



FACULTAD DE DERECHO

**RELEVANCIA PENAL DE LA
PUBLICACIÓN SIN AUTORIZACIÓN EN
INTERNET DE ENLACES A OBRAS
OBJETO DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

Autor: Ignacio Gargallo Vaamonde

5º E-3 B

Derecho Penal

Tutor: Javier Gómez Lanz

RESUMEN

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha supuesto un reto para el legislador en todos los ámbitos del Derecho. Las nuevas herramientas otorgan a los particulares la posibilidad de llevar a cabo comportamientos vulneradores de derechos, con un alcance sin precedentes y gran dificultad para ser perseguidos. En el caso de la propiedad intelectual el impacto ha sido devastador. El crecimiento exponencial de la piratería en los últimos años, el surgimiento de las redes *peer-to-peer* (P2P), el *streaming* y los enlaces a contenidos protegidos se han convertido en la actividad de muchas webs que se han lucrado de ello. Ante este incremento de conductas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual, el legislador ha reaccionado con una ampliación de las conductas recogidas por el tipo del artículo 270 del Código penal.

La actividad de las webs de enlaces a contenido protegido ha quedado libre de reproche penal durante muchos años, dada la divergencia de interpretaciones de los Tribunales acerca de si esta actividad constituía o no un acto de comunicación pública, y por la dificultad de apreciar el ánimo de lucro, al no vincularse este de forma directa con los contenidos que ponían a disposición de los usuarios, ya que en muchos casos el beneficio es obtenido de forma indirecta a través de la publicidad. La jurisprudencia comunitaria armonizadora en la materia, así como el cambio en el elemento subjetivo introducido por la última reforma del Código Penal, han tratado de aclarar esta problemática cuestión.

A lo largo del trabajo se analizará la protección que el Código Penal dispensa a los derechos de propiedad intelectual, así como la evolución de la misma, poniendo especial énfasis en la publicación sin autorización en internet de enlaces a obras objeto de la propiedad intelectual.

Palabras clave: Propiedad intelectual, enlaces, nuevas tecnologías, ánimo de lucro, elemento subjetivo, comunicación pública, contenidos protegidos, redes P2P, *streaming*.

ABSTRACT

New technologies development has supposed a challenge for the legislator in all areas of Law. This new tools have given individuals the possibility to carry out behaviors that violate the rights of third parties, with an unprecedented scope and great difficulty to be prosecuted. In the particular case of intellectual property, the impact has been devastating. The exponential growth of piracy in recent years, the emergence of peer-to-peer networks, streaming and links to protected content have become the activity of many websites that have profited from it. Consequently, with this increasing behavior that violates intellectual property rights, the legislator has reacted with an expansion of the conducts punished by the article 270 of the Criminal Code.

The activity of websites linking to protected content has been free of criminal reproach for many years, given the divergence of interpretations of the Tribunals on whether or not this activity constituted an act of public communication, and the difficulty of appreciating the mood of profit, as it was not linked directly with the contents that made available to users, since in many cases the benefit was obtained indirectly through advertising. Harmonizing European Union jurisprudence in this area, as well as the change in the subjective element introduced by the last reform of the Penal Code, has tried to clarify this controversial issue.

Across the present work, the protection that the Criminal Code dispenses to the intellectual property rights, as well as its evolution, will be analyzed, putting special emphasis on the internet publication of links to content object of the intellectual property.

Keywords: Intellectual property, links, new technologies, profit motive, subjective element, public communication, protected content, P2P networks, streaming.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. TIPICIDAD	10
3. TIPO OBJETIVO	15
3.1 Sujetos y objeto material del delito	15
3.2 Conductas típicas.....	19
3.2.1 Reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente o de cualquier otro modo explotar económicamente	21
3.2.2 Ilícitos cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información. Persecución de las webs de enlaces a contenido protegido ..	28
3.2.3 Venta ambulante.....	36
3.2.4 Exportación, almacenamiento e importación de contenidos protegidos	38
3.2.5 Medidas tecnológicas: actos de modificación, de eliminación, de elusión y de facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección.....	39
3.2.6 Instrumentos concebidos o adaptados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de las obras	39
4. TIPO SUBJETIVO.....	41
5. TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 270 CP	47
6. CONCLUSIONES.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	55

LISTADO DE ABREVIATURAS

- CP: Código Penal.
- LPI: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE 22 de abril de 1996).
- LSSIC: Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (BOE 12 de julio de 2002).
- Peer-to-peer: P2P.

1. INTRODUCCIÓN

La creciente preocupación desde el punto de vista político-legislativo por el incremento en el número de infracciones a la propiedad intelectual a nivel global, ha llevado a los diferentes legisladores a plantear nuevas vías y métodos más eficientes de protección en este ámbito. Los delitos relativos a la propiedad intelectual se erigen actualmente como una de las áreas de mayor interés, tanto en cuanto a su elaboración dogmática como su interpretación y aplicación desde la perspectiva penal.

El desarrollo de las tecnologías e Internet ha planteado extraordinarios desafíos a la protección en general de la propiedad intelectual, y penal, en particular, que obligan a una constante actualización del cómo, cuándo y cuánta protección debe dispensarse. Las nuevas tecnologías han permitido que cualquier persona pueda realizar infinitas copias de casi cualquier obra, a coste muy reducido y sin una infraestructura complicada, y difundirlas a nivel global en cuestión de segundos. De esta forma, se apreció la insuficiencia de la regulación civil para sancionar estas conductas, llevando al legislador a sancionarlas también desde el Derecho Penal. Así, es importante delimitar los ámbitos de regulación de cada rama del Derecho que trata la Propiedad Intelectual para evitar el castigo de una misma conducta por diferentes vías. Lo cierto es que la convivencia de diferentes ámbitos de regulación suele llevar a numerosos problemas en la práctica jurisdiccional, por lo que es importante conocer el alcance, características y delimitación de la regulación penal en este ámbito (Simon Altaba, 2014, pp. 200-215).

También es importante resaltar la reacción por parte de la sociedad ante la protección de la propiedad intelectual y la falta de reproche ante comportamientos infractores de la misma, realizados sin conciencia de ilicitud por gran parte de la población. Al no condenarse estas conductas socialmente, y ante la dificultad de castigar este tipo de comportamientos, por los medios que se emplean para llevarse a cabo, el legislador debe poner especial atención a la hora de regular esta materia, para evitar una reacción social adversa ante nuevas modificaciones de la norma.

En cuanto a definiciones de conceptos relacionados con la Propiedad Intelectual tendrá gran relevancia la legislación civil preexistente, siendo necesario en numerosas

ocasiones acudir a la misma para integrar el tipo y obtener una visión completa de la regulación penal en la materia.

El Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE 22 de abril de 1996) (en adelante LPI), establece en su artículo 1 que: “La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación”. En este artículo se establece quién es el sujeto que ostenta dicho derecho, así como el poder que el ordenamiento jurídico le atribuye sobre la obra o creación que ha producido. Más allá, en su artículo 2, ofrece una concepción de la propiedad intelectual como “integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley”. Se aprecia en este precepto una concepción dualista, según la cual la propiedad intelectual atribuye tanto facultades de tipo personal, relativas a los intereses intelectuales o morales sobre su obra, como patrimonial, consistente en su componente económico (Muñoz Conde, 2015, p. 496). Este derecho, a la par patrimonial y moral sobre la obra del intelecto, como creación ideal, se concibe como *propiedad especial*. Sin embargo, sobre el objeto material concreto, ya sea el libro, disco o soporte físico de la obra, como cosa corporal que es, recae un derecho de propiedad ordinario. El *corpus mysticum* es la creación intelectual y el *corpus mechanicum* su soporte material (O’Callaghan, 2006, p. 580).

Al igual que sucedió en su momento con la propiedad industrial, la regulación relativa a la propiedad intelectual ha experimentado un cambio de orientación en su régimen privativo. Las sucesivas reformas, tanto en el ámbito penal como en otros, han sido consecuencia, casi todas ellas, de la necesidad de adaptación del Derecho español a normativa comunitaria, surgida de las innovaciones de los derechos de autor ante las nuevas tecnologías de producción, difusión, reproducción y almacenamiento (Queralt Jiménez, 2015, p. 592). Las nuevas tecnologías han exigido una regulación actualizada a los problemas emergentes, con un sistema legislativo que ha reaccionado tarde, en general, a estos cambios y, en ocasiones, de forma poco eficiente y desafortunada.

A lo largo del trabajo se realizará un análisis del tipo penal del artículo 270 CP, incluyendo la modalidad agravada del artículo 271 CP, siguiendo para ello *el sistema*

finalista propugnado por Welzel, que acude a bases metodológicas que de partida retornan a un concepto prejurídico, ontológico, de la acción como sustento del delito. Además, defiende la necesidad de ubicar el dolo y la culpa en el tipo y en la antijuridicidad; esto es, de admitir un injusto personal (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 191). El foco de atención se pondrá en el tipo objetivo y subjetivo del art. 270 del Código Penal, con especial atención a las webs que proveen enlaces a contenidos objeto de la propiedad intelectual.

El trabajo se estructura por tanto, y siguiendo esta corriente, en los siguientes apartados:

- Tipicidad: Conjunto de presupuestos que dan lugar a una consecuencia jurídica. El fundamento de la tipicidad reside en el bien jurídico protegido, que se analizará en profundidad, al ser lo concretamente protegido por la norma penal.
- Tipo objetivo: Condiciones objetivas de penalidad. Dentro de este apartado se analizará el tipo básico del artículo 270, las conductas que en él se contienen, los sujetos del delito, y el objeto material del mismo.
- Tipo subjetivo: Se prestará especial atención al cambio introducido por la última reforma llevada a cabo en 2015, y a la discusión doctrinal y jurisprudencial previa en relación a este elemento. Además, se expondrá las diferentes corrientes doctrinales respecto a la naturaleza del delito.
- Tipo agravado: Análisis de las circunstancias agravantes del artículo 271 CP.

A lo largo de todo el trabajo, se hará especial hincapié en la relevancia penal de las webs de enlaces a contenido protegido, incluyendo un apartado específico dedicado a estas conductas concretamente. La mayor discusión en torno a estas webs reside en el elemento subjetivo del tipo, principalmente, y en la disparidad existente en la doctrina y jurisprudencia en su consideración como acto de comunicación pública y la posibilidad de englobarla en el artículo 270 CP. En esta materia tendrá especial relevancia la última reforma operada por las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015) que, en principio, zanja la discusión jurisprudencial y doctrinal en relación con las webs de enlaces, mediante la modificación del elemento subjetivo del injusto, que pasará de ser el ánimo de lucro a “un beneficio económico directo o indirecto”. Tras analizar la nueva regulación, se examinará su bondad desde el punto de

vista de política criminal, así como su adecuación técnica y seguridad jurídica que consigue, tratándose estos aspectos en la conclusión.

Para lograr todo ello, se realizará una revisión de libros, jurisprudencia, legislación, monografías y artículos cuya búsqueda se llevará a cabo a través de bases de datos jurídicas (Aranzadi, El Derecho y Tirant-Online), Google Scholar, EBSCO y la biblioteca de la universidad, así como su repositorio; a partir de la información recogida, se analizarán los diferentes puntos del trabajo, incluyendo aportaciones y deducciones personales en base a dicha información recolectada.

2. TIPICIDAD

En primer lugar, y con el objetivo de ubicar este apartado, conviene ofrecer una definición de lo que se entiende por tipicidad. En la teoría general del delito se define el tipo como el conjunto de presupuestos que dan lugar a una consecuencia jurídica (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 251). Esta concepción general del tipo se desdobra, a su vez, en diferentes acepciones existentes del término “tipo”. Así, encontramos el tipo del delito, de la culpabilidad, de lo injusto y el legal, teniendo todos ellos en común el constituir los presupuestos para que una conducta se considere delito, culpable, contraria al ordenamiento jurídico-penal o típica, según desde la perspectiva que se analice.

Se constituye así el tipo como elemento esencial para dar exacto cumplimiento al principio de legalidad, que Zárata Conde (2015, p. 77) define de la siguiente manera: “Este principio consiste en la sumisión del Derecho Penal a la ley, de modo que nadie puede ser castigado sino por hechos definidos como delito o falta en una ley anterior a su perpetración, ni imponérsele penas distintas de las contenidas en dicha ley”, y como elemento descriptivo de las conductas penalmente relevantes. Esta vinculación puede deducirse de los arts. 1.1 y 10 CP, siendo la tipicidad consecuencia lógica del principio de legalidad. Tal como afirma Rodríguez Mourullo, resulta ser “el precipitado técnico del principio de legalidad” y responde al viejo aforismo latino “nullum crimen sine lege” (Zárata Conde, 2015, p. 175). Los delitos son actos típicos, lo que quiere decir que están legalmente descritos en tipos, y se constituye así la tipicidad como consecuencia máxima del sometimiento del Derecho penal al principio de legalidad (Quintero Olivares, 2015, p. 290).

Así, solo pueden considerarse típicas las conductas que reúnen los diferentes elementos que constituyen el tipo, sin posibilidad de extrapolarse más allá de estas conductas descritas. La problemática reside en la interpretación que de estos tipos hacen los jueces y tribunales, pudiendo dar lugar a conflictos si interpretaciones divergentes causan la inclusión o exclusión de determinadas conductas. El tipo penal concreto que se va a analizar es el del art. 270 CP, y el subtipo agravado del art. 271 CP, referente a los delitos contra la propiedad intelectual, y se verá que la divergencia entre la

jurisprudencia será un conflicto muy importante de cara a analizar la relevancia penal de la actividad de las webs de enlaces a contenido protegido.

El fundamento de la tipicidad reside en el bien jurídico protegido, ya que la protección del bien jurídico constituye la razón por la que el legislador decide castigar penalmente una determinada conducta, siendo así una cuestión propia de la política criminal. Respecto a la definición del bien jurídico protegido, pueden distinguirse dos grandes orientaciones doctrinales. Las primeras, las concepciones teleológico-formales, contemplan la norma y las categorías de la teoría del delito desde las consecuencias, esto es, desde la pena. Así, si el Derecho penal tiene como razón la tutela de las funciones y expectativas sociales contenidas en las normas, el concepto de bien jurídico se identifica con estos fines, entendiéndose como aseguramiento de las expectativas normativas, y por tanto sin función de tutela ni límite. En el lado contrario, las nuevas formulaciones materiales conectan la idea de bien jurídico protegido con los fines del ordenamiento jurídico y con la política criminal (corriente teleológico-material), mientras que otros la conectan con los fines plasmados en la Constitución (tesis constitucionalistas) (Orts Berenguer y González Cussac, 2011, p. 219). Con el objetivo de ofrecer una mejor comprensión podría decirse que los bienes jurídicos se identifican con todos aquellos derechos e intereses individuales y colectivos que el legislador considera merecedores de protección penal, de acuerdo con una determinada política criminal.

Toda la regulación relativa a la propiedad intelectual encuentra su base y sustento en el artículo 20.1 b) de la Constitución de 1978 (en adelante CE), que establece el “derecho a la producción y creación, literaria, artística, científica y técnica”, enmarcada dentro de la libertad de expresión, y que protege a todo aquel que crea, independientemente del medio que utilice para ello. Este derecho reconocido en la Constitución, sin embargo, se ubica más en su dimensión moral, de forma que solo puede lesionarse mediante coacciones o amenazas, y no en su vertiente patrimonial o socioeconómica. Así, queda lejos de justificar la intervención del Derecho Penal en la materia, que responde más a criterios de política criminal.

En la materia concreta que nos ocupa, será el Código penal de 1987 el primero en referirse de forma expresa a la propiedad intelectual. Antes de esta norma, este tipo de

delitos se regulaban con una ley penal en blanco. Únicamente en el artículo 534 de esta ley se trata el aspecto moral del derecho de autor, desplazándose el ánimo de lucro fuera de éste y estableciéndolo como un agravante. Sin embargo, el Código Penal de 1995 modificó esta visión e hizo relevante la dimensión patrimonial de estos delitos. De esta forma, se exige ánimo de lucro como elemento necesario para la existencia del delito, si bien no requiere la producción de un daño efectivo a terceros. De ahí su inclusión en los delitos contra el patrimonio y su carácter complementario a la LPI de 1996 (Castiñeira Palou y Robles Planas, 2007). Este elemento subjetivo, el ánimo de lucro, será una de las cuestiones que más discusión y falta de uniformidad provocará en la jurisprudencia durante muchos años.

Por otro lado, es necesaria una remisión al art. 10 LPI para definir correctamente el bien jurídico protegido: “Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”. De este artículo se deduce una cuestión fundamental, que el objeto de la propiedad intelectual es la obra creada. Por otra parte, los derechos que engloba la propiedad intelectual pueden clasificarse según su naturaleza en derechos morales, referidos a la forma de divulgación y reconocimiento de autoría, y derechos de explotación, eminentemente patrimoniales. Al poseer esta dualidad, se origina una discusión doctrinal en torno a la identificación del bien jurídico protegido, surgiendo dos corrientes principales. Así, por un lado, están aquellos que conectan la protección de los derechos morales con el derecho fundamental a la creación recogido en el art. 20 CE, como Ferré (1991), Quintero Olivares y Roldán (1988), entre otros. Esta corriente se denominará personalista, y destaca que los derechos de autor van más allá de un mero derecho de propiedad. En palabras de Ollero Tassara (p. 125, 1988):

Ser autor llevaría consigo derechos de alcance aun mayor que el mero aprovechamiento de unas posibilidades de explotación nada depreciables sin duda. El marco de la propiedad resulta estrecho al profundizarse en la honda dimensión personal que la creatividad lleva consigo.

Son derechos personales del autor, unidos a él de forma permanente y que son inalienables e irrenunciables. Conforme a la LPI, estos derechos son: derecho a retirada

del comercio, acceso al ejemplar único de la obra, derecho de divulgación, a la integridad de la obra, de paternidad, y de modificación de la obra.

Por otra parte, encontramos a quienes consideran que ambos tipos de derechos, tanto los morales como los de explotación, se refieren a la obra ya creada y no a la libertad de crearla, vinculándose así su protección con el derecho de propiedad del art. 33 CE (García Rivas, 2012, p. 416). Esta corriente es seguida por autores como Muñoz Conde, Queralt Jiménez, García Alberto o Gimbernat Ordeig. Dentro de esta corriente encontramos desde posiciones absolutamente patrimonialistas (Queralt, Ramos, López Barja) a posiciones predominantemente patrimonialistas (Muñoz Conde, Barreiro) y mixtas (Conde-Pumpido Ferreiro). Esta última corriente patrimonialista será la mantenida en el presente trabajo, en base a la ubicación sistemática de estos delitos y las declaraciones recogidas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre 155/1985 (Aranzadi):

El derecho de autor no es un derecho de la personalidad porque carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor y conlleva la necesidad de la exteriorización puesto que se crea o produce arte para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquéllos a los que se exterioriza -público, adquirente, receptores- el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material».

Se entiende así el art. 20 b) CE como el derecho a la autoría, es decir, dentro de la libertad intelectual; mientras, el derecho de autor como tal no es un derecho potencial sino que recae sobre la obra ya creada, más asemejado al derecho de propiedad, que será el derecho protegido por la norma penal.

Sin embargo, sí se aprecia un aspecto del derecho moral abarcado por la propiedad intelectual, referido a la relación entre el autor y su obra, la defensa de su integridad, que no se identifica ni con el derecho constitucional ni con un derecho de carácter patrimonial. El art. 270 protege este derecho a la paternidad del autor sobre su obra al sancionar el plagio, que es la negación de este derecho, con un contenido superior al meramente patrimonial. Ahora bien, este derecho se ve limitado por los plazos de caducidad del art. 23 LPI. (Muñoz Conde, 2010, p. 492). Sin duda alguna, los derechos de explotación económica, que son los que defiende en esencia el Derecho penal en esta materia, tienen un carácter patrimonial; incluso, una vez enajenados, pueden pertenecer

a una persona distinta de su propio autor. Este carácter patrimonial ha cobrado más fuerza conforme se han producido las sucesivas reformas de la norma penal relativa a la propiedad intelectual. Así, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 8/2015 de 21 diciembre 2015 (El Derecho):

[...] El art. 270.1 ha incorporado como conducta típica la explotación, le ha añadido el calificativo de económica. La inclusión expresa de esta cualificación, relacionada con la circunstancia de que los derechos de explotación -frente a los derechos morales- tienen siempre un contenido patrimonial, no puede ser obviada ya que va a determinar la significación que ha de darse no solo a la explotación, como género, sino también a la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, como especies.

El elemento subjetivo del tipo será así definitorio del carácter patrimonial de la propiedad intelectual en el Derecho penal, al exigirse bien ánimo de lucro (requisito exigido antes de la reforma de 2015), bien un beneficio económico directo o indirecto.

Los delitos contra la propiedad intelectual se ubican en la sistemática del Código Penal dentro de las infracciones contra el patrimonio, como delitos contra el orden socioeconómico, dando mayor fuerza a esta postura que defiende la naturaleza patrimonial de la protección dispensada por el Derecho penal, acentuada aún más con la última reforma del texto legal, incluyendo la expresión “de cualquier otro modo explote económicamente”. Todo ello será muy relevante a la hora de analizar la relevancia penal de las webs de enlaces a contenido protegido, ya que esta visión patrimonialista determinará el castigo de determinados autores y la impunidad de otros.

Definido ya el bien jurídico protegido por la norma penal, se pasan a analizar los diferentes elementos que constituyen el tipo. Estos elementos se dividen en el tipo objetivo y el tipo subjetivo, que se estudian en los siguientes apartados.

3. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo queda constituido por todos aquellos elementos que constituyen la parte objetiva de los tipos penales. Los elementos objetivos son aquellos externos al sujeto, más allá de sus intenciones; en contraposición a estos se encuentran los elementos subjetivos, aquellos referidos a las intenciones del sujeto, a su mundo interior (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 258-259).

Así, dentro del tipo objetivo, se pueden diferenciar diferentes cuestiones, que se abordarán en los siguientes apartados: el objeto material del delito y los sujetos, y las conductas típicas.

3.1 Sujetos y objeto material del delito

Dentro de los sujetos encontramos una distinción primaria entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. El sujeto activo es aquel que realiza la acción en sentido amplio: el comportamiento, la conducta. Este sujeto podrá ser una persona física o una persona jurídica (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 260). El sujeto pasivo, por otro lado, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, es decir, el agraviado por la conducta del sujeto activo.

El objeto material se define como la persona o cosa sobre la cual recae la acción típica. El Código Penal protege a través del art. 270 las obras literarias, artísticas y científicas, frente a diferentes acciones, como se deduce de la redacción de su apartado primero:

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

Del presente artículo pueden extraerse diferentes elementos del tipo: conductas típicas (ampliadas por otros apartados del mismo artículo), sujetos, elemento subjetivo y objeto material. Se parte así del análisis del objeto material protegido por la norma penal.

Para el intérprete, el primer problema reside en la delimitación de ese objeto, ya que de su definición se derivará el establecimiento de los sujetos del delito. El objeto material lo constituyen las obras literarias, artísticas o científicas, o su transformación, interpretación o ejecución, cualquiera que sea el soporte en que se comuniquen (Suárez-Mira Rodríguez, 2011). Sin embargo, pese a la facilidad de delimitación de este objeto material, la LPI no ofrece un concepto claro de lo que debe considerarse obra literaria, artística o científica, ni cierra la protección a otras obras, sino que establece éstas como “entre las protegidas”. Ello puede deberse a la falta de precisión en las fronteras consustancial a esos conceptos, siempre condicionados por componentes subjetivos, y dando lugar, en consecuencia, a cierta inseguridad jurídica. Sin embargo, trata de corregir esta situación poniéndose el centro de atención en unos criterios determinados legalmente, que serán los que determinen la calificación de la obra; la originalidad y carácter artístico, literario o científico de la misma.

En esta delimitación del objeto material del delito, destaca la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 enero 11/2002, FJ 3º (El Derecho):

Señala la doctrina científica (Rodrigo Bercovitz, Rodríguez-Cano –Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, segunda edición, Tecnos 1997, pág. 158–), que la función de este precepto es determinar qué se entiende por obra literaria, artística o científica, puesto que éstas constituyen el objeto de la propiedad intelectual (art. 1), a los efectos de protección de la Ley. Lo que no tiene necesariamente que coincidir con lo que pueda ser considerado como obra desde un punto de vista distinto y, concretamente, desde el punto de vista del arte, de la literatura y de las ciencias. Aquí no se trata de definir lo que es una obra de arte literaria o científica, sino lo que es una obra susceptible de protección por la Ley, es decir, lo que es el objeto de la propiedad intelectual o del derecho de autor»; y Delgado Porras, en su libro Panorámica de la Protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual (Cuadernos Civitas), dice al respecto, pg. 115; “Por obras literarias, artísticas o científicas (y dentro de este concepto caben sus “transformaciones”) se entienden las producciones intelectuales que reúnan requisitos de creatividad, originalidad y concreción de forma.

También señala esta sentencia la importancia de tener presente el principio de mínima intervención, destacando que la protección de los derechos de la propiedad intelectual se hace desde una triple vertiente civil, penal y administrativa. Así, debe reservarse la intervención del Derecho penal a aquellas conductas especialmente graves, atendiendo a su entidad objetiva y subjetiva.

Otras sentencias, como la del Tribunal Supremo de 2 de abril 529/2001, señalan que el objeto concreto es “La exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia leal en el mercado”. Se destaca así el carácter patrimonialista de la protección dispensada por el Derecho penal a la propiedad intelectual.

Así, pueden identificarse diferentes criterios, como exponen las diferentes posturas, para considerar una obra como objeto de protección. A partir de estos criterios, el Tribunal fijará la existencia o inexistencia en cada caso de ese elemento básico del tipo.

Analizado el objeto material de estos delitos, deben establecerse quiénes son los potenciales sujetos del mismo. Por un lado, el sujeto activo puede ser cualquiera, tratándose de un delito común. Es discutible la posibilidad de aplicar en la participación los artículos 27, 28, 29 y 30 del CP. Quintero Olivares estima que en los casos de uso de medios mecánicos de difusión podría entrar en juego el precepto del artículo 30, posición compartida por Gimbernat, para quien la regla general será la de acudir a los supuestos comunes, pero aplicando el artículo 30 en los de plagio. López Borja de Quiroga entiende, por contra, que se deben aplicar siempre las reglas generales. En cada una de las conductas típicas señaladas en el artículo y en cada caso concreto, se deberán determinar los sujetos que intervienen en la realización del ilícito y la posibilidad o no de imputarles responsabilidad. Así, por ejemplo, en el caso de las webs de enlaces a contenido protegido, de entre los intervinientes habrá algunos que podrán recibir reproche penal y otros que o bien no serán responsables de ninguna forma o lo serán por vía administrativa o civil.

Por parte de los sujetos pasivos, encontramos un amplio catálogo de sujetos potenciales cuyos derechos pueden verse atacados por diferentes conductas de los sujetos activos. En primer lugar, el sujeto pasivo ha de ser el titular de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. Respecto a los titulares de derechos conexos (artistas,

intérpretes, ejecutantes, etc.) también ha de reconocérseles, en la medida en que estén protegidos por la LPI, una idéntica tutela. Lo mismo habrá que concluir en los casos de cotitularidad de una obra. (Suárez-Mira Rodríguez, 2011).

Debe destacarse en este punto la distinción entre víctima y perjudicado. A modo ejemplificativo, cuando se produce el plagio de una novela, la víctima inmediata es su autor (sujeto pasivo), pero también se verá perjudicado su editor. Así, éste también intervendrá en el proceso ejercitando la acción civil que le corresponde, salvo que hubiera cedido en exclusiva su autor los derechos de la obra, caso en el que el cesionario también podría ejercitar la acción penal. La relación entre los sujetos engloba, entre las víctimas, a los autores de obras, los intérpretes y ejecutantes, y los cesionarios de derechos de autores e intérpretes, aun cuando el cesionario no pueda gozar del tratamiento propio de los autores, pues parte de los derechos de éstos son en todo caso intransferibles (arts. 48 y ss. LPI). Otras personas podrán ser protegidas por la LPI, que reconoce sus derechos, y de las acciones que ésta les concede, pero no a través del Derecho penal (Quintero Olivares, 2008).

Así, deberá determinarse en cada caso quiénes son los sujetos que gozan de protección penal y cuáles de ellos ostentan una acción civil para proteger sus derechos. En general, dentro de los sujetos pasivos de los delitos contra la propiedad intelectual, destaca como figura central el autor, como creador de la obra que será quien ostente el derecho a su explotación económica. Este derecho, dada la perspectiva patrimonialista de la normativa penal en esta materia, será el que gozará prioritariamente de protección penal. Así, encontraremos como sujeto pasivo al autor o autores o al cesionario que hubiere adquirido en exclusiva los derechos de explotación económica sobre la obra. Además de las obras literarias, artísticas o científicas, el art. 270.1 CP ha incorporado, tras la última reforma, las prestaciones. No existe en la legislación civil una definición específica de lo que haya de entenderse por prestación, si bien la doctrina coincide en que debe identificarse este concepto con los derechos afines reconocidos en el Libro II de la LPI; éstos son distintos a los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, atribuidos al autor o a sus cesionarios, sobre sus creaciones (Tomás-Valiente, p. 854, 2015).

La inclusión de las prestaciones zanja la discusión doctrinal en torno a si se encontraban o no amparados por el antiguo art. 270.1 CP derechos diferentes a los del propio autor.

Si bien bajo la antigua redacción era posible extender la protección a los derechos emergentes de la transformación, interpretación o ejecución artística. A pesar de ello, existían voces disidentes en cuanto a esta posición.

En el caso concreto de las webs de enlaces a contenido protegido, estas se materializan comúnmente en redes peer-to-peer (P2P). Éstas consisten en una red de ordenadores en la que determinados aspectos funcionan a través de una serie de nodos, sin clientes ni servidores fijos. Estos nodos actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos. Así, permiten el intercambio de todo tipo de archivos entre los sistemas que se encuentran conectados a dicha red; consecuentemente, facilitan enormemente las infracciones a los derechos de autor, específicamente de reproducción y distribución (Claro, G., y Burr, M. 2005). Dentro de las mismas, encontramos diferentes sujetos susceptibles de ser responsables criminalmente: Los creadores del software del sistema P2P que permite que la red funcione; los titulares de las webs donde se recogen de forma organizada y con objetivo claro hipervínculos que automatizan la descarga por parte del usuario; los denominados *uploaders*, que proporcionan contenido al sitio web; y los mismos usuarios que se benefician de este servicio para acceder gratuitamente a obras protegidas. Habrá que ver posteriormente si es posible o no imputar responsabilidad a estos diferentes sujetos intervinientes, esto es, si su conducta puede subsumirse en los comportamientos descritos en el tipo penal.

3.2 Conductas típicas

Es necesario, en primer lugar, definir el concepto de acción, ya que todo tipo penal necesita de una acción humana como sustrato sobre el que se desarrolla. En Derecho Penal, pueden encontrarse tres acepciones principales de la palabra acción. En sentido amplio, se utiliza como equivalente a conducta y comprende entonces tanto la actividad como la pasividad del ser humano. En un sentido algo más estricto, se entiende como equivalente a actividad, incluyendo tanto la actividad con resultado como la pura actividad sin resultado. Por último, en sentido estricto la palabra acción equivale a actividad y entonces se trata de la mera actividad externa sin resultado (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 201-202). En el presente trabajo se toma la

acción en sentido amplio, englobando así tanto la actividad como la pasividad del sujeto.

Dentro de las conductas típicas, encontramos diferentes órdenes de comportamiento recogidos por el tipo del art. 270 CP. Es de destacar un punto en común de todas estas actividades, el hecho de que serán típicas solo en el caso de que no se haya producido autorización por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual para la explotación de una determinada obra o contenido en que se materializa. En caso de existir esta autorización, y en la medida en que la conducta realizada no sobrepase su contenido, las conductas no serán típicas y, por tanto, no recibirán reproche penal. Es más, de darse autorización del titular de los derechos de autor, no habrá siquiera responsabilidad civil. Ahora bien, la autorización debe ser escrita (art. 45 LPI), por lo que siempre deberá ser expresa. No se admite en ningún caso, por tanto, que la cesión sea tácita; a la hora de probar, si se discute, podrá emplearse cualquier medio de prueba. Si no se menciona un límite de tiempo, no podrá exceder los cinco años (art. 43.2 LPI); asimismo, se entiende limitada al país en que se ha otorgado, salvo que se disponga otra cosa (Queralt Jiménez, 2016, p. 599). Cabe mencionar, sin embargo, que existen algunas excepciones recogidas en la LPI, como por ejemplo las citas o inclusiones parciales en obras de carácter docente o investigador (art. 32 LPI). Otros autores, sin embargo, opinan que este requisito formal es irrelevante desde el punto de vista penal, justificándose en base a la finalidad exclusivamente protectora de los derechos económicos de los sujetos pasivos y no de los meros derechos morales o puramente formales que dicha persona posee; además, resultaría contradictorio con el hecho de que la regulación civil determina que la ausencia de formulación escrita no supondrá que la misma no exista o sea nula, sino que simplemente dará derecho al cedente a resolver el contrato, por lo que la autorización será válida mientras la misma no se revoque (Galán Muñoz, 2016, p. 776). Puede desprenderse de ello que el consentimiento o autorización que determinarían la atipicidad podría ser tanto tácita como escrita o expresa, si bien la dificultad de la prueba en el primer caso será considerablemente mayor. Se procede a continuación al análisis de cada una de las conductas descritas en el tipo.

3.2.1 Reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente o de cualquier otro modo explotar económicamente.

Estas actividades atentan contra el bien jurídico protegido, el derecho de explotación económica del sujeto activo, englobado dentro de la propiedad intelectual. La única conducta que se refiere en cierto modo a los derechos morales será el plagio que, sin embargo, se regula con el objetivo específico de proteger los derechos económicos del titular, atendidas las restantes condiciones exigidas por el tipo. Como se dijo *supra*, las conductas típicas vienen muy condicionadas por el elemento subjetivo del tipo, y el plagio será una de ellas, al necesitar de la búsqueda de un beneficio económico directo o indirecto para constituirse como conducta típica, dejando a un lado el mencionado derecho moral del autor. Si hubiere un plagio de una obra pero no con intención de obtener un beneficio de este plagio, la legislación penal no intervendría, destacándose así la naturaleza patrimonial del bien jurídico protegido. Debe recordarse en este punto el principio de mínima intervención penal, que implica que el Derecho penal solo debe castigar los ataques más graves al bien jurídico protegido.

Para la definición de las diferentes actividades enumeradas por el tipo es necesario acudir a la legislación civil, al no ofrecer la normativa penal concreción alguna de las mismas. Así, pueden definirse las conductas típicas de la siguiente manera

- Reproducción (art. 18 LPI): “Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”. Consiste por tanto en fijar un soporte para la obra protegida que permita su transmisión. Esta definición legal permite la inclusión de actividades de carga y almacenamiento de obras protegidas digitalizadas en ordenadores, fijando un soporte que permite posteriormente la obtención de copias. Al hablar de la conducta, define la misma y concreta que debe permitir la comunicación u obtención de copias, abarcando tanto la reproducción efectiva, dando soporte y posteriormente comunicando las copias, como potencial, al permitir dicha comunicación y obtención.

En el ámbito de internet, los procesos, al ser inmateriales, suponen determinadas peculiaridades. Se puede obtener una copia a través de la descarga ilícita del archivo en

el ordenador directamente o puede accederse a este a través de ordenadores conectados en la red. Presenta así dos perspectivas, la del oferente del programa y la del receptor del mismo. En este último caso, el usuario tiene la posibilidad de acceder a programas sin ostentar licencia de diversas formas, a través de webs o por programas para compartir archivos en la red, facilitando el acceso al disco duro de otros usuarios, incluso pudiendo acceder al programa sin necesidad de descargarlo.

En estas situaciones, la reproducción del archivo o programa se producirá si el contenido se carga en un ordenador o servidor, adquiriendo autonomía respecto a la copia original, sin ser necesaria ninguna circunstancia más para entenderse perfeccionada la conducta. En cualquier caso, pese a producirse la reproducción, la conducta deberá reunir los restantes elementos del delito para considerarse típica (Mata y Martín, 2016, p. 395).

Desde el punto de vista del oferente, este pone a disposición de los usuarios estos contenidos protegidos para la posible copia de quienes accedan al mismo. Se trata por tanto de una mera puesta a disposición, en este punto del análisis, sin contar con la autorización del titular de los derechos, de contenidos a favor de terceros. Es pues complicado subsumir esta conducta en la reproducción, dado que no se da esa autonomía entre la copia y el programa, ya que simplemente lo hace accesible, sin reproducirlo propiamente. A lo sumo podría considerarse un acto preparatorio, que no encuentra reproche penal en cuanto a la reproducción.

- Plagio: Esta conducta no es definida por la LPI, por lo que se ofrece la definición de lo que la Real Academia Española establece como plagio, esto es, “*copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias*”. Esta conducta, sin embargo, ha perdido relevancia en los últimos años, a diferencia de otras conductas que se han visto potenciadas con la aparición de Internet. Esta conducta presenta dos vertientes: Por un lado, el atribuirse la autoría de una obra creada originalmente por otro, poseyendo en esta vertiente una dimensión moral, al constituir una usurpación de la titularidad de la obra. De otra parte, requiere en todo caso, para constituirse como ilícito penal, una acción de reproducción o comunicación pública y una explotación ilícita de esa obra, dado que el Código penal dispensa protección a la vertiente patrimonial de los derechos

de propiedad intelectual. (Gómez Rivero, 2012, p. 178). Además, la concurrencia del plagio requiere de la declaración legal de quien se considera autor de la obra.

- Distribución (art. 19 LPI): “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”. No distingue en este punto entre la copia obtenida ilícita o lícitamente, siendo este aspecto irrelevante para la realización de la conducta. Consiste así en poner a disposición del público una obra; si ello se lleva a cabo sin autorización y para obtener un beneficio económico, podrá castigarse. Esta actividad aparecerá en la práctica muy vinculada y, en ocasiones, entremezclada con la comunicación pública, siendo la barrera entre ambas conductas muy difusa, confusión alimentada por la utilización de Internet como medio principal para llevar a cabo estos comportamientos. Al final, el elemento decisorio será el subjetivo. Cabe destacar que, tras la reforma de 2006, se exige la existencia de un soporte material en que aparezca la obra fijada, y que dicho soporte sea el que se ponga a disposición del público. En referencia a esta conducta, además, existe discusión sobre si debe interpretarse en sentido amplio, teniendo cabida la exhibición y puesta a disposición del público previa a la venta, lo que incluiría la actividad de los manteros, interpretación que puede encontrarse en sentencias como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre 586/2008 o la de la Audiencia Provincial de Salamanca de 31 de enero 7/2008 (El Derecho). Sin embargo, en base a la autonomía del Derecho penal y al principio de mínima intervención, numerosos autores consideran que la interpretación debe ser restrictiva, como Castiñeira Robles, Rodríguez Moro o Gómez Rivero, así como otras sentencias, como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero 81/2008 (El Derecho).

Retomando el ámbito de internet y los oferentes de enlaces a contenido protegido, surge la duda de si podría subsumirse su actividad en esta conducta típica, en cuanto a puesta a disposición del público que posibilita el acceso al contenido protegido para una pluralidad de sujetos. Esta duda se pronuncia con la inclusión en la LPI de la conducta “puesta a disposición interactiva en redes”. En realidad, la discusión concuerda con lo expuesto anteriormente acerca de la interpretación amplia o restrictiva del concepto. Dado que el reproche penal debe reservarse para las conductas más graves, y ante la inclusión de una conducta específica en la regulación civil, la consideración de la

actividad de estos oferentes como distribución resulta complicada, ya que realmente el usuario accede de forma remota a ese contenido, sin que en ningún momento se produzca la transferencia estable del mismo independiente del programa colocado en la red. En cualquier caso, dada la delgada línea que separa este tipo de distribución de la comunicación pública, encuentra un mejor encaje en esta última, siendo por tanto en cierto sentido irrelevante la posibilidad de subsunción en la distribución, que parece enfocarse a conductas diversas a esta.

-Comunicación pública (art. 20 LPI): “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. Además de ofrecer una definición, el art. 20 establece que no se considerará tal cuando se haga en el ámbito doméstico y no posea difusión, y establece una serie de supuestos concretos que se considerarán comunicación pública. Probablemente esta sea la conducta que más discusión doctrinal y jurisprudencial ha generado a lo largo de los últimos años, por no quedar claro si determinados actos concretos podían englobarse en este comportamiento o no. Se concreta en la puesta a disposición del público de una obra protegida a través de medios inalámbricos, permitiendo el acceso a cualquiera de estas personas desde cualquier lugar. Antes de la inclusión expresa del apartado segundo de este artículo 270 CP, referido en concreto a las actividades de la sociedad de servicios de la información, existía controversia en la jurisprudencia y doctrina sobre la posibilidad de incluir la actividad de las webs de enlaces a contenido protegido dentro de este orden de comportamientos.

Esta comunicación se refiere a la comunicación por internet, si bien la técnica legislativa en este punto no fue del todo acertada, aunque se resuelva con la introducción del apartado segundo en la última reforma. Así, antes de la reforma, podían encontrarse diferentes posturas al respecto. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 8 de marzo 202/2011, FJ 2º (El Derecho) desestimó la pretensión contra la actividad de una webs de enlaces a contenido protegido de la siguiente forma:

La actividad de página Web www.sharamula.com se centra en facilitar "enlaces", ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en enlazar. La actividad desarrollada

por los denunciados viene regulada por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de julio de 2002 [...] El Juzgado opta por el sobreseimiento, alegando básicamente: "Que puede existir responsabilidad por la colección de hiperenlaces según el texto de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico [...]Se precisaría el conocimiento efectivo por parte del proveedor de servicios de que la actividad o la información a la que remite el hiperenlace es ilícita.

En esta sentencia, por tanto, se remite a la legislación civil para castigar esta conducta, y defiende también que no es posible la intervención del Derecho Penal en este caso.

Otras sentencias seguirán esta corriente, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 11 de mayo 554/2010 o la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barakaldo del 11 de febrero 49/2011. La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, destacaba la condición de esta actividad como actos de comunicación pública pero, ante la ausencia de un efectivo ánimo de lucro, se decanta por su castigo desde la legislación civil y no penal. Se encuentran también sentencias que, en sentido contrario, sí estimaban que la actividad de las webs de enlaces debía considerarse conducta ilícita por constituir actos de comunicación pública, como son la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Castellón del 30 de octubre 453/2013 o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona del 11 de noviembre 732/2009, si bien era una postura minoritaria. Así, de forma mayoritaria, se consideraba que los titulares de estas webs no realizaban ni reproducciones ni actos de comunicación pública, ya que estas conductas eran llevadas a cabo por los propios usuarios al descargarlas en sus equipos y compartirlas a través de las redes P2P. Se intentaba castigar, por tanto, la actividad de estas webs considerando que llevaban a cabo actos de intermediación, favoreciendo a través de una organización u orientación estos intercambios. Se consideraba así que estas webs lo único que hacían era poner a disposición de los internautas una serie de enlaces que redirigían al sitio donde se encontraba el contenido protegido.

El punto de inflexión en este aspecto se da a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Destacará, por ejemplo, la recaída en el caso GS Media (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 de septiembre de 2016, asunto C-160/15). La principal aportación novedosa de esta sentencia reside en una serie de presunciones en atención al ánimo de lucro del sujeto que provee el enlace y

que determina, salvo prueba en contra, que la conducta de enlace sea considerada como puesta a disposición del público, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información, así como la posible responsabilidad del proveedor del enlace (Torres López, 2016, p. 212-215).

En esta sentencia recuerda el Tribunal que debe adoptarse el concepto de comunicación pública desde un sentido amplio, con dos elementos acumulativos, la comunicación de la obra y la existencia de un público nuevo al que se dirige. Además, fija una serie de criterios complementarios y dependientes que fijan esta conducta. Entre ellos cabe destacar el papel de los usuarios y la deliberación en la puesta a disposición de obras protegidas. Asimismo, recuerda que debe realizarse la comunicación a un “público nuevo”, esto es, unos destinatarios no tenidos en cuenta por el titular de los derechos de explotación al autorizar la comunicación inicial de su obra al público, como ya se señalaba en la sentencia del caso Svensson (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/2012), reforzando así la nueva postura jurisprudencial que adoptó el Tribunal en este caso, y que posteriormente inspiraría a nueva redacción dada al tipo penal en la reforma de 2015.

A pesar de ello, la discusión se centraba en el elemento subjetivo del injusto, además de la determinación de si la conducta de las webs de enlaces suponía comunicación pública. Así, el ánimo de lucro constituía un elemento cuya determinación en la práctica era ciertamente complicada y poco uniforme. Este aspecto, sin embargo, se estudiará en profundidad en el apartado siguiente, referente al tipo subjetivo.

Con la excepción del plagio, estas conductas suelen llevarse a cabo a través de Internet. Ante ello, la jurisprudencia se ha pronunciado considerando que se estaba ante una reproducción en caso de que el propietario de la web subiera personalmente los archivos y ante comunicación pública si estaban disponibles para descargarlo o visualizarlo por medio del *streaming* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de diciembre 271/2016). Respecto a la distribución y a la comunicación pública, como se expuso más arriba, aparecen entremezclados y vagamente delimitados por la jurisprudencia, residiendo finalmente el *quid* de la cuestión en la concurrencia o no del ánimo de lucro, y no en la actividad en sí.

La última reforma realizada en 2015 introduce una significativa ampliación de las conductas típicas al establecer el cierre siguiente: “*de cualquier otro modo explotar económicamente*”. La Fiscalía General del Estado, en su Circular 8/2015 de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, atribuye a esta expresión dos sentidos diferentes pero complementarios:

- Como cláusula de cierre: En ella podrá darse cabida a otras formas de aprovechamiento de las obras protegidas y por cualquier otro medio, intentando dotar a la norma de cierta flexibilidad para permitir la adaptación a cambios que pudieran surgir y cuyas consecuencias pudieran ser difícilmente englobadas en el tipo penal. Se abandona así el catálogo *numerus clausus*, con el objetivo de adaptar la legislación a la cambiante realidad de la evolución tecnológica. Añade así otros medios o modos de explotación de los derechos que pudieran aparecer, haciendo de las primeras conductas la especie y de la segunda, la explotación, el género; admite con ello el legislador la insuficiencia de las modalidades tradicionales para abarcar los nuevos medios de vulneración que emergen. Se adapta así a las facultades dominicales del autor y del titular sobre las obras que abarcan, conforme al art. 17 LPI, a cualquier forma de explotación de la misma, presente o futura, conocida o por conocer.

- Como pauta para interpretar las tradicionales conductas típicas: reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente. El art. 17 LPI reconoce al autor de una obra el derecho en exclusiva a su explotación de cualquier forma. La reforma del art. 270 añade a esta explotación la calificación de económica. La mención expresa a esta cualificación, que acentúa aún más el carácter patrimonial de la protección penal, va a suponer que no solo deberá darse la explotación, como género, sino también las diferentes conductas típicas, como especies. Al aunar ambos conceptos, explotación y económica, aparece la obtención de una rentabilidad económica como dirección de las conductas típicas, más allá de un mero aprovechamiento personal. Así, la aplicación tanto de las conductas típicas tradicionales como las nuevas posibilidades que puedan surgir y que quedarían abarcadas por esta cláusula queda circunscrita a la búsqueda de esa rentabilidad económica. Así, quedaría excluida la actividad de los usuarios que acceden de forma irregular a los contenidos protegidos y buscan solo un

aprovechamiento personal, no una explotación económica de las mismas. Todo ello tendrá estrecha relación con el nuevo elemento subjetivo introducido con la reforma.

3.2.2 Ilícitos cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información.

Persecución de las webs de enlaces a contenido protegido.

En el presente apartado se trata el núcleo del trabajo, si bien a lo largo de las restantes conductas también se abordó el tema, consistente en la actividad de las webs de enlaces a contenido protegido, cuya penalización fue uno de los objetivos esenciales de la última reforma del art. 270 del CP. Estos comportamientos se castigan específicamente en el apartado segundo del mencionado artículo, que dice:

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

Ya se expuso más arriba la discusión doctrinal y jurisprudencial que durante años se produjo sobre la actividad de estas webs, y la posibilidad o no de enmarcarlas dentro de los actos de comunicación pública, reproducción y distribución. Con la nueva redacción del art. 270, la duda queda solventada. Es una de las novedades más importantes incluidas en la última reforma, suponiendo un importante amplificador del alcance del Derecho penal respecto a las webs que alojan contenidos piratas (Gómez Rivero, 2015, p. 330 y ss.), ya que supone la apreciación por los Tribunales, que venían pronunciándose en sentido contrario, de estas conductas como ilícitas. Es en cierto modo paradójico que se incluyan en el ámbito penal conductas que no se prevén en la normativa civil siquiera, y se haga de una forma tan clara y expresa. Aun así, la inclusión de matices y requisitos en la regulación pueden ayudar a que no se extienda

tanto el ámbito de aplicación, pero está claro que producirá grandes dificultades interpretativas en muchos casos (Matas y Martín, 2015, p. 398).

La inclusión de este apartado concreto en la nueva regulación se debe en parte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, el denominado caso *Svensson*. Esta sentencia supuso un punto de inflexión en la interpretación del art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE y, por tanto, del concepto de comunicación pública de la LPI, incorporado más tarde al art. 270 del CP como elemento normativo del tipo. Pese a que esta sentencia incorpora una interpretación que pretende ser uniforme para los tribunales europeos, el legislador decidió incorporar un apartado específico en relación a estas actividades concretas. Ello se debe a la creciente relevancia que están teniendo los sitios web como herramientas para cometer actividades que atentan contra la propiedad intelectual. La presencia de las webs de enlaces ha crecido exponencialmente en los últimos años, basándose en la interconexión entre los usuarios y la facilitación de acceso a diferentes contenidos. Es importante, dada la variedad de este tipo de actividades, diferenciar cuáles de ellas pueden ser reprochadas penalmente bajo la nueva redacción del art. 270 CP, y cuáles de ellas no pueden subsumirse en este tipo.

La Circular 8/2015 de 21 de diciembre de la Fiscalía General diferencia dos órdenes de comportamientos a través de los que se producen hoy en día los ilícitos de explotación económica de obras protegidas:

- Descargas directas: En este supuesto se produce la descarga directamente desde un servidor, físico o virtual, en que se encuentran los contenidos ilícitos. Las descargas las llevan a cabo los usuarios particulares desde sus equipos, a través de una URL proporcionada por el sitio web que ofrece el contenido protegido, facilitando el acceso a los mismos. Esta actividad cada vez tiene menos peso al constituir sin duda alguna un acto de comunicación pública, siendo responsable el titular del servidor que proporciona el contenido. La problemática principal en relación a estas actividades es que habitualmente los servidores se encuentran en el extranjero, dificultándose su persecución.

- Páginas web de enlaces: Estos sitios web permiten el acceso a obras y contenidos protegidos a través de enlaces a los mismos. Así, no se produce el acceso directo a las

webs que almacenan estos contenidos protegidos, sino que acceden a ellos a través de una web que redirecciona al usuario a dicho sitio web que los almacena. Más allá, normalmente estas webs no se limitan a enlazar, sino que además clasifican, seleccionan y ordenan estos links para facilitar la localización de los contenidos concretos que busca el usuario. Existen, a su vez, dos alternativas en estas webs de enlaces: Bien enlazan a un servidor externo que aloja el contenido protegido o desde la propia web se constituyen enlaces a sistemas P2P. En el segundo caso, se produce el acceso directamente pinchando en el link que ofrece la web, que enlaza con la obra subida por alguno de los restantes usuarios de la red, permitiendo así el intercambio de archivos. Los usuarios son aquí al mismo tiempo servidores y clientes (Iglesias Posse, 2014, p. 496)

Así, encontramos dos tipos básicos de enlaces: Los enlaces simples, links que redirigen al usuario a un lugar determinado de la World Wide Web. Atendiendo al tipo y profundidad de la remisión, pueden identificarse dos subtipos: los enlaces de superficie que, redirigen al usuario a la página inicial de una web de un tercero; y, por otro lado, los llamados enlaces profundos que conectan al usuario a una página interior del sitio web de un tercero, sin pasar por su página inicial. Por su parte, los enlaces P2P se asemejan a enlaces profundos, aunque con una mecánica distinta: estos enlaces redirigen a un espacio concreto, la plataforma P2P, donde el usuario puede compartir archivos y acceder a archivos compartidos por otros usuarios (Ramírez Silva, 2012).

Se exige por el tipo penal que esa facilitación de acceso o localización sea activa, y no meramente neutral o tratarse de un simple soporte técnico. Respecto a la no autorización, se refiere el artículo a que no pueden autorizar lo que no forma parte de los derechos que corresponden al autor. El problema de la falta de especificación puede provenir de que se trata de una copia parcial del texto de la LPI, pero con menor precisión técnica. La LPI se refiere, en su art. 158 ter a que la acción de facilitar se refiera a obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización. Por tanto, lo importante es que estas obras o contenidos se ofrezcan sin autorización y se acceda a ellas del mismo modo, no que no se autorice el enlace, sino que las obras en el sitio web de internet en que se ubiquen, se haga sin contar con el consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual (Mata y Martín, 2015, p. 399).

Dependiendo del uso que se haga de dicha red, podrá considerarse o no su actividad como infractora de la norma penal. La actividad de los usuarios particulares generalmente no puede considerarse infractora, al limitarse a la puesta en común de archivos al igual que lo hacen los restantes usuarios, sin buscar ningún tipo de lucro o beneficio económico con esta actividad, más allá del aprovechamiento personal. Así, es importante destacar en este punto también el papel del elemento subjetivo del tipo. (Iglesias Posse, 2014, p. 493).

Por otro lado se encuentra la actividad de los responsables de las webs de enlaces que redirigen al sistema P2P. Esta actividad, normalmente, sí que buscará un ánimo de lucro o beneficio económico, conllevando asimismo una intermediación, al organizar los enlaces de forma que se facilite el acceso y localización a los usuarios. Esta actividad de organización y facilitación constituye el elemento diferencial entre la actividad de los responsables de la web de enlaces y la de los usuarios, así como el consecuente beneficio económico que buscarán estos responsables. Será esa actividad de intermediación la que se castigará por la normativa penal (Martínez-Buján Pérez, 2015, pp. 202-203)

Sin embargo, el responsable del sitio web no suele actuar de forma individual, sino que necesita de personas que actualicen los contenidos, los denominados “uploaders”. Estos últimos obtendrán un beneficio modulado por el número de descargas o por los enlaces que hayan proporcionado. La forma de obtención de las copias por estos agentes podrá ser directa y fraudulenta por su parte, o disponer de la colaboración de terceros para lograr la copia de estas obras protegidas por la propiedad intelectual (Gil Gil, 2009). Ambos sujetos participan de la vulneración de los derechos de la propiedad intelectual y, por tanto, serán merecedores de castigo penal cuando su actividad reúna los restantes elementos del tipo.

Dentro de estas dos modalidades, el usuario podrá acceder al contenido a través de la descarga en su dispositivo o mediante la visualización en *streaming* del mismo (reproducción instantánea, temporal y sin almacenamiento del contenido protegido). En este último supuesto, serán los tribunales los que deban estimar si concurren los elementos del tipo o no, si bien con la ampliación del objeto material y las conductas tipificadas se facilita su inclusión en el tipo. La Sentencia de la Audiencia Nacional,

Sala de lo Penal, de 5 de febrero 2/2016, por ejemplo, en el caso youkioske.com, desestima el recurso presentado contra la sentencia condenatoria de la web que ponía a disposición de los visitantes, para poder ser visionadas y leídas a través de Internet desde cualquier dispositivo electrónico, publicaciones de periódicos y libros sin la autorización de los titulares de los derechos de dichas obras.

Entrando ya en el análisis concreto del tipo penal, son varios los aspectos a destacar. En primer lugar, la tipificación de la conducta de las webs que almacenan o enlazan contenidos protegidos. Concretamente, se castiga el facilitar de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones protegidas.

De este precepto deben realizarse dos aclaraciones en relación con las conductas que regula. Por un lado, facilitar el acceso se refiere a cuando se redirige a otra página desde la que es posible la descarga o visionado del contenido, esto es, la descarga directa. Por otro, la conducta de localización se refiere a cuando la página de enlace remite a una red P2P, donde está disponible el contenido. (Tomás-Valiente Lanuza, 2015, p. 872).

En ambos casos estamos ante prestadores de servicios de intermediación en el marco de la sociedad de la información, y por tanto sometidos a la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (BOE 12 de julio de 2002) (LSSICE), pudiendo por tanto estar sujetos a responsabilidad civil, administrativa o penal. En el primer supuesto, referido a las web de descarga directa, se trata de una conducta vulneradora desarrollada por un prestador de servicios de almacenamiento de contenidos. En este supuesto nos encontramos claramente ante un acto de comunicación pública conforme al art. 20 LPI. En el segundo caso, referido a las webs de enlaces, se trata de un prestador de servicios de enlace a contenidos. Este supuesto requiere mayor atención por parte del legislador, dada la dificultad de regular dicha actividad. Así, se refiere en el art. 270.2 específicamente a las webs de enlaces con la expresión “*en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenido*”.

Por otro lado, el inciso último del art. 270.2 CP establece que *aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios* la conducta será típica. Esta previsión se incluye ya que, como se mencionó anteriormente, lo usual

es que sean usuarios los que proporcionen los enlaces, los llamados *uploaders*, sin recibir en principio nada a cambio y con la única finalidad de incrementar el volumen de obras y contenidos disponibles para los demás usuarios. Así, incluyendo este inciso, permite el castigo penal de quien administra el sitio web y organiza los enlaces obteniendo un beneficio económico por ello.

A pesar de ello, debe estudiarse también la posibilidad de que estos *uploaders* puedan ser también responsables. En muchos casos estos agentes actúan de forma coordinada con el administrador de la web y con otras personas, pudiendo llegar a constituir un auténtico modelo de negocio del que obtenga un beneficio económico a través de la violación sistemática de los derechos de propiedad intelectual. Podrán ser responsables criminalmente, por tanto, cuando faciliten enlaces a contenidos protegidos a los propietarios de webs de enlaces y reciban una ventaja o beneficio económico a cambio de ello, debiendo en cualquier caso atender al volumen de contenidos protegidos proporcionados y a la forma en que estos se obtuvieron (Letai, 2009, p. 240).

Al margen de estos dos agentes, en los restantes casos normalmente no existirá conducta típica, ya que no suelen estar guiadas estas conductas por el elemento subjetivo del tipo, sino por un mero aprovechamiento personal del usuario. Así, subir un determinado contenido a la web como conducta en sí se considerará atípica. El elemento subjetivo tendrá por tanto que verificarse en toda conducta que quiera declararse atípica; de no concurrir el mismo podrá existir responsabilidad civil o administrativa, pero no penal (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de junio 334/2008).

En el apartado número 3 del art. 270 CP, se establecen una serie de medidas que podrá adoptar el juez antes este tipo de conductas:

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

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

Estas medidas se concretan, por tanto, en la posibilidad de ordenar la retirada de contenidos de una web o su clausura y, excepcionalmente, ordenar el bloqueo de acceso al sitio web. Estas medidas supondrán una novedad en la regulación penal, y se añaden a las restantes medidas cautelares genéricas que puede adoptar el juez. Sin embargo, ya se encontraban recogidas estas medidas en el orden civil, concretamente en la LSSIC y la LPI. Debe estudiarse por tanto si estas medidas serán cautelares o definitivas, o si puede establecerlas el juez cuando estime oportuno.

Analizando el precepto, y teniendo en cuenta la regulación administrativa y civil, se pone de manifiesto que estas medidas podrán adoptarse durante la tramitación del procedimiento, como medidas cautelares, o bien al final del mismo incorporándolas en la sentencia. (Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, del 21 de diciembre). Esta conclusión se deduce del hecho de que estas medidas se encontraban ya contempladas en la LPI (art. 141), y es lógico admitirlas en el orden penal si ya de por sí tienen cabida ante un ilícito civil.

La adopción de estas medidas, al igual que las medidas cautelares en general, deberá ser potestativa para el juez que, en el caso concreto, habrá de ponderar las circunstancias concurrentes y la gravedad de la conducta para analizar si justifican o no la adopción de dichas medidas. Todo ello al margen de la naturaleza imperativa de los términos empleados por el precepto penal, dado que al ser medidas cautelares su imposición sistemática contradiría su propia naturaleza. El papel de estas medidas cautelares es importante en el marco de las conductas ilícitas cometidas a través de los servicios de la sociedad de la información, dado que son herramientas que incrementan la escala y magnitud de las actividades y que son difíciles de perseguir.

Debe destacarse también el art. 143 LPI, que abre la posibilidad de adoptar, en el ámbito penal, medidas cautelares procedentes de la legislación civil, con lo que existe un amplio catálogo de posibles medidas a adoptar respecto a estas conductas¹. Por ello, deben tenerse en cuenta las medidas cautelares enumeradas en el art. 141 LPI, siendo algunas de ellas convenientemente aplicable en determinados supuestos.

¹ Art. 143 LPI: “En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal”.

La incorporación expresa de estas medidas cautelares en el apartado 3 del art. 270 CP busca la adopción de estas medidas como definitivas en la sentencia que ponga fin al proceso penal, con la posibilidad de aplicarlas de forma cautelar cuando el juez lo estime pertinente, y siendo posible asimismo la adopción de otras medidas no recogidas en la normativa penal, sino en la civil.

Cabe destacar que el art. 270.3 CP establece la retirada de contenidos y la interrupción del servicio como medidas preceptivas, mientras que el bloqueo de acceso posee carácter potestativo y solo puede adoptarse en casos excepcionales que especifica el mismo apartado en su inciso último. Esta excepcionalidad, sin embargo, no se entiende en realidad, ya que se presenta como la única alternativa viable en el caso de páginas radicadas fuera de la Unión Europea (Tomás-Valiente Lanuza, 2015, p. 877).

La finalidad de estas medidas, sin embargo, es muy semejante, y requieren la colaboración de los prestadores de servicios (infractores), para llevarse a término. La única diferencia reside en que la interrupción del servicio se va a producir en los casos en que la web infractora se halle en España, mientras que el bloqueo de acceso de adoptará normalmente cuando la web se encuentre en el extranjero, impidiendo el acceso desde nuestro país a dicha página.

3.2.3 *Venta ambulante*

El art. 270 CP, en su apartado 4, establece el tipo atenuado de los delitos contra la propiedad intelectual, para la atención de hechos que revisten una menor gravedad que las restantes conductas enumeradas en el mismo artículo:

4. En los supuestos a que se refiere el apartado 1, la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional se castigará con una pena de prisión de seis meses a dos años.

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

El legislador establece para ello unos condicionantes o requisitos que en la práctica delimitan los supuestos en que debe aplicarse. El sujeto activo debe ser una persona dedicada a la venta al por menor, esto es, que vendan al usuario final. Constituye por

tanto un tipo privilegiado de distribución (Queralt Jiménez, 2016, p. 610). Así, desde un punto de vista cualitativo, deben tratarse de supuestos de distribución al por menor, ambulante, o meramente ocasional. Respecto al concepto de distribución, ya se expuso al examinar las conductas típicas del apartado primero. Conforme a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril 335/2011, FJ 2º, basándose en el art. 270 CP y la LPI, debe entenderse que la conducta que queda castigada por el Derecho penal es la distribución que comprenda la oferta para la venta de la obra amparada por un derecho de exclusividad, y destaca:

No podemos olvidar que no toda infracción del derecho de exclusividad que concede la propiedad intelectual es constitutiva o tiene cabida en el artículo 270 del Código Penal pues no hay que olvidar que las normas que regulan tales derechos contemplan distintos medios de protección de los mismos.

Para que se produzca en este caso la consumación del ilícito deberá producirse una oferta efectiva de venta de la obra en cuestión. La mera exposición no entraría dentro de este precepto por tanto, y en función del beneficio económico que obtenga el sujeto activo y de las circunstancias concurrentes en el mismo, puede modularse la pena, como se establece en el segundo párrafo de este artículo. Así, muchas conductas de menor relevancia podrían ser sancionadas por este tipo penal si se realiza una interpretación extensiva del mismo; por ello es importante la idea expresada en la primera de las sentencias mencionadas de tener presente el principio de mínima intervención, incluso a la hora de aplicar este tipo privilegiado, y más teniendo en cuenta la inexistencia de faltas en el Código Penal actual.

3.2.4 Exportación, almacenamiento e importación de contenidos protegidos

Estas conductas pueden considerarse complementarias al tipo básico, ya que introducen singularidades respecto al mismo. En la letra a) se contemplan las conductas de exportación y almacenaje de obras protegidas, mientras que la letra b) trata las importaciones de las mismas. Implican una problemática y significado jurídico diferenciado del tipo básico. Estas conductas se recogen en el CP como sigue:

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

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

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

En primer lugar, el objeto material en este tipo ya no es la obra ni su transformación, interpretación o ejecución, sino los ejemplares en los que se materializan (Rodríguez Moro, 2012, p. 519).

Por otro lado, se plantea el problema respecto a estas conductas de si requieren o no también la concurrencia de los dos elementos subjetivos del tipo, esto es, el ánimo de lucro y el perjuicio de otro. Desde una perspectiva razonable, parece lógico que se exijan, conforme al principio de mínima intervención, los dos presupuestos del tipo básico. De hecho, las exigencias podrían ser mayores al ser hechos que anticipan la tutela penal a momentos previos a las lesión del bien jurídico e incluso un riesgo real para el mismo (Mata y Martín, 2015, p. 402). La no autorización, obviamente, constituye un requisito para considerar estas conductas como típicas.

Ambas conductas, en la regulación, exigen como condición que se lleven a cabo intencionadamente, lo que nos sitúa en principio en el ámbito de un tipo doloso. Sin embargo, debe precisarse que esta intencionalidad debe referirse al destino de las obras, debiendo relacionarse pues con la puesta en práctica de las facultades que ostenta en exclusiva el autor.

Existe discusión doctrinal, respecto a la importación, sobre si debía aplicarse el tipo solo a las importaciones de origen ilícito o si era también aplicable a las de origen lícito en el país de origen, considerándose atípicas las importaciones de obras adquiridas legítimamente en el extranjero aun sin contar con la autorización de su titular (Quintero

Olivares, Muñoz Conde). Otros mantenían que estas importaciones debían considerarse como ilícitas (González Gómez, Gimbernat, Miró). Existía respecto a este tema también una jurisprudencia controvertida, aunque el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de abril 529/2001, adoptó la primera postura, sin considerar las importaciones de obras adquiridas legítimamente como ilícito.

Por último, se introdujo la salvedad de la importación de obras de un Estado perteneciente a la Unión Europea no sería punible en tanto se hubieran adquirido directamente del titular los derechos o el consentimiento en uno de los Estados, dando cumplimiento a la libre circulación de mercancías una vez esta puede ser considerada lícita en el país de origen.

3.2.5 Medidas tecnológicas: actos de modificación, de eliminación, de elusión y de facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección

Este apartado supone una anticipación de la intervención penal al castigar conductas que constituyen simples supuestos preparatorios del ataque a los derechos de propiedad intelectual. De no estar expresamente tipificados, no serían conductas punibles. La naturaleza jurídica de estos actos es la de delito de preparación, en el sentido de que se encuentra materialmente orientada a la ejecución de otros tipos penales principales, si bien a través de su tipificación expresa constituyen un *iter criminis* completo (Gómez Martín, 2007). La mayoría de la doctrina coincide en que este precepto supone una vulneración de los principios básicos del Derecho penal como el de proporcionalidad o lesividad, por lo que deberá interpretarse de forma restrictiva, reservándose el reproche penal a aquellas conductas que vayan dirigidas a una vulneración de los derechos del autor (Gómez Martín, 2007, Rodríguez Moro, 2012, p. 542). Con el texto de 2015, se sustituye el adverbio específicamente por principalmente, cerrando el paso a la interpretación jurisprudencial mayoritaria que equiparaba específicamente a exclusivamente, considerando atípica la conducta en los casos en que el dispositivo tenía otras posibles utilidades (Tomás-Valiente, 2015, p. 887):

6. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio

principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo.

Se exige, además, un ánimo comercial a la hora de llevar a cabo la conducta para que la misma sea considerada típica, en concordancia con los supuestos del apartado primero, en los que este ánimo constituye el elemento subjetivo necesario para la apreciación de la tipicidad.

3.2.6 Instrumentos concebidos o adaptados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de las obras.

Estas conductas se recogen expresamente en la reforma de 2015 con el fin de ampliar el ámbito de intervención penal en cuanto a las medidas tecnológicas de protección:

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

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

Tomás-Valiente Lanuza (2015, p. 888), destaca la diferencia entre estas nuevas conductas y las del tipo del apartado 6, constituyéndose como conductas concretas y directas sobre medidas tecnológicas de protección, convirtiéndose así en objeto material de la conducta. Por su parte, en el apartado 6 el objeto lo constituyen los medios de desprotección.

Desde la perspectiva de anticipación, en la letra c) se penalizan comportamientos de eliminación o modificación de las medidas tecnológicas de forma que se pueda actuar

sobre la obra conforme a lo previsto en los primeros apartados del mismo artículo. Eliminación o modificación de barreras tecnológicas que debe, de manera intencionada, buscar lograr la capacidad técnica de realizar los hechos infractores de los derechos de propiedad intelectual (Mata y Martín, 2015, p. 404-405). En la letra d), sin embargo, la conducta se dirige a facilitar el acceso a terceros distintos del sujeto activo, de forma que aquéllos puedan acceder a la obra protegida sin consentimiento del autor. Este sujeto activo deberá actuar con el ánimo de obtener un beneficio económico para que su conducta se considere típica.

4. TIPO SUBJETIVO

El elemento subjetivo de la acción está constituido por el dolo y la culpa o, si se prefiere, la intención y la imprudencia con las que se conduce el sujeto activo (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 226). Sin embargo, este elemento subjetivo se refiere a la conducta humana, al aspecto psicológico y prejurídico, no al tipo subjetivo legal. El tipo subjetivo estudia el elemento subjetivo de la tipicidad, en su aspecto legal. Existen dos clases de tipos subjetivos, los tipos dolosos y los tipos imprudentes. En el sistema actual de los delitos imprudentes, denominado de *numerus clausus*, solo se sancionan las conductas imprudentes cuando expresamente lo disponga la ley, en concordancia con el principio de mínima intervención penal y buscando incrementar la seguridad jurídica (Molina Blázquez y Landecho Velasco, 2010, p. 288).

En el presente caso, el elemento subjetivo y su interpretación dieron lugar a un conflicto jurisprudencial sin uniformidad en las soluciones, si bien no se discute su carácter eminentemente doloso (Queralt Jiménez, 2016, p. 600). Este dolo supone que, para la apreciación de este elemento típico, el que realice la conducta típica lo haga conociendo todas las circunstancias recogidas en el tipo y queriendo, pese a ello, continuar con su actuación y, consecuentemente, supondrá que queden al margen de su tipo de injusto conductas como las llevadas a cabo por sujetos que desconozcan que la obra que explotan, por ejemplo, constituye un plagio, total o parcial, de otra obra anterior. Estos supuestos constituirán errores del tipo, que excluirán el dolo aun cuando resultasen vencibles (Galán Muñoz, 2016, p. 777).

La controversia interpretativa, por otro lado, se debe al empleo de la expresión “ánimo de lucro” que, como concepto indeterminado y por falta de precisión en la propia norma, era entendido de diferente forma por sectores de la doctrina y la jurisprudencia. Este elemento subjetivo se introduce en el tipo básico a través de Código Penal de 1995, si bien se presentaba ya en el Código de 1987, aunque como condición agravante, no como requisito necesario para la consideración de la conducta como típica. La incorporación del ánimo de lucro y perjuicio a un tercero fueron las principales novedades incorporadas por la reforma de 1995. A partir de su incorporación, se erige como principal elemento diferenciador de las conductas típicas respecto de los ilícitos

que se castigan a través de la legislación civil o administrativa, ya que las conductas típicas del art. 270 CP también están recogidas en la regulación civil. Se entiende así como elemento implícito de todas las conductas recogidas por el tipo, aunque en la mayoría de los supuestos quedase recogido de forma expresa. El elemento subjetivo se constituirá como referente principal para justificar la intervención penal en la materia, dada la evolución en la concepción del bien jurídico protegido, cada vez más patrimonialista. De no darse este elemento subjetivo en la conducta del sujeto, debería acudir al ámbito civil para castigarla. Se ve así la delgada línea que separa los ámbitos civil y penal en esta materia. Es, por tanto, de capital importancia el determinar e interpretar adecuadamente el elemento subjetivo para separar los diferentes ámbitos de regulación.

La interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia en relación a este elemento subjetivo en los delitos contra la propiedad intelectual fue considerablemente más restrictiva que en otros delitos contra la propiedad, al correlacionarse ese ánimo de lucro con un lucro comercial. La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado lo expresa de la forma siguiente:

El elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial.

Justifica esta interpretación refiriéndose a la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, que recaen sobre bienes inmateriales, frente a otros derechos patrimoniales o la misma propiedad, en los que normalmente este requisito se interpreta como la obtención de una ventaja o beneficio distinto del comercial. Por ejemplo, en el caso del delito de hurto, se puede cometer con intención de disfrutar del objeto hurtado sin fines comerciales, simplemente para un aprovechamiento personal, y sin embargo se constituye como delito, exigiendo aun así el mismo requisito de ánimo de lucro. En sentido contrario y dentro del ámbito de la propiedad intelectual, por ejemplo, en el supuesto de la copia privada, al constituir un ahorro, un aprovechamiento personal del sujeto, y no poseer un ánimo de lucro comercial para el mismo, queda despenalizada y castigada, por tanto, como ilícito civil, en su caso, y no penal (Sentencia de la Audiencia

Provincial de Madrid de 11 de mayo 54/2010, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18 de febrero 40/2008). Este sentido en la interpretación del elemento subjetivo se puede justificar por diferentes normativas. Entre ellas, en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se recoge en su artículo 3 como delito en los Estados Miembros “todas las infracciones internacionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial” (Fernández Teruelo, 2012, p. 77). Esta interpretación restrictiva constituyó así un obstáculo para la extensión de las conductas típicas y la adaptación del Derecho penal a los retos que la tecnología iba originando, con soluciones divergentes respecto a conductas sustancialmente iguales. Este ánimo de lucro, por tanto, constituye un elemento central, compuesto a su vez por un momento psicológico, que se manifiesta en el propósito de obtener un beneficio o ventaja evaluable económicamente, un deseo de enriquecimiento ilícito en el sujeto, sin que de éste se derive la necesidad de su producción efectiva (Sáinz de Robles, 1989, p.300).

Respecto a la actividad de las webs de enlaces a contenido protegido, la misma Circular 1/2006 de la Fiscalía General considera que no debe considerarse como conducta típica penal, sin perjuicio de su posible calificación como ilícito civil, al no incorporar ese ánimo de lucro comercial. Así, en caso de constituirse estas actividades como acto de comunicación pública, que serían cometidas por los proveedores de enlaces y propietarios de las webs donde estos se ponen a disposición del público, salvo que concurrieran circunstancias en el caso concreto que pudieran mostrar ese ánimo comercial, solo podría castigarse en el ámbito civil, y únicamente si la conducta fuera calificada como acto de comunicación pública, cuestión sobre la que ya se expuso la discusión doctrinal y jurisprudencial en el apartado correspondiente. Será, por tanto, elemento capital también en relación con las webs de enlaces a contenido protegido que, antes de la reforma operada en 2015, quedaban en la mayoría de los casos impunes, al no determinarse con suficiente concreción si era necesaria o no una comercialización y un perjuicio a terceros para la realización del tipo subjetivo, o por la mera actividad de ofrecimiento de enlaces a obras protegidas por la Propiedad intelectual en un espacio determinado y organizado podían castigarse este tipo de comportamientos.

Ahora bien, este elemento subjetivo del tipo se vio recientemente modificado en la última reforma del Código Penal, sustituyéndose el “ánimo de lucro” por el “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”. La cuestión problemática, bajo la anterior regulación, residía en la posibilidad o no de castigar penalmente solo al que perseguía un beneficio económico cuando se producía una conexión directa entre conducta y beneficio, o si esta conexión podía ser también indirecta. La forma en que se materializa el lucro puede ser muy diversa en estas conductas; lo más común es que se busque un cobro directo a cambio de la prestación ilícita (Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de noviembre 250/2006). Sin embargo, el lucro también puede perseguirse de forma indirecta, incluso en casos en que la puesta a disposición del público del contenido ilícito se realiza gratuitamente. Este es el caso de las webs que cuelgan obras y permiten la descarga gratuita directa para sus usuarios, y obtiene sus beneficios a través de la publicidad colocada en forma de *banners* que arrojan un beneficio dependiente del volumen de personas que visitan la web. Con la nueva redacción se produce una considerable ampliación de la tipicidad, que escapa más allá de la restrictiva interpretación dada al ánimo de lucro (Martínez-Buján Pérez, 2015, p. 197). Así, al mencionar de forma expresa el beneficio, se refiere a un ingreso o ganancia, quedando fuera los supuestos de ahorro como fin de la conducta, sin referirse de forma expresa al carácter comercial de dicho beneficio, e incluyendo las fuentes de ingresos indirectas, quedando subsumidos supuestos como los de la publicidad. Seguirán existiendo dudas, en cualquier caso, respecto a la interpretación de la conexión entre la conducta y el beneficio, la utilización de la obra y los ingresos obtenidos, como para afirmar que el segundo deriva del primero (Tomás-Valiente, 2015, p. 859). Algunos autores opinan que esta interpretación de lucro comercial, de hecho, produce una excesiva ampliación de las conductas penalmente relevantes, incluyendo además los beneficios indirectos dentro de las posibilidades (Mata y Martín, 2015, p. 393).

De esta forma, se abre la posibilidad de castigar las conductas de las webs que ofrecen la descarga o el visionado en *streaming* de contenidos protegidos, sin cobrar nada por ello pero sustentando dichas páginas, y enriqueciéndose, a través de un acto de comunicación pública, gracias a los ingresos que derivan de acuerdos publicitarios con compañías; y también las conductas de aquellos que suministran estos servicios, sin

cobrar por la difusión pero sí, por ejemplo, por mejorar la calidad o velocidad de conexión en su acceso (Galán Muñoz, 2016, p. 778).

Respecto al requisito de que la conducta se realice “en perjuicio de un tercero”, debe destacarse que también existe en este punto cierta controversia doctrinal al determinar la naturaleza jurídica de este elemento típico y los efectos de su exigencia. Así, unos entienden que delimita un especial elemento subjetivo que exige que las conductas se lleven a cabo con la finalidad de lesionar los derechos de explotación ajenos, para considerarse típicas (Miró Llinares, 2003, p. 336). Para otra corriente de la doctrina, este requisito es entendido como la exigencia de que se verifique que la realización de la conducta supone una verdadera y efectiva merma patrimonial para los sujetos pasivos, lo que convertiría a este elemento como delimitador de la lesión consumadora de su tipo (Gómez Lanz, 2006, p.354). Por último, un importante sector de la doctrina opta por considerar que este elemento del tipo viene a delimitar objetivamente la propia conducta del tipo, al exigir que su realización deba presentar una aptitud idónea para la producción del resultado lesivo (Gómez Rivero, 2012 y Martínez-Buján, 2013). Esta última postura será la defendida por la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado).

Se diferencian así corrientes que defienden que constituye un delito de peligro y otras que lo consideran un delito de resultado. Pese a que las tres corrientes son perfectamente justificables, la última de ellas es, probablemente, la que mejor se adapta al tipo penal. La primera de ellas realmente no aporta nada al tipo subjetivo, ya que al tratarse de un delito doloso la intencionalidad o finalidad de lesionar es ya un requisito por definición. Respecto a la segunda postura, el tipo contempla y castiga como delito consumado conductas cuya sola realización producirá una pérdida por lucro cesante al autor, generándole un efectivo perjuicio, como por ejemplo la reproducción, pero también recoge comportamientos cuya realización no generará un lucro cesante en el sujeto pasivo, y por tanto no producirá una efectiva merma patrimonial hasta un momento posterior. Así, por ejemplo, la distribución, por sí misma, no producirá un perjuicio patrimonial hasta que no se materialice la posterior adquisición no autorizada por parte de un destinatario (Galán Muñoz, 2016, p. 777). Aun así, al considerarse cada vez en mayor medida el bien jurídico protegido como eminentemente patrimonial, descartando la protección de los derechos morales del autor, la interpretación de dicha

corriente que exige la materialización de un verdadero perjuicio podría encontrar justificación. Así, por ejemplo, si se produce la reproducción pero en el ámbito doméstico y para un uso privado, si bien podría considerarse que existe un lucro cesante en el sujeto pasivo y que dicha conducta es potencialmente lesiva para el bien jurídico protegido, es una conducta que no se castiga penalmente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo 554/2010), y esta decisión sí es acorde a la corriente que exige la producción de un efectivo perjuicio, más que a la potencialidad lesiva de la conducta que, de por sí, lo es. Existen también sentencias que adoptan esta postura al exigir un efectivo perjuicio, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 73/2004, del 7 de abril.

5. EL TIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 271 CP

El tipo agravado se reserva para los ataques especialmente graves a los derechos de propiedad intelectual, estableciendo para su apreciación una serie de criterios que, en opinión del legislador, poseen mayor trascendencia:

Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

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

Las penas de este artículo fueron elevadas tras la reforma de 2015, que recoge además una mayor variedad de supuestos y de penas asociadas a los mismos. Estas condiciones son las siguientes:

- Beneficio económico de especial trascendencia: Este agravante se genera por el resultado económico obtenido por el sujeto activo desde un punto de vista patrimonial, en cuanto a ganancia generada a través de la comisión de la conducta típica. Además del beneficio real que hubiera obtenido se incluye una referencia en el tipo al que hubiera podido obtener, suponiendo una gran dificultad a la hora de interpretar y aplicar este precepto. Así, la jurisprudencia queda obligada a establecer unos criterios que permitan una aplicación coherente y razonable del tipo. Ante la ausencia de criterios claros, los Tribunales acuden a referencias de otros delitos patrimoniales, como la estafa o la

apropiación indebida (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 6 de febrero 24/2004, El Derecho).

- Hechos de especial gravedad bien por el valor de los objetos producidos ilícitamente o la especial importancia de los perjuicios: Se pone el foco de atención en el resultado producido por el hecho delictivo, bien respecto de los efectos producidos ilegalmente, bien al perjuicio causado a la víctima. Los Tribunales han venido aplicando este agravante a no pocas conductas, como puede deducirse de las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero 95/2008 o de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de noviembre 483/2002, si bien la aplicación de este agravante se hace en concordancia con criterios seguidos históricamente para estos delitos y otros patrimoniales (Mata y Martín, 2015, p. 411).

- Pertenencia a organización o asociación: El fin o actividad de estas organizaciones o asociaciones debe ser la infracción de los derechos de propiedad intelectual. No es necesaria una gran infraestructura delictiva, y no es inconveniente que sea simplemente temporal. Lo que sí se exige es que el sujeto sea miembro integrante, que pueda constatar un mínimo de coordinación entre una pluralidad de sujetos sobre cierta base de infraestructura encaminada a la comisión del ilícito y ese fin de infringir los derechos de autor; es decir, no debe ser un mero colaborador ocasional sino participar efectivamente en dicha asociación u organización (Sentencias del Tribunal Supremo de tres de diciembre 1850/2002, y del 16 de julio 1095/2001,). Así, por ejemplo, no suele considerarse a los denominados “manteros” como sujetos cuya actividad se pueda subsumir en el tipo agravado, ya que compran ejemplares piratas a los integrantes de la organización y posteriormente distribuyen esos ejemplares por su cuenta, sin participar en la propia organización ni sus fines como integrantes (Martínez-Buján, 2015, p. 210). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de febrero 90/2008, contempla uno de los casos en los que resulta aplicable el agravante relativo a la pertenencia a organización o asociación, en el que se presentaba efectivamente una infraestructura personal y material bien coordinada, con un gran despliegue de actividad.

- Utilización de menores: Como medida generalizada el legislador ha incluido como agravante en numerosos hechos punibles esta circunstancia. La inclusión de menores en

la comisión del hecho delictivo supone un mayor desvalor de la acción en la ejecución, de ahí que esta medida suponga un mayor reproche penal, al darse un mayor contenido del injusto. En cualquier caso, en materia de propiedad intelectual los Tribunales no han tratado el tema de la utilización de menores hasta el momento.

6. CONCLUSIONES

Una vez analizada la protección dispensada por el legislador penal a los derechos de propiedad intelectual, y entrando en profundidad al análisis de la actividad de aquellos que ofrecen enlaces a contenidos protegidos, conviene hacer una reflexión sobre la calidad de dicha regulación y la justificación de la intervención del Derecho penal en este campo.

Los derechos de propiedad intelectual han sido objeto, tradicionalmente, de una regulación civil. No será hasta el Código penal de 1987 cuando se crea un tipo que penaliza los ataques a la propiedad intelectual. Aun así, se trataba de una norma penal en blanco.

Desde entonces y hasta la actualidad, el Código penal ha sido reformado en numerosas ocasiones, y en todas las reformas acometidas la protección a los derechos de propiedad intelectual se ha visto incrementada respecto a la regulación precedente. Debe tenerse muy presente que el Derecho penal debe emplearse exclusivamente para castigar los ataques más graves al bien jurídico protegido, y más en un ámbito como la propiedad intelectual donde la regulación civil y administrativa ya se encargan de reprochar estas conductas. De hecho, los tipos penales que se han incorporado al Código penal recogen conductas que la legislación civil ya incluía, debiendo acudir casi siempre a esta regulación para conseguir definiciones de las mismas. Así, la separación entre ambos ámbitos debe quedar clara, y la intervención penal justificada en que la conducta realmente merece un reproche penal, por un mayor contenido del injusto y un mayor desvalor, más allá de la posible responsabilidad civil que la misma pueda acarrear. Por ello, la amplificación que se produce del ámbito de actuación del Derecho penal, si bien es necesaria por los nuevos medios de difusión que existen y que incrementan las posibilidades de los sujetos a la hora de llevar a cabo estas conductas, debe llevarse a cabo con cautela. Los derechos de la propiedad intelectual están cada vez más expuestos a una lesión, y el legislador penal ha considerado que, ante esta situación, el Derecho penal no puede quedar al margen, y debe responder con una regulación más extensa que pueda abarcar estos nuevos supuestos.

El elemento más fundamental a la hora de separar los ámbitos civil y penal es el elemento subjetivo del injusto, en concreto el ánimo de obtener un beneficio económico

directo o indirecto. Al ser este el elemento delimitador por excelencia, debe ser el que mayor atención reciba por parte del legislador, para evitar que una interpretación extensiva de dicho elemento lleve a los Tribunales a castigar conductas que en realidad solo deberían recibir un reproche civil. Este elemento subjetivo ha sido cambiado a través de la última reforma llevada a cabo en 2015, sustituyendo el polémico “ánimo de lucro” por este nuevo elemento subjetivo. La idea principal que parece inspirar al legislador es la de castigar las conductas que pretenden obtener un rendimiento comercial a partir de obras ajenas protegidas por la propiedad intelectual, tratando de zanjar la discusión jurisprudencial y doctrinal en relación a ello.

Por otro lado, las tecnologías han tenido un papel muy importante en las últimas reformas, buscando proteger a la propiedad intelectual de herramientas que incrementan tanto la facilidad como la escala de las conductas vulneradoras de estos derechos; por ello, el legislador ha ampliado las conductas típicas a través de tipos específicos para las conductas que se llevan a cabo con herramientas informáticas, como son la facilitación del acceso o localización en internet de obras protegidas o las conductas relativas a las medidas tecnológicas de protección y a los medios desprotectores. De esta manera, los tipos penales no deben tratar de cubrir las mismas conductas que la regulación civil y en idénticas circunstancias, sino tratar de ser un medio extraordinario que abarque conductas que puedan escapar al Derecho civil o que merezcan un mayor reproche. Por ello, es lógico que trate de perseguir comportamientos que se llevan a cabo a través de internet, pero debe establecer con mayor claridad los límites de qué debe considerarse punible y qué no.

En mi opinión, el legislador acierta en la reforma de 2015 al modificar el elemento subjetivo y adaptarlo a las pautas que los Tribunales comunitarios han marcado en los últimos años, e incluyendo el beneficio económico indirecto y no solo el directo, cuestión fundamental sin duda. Hoy en día, una de las principales fuentes de ingresos de las páginas web proviene de los contenidos publicitarios, los llamados *banners*. Los servicios se prestan de forma gratuita, y el coste para el titular de la web es prácticamente nulo, de forma que los ingresos publicitarios constituyen una verdadera actividad comercial en este ámbito. Más allá, si además las webs ofrecen este contenido obteniéndolo de forma ilegal, o rebasando los límites de la legalidad en su utilización, sin duda deben recibir castigo penal, independientemente de que causen o no un

perjuicio directo al titular de estos derechos, teniendo en cuenta el alcance que tiene internet. Esto debe ser así porque si el legislador permitiese que estas webs operaran con libertad, la piratería no tendría ya ningún tipo de obstáculo, más allá del mero reproche civil, y el daño producido a las industrias, en especial la industria cultural, sería aún más devastador de los que lo ha sido en los últimos 20 años. Tomando como ejemplo estas industrias culturales, comenzaron a luchar contra la piratería desde los Tribunales y, sin embargo, se dieron cuenta de que no podían competir contra ella por este medio, ya que al fin y al cabo los procesos eran lentos, costosos, y poco eficientes a la hora de perseguir estas conductas por la dificultad que ello entraña. Así, lo que hizo la industria musical, como caso particular dentro de estas industrias, fue adaptarse a través de la digitalización, ofreciendo contenido digital a precios mucho menores que los del soporte físico, y pudiendo competir cara a cara contra la piratería. Así, la lucha contra las conductas vulneradoras de los derechos de propiedad intelectual no se produce solo desde el punto de vista legal, de forma que también la economía y la sociedad deben adaptarse a las nuevas circunstancias y tomar conciencia de estos problemas. De hecho, uno de los mayores impedimentos a la persecución de las conductas que lesionan la propiedad intelectual reside en la falta de reproche social que se da respecto a estas conductas, generalmente admitidas y llevadas a cabo por muchos particulares, lo que provoca que el legislador, al introducir reformas que extienden el ámbito de actuación del Derecho penal, sea criticado, y por ello deba hacerlo con especial cautela.

Por otro lado, existen muchos defensores de la tecnología como medio de difusión de la cultura al alcance de todo el mundo de forma igualitaria. Propugnan que el desarrollo tecnológico es positivo para la sociedad, y que debe ser la economía y el Derecho los que se adapten a la digitalización, en lugar de condicionarla y poner obstáculos. En cualquier caso, el legislador penal ha respetado la copia privada y el ahorro o aprovechamiento personal, entre otras conductas, manteniéndolos al margen del tipo penal, siendo así acorde a las exigencias de política criminal y castigando solo las conductas que persiguen un efectivo lucro a través de la comercialización de las obras de otros, independientemente de cómo se genere el ingreso. Sin embargo, el problema sigue existiendo, ya que la piratería se generaliza cada vez más, y ello a pesar de los medios que se han creado para tratar de detenerla.

Al avanzar tan rápido las tecnologías, el Derecho muchas veces trata de adaptarse de la forma más rápida posible, si bien el objetivo no debe ser este, sino alcanzar una regulación que pueda adaptarse a estos cambios, es decir, que sea flexible; pero al mismo tiempo necesita de un rigor que evite interpretaciones divergentes o aplicaciones excesivamente amplias del Derecho penal, que podrían llevar a una sobreprotección e inseguridad jurídica. Así, en la última reforma acometida, acierta el legislador al establecer la cláusula de cierre del apartado primero, que permite cierta flexibilidad a la hora de englobar otros supuestos de explotación ilícita, si bien debe interpretarse con cautela por parte de los Tribunales.

Respecto a las webs de enlaces, el legislador y la propia jurisprudencia han despejado las dudas relativas a quiénes debían ser responsables por la actividad de las mismas, si dicha actividad podía considerarse como acto de comunicación pública y qué concreto ánimo de lucro debía exigirse para entenderlas subsumidas en el tipo. La última reforma del Código penal ha permitido que esas dudas se disipen, y ha conseguido una mayor armonización, que era el objetivo que trataba de conseguir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del caso Svensson.

Sin embargo, el gran problema que existe en el castigo de estas conductas reside en su persecución, al tratarse muchas veces de redes e infraestructuras muy complejas de descifrar, y más de encontrar a los responsables e imputarles los hechos. Así, son procesos que pueden demorarse mucho, cuestionándose la eficacia del Derecho penal en la persecución de estas conductas. En cualquier caso, la evolución legislativa ha permitido que estas actividades se persigan y no queden impunes, o castigadas por el ámbito civil, como ocurría en numerosas ocasiones bajo la anterior regulación. Además, las medidas cautelares establecidas en el tipo penal facilitan esa persecución. En mi opinión, dada la creciente relevancia que tienen este tipo de webs y la generalización en su uso, deben adoptarse medidas que faciliten la supresión de estos servicios, para lo cual también es necesario que estén disponibles contenidos legítimos para los usuarios de internet que tengan unas características similares a las de estas webs. Actualmente, se ven aparecer webs y aplicaciones como Netflix o Spotify que permiten el visionado en *streaming* de contenido protegido por derechos de autor, pero retribuyendo a sus legítimos titulares. La actividad de estos sitios fue combatida legalmente por las grandes compañías que dominaban el mercado y, sin embargo, actualmente gozan de una

aceptación general y absorben las cuotas de mercado de aquéllas. Este tipo de servicios deben ser potenciados para que se produzca el detrimento de la piratería que tan arraigada parece que está en la sociedad actual. El Derecho, por tanto, debe acompañarse de una concienciación social para que realmente se puedan erradicar estas conductas. Entretanto, el legislador debe buscar una regulación equilibrada entre los diferentes ámbitos que pueden intervenir, tratando de dar cumplimiento a los principios inspiradores de estos campos. Los retos para el legislador, sin embargo, seguirán apareciendo, al encontrarnos inmersos en un proceso de transformación tecnológica que requiere una actualización cada vez más recurrente de la legislación.

BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Directiva 2001/29, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (BOE 12 de julio de 2002).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 26 de noviembre de 2003).

Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, por las que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (BOE 22 de abril de 1996).

Jurisprudencia y Circulares

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona del 11 de noviembre 732/2009.

Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2006 de 5 de mayo de 2006 (El Derecho).

Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 8/2015 de 21 diciembre 2015 (El Derecho). .

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Castellón del 30 de octubre 453/2013.

Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barakaldo del 11 de febrero 49/2011.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 13 de noviembre 250/2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de abril 73/2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de enero 95/2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de diciembre 271/2016.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril 335/2011 (El Derecho).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 18 de febrero 40/2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de septiembre 586/2008. (El Derecho).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de febrero 81/2008 (El Derecho).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 11 de mayo 554/2010. (Tirant Online).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de junio 334/2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 8 de marzo 202/2011 (El Derecho).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 31 de enero 7/2008. (El Derecho).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 5 de noviembre 483/2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de febrero 90/2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 enero 11/2002 (El Derecho).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) de 5 de febrero 2/2016.
(Aranzadi).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 2 de abril 529/2001 (Tirant Online).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 9 de diciembre 155/1985
(Aranzadi).

Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 3 de diciembre 1850/2002.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 16 de julio 1095/2001.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2ª) de 8 de septiembre de
2016, asunto C-160/15 (El Derecho).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4ª) de 13 de febrero de
2014, asunto C-466/2012 (El Derecho).

Obras doctrinales

CAREY CLARO, G. y BURR, M.R. (2005). Sistemas de transferencia de música por redes p2p. *Revista Chilena de Derecho Informático*. (Obtenido el 17/03/2017 de: <http://www.anales-ii.ing.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10732/11008>)

CUSSAC, J. L. G., EVANGELIO, A. M., ROYO, E. G., SOUTO, M. A., TOMÁS-VALIENTE, C., RIMO, A. A., JIMÉNEZ, E. B., ... & MATEU, J. C. C. (2015). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GIL GIL, A. (2009). Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud. *InDret*, 2, 1-35. (Obtenido el 29/03/2017 de: <http://www.indret.com/pdf/624.pdf>)

GÓMEZ LANZ, J. (2006). *La interpretación “en perjuicio de” en el Código Penal*. Madrid: Dykinson.

GÓMEZ MARTÍN, V. (2007). El art. 270.3 CP: breve historia de un despropósito. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (21), 81-93. (Obtenido el 30/03/2017 de: <http://www.ehu.es/documents/1736829/2176629/04+GOMEZ.indd.pdf>)

GÓMEZ RIVERO, M.C. (2012). *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ RIVERO, M.C. (2015). *Novedades de la reforma del Código Penal en materia de propiedad intelectual e industrial*. En MUÑOZ CONDE, F. (dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 323-350.

IGLESIAS POSSE, R. (2014). *Ausencia de responsabilidad de creadores y distribuidores de programas P2P por las infracciones de derechos de propiedad intelectual que cometan sus usuarios*. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, (36), pp. 491-499. (Obtenido el 2/04/2017 de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2568123)

LETAI, P. (2012). *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*. Universidad Autónoma de Madrid. (Obtenido el 28/03/2017 de:

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/9333/48795_Letai%20Pedro.pdf?sequence=1)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2015). *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MATA Y MARTÍN, R. (2015). *De los delitos relativos a la propiedad intelectual*, en M. GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Tomo III*. Pamplona: Aranzadi, pp. 389-414.

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

MOLINA BLÁZQUEZ, C., y LANDECHO VELASCO, C.M.L. (2010). *Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid: Tecnos.

MUÑOZ CONDE, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

O'CALLAGHAN, XAVIER (2006). *Código civil: comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.

PALOU, M. T. C., y PLANAS, R. R. (2007). ¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial). *InDret*, (2), (Obtenido el 20/03/2017 de: https://www.researchgate.net/profile/Ricardo_Robles2/publication/28154670_Como_absolver_a_los_top_manta_Panorama_jurisprudencial/links/0912f512e16564206d000000/Como-absolver-a-los-top-manta-Panorama-jurisprudencial.pdf)

QUERALT, J. J. (2015). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

QUINTERO OLIVARES, C. (2008) *Comentarios al Código Penal. Tomo II*. Pamplona: Aranzadi.

QUINTERO OLIVARES, G. y PRATS, F. M. (2015). *Parte General del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.

QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. et al (2016). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.

RAMÍREZ SILVA, P. (2012). Webs de enlaces y propiedad intelectual. *InDret*, (2). (Obtenido el 04/04/2017 de: http://www.indret.com/pdf/894_es.pdf)

RODRIGUEZ MORO, L. (2012). *Tutela penal de la propiedad intelectual*. Universidad de Coruña. (Obtenido el 05/04/2017 de: [https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=_jlzAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA77&dq=RODRIGUEZ+MORO,+L.+\(2012\).+Tutela+penal+de+la+propiedad+intelectual.+Universidad+de+Coru%C3%B1a.&ots=Y3CaPuaQ6o&sig=jQD9CclvjE1QrF4w1F0lvbZMeBY#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=_jlzAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA77&dq=RODRIGUEZ+MORO,+L.+(2012).+Tutela+penal+de+la+propiedad+intelectual.+Universidad+de+Coru%C3%B1a.&ots=Y3CaPuaQ6o&sig=jQD9CclvjE1QrF4w1F0lvbZMeBY#v=onepage&q&f=false))

SÁINZ DE ROBLES, C. (1989). El ánimo de lucro. Ensayo de aproximación histórico-material al concepto. *Estudios de Derecho Penal y Criminología, UNED*.

SIMON ALTABA, M. (2014). La extraña pareja: La difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el Derecho penal. *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, (2), 199-228. (Obtenido el 28/03/2017 de: <http://www.ceej.eu/pdf/simon.pdf>)

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2011). *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Pamplona: Aranzadi.

TASSARA, A. O. (1988). Derechos del autor y propiedad intelectual: apuntes de un debate. *Revista de Derecho Político*, (27-28), 113-180. (Obtenido el 26/03/2017 de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1988-27-28-1064AEF9/PDF>)

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. (2015). *Delitos contra la propiedad intelectual*, en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 843-891.

TORRES LÓPEZ, J. (2016). Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la provisión de enlaces en Internet. *Cadernos de derecho actual*. (4), 207-215. (Obtenido el 02/04/2017 de: www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/115)

ZÁRATE CONDE, A. y GONZÁLEZ CAMPO, E. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: La Ley.