer. Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology*, ed. de A. Oram, O'Reilly & Associates, Sebastopol (CA), 2001.

SMITH, G.J.H., *Internet Law and Regulation*, Sweet & Maxwell, 3.ª ed., Londres, 2002.

SOTO NIETO, «Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual», en *Poder Judicial. Monográficos. Nuevas formas de delincuencia*, n.º IX, 1988.

VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Tecnos, Madrid, 1990.