

Delitos contra la propiedad intelectual en el Derecho penal español tras la reforma de 2015

Gabriel Fernández Villegas

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Almería

EXTRACTO

La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica está 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 (art. 2 de la Ley de Propiedad Intelectual 1/1996, de 12 de abril).

El Código Penal castiga aquellas conductas en las que de modo intencionado y con ánimo de obtener un beneficio se atenta contra el contenido patrimonial de los derechos que recaen sobre la propiedad intelectual. Su regulación viene establecida en los artículos del 270 a 272 del Código Penal.

En buena parte, las modificaciones establecidas por la reforma del Código Penal, Ley 1/2015, respecto al capítulo XI, vienen ocasionadas por las nuevas tecnologías que se han utilizado para cometer ilícitos en el campo de la cultura o de la industria, divulgando, sin autorización de sus legítimos propietarios, obras consecuencia del trabajo intelectual humano, obteniendo por ello un beneficio de carácter lucrativo.

La reforma del Código Penal en este ámbito del delito ha sido, de hecho, una puesta al día del citado código para incluir en la tutela judicial aquellas nuevas modalidades de cometer ilícitos y, cómo no, para dar satisfacción a una larga y ya urgente presión de los afectados (víctimas) para que se controlaran, castigaran y evitaran las prácticas que comportaban dichos ilícitos. Esta nueva regulación, en su propósito de satisfacer los intereses de los colectivos afectados, ha generado la tipificación de determinadas conductas que podríamos calificar de preparatorias o anticipatorias a la comisión del delito en sí mismo.

1. Introducción
2. Nuevo planteamiento de la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, de modificación del Código Penal
3. Alcance de las nuevas disposiciones
4. Los tipos agravados
5. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica está 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 (art. 2 del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril –TRLPI–).

El Código Penal (CP) castiga aquellas conductas que, de modo intencionado y con ánimo de obtener un beneficio, atentan contra el contenido patrimonial de los derechos que recaen sobre la propiedad intelectual. Su regulación viene establecida en los artículos del 270 a 272 del CP.

En síntesis, la conducta típica del delito consiste en plagiar, comunicar públicamente, reproducir, distribuir, transformar o, en general, cualquier manera de explotar económicamente la propiedad intelectual de otro en beneficio del que comete el ilícito, sea cual sea el soporte y los medios de distribución y comunicación que utilice. La definición de cada una de estas conductas viene asimismo en el TRLPI.

En buena parte, las modificaciones establecidas por la reforma del Código Penal respecto al capítulo XI vienen ocasionadas por las nuevas tecnologías, que se han utilizado para cometer ilícitos en el campo de la cultura o de la industria, divulgando, sin autorización de sus legítimos propietarios, obras consecuencia del trabajo intelectual humano de aquellas, obteniendo por ello un beneficio de carácter lucrativo.

La reforma del Código Penal en este ámbito del delito ha sido, de hecho, una puesta al día del citado Código para incluir en la tutela judicial aquellas nuevas modalidades de cometer ilícitos y, como no, para dar satisfacción a una larga y ya urgente presión de los afectados (víctimas) para que se controlaran, castigaran y evitaran las prácticas que comportaban dichos ilícitos. Esta nueva regulación, en su propósito de satisfacer los intereses de los colectivos afectados, ha generado la tipificación de determinadas conductas que podríamos calificar de preparatorias o anticipatorias a la comisión del delito en sí mismo.

2. NUEVO PLANTEAMIENTO DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 31 DE MARZO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

La Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, que modificó la 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entró en vigor el 1 de julio de 2015. Dentro de los cambios que introdujo destacan,

entre otros muchos, los correspondientes al régimen de delitos contra la propiedad intelectual, que modifican en buena parte no solo la tutela judicial a este tipo de derechos, ampliándola, sino también la valoración de la gravedad de las distintas infracciones por los ilícitos cometidos¹.

¹ Artículo 270.

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

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

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

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

4. En los supuestos a que se refiere el apartado 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.

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 estos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.
- c) Favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por estos con la finalidad de impedir o restringir su realización.
- d) Con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo.

6. Será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger

Además, las modificaciones introducidas tienden a dar respuestas sobre distintas y nuevas formas de explotación de derechos de propiedad intelectual (conocidos también como derechos de autor) que han ido apareciendo a través del uso de las nuevas tecnologías, como es el caso de internet.

Hay que partir del contenido patrimonial de este derecho, de forma que se protege directamente cualquier lesión al derecho de explotación económica no consentida por el autor de una obra o prestación literaria, artística o científica, cuando el autor de esa lesión desarrolla su acción con el propósito de obtener un beneficio económico directa o indirectamente. La Ley 1/2015 amplía el ámbito de protección, de forma que la explotación económica de las creaciones ajenas podría venir establecida por una explotación parcial de la obra —«o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte»—, de forma que se amplía enormemente el marco de actuación del tipo penal, incorporando cualquier conducta dentro de las establecidas en el mismo, mediante la cual el sujeto activo pudiese obtener cualquier tipo de beneficio. Esto supone que en el aspecto conceptual se amplía el antiguo concepto de «ánimo de lucro» por el de «beneficio directo e indirecto» al que se le añade también «en perjuicio de tercero»², lo que significa que cualquier forma de explotación que repercuta en un beneficio económico, de cualquier tipo, que perjudique o se realice sin el consentimiento del autor o de quien tenga derecho a la explotación de esos derechos, podrá llevar aparejado un reproche penal. Es decir, se sustituye el elemento subjetivo con el objeto de incluir el beneficio indirecto, lo que implica ampliar el ámbito de control sobre los diferentes agentes que intervienen, o pueden intervenir, en el campo de internet, como por ejemplo aquellos que facilitando información de acceso a webs o *software* se lucren por la publicidad que puedan vender en sus propias webs³.

Por otra parte, el Código Penal introduce y positiva internet como un nuevo medio de comunicación e información, de forma que la acción típica se desarrollaría en la publicación de contenidos sin autorización de los propietarios de los derechos intelectuales, especialmente aquellos que a través de webs de enlace redirigen hacia otras páginas en las que aparecen las obras protegidas por los derechos de autor y que ya habían sido objeto de atención en la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual (art.

programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo.

² En este concepto se incluyen también las nuevas formas de reproducción que no necesariamente deben ser mecánicas y pueden ser informatizadas. Tomás-Valiente Lanuza, C. (2015). *Delitos contra la Propiedad Intelectual. Comentarios a la reforma del Código Penal* (p. 851 y ss). Valencia: Tirant lo Blanch.

³ La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado dice: El elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no podía tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debía 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. Y aunque es una circular muy anterior a la modificación legislativa, en la Circular 8/2015 se cita la anterior y amplía diciendo: Puede concluirse que esta interpretación sigue siendo válida, no solo en atención a la normativa internacional mencionada, sino también porque, a la vista de los términos utilizados por el Legislador para ampliar las conductas típicas, no cabe otra. La respuesta penal, por tanto, solo tendrá lugar cuando la acción se realice a través de una conducta cuyo fin sea la explotación de obras y prestaciones en orden a obtener beneficios económicos, sea de manera directa o indirecta; es decir, cuando el sujeto actúe con ánimo de lucro comercial, entendido como intención de obtener un rendimiento económico, ganancia o ingreso.

20). Se penaliza, pues, facilitar el acceso o localización en internet de estas obras, bajo derechos de propiedad intelectual, sin el correspondiente permiso de sus autores⁴.

Su inclusión en el Código Penal se realiza a través de la incorporación de un nuevo apartado en el artículo 270 del CP, el establecido en el 270.2, por el cual resulta punible 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».

¿A qué se refiere por tanto este apartado? ¿Cuáles serían las conductas típicas? La Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014 («caso Svensson») anticipa el camino a seguir por las legislaciones comunitarias en cuanto al contenido o significado a que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001⁵, cuyo contenido es la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y los derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. A raíz de una serie de cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE, este, a través de esta sentencia interpreta y dota de contenido algunos aspectos de la protección que se propone desde Europa a los derechos intelectuales. Las cuestiones prejudiciales que se plantearon fueron:

1. Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE?
2. ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que conduce el enlace se encuentre en una página de internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?
3. A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, se presente en otra página de internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página de internet?

⁴ Morillas Cuevas, L. (dir.). (2016). *Sistema de Derecho Penal* (p. 623 y ss.). Parte Especial. Madrid: Dikynson; y Fernández Isla, R. *Comentario a artículo 270 del Código Penal*. Consultado el 9 de febrero de 2018 <<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-penal-206478085>>.

⁵ *Artículo 3.*

Derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas. 1. Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.

4. ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE?

Las tres primeras cuestiones afectan al citado artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29 que debe interpretarse según la sentencia, *en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de internet.*

Asimismo, el Tribunal resuelve la cuestión cuatro, de forma que impone la limitación a los demás Estados miembros de legislar al margen de esta interpretación, es que dicho artículo debe *interpretarse en el sentido de la oposición a que un Estado miembro pueda proteger más ampliamente a los titulares de derechos de autor, estableciendo la interpretación dada respecto del concepto de comunicación al público.*

Lo cual supone una limitación en las posibilidades de los Estados miembros sobre la cuestión, pero aclara cuál puede ser la naturaleza y contenido del delito.

Esta interpretación ha tenido su repercusión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que mediante la Sentencia 638/2015⁶, de la Sala Segunda, trae a colación la interpretación del Tribunal Europeo, a efectos de establecer la culpabilidad o no en un supuesto parecido. El Alto Tribunal incide en que, dado el carácter fragmentario del que está informado el Derecho penal, solo aquellos ataques más graves al bien jurídico deben ser combatidos aplicando el Código Penal. También se expande en la consideración de la falta de precisión del artículo 10 del TRLPI, en la que el objeto de delito está comprendido en una relación de *numerus apertus* que se entiende cubre toda propiedad intelectual, sea cual sea su medio y características, pero mantiene las limitaciones contenidas en la sentencia europea. Para la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el núcleo de la cuestión no está tanto en el ilícito de las 17.000 obras que contenía la web, sino en el acto de comunicación pública que se contempla bajo la idea de su interpretación encaminada a la existencia de delito, cuando exista, podríamos decir, un elemento de cualificación en la acción perseguible, ya que, como establece el *Manual de derecho económico y de la empresa*⁷, la conducta típica quedaría limitada, en primer lugar, por el suministro de los ya referidos servicios (de localización o de acceso a obras protegidas), servicios que han de ser prestados de forma activa y no neutral, lo que, a nuestro modo de ver, excluye la aplicación de estos delitos, por ejemplo a las recopilaciones de enlaces que se realicen de forma completamente técnica y automatizada, como por ejemplo, Google, Yahoo, etc. y, además, requiere que dicha actuación recopiladora humana dé lugar a la parición de listados ordenados y clasificados de enlaces para poder de dejar de considerarla neutra, atendiendo a lo que establecen los propios artículos 270 del CP y 158 ter 2 b) del TRLPI.

⁶ Sentencia n.º 638/2015. Recurso de casación n.º 909/2015. Fallo/Acuerdo: Sentencia estimatoria parcial. Procedencia de la Audiencia Nacional. Sección Segunda. Fecha de sentencia 27 de octubre de 2015. Ponente: Excmo. señor don Andrés Martínez Arrieta. Secretaría de la Sala: Ilma. señora doña María Josefa Lobón del Río.

⁷ Castaño Núñez E. y Galán Muñoz A. (2017). *Manual de derecho penal económico y de la empresa* (pp. 113-114). Valencia: Tirant lo Blanch.

En el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, en su artículo 20, se define la comunicación pública como «el acto por el cual una pluralidad de personas tiene o puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas». Añade que no se considerará pública cuando tenga lugar en un ámbito doméstico que no esté integrado en una red de difusión, sea del tipo que sea, estableciendo en el mismo artículo una larga serie de supuestos de delito que, se entiende, no son omnicomprendivos, sino que pueden ampliarse a cualquiera que sea el tipo de comunicación y se refieren al artículo 102, en que se contemplan las infracciones sobre la publicación o copia de programas de ordenador.

También en las penalizaciones de los ilícitos contemplados hay modificaciones sustanciales en prácticamente todas las variantes. Se castiga de 6 meses a 4 años y multa de 12 a 24 meses a aquel o aquellos que hayan obtenido beneficio económico, directo o indirecto, con prácticas tipificadas en los artículos 270.1 y 270.2, además de la intervención judicial para ordenar, si lo considera el juez, la retirada de las obras sujetas a derechos de propiedad intelectual o intervenir y cerrar las webs si fuera necesario. En el apartado 5 de dicho artículo 270 del CP, se relacionan los supuestos que incurrir en las penalizaciones citadas. Otra vez nos encontramos con una norma que abarca toda una serie de supuestos donde se hace muy difícil determinar o concretar la intervención del Derecho penal en este tipo de actuaciones, cuándo deja de ser una infracción administrativa y cuándo estamos ante un supuesto con reproche penal. Obedece asimismo a la necesidad de ajustar la respuesta penal a la valoración de la gravedad de la infracción cometida, ofreciendo al juez un marco penal amplio para ajustar la pena a la gravedad de la conducta.

Por otra parte, se consideran circunstancias agravantes la importancia económica del ilícito cometido, el número de obras, su valor, la cantidad de reproducciones, el ámbito de la distribución o la magnitud de los perjuicios ocasionados; asimismo que el culpable del delito sea un empleado o goce de la confianza de los que detentan los derechos de propiedad de las obras o que se utilice a menores para cometer los delitos. En todos estos casos, la pena impuesta será de 2 a 6 años de prisión, de 18 a 36 meses de multa e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, según el artículo 271. O sea, que dicho artículo 271 establece un tipo agravado casi el doble que el anterior. Este artículo corresponde al 153 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre⁸.

Sin embargo, también se han suprimido las faltas que se incluían anteriormente en el Código Penal, lo cual tiene dos vertientes: la ausencia de las penalizaciones por faltas, pero también que los ilícitos no podrán ser calificados como tales, lo que implica que cualquier intromisión en los derechos de propiedad intelectual que tenga repercusión penal podría ser calificada como delito, grave o leve, pero delito, con las implicaciones que ello conlleva.

En general, las modificaciones respecto a aquellos delitos que no figuraban en el Código Penal y referentes a la propiedad intelectual pueden categorizarse en dos grupos:

⁸ Galán Muñoz, A. (2016). De los delitos relativos a la propiedad intelectual. En G. Quintero Olivares (dir.) y F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español* (p. 233), tomo II. (7.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

1. *Responsabilidad*: se amplía la responsabilidad del delito a todos los agentes que faciliten de modo activo y no neutral el acceso o la localización de las obras en internet, sin la autorización de los propietarios de los derechos de las mismas.
2. Dentro de este grupo se incluyen aquellos que facilitan los sistemas operativos necesarios para desbloquear las webs que contienen estas obras. Es decir, aquellos que divulguen las técnicas que permitan violar las medidas de seguridad implantadas por las páginas legales.

El delito, para perfeccionarse, necesita que la acción se realice en función de obtener un beneficio económico, sea este directo o indirecto.

3. ALCANCE DE LAS NUEVAS DISPOSICIONES

Ha quedado claro que el legislador pretende establecer una mayor protección al derecho de propiedad intelectual, incluyendo los derechos de propiedad de patentes industriales cuyo tratamiento jurídico se ha desarrollado paralelamente a la propiedad intelectual, y una mayor dureza en las penalizaciones de los ilícitos cometidos contra dicha propiedad intelectual, habida cuenta que en muchos aspectos los titulares de dicha propiedad estaban bastante desprotegidos respecto al tratamiento penal de los ilícitos que les afectaban.

Otro punto de reflexión, que considero más importante, debido a su potencialidad y proyección, es si, respecto a las nuevas tecnologías, especialmente al medio de internet, el legislador ha acertado. No parece, por la redacción de las modificaciones, que el legislador sepa de manera concreta las tecnologías que intenta normalizar. Entendemos que de manera indirecta está criminalizando no ya a aquellos internautas que publican los enlaces y desvelan las formas de acceder a las obras que han sido protegidas por los propietarios y que justifican, desde luego, una acción penal sobre ellos, sino que también puede responsabilizarse al servidor, es decir, al que presta los servicios para acceder a internet. Que el administrador de un sitio web pueda ser condenado penalmente por no impedir que un usuario suba enlaces que lleven a obras protegidas por los derechos de autor sin que dicho administrador se entere parece llevar las cosas demasiado lejos, si se conoce cómo funcionan los servidores⁹.

Aunque sobre este aspecto no está claro hasta dónde llega el ilícito. La Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 21 de diciembre de 2015, se refiere a la comunicación pública de textos en internet y dice que este concepto de comunicación pública debe interpretarse de manera extensiva, dado que el sujeto a tutelar es el titular de los derechos de autor. Por lo tanto, dice que el «acto de comunicación» se perfecciona con la simple *acción de poner a disposición del público* la obra y que este público pueda acceder a la obra en cuestión, *sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esta posibilidad*. Estaríamos por tanto ante otro nuevo delito de riesgo, en donde el hecho de introducir determinados parámetros en una web puede condicionar la posibilidad de una sanción de carácter penal.

⁹ Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 419 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Entiende la circular de la Fiscalía General del Estado que al facilitar los enlaces que conducen a la obra protegida por derechos de autor, se cumple con la condición de que precisa el acto de comunicación para perfeccionarse. Ahora bien, la infracción penal no puede producirse solo por la publicación del enlace si este redirige a una web abierta y en la que ya los propios titulares de los derechos de propiedad hayan colgado la obra. Es decir, siempre que el enlace redirija a una web abierta, como por ejemplo Youtube. Solo pues tendrá carácter de infracción penal cuando se redirija a una web protegida¹⁰.

Por ello es interesante la clasificación que hace la propia Fiscalía General del Estado de conductas delictivas realizadas por medio de internet en su ya citada Circular 8/2015.

En primer lugar, considera las descargas directas FTP¹¹ un ilícito, por cuanto es un acto de comunicación pública, al alojar contenidos siendo conscientes de no poseer los derechos ni los permisos de los titulares de dichos derechos. La conducta sancionada es por *facilitar de forma activa y no neutral* el acceso o la localización de obras protegidas en internet.

En segundo lugar, se refiere a las webs de enlaces, que pueden ser de dos tipos: las que enlazan con un servidor externo y las que conectan con sistemas P2P. En este planteamiento se considera que los responsables de las páginas, es decir, los del primer grupo, sí son sujetos de delito por cuanto actúan como intermediarios y, por lo general, obtienen un beneficio económico, lo cual entra dentro de los supuestos que plantea el artículo 270 como constitutivos de delito y agravantes. Respecto a los segundos, parece que es más difícil considerarlos como sujetos de delito por cuanto no hay un beneficio económico.

La concurrencia del ánimo de lucro no solo ha sido tradicionalmente exigida por el artículo 270.1, sino que se ha reiterado en los apartados que lo componen y especificado qué tipo de lucro se considera, concretándolo en «lucro comercial», lo cual para la doctrina significa que se han dejado de lado los beneficios no económicos que se pudieran obtener, aun cuando supusieran una ventaja personal. Lo cual entraba dentro de las directrices emanadas sobre el ilícito por las autoridades europeas, especialmente los convenios sobre ciberdelincuencia de 2001. Con esta interpretación no toda la doctrina ni la jurisprudencia estaban de acuerdo.

¹⁰ Morillas Cueva, L. (dir.). (2015). *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (p. 629). Madrid; y Osorio Moreno, C. A. (2016). La novedosa regulación de los delitos contra la propiedad intelectual en España. *Revista Derecho Penal*, 55, 87-138.

¹¹ Actualmente los protocolos de descarga de archivos de internet más usuales son:

- La descarga directa por medio del protocolo HTTP (HyperText Transfer Protocol, Protocolo de Transferencia de Hipertexto) vía web a través de un navegador como pueden ser: Internet Explorer (IE), Mozilla Firefox u Opera (entre otros), o el protocolo FTP (File Transfer Protocol, Protocolo de Transferencia de Archivos) a través de un servidor de ficheros utilizando un cliente FTP (ej: Fillezilla). Servidores como Rapidshare o Megaupload (y otros tantos similares) son también de este tipo pero con ciertas limitaciones para usuarios no registrados o *premium* (aquellos que pagan una suscripción al servicio). Por otro lado, los gestores de descarga (clientes de descarga), como por ejemplo Orbit Downloader y otros similares, usan protocolos HTTP o FTP. Asimismo los gestores de ficheros FTP o clientes FTP (ej: Fillezilla FTP) usan el protocolo FTP.
- La descarga por programas P2P (Peer to Peer) como pueden ser eMule (o E-Mule), Bittorrent (algunos clientes pueden tener spyware/adware), Ares Lite, etc. teniendo en cuenta que algunos de estos programas pueden tener *spyware* (*software* espía) o *adware* (publicidad) como comentan en [VSAntivirus](#), entre ellos el Grokster, Kazaa, Morpheus, etc.

Cierto que las múltiples características del mundo internáutico impiden o dificultan, al utilizar diferentes procedimientos para perfeccionar la operación comercial, conocer cómo se obtienen los beneficios derivados del delito. Por lo general todo se limita, para la Fiscalía del Estado, y en último término, a lograr un mayor número de visitas a la página que a su vez determinarán los menores o mayores beneficios.

La problemática que se presentaba fue superada por la modificación realizada, que tipificaba de manera concreta todo el ilícito al ampliar los supuestos protegidos, el tipo básico y redefinir las conductas típicas, así como la *ampliación de los derechos objeto de protección*¹².

4. LOS TIPOS AGRAVADOS

Los tipos agravados aparecen en el artículo 271, en el que, en realidad, solo se modifican las penas, que aumentan, y aunque se mantienen los cuatro supuestos que venían en el antiguo redactado y que ya se han comentado, hay algunos cambios:

- a) El beneficio económico que se centraba en lo obtenido, ahora se amplía a lo que pudiera haberse obtenido «beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener», aunque siempre que «posea una especial transcendencia económica». Es evidente para cualquier que lea esta frase del artículo 271 entendería que el problema no está en determinar el beneficio obtenido, sino en el que pudiera obtenerse, especialmente en lo que a los ilícitos relacionados con internet se refiere, lo cual se antoja como prácticamente imposible, y si lo fuera no podrían salir del campo de las estimaciones.
- b) Se entienden como hechos de especial gravedad, en función del valor de los objetos replicados que se han producido sin tener los derechos, es decir, ilícitamente, aquellos que afecten a objetos o actuaciones de gran valor que hayan ocasionado importantes perjuicios a los propietarios. Dentro de esta ponderación se incluye el número de obras, es decir, el volumen del ilícito que, si bien no estaba taxativamente considerado anteriormente, sí había sentencias en el mismo sentido que las modificaciones y que se referían, como criterio de valoración respecto a internet, al número de visitas¹³.
- c) También se considera un agravante si el delincuente pertenece a una organización o está asociado con otros delincuentes cuyo objetivo fuera realizar infracciones sobre los derechos de propiedad intelectual. Buena parte de este agravante sirve para las actividades de este tipo realizadas a través de internet, por cuanto, para la realización de ilícitos en este medio, es necesaria una, por lo menos, elemental estructura, dado que difícilmente puede organizarlas una sola persona.

¹² Circular 8/2015 Fiscalía General del Estado.

¹³ Simón Altaba, M. (2014). La extraña pareja: La difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2, 207 y ss.

- d) Por último, también se considera agravante el que se utilice para la comisión de los delitos descritos a menores de 18 años, lo cual ya figuraba en el antiguo redactado.

Respecto al artículo 272, solo dos apartados que son más bien de procedimiento, ya que se refieren a que la responsabilidad civil que pueda derivarse de los artículos 270 y 271 del CP, comentados ya, y que se regirán por lo dispuesto en la Ley de la Propiedad Intelectual, por supuesto en lo referente al cese de los actos ilícitos y de las indemnizaciones pertinentes y que se consideren¹⁴.

El TRLPI regula el cese de los actos ilícitos en su artículo 139, titulado «Ceses de la actividad ilícita», en su subapartado a), y establece el derecho a reclamar una indemnización en el artículo 140, en la que se presentan dos supuestos:

- a) Consecuencias económicas negativas, es decir, que el propietario de los derechos hubiera sufrido menguas económicas por la actitud del delincuente, y también sobre los beneficios de este último.
- b) El importe de la cantidad que hubiera recibido el propietario de los derechos si hubiera concedido a petición del infractor el permiso para utilizar los derechos intelectuales de la obra u obras en cuestión.

También, dicho artículo 140 del TRLPI establece una prescripción de cinco años desde el momento en que el perjudicado se encuentre posibilitado para ejercer la acción.

Aunque en todo este proceso siempre existe el problema con que se encuentra la propiedad de los derechos intelectuales para demostrar el valor de lo defraudado, o sea, el montante de la indemnización que puede reclamar, especialmente en todo lo que rodee la reclamación del lucro cesante que en internet puede ser el mayor valor.

En el segundo apartado de dicho artículo 272, se dispone que el tribunal, a su juicio, podrá decretar la publicación de la sentencia a costa del infractor¹⁵.

5. CONCLUSIONES

El legislador, con la Ley Orgánica 1/2015, ha querido ampliar los supuestos de las conductas punibles y cubrir algunas lagunas que, con el tiempo y los avances, especialmente los tecnológicos, se habían producido. Otra cosa es si la reforma que ha afectado a los artículos del *capítulo XI. Sección 1.ª. De los delitos relativos a la propiedad intelectual*, ha sido positiva para los objetivos fijados por el legislador o no. La doctrina, aunque los posicionamientos son diferentes, ha planteado muchas

¹⁴ Tomás-Valiente Lanuza. *Delitos contra la Propiedad Intelectual...* op. cit., pp. 851 y ss.

¹⁵ Simón Altaba. La extraña pareja: la difícil convivencia entre... op. cit., pp. 207 y ss.

críticas, que van desde una pobre técnica legislativa en la elaboración de las modificaciones, hasta una mala sintaxis en la exposición de las mismas dentro del articulado.

Cierto que el tema es, en gran parte, difícil de precisar y los conceptos son muy amplios, de manera que se prestan a repeticiones a lo largo de los artículos que conforman esta sección y de alguna manera se superponen los unos a los otros, de manera especial cuando se refieren a términos y conceptos propios del ámbito de internet, sus agentes y procedimientos. Tampoco la doctrina se pone de acuerdo en si las modificaciones incidirán de manera efectiva en la problemática que se presenta en el mundo de la informática y la comunicación. Más bien parece que la ley, en general, va muy por detrás de los avances tecnológicos y las facilidades que ofrecen para cometer delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Muy posiblemente, la acción punitiva, que no es especialmente complicada en los ilícitos que se produzcan, por ejemplo en producción de libros o discos ilegalmente, o el uso de creaciones musicales sin pagar los correspondientes derechos, se haga más que complicada cuando se trata del mundo digital que, de hecho, es en el que dichas modificaciones han sido más amplias y controvertidas, aunque también más necesarias.

Entiendo, por tanto, que se trata de una regulación que, en las próximas modificaciones del Código Penal, será incluida para adaptarse a las seguras innovaciones del ámbito de internet y sus consecuencias en el ilícito penal.

Referencias bibliográficas

- Fernández Isla, R. *Comentario al artículo 270 del Código Penal*. Consultado el 9 de febrero de 2018 <<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-penal-206478085>>.
- Castaño Núñez E. y Galán Muñoz A. (2017). *Manual de derecho penal económico y de la empresa* (pp. 113-114). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Galán Muñoz, A. (2016). De los delitos relativos a la propiedad intelectual. En G. Quintero Olivares, (dir.) y F. Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código Penal Español* (p. 233), tomo II. (7.^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi.
- Morillas Cuevas, L. (dir.). (2015). *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)* (p. 629). Madrid.
- Morillas Cuevas, L. (dir.). (2016). *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 623 y ss.). Madrid: Dikynson.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 419 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Osorio Moreno, C. A. (2016). La novedosa regulación de los delitos contra la propiedad intelectual en España. *Revista Derecho Penal*, 55, 87-138.
- Simón Altaba, M. (2014). La extraña pareja: La difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, 2, 207 y ss.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2015). *Delitos contra la Propiedad Intelectual. Comentarios a la reforma del Código Penal* (p. 851 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.