

Aplicación jurisprudencial de los delitos relativos a la propiedad intelectual

Por: Francisco Javier Cotorruelo Carrión

Dirección: Dra. Belén Mayo Calderón

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	5
I. INTRODUCCIÓN	7
II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHO MORAL DEL AUTOR VERSUS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN.....	9
1. CONCEPCIONES MONISTAS.....	10
2. CONCEPCIONES DUALISTAS.....	10
III. TIPO BÁSICO (ART. 270 CP).....	13
1. SUJETO ACTIVO.....	13
2. SUJETO PASIVO.	13
3. OBJETO MATERIAL DEL DELITO.....	14
3.1 La obra original	15
3.2 La obra literaria, artística o científica y la obra transformada, interpretada o ejecutada artísticamente.....	15
4. TIPO OBJETIVO.....	16
4.1 Conducta típica	16
A) El plagio.	17
B) La reproducción.....	18
C) Distribución.	21
D) Comunicación pública.....	24
E) La importación, exportación o almacenamiento.....	26
F) La fabricación, importación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio destinado a facilitar la supresión no autorizada de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger cualquiera de las obras protegidas.	28
4.2 La falta de autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.....	29
4.3 Formas de ejecución: la consumación del delito.....	29
5. TIPO SUBJETIVO.....	30
5.1 Dolo.	30
5.2 Elementos subjetivos de lo injusto.	30

A) Ánimo de lucro.....	30
B) En perjuicio de tercero.....	33
6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	35
7. CONCURSOS.....	36
IV. TIPOS AGRAVADOS (ART. 271 CP).	38
V. ARTÍCULO 272. LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	41
VI. CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA	47

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.:	artículo.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CD,s:	discos compactos.
CE:	Constitución Española.
coord.:	Coordinador.
CP:	Código Penal.
dir.:	dirección.
FOUC:	Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya.
LO 1/2015:	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del 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, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.
nº:	número.
p.:	página.
pp.:	páginas.
P2P:	<i>Peer to peer.</i>
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial.
ss.:	siguientes.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
t.:	tomo.

I. INTRODUCCIÓN.

Con el presente trabajo se pretende estudiar la opinión jurisprudencial sobre los aspectos más controvertidos de los delitos relativos a la propiedad intelectual viendo, de entre todas las corrientes doctrinales, en cual se apoyan los jueces y magistrados para realizar sus argumentaciones.

Los delitos relativos a la propiedad intelectual se recogen en el Código Penal, dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, junto con los delitos relativos a la propiedad industrial y los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

Estos delitos están incluidos, junto a los tradicionales delitos contra el patrimonio (el hurto, el robo, la estafa...), dentro de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico del Título XIII. No obstante, y por cuanto el Capítulo X se titula «Disposiciones comunes a los capítulos anteriores», parece que se ponga final a una parte, y por ello, hay autores que consideran que los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores son la puerta que abre los delitos socioeconómicos¹.

Aunque no es el motivo central de estudio en este trabajo, he de reconocer que, desde la llegada de las tarifas de la Sociedad General de Autores y el gran revuelo que suscitó el cobro sistemático de lo que en su día fue gratuito para el sujeto receptor, se acrecentó mi interés por conocer más sobre este tema y descubrir los límites que se fijaban a los derechos de autor. Así las cosas, la oportunidad que se me brindó con este trabajo, para poder investigar sobre los derechos relativos a la propiedad intelectual, era algo que no podía dejar escapar.

Aunque en origen, como sujeto pasivo e internauta, nunca estuve de acuerdo con este tipo de tarifas, he de reconocer que con el estudio de este tema y con la posibilidad de ver puntos de vista distintos, siempre se puede llegar a una mayor empatía, a un mejor entendimiento del problema y acercamiento de posturas, sin la obligación de tener que llegar a un acuerdo. No obstante, y pese a que mi madre sea miembro de la Unión Nacional de Escritores de España, sigo viéndome como sujeto peor parado en este conflicto de intereses.

¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 916.

Para el desarrollo del trabajo se ha tenido en cuenta la nueva redacción de la normativa sobre Propiedad Intelectual, consecuencia de la Ley 21/2014², de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entró en vigor el 5 de mayo de 2015.

La aprobación durante la elaboración del trabajo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, me ha obligado a decidir si la exposición se centraba en la legislación aún vigente o en la que entrará en vigor el 1 de julio de 2015. Finalmente me decidí por hacer referencia en el texto a la legislación aún vigente en el momento de defender el trabajo, haciendo breves incisos, bien en el cuerpo o bien en las notas a pie, para hacer referencia a la que entrará en vigor próximamente a modo de comparación y como referencia a soluciones jurisprudenciales que la redacción de la actual Ley no pudo solucionar.

La metodología ha consistido en el estudio y análisis de las opiniones expuestas en diversos manuales y la lectura de varias publicaciones sobre el tema, destacando las distintas teorías y su contrastación con distintas sentencias que marcan realmente la tendencia e interpretación de los distintos conceptos jurídicos para, finalmente, ofrecer mi opinión al respecto, a modo de conclusión al final del trabajo.

Lejos de querer realizar con este trabajo un estudio dogmático sobre los delitos relativos a la Propiedad Intelectual, lo que se ha pretendido es plasmar la aplicación jurisprudencial de los aspectos más debatidos al aplicar la ley. Sin embargo, me veo en la obligación de avanzar, que si bien la doctrina es muy contradictoria en dichos aspectos, la jurisprudencia menor no lo es menos.

² BOE de 5 de noviembre de 2014.

II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHO MORAL DEL AUTOR VERSUS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN.

El bien jurídico protegido viene recogido en el artículo 2 LPI que establece que «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial [...]».

En nuestra Constitución se hace referencia a estos derechos en el artículo 21.b CE («se reconocen y protegen los derechos [...] a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica») y en el artículo 33.1 CE («se reconoce el derecho a la propiedad privada [...]»), que abordaremos en detalle más adelante.

Los derechos de carácter personal, o el derecho moral del autor, nacen con la creación de la obra (art. 1 LPI). La obra es única, expresión de las ideas originales y de la propia personalidad del autor. Por estos motivos, son derechos irrenunciables e inalienables para el autor, decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; si tal divulgación llevará su nombre, un pseudónimo o si será anónima; y, exigir el respeto a la integridad de la obra, entre otros (art. 14 LPI).

Los derechos de carácter patrimonial están vinculados a los derechos de explotación y confieren al autor los beneficios económicos de la divulgación de su obra. Según establece el artículo 17 LPI, «Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación [...]».

Respecto de este artículo conviene matizar que el hecho de que se refiera «en especial» a la reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, da a entender que esta enumeración no es estricta sino meramente ejemplificativa, que se trata de formas especiales de explotación y que existe cabida para cualesquiera otras que puedan aparecer a futuro.

Establecidos los dos tipos de derechos ante los que nos encontramos, la duda que se plantea es si hay que tratar el derecho moral del autor y los derechos de explotación como un todo («concepciones monistas») o como derechos propios y autónomos («concepciones dualistas») a la hora de determinar el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la propiedad intelectual.

1. CONCEPCIONES MONISTAS³.

La vertiente monista considera que los derechos morales y patrimoniales son expresión de un único derecho que protege a la vez tanto los intereses espirituales como materiales del autor, como elementos no susceptibles de descomponerse en derechos autónomos de distinta naturaleza.

LATORRE LATORRE⁴ considera que el derecho de producción y creación recogido en el artículo 20.1.b CE es una concreción del derecho de libertad de expresión y, por lo tanto, con los mismos derechos de expresión y difusión libres. Estableciendo el paralelismo entre «expresar» y «producir o crear» y añadiendo la idea de que difundir es consecuencia necesaria de esa libertad, llega a la concreción material del derecho de autor. Este pensamiento viene apoyado por la STC 53/1985 de 7 de noviembre donde se señala: «en efecto, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho –también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo– a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada».

2. CONCEPCIONES DUALISTAS⁵.

La totalidad de los autores que defienden esta postura consideran que el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la propiedad intelectual está constituido de

³ Es partidario de esta concepción: LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 78-81.

⁴ LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 76.

⁵ Son partidarios de la concepción dualista: GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, TECNOS, Madrid, 1998, p. 248; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 923; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 182; SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 5^a edición, DYKINSON, Madrid, 2000, p. 441-442.

forma exclusiva por la vertiente patrimonial de los derechos de autor, por lo que solo pueden ser consideradas como delito aquellas conductas que perjudiquen los ingresos económicos de los titulares de derechos, dado lo cual atentar en exclusiva contra los derechos morales no se considera punible.

Son varios los argumentos⁶ esgrimidos para apoyar esta teoría. En primer lugar, según esta corriente doctrinal, no se está dando protección al derecho a ser autor, muy relacionado con el artículo 20.1.b CE, sino a los derechos del autor sobre la obra ya finalizada, más acordes al derecho de propiedad del artículo 33 CE. En segundo lugar, se señala que al exigirse un ánimo de lucro y un perjuicio de tercero en el tipo básico del artículo 270 CP, los únicos derechos que pueden ser vulnerados son los patrimoniales. Por último, se indica que el hecho de que el legislador haya optado por incluirlos dentro de delitos de carácter patrimonial y socioeconómicos refuerza la idea que las conductas que se castiguen sean las referidas a los derechos de explotación.

En mi opinión, se podría incluir alguna razón más empezando con una referencia a los artículos 2 y 3 de la Ley de Propiedad Intelectual, donde se indica que los derechos de autor, los de carácter personal y patrimonial, son independientes. Este carácter dual e independiente de los derechos de autor es algo por lo que la jurisprudencia parece decantarse tal y como señala la STS, Sala de lo Penal, de 14 de febrero de 1984 (Id Cendoj: 28079120011984101077): «[...] de lo ya dicho se desprende una primera dicotomía de elementos integrantes del derecho de autor, recogidos por el Convenio de Roma de tres de junio de mil novecientos veintiocho, a saber, un elemento espiritual o vínculo moral que liga la obra a su creador (del que dimanan un haz de derecho, como el de publicar o no la obra, defender su paternidad intelectual, perseguir el plagio, etc.), y otro patrimonial, ligado al interés económico del autor y que fundamentalmente le otorga el derecho de reproducir en exclusiva la obra, elemento este que alzaprima la protección de esta propiedad *sui generis* o derecho sobre bienes inmateriales, de tal manera que es este bien jurídico protegido, transportado al campo penal, el que se sitúa entre los delitos patrimoniales, con el nombre genérico de defraudación».

⁶ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, pp. 924-926.

Así las cosas, opino que el bien jurídico protegido es en exclusiva la vertiente patrimonial de los derechos de autor, como señala la SAP de Córdoba, Sección 3^a, de 12 de junio de 2002 (Id Cendoj: 14021370032002100266): «El examen de dicha cuestión entendemos que pasa por precisar cuál sea el bien jurídico protegido en la actual configuración que el Código Penal [...]. En este sentido y teniendo presente que el Código de 1995 de forma expresa castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente “con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”, elementos éstos del tipo que conllevan que todas las conductas tipificadas afecten a los derechos económicos de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto (“reproducción”, “almacenamiento”), bien de lesión (“comunicación”, “distribución”), siendo de plagio sólo punible cuando esté destinado a ser distribuido y comunicado públicamente –la conclusión que razonablemente cabe obtener es que dentro del contenido de los derechos de autor– derechos de carácter moral (arts. 14-16 del TRLPI [RCL 1996, 1382]) y derechos de naturaleza económica o de explotación (art. 17-25 del TRPLPI) sólo la lesión de los derechos de explotación importan para el derecho penal, por lo que ha de afirmarse, siguiendo a un reputado sector doctrinal, que éste es el bien jurídico protegido en el art. 270 del CP. Ello encaja además, perfectamente, con la denominación del Título XIII del Libro II del Código Penal: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”».

III. TIPO BÁSICO (ART. 270 CP).

1. SUJETO ACTIVO.

Aunque lo lógico es pensar que puede ser sujeto activo cualquiera que no tenga la condición de autor hay una parte de la doctrina⁷ que opina que éste también puede ser sujeto activo. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando un coautor cede los derechos de la totalidad de la obra sin el consentimiento de los otros; cuando un autor reproduce y distribuye por sí una obra cuyos derechos de explotación ha cedido a un tercero o, cuando vuelve a transmitir a otro cesionario, los derechos de explotación que previamente había cedido en exclusiva.

Considero que hay que ser partícipe de esta idea por cuanto la jurisprudencia también se inclina en este sentido. Así se señala en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5^a, de 14 de febrero de 2005 (Id Cendoj: 08019370052005200129) al considera que el autor intelectual de una creación original puede, pese a ostentar la condición de titular originario de los derechos de autor sobre tal creación, ser sujeto activo del delito descrito en el artículo 270 CP fundamentando su decisión en que «[...] del propio tenor del artículo 270 se desprende que el legislador penal no ha querido proteger únicamente a los autores en cuanto titulares originarios de la propiedad intelectual de la obra por ellos creada, sino que ha querido proteger también a los titulares de todos los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual y a sus cesionarios [...]»

2. SUJETO PASIVO.

Pueden ser sujetos pasivos tanto los titulares de los derechos de propiedad intelectual como los cesionarios. Como el Código Penal no determina quienes son esos titulares y cesionarios, habrá que acudir a la Ley de Propiedad Intelectual para su concreción.

⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 938.

Así pues, debemos entender que es «titular» de todos los derechos de propiedad intelectual el autor por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica (art. 1 LPI).

En opinión de GONZÁLEZ RUS⁸, el «cesionario» al que se refiere el artículo 270 CP es el «cesionario en exclusiva», es decir, al que tiene facultades autónomas para explotar y defender sus derechos, al margen del propio autor originario, hasta el punto de que puede autorizar concesiones no exclusivas a terceros (características que no concurren en el «cesionario no en exclusiva»).

Tampoco debemos olvidar los derechos conexos que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, los productores de grabaciones audiovisuales y las entidades de radiodifusión que se regulan en el Libro II de la Ley de Propiedad Intelectual.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha insistido en la necesidad de determinar con exactitud los titulares del derecho vulnerado. Su ausencia puede provocar la absolución al no poderse delimitar todos los elementos del tipo (STS, Sala de lo Penal, de 2 de octubre de 2002, Id Cendoj: 28079120012002104413).

3. OBJETO MATERIAL DEL DELITO.

El objeto material del delito es la «obra» abstracta, que no debemos confundir con el medio o soporte que la contiene. Sin embargo, según se desprende del artículo 10.1 LPI, hasta que la obra original del autor no se materialice de alguna forma perceptible por los demás, no existirá protección alguna: «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».

⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 937.

3.1 La obra original.

La originalidad es necesaria para la protección de una obra. La falta de originalidad podría suponer el plagio de una obra anterior y, por tanto, un atentado contra los derechos de propiedad intelectual.

El concepto de originalidad no deja de ser un tanto controvertido pues, se admite que la originalidad pueda ser tanto objetiva como subjetiva⁹. La originalidad subjetiva se aproxima al estilo creativo del autor, permite distinguir en una obra la personalidad de su autor. La originalidad objetiva, sin embargo, se refiere a que es original todo aquello que no existiese anteriormente, la novedad, lo distinto de lo demás.

Si aplicásemos los dos criterios, aunque una obra no sea objetivamente nueva, mientras pueda apreciarse la capacidad creadora propia de su nuevo autor, le conferiría una particularidad a la obra que sería digna de protección. A este respecto debo mostrar mi conformidad, máxime, cuando la Ley de Protección Intelectual considera obras protegibles lo que no son creaciones originales, como las colecciones de obras ajenas, las antologías o las de otros elementos que por la selección misma o su disposición, constituyan por sí creaciones intelectuales (art. 12 LPI).

3.2 La obra literaria, artística o científica y la obra transformada, interpretada o ejecutada artísticamente.

De la lectura del artículo 270 CP: «Será castigado¹⁰ [...] quien [...] reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente [...] una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística [...]sin la autorización [...]»; cabe plantearse qué se protege en el tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual, ¿las obras transformadas o la transformación de obras sin consentimiento del autor?

⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 931.

¹⁰ La LO 1/2015, aumentará el límite superior de la pena de prisión de 2 a cuatro años.

El que lo tratemos como un objeto material del delito o como una modalidad de conducta provoca no sólo la protección de cosas distintas sino, también, que no resulte punible la opción no escogida.

Como argumenta GONZÁLEZ RUS¹¹, cuando se analiza desde el punto de vista sintáctico, en el Código Penal, los objetos materiales son recogidos mediante sustantivos y los tipos recogen las acciones tipificadas mediante verbos.

Siendo «transformación» un sustantivo, de acuerdo con este análisis, deberíamos tratarlo como un objeto material del delito. Si además, como hemos admitido en el punto anterior, la originalidad puede ser subjetiva, cobra sentido que se proteja la nueva obra que surge con la transformación frente a la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública. Esta misma interpretación se deduce del artículo 21.2 LPI «Los derechos de propiedad intelectual de la obra resultado de la transformación corresponderán al autor de esta última [...].».

Por otra parte, la misma argumentación cabría seguir para la interpretación y la ejecución artística.

4. TIPO OBJETIVO.

4.1 Conducta típica.

Las acciones capaces de integrar un ilícito penal contra la propiedad intelectual vienen reflejadas en el art 270 CP: «[...] quien [...] reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente [...]», pero para la concreción de cada una de estas acciones prohibidas, con la sola excepción del plagio (del que no existe concepto legal), hay que acudir a los artículos 18 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual. Estamos, por ello, como ha señalado la reiterada jurisprudencia (SAP de Vizcaya, Sección 2^a, de 15 de febrero de 2005, Id Cendoj: 48020370022005100039; SAP de León, Sección 3^a, de 14 de julio de 2010, Id Cendoj: 24089370032010100456) ante una norma penal en blanco¹². Sin embargo, esta no

¹¹ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 935.

¹² CEREZO MIR. J., *Curso de Derecho Penal Español*, t. I, 6^a edición, TECNOS, Madrid, 2004, p. 191.

parece ser la postura de la doctrina mayoritaria¹³ ni la de la Fiscalía General del Estado, pese a que en su Circular 1/2006 sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 acabe añadiendo «[...] que resulta necesario integrar las conductas típicas, los sujetos pasivos cuyos derechos son lesionados y el requisito de la falta de consentimiento de los titulares con la legislación de naturaleza civil - mercantil, que regula específicamente la materia y que está constituida en la actualidad por el Real Decreto Legislativo 1/96, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual».

A) El plagio.

El plagio consiste en apropiarse de una obra ajena, haciéndola pasar como propia, ya sea de forma total o parcial. Así se señala en la SAP de Sevilla, Sección 1^a, de 4 de abril de 2001 (Id Cendoj: 41091370012001100043): «[...] tanto desde el punto de vista normativo como del significado sociológico y común del plagio, para que éste exista no es preciso que se trate de una copia íntegra o servil, sino que puede existir también un plagio parcial, que de hecho es el más frecuente».

Podemos distinguirlo de la simple falta de originalidad porque sólo el plagio supone una copia de los elementos sustanciales de la obra y no de los accidentales. En este sentido se pronuncian la STS, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 1995 (Id Cendoj: 28079110011995102743) y la STS, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 1999 (Id Cendoj: 28079110011999102042), que consideran que el plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales. Sin embargo, no es plagio la utilización de datos, métodos o conocimientos que están al alcance de muchos autores. Así, en el caso de obras que consistan en la exposición divulgativa de conocimientos muy extendidos entre el público, puede ocurrir que existan similitudes razonables entre unas y otras, sin que ello sea constitutivo de plagio (SAP de Valencia, Sección 1^a, de 29 de marzo de 2000, Id Cendoj: 46250370012000100672).

¹³ LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 95.

Mucho más complejo es el caso que se plantea en la STC 190/2006, Sala 2^a, de 19 de junio de 2006 (BOE de 20 de julio de 2006) de un presunto plagio producido con anterioridad a la publicación de la obra. En estos supuestos, debido a que no existe otra obra con la que comparar las posibles coincidencias, la prueba ha de basarse en informes periciales para determinar al verdadero autor.

La doctrina y la jurisprudencia señalan, sin embargo, que no es típico el plagio inverso o *cover versión*, que se produce cuando un autor poco conocido atribuye los nombres y apellidos del autor más conocido a la versión propia, con el fin de aprovecharse de la fama de otro autor para impulsar su obra y obtener así un beneficio económico. A este respecto, la doctrina mayoritaria considera que esta figura no está incluida en ninguna de las modalidades típicas del artículo 270 CP en tanto que no hay una apropiación de obra ajena sino la imputación falsa de su autoría¹⁴. Y también lo aprecia así la jurisprudencia en la STS, Sala de lo Penal, de 20 de diciembre de 2006 (Id Cendoj: 28079120012006101250) donde se considera que no se atenta contra los delitos relativos a la propiedad intelectual sino, en todo caso, supone una lesión del derecho a la propia imagen o, a lo sumo, un delito de falsedad o estafa.

B) La reproducción.

Su definición se recoge en el artículo 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».

Aunque la doctrina mayoritaria identifique la reproducción con la «obtención de copias», GONZÁLEZ RUS¹⁵ considera que el elemento clave de la reproducción consiste en «la fijación» de la obra en cualquier soporte, forma o medio que permita, precisamente, bien la realización de copias a partir de ésta o bien su «comunicación». Esto permite que obras sólo interpretadas (representaciones teatrales, conciertos de

¹⁴ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 949.

¹⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 951

música...) sean protegidas impidiendo su fijación en cualquier soporte (mediante cámaras de video, móviles...); y permite, que además de los medios tradicionales de fijación, se incluyan los de digitalización y los de inclusión en un servidor o red que permita su comunicación pública (sin que se descarte otros aún no conocidos).

Dicho esto, es necesario plantearse si es una conducta típica la reproducción de copias para uso privado. La propia Ley de Propiedad Intelectual recoge varios supuestos en los que expresamente permite la realización de una copia para uso privado: la copia privada del artículo 31 LPI y la copia de seguridad del artículo 100 LPI. Por lo tanto, estas conductas no constituyen ni ilícito penal ni el civil. No obstante, me pregunto si esta permisión es necesaria dado que, al introducirse mediante el artículo 25 LPI la compensación equitativa por copia privada a cargo de los Presupuesto Generales del Estado, el ánimo de lucro del tipo de los delitos relativos a la propiedad intelectual no puede darse y tampoco una responsabilidad civil, en tanto que existe un pago previo e indemnizatorio de todos los ciudadanos que va precisamente dirigida a compensar los derechos de propiedad intelectual que se dejaran de percibir por razón de la copia privada.

Un tema muy relacionado con el tema de las copias privadas es el de la persona que acude a un establecimiento para obtener copias de una obra original sin autorización de su titular. La propia Ley de Propiedad Intelectual determina los requisitos que deben concurrir para que se considere copia privada lícita en su artículo 31.2:

«[...] a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales.

b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita. A estos efectos, se entenderá que se ha accedido legalmente y desde una fuente lícita a la obra divulgada únicamente en los siguientes supuestos:

1.º Cuando se realice la reproducción, directa o indirectamente, a partir de un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular, comercializado y adquirido en propiedad por compraventa mercantil.

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la

difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

- c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio».

La jurisprudencia considera que dada su escasa entidad y dado que no se da difusión a un público en general, no se puede causar un perjuicio a tercero¹⁶.

Concretamente para el que solicita la copia, con el ahorro en el precio estipulado por el titular del derecho no debería apreciarse el ánimo de lucro¹⁷; máxime cuando no existe el fin de comerciar con la obra protegida, sino que únicamente se reproduce la obra para un simple disfrute particular.

Para el caso del titular del establecimiento donde se realiza la copia la jurisprudencia parece contradictoria. Así nos encontramos con la SAP de Valladolid, Sección 2^a, de 19 abril de 2000 (Id Cendoj: 47186370022000100627) no considera delictiva la conducta del titular de un establecimiento comercial que, a cambio de un precio, reproduce sin autorización una obra original, si esta copia es utilizada para el disfrute privado de quien la solicita, sin que luego se proceda a su explotación comercial o a un uso lucrativo. En sentido contrario se pronuncia la SAP de Madrid, Sección 16^a, de 14 mayo de 2003 (Id Cendoj: 28079370162003100392) que adopta una decisión judicial menos permisiva al interpretar que realizar copias no autorizadas de ejemplares originales traídos por el cliente que encarga la copia, constituye un delito si se realiza de forma sistemática, con publicidad y cobrando un precio por ello¹⁸.

¹⁶ Sobre este punto incidiremos más adelante al tratar el tipo subjetivo, concretamente al explicar el concepto de «en perjuicio de terceros».

¹⁷ Sobre este punto incidiremos más adelante al hablar sobre el tipo subjetivo, concretamente al hablar sobre el «ánimo de lucro».

¹⁸ El ánimo de lucro se aprecia en la obtención de una ganancia a cambio del trabajo efectuado y el perjuicio de tercero porque el titular de los derechos de propiedad intelectual dejó de obtener una ganancia, ya que al hacer la copia se dejó de vender un ejemplar original.

Otro caso distinto muy distinto al de la copia de uso privado, que queda fuera del artículo 31 LPI, es el relativo al del establecimiento comercial que vende copias de un original de la que es el propio dueño. Al respecto, la SAP de Castellón, Sección 3^a, de 27 febrero de 2003 (Id Cendoj: 12040370032003100077), entiende que habría una evidente finalidad lucrativa, propia del tipo penal, cuando el titular de un establecimiento dispusiera de un original y efectuase copias, a cambio de un precio, para todo aquel cliente que lo solicitase, sin que éste tuviese que aportar el original.

C) Distribución.

La definición del concepto se recoge en el artículo 19.1 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».

Parte de la doctrina¹⁹ considera que, al no especificarse expresamente, la distribución puede referirse tanto al original de la obra como a las copias lícitas o ilícitas.

a) Concepto de distribución o distribuidor.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en la modalidad que conocemos habitualmente como «top manta», realiza una consideración muy interesante sobre el concepto de distribuidor. En la SAP de Barcelona, Sección 7^a, de 29 de diciembre de 2006 (Id Cendoj: 08019370072006100930) se señala lo siguiente: «[...] en el conjunto de la normativa mercantil se suele atribuir el término de distribuidor y distribución al intermediario entre productor y el vendedor y la acción de intermediación por el mismo realizada y no p al mismo vendedor al por menor, siendo que en una interpretación gramatical del texto de la LPI se ampliaría genéricamente tal concepto sobreponiendo la interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico». De esta argumentación cabe entender que, en estos casos del «top manta»,

¹⁹ En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 959; LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 125.

el verdadero distribuidor queda oculto y es distinto al que finalmente realiza la venta en la calle. Así las cosas, parece más apropiado aplicar en estos casos el segundo párrafo del artículo 270.1 CP: «No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5».

Conviene señalar que, al suprimirse las faltas con la LO 1/2015, se introduce una modificación de este tipo atenuado, eliminándose la cuantía económica mediante lo que será el artículo 270.4 CP: «[...] 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». Al respecto, se adivina una problemática en la aplicación jurisprudencial que, en mi opinión, se resolverá siguiendo con el criterio de 400 euros.

b) Concepto de puesta a disposición del público.

El problema que entraña el concepto de puesta a disposición es determinar cuándo se produce ésta. Es decir, si se produce con el mero ofrecimiento de la obra al público o si, por el contrario, debe efectuarse la entrega del soporte mediante la venta, alquiler, préstamo u otra forma.

Las sentencias que se encuentran en este sentido son bastante contradictorias, unas por estimar típica la mera «puesta a disposición del público» dentro de la modalidad de distribución (SAP de Madrid, Sección 16^a, de 5 de mayo de 2010, Id Cendoj: 28079370162010100246; SAP de Madrid, Sección 17^a, de 11 de febrero de 2009, Id Cendoj: 28079370172009100028) y las otras por aplicar una interpretación más restrictiva de la conducta punible en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal (SAP de Barcelona, Sección 7^a, de 4 de marzo de 2008 Id Cendoj: 08019370072008100115). En lo que sí se aprecia acuerdo es en que, para que

exista delito, el ofrecimiento debe realizarse al público en general, en tanto que, debe ser capaz de producir un verdadero perjuicio para que sea penalmente relevante²⁰ (algo que no ocurriría en ámbitos reducidos de distribución, como puede ser la familia o el círculo de amigos). Además, según se desprende de la SAP de Pontevedra, Sección 2^a, de 26 de octubre de 2007 (Id Cendoj: 36038370022007100416), la mera puesta a disposición por sí sola no conduce a una acción típica si no se dan circunstancias objetivamente relevantes para causar un perjuicio económico²¹ al dejar sin castigo la mera oferta sin almacenamiento o reproducción de ejemplares, en tanto que no se aprecia la existencia de peligro alguno.

Así pues, parece acertada la afirmación de GONZÁLEZ RUS²² al considerar que el mercado en el que se realiza la distribución posee dos características diferenciadas. Una, la cuantitativa, por la pluralidad de sujetos a la que se dirige y; otra, la cualativa, por cuanto son sujetos que exceden el círculo privado del distribuidor, llegando la oferta a personas sin relación alguna con éste.

c) Venta, alquiler y préstamo.

La Ley de Propiedad Intelectual establece que la distribución debe hacerse mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma (art. 19.1 LPI).

Con respecto a la venta, se establece un agotamiento del derecho de distribución que viene recogido en el artículo 19.2 LPI «Cuando la distribución se efectúe mediante venta u otro título de transmisión de la propiedad, en el ámbito de la Unión Europea, por el propio titular del derecho o con su consentimiento, este derecho se agotará con la primera, si bien sólo para las ventas y transmisiones de propiedad sucesivas que se realicen en dicho ámbito territorial».

²⁰ Sobre este punto incidiremos más adelante al hablar sobre el tipo subjetivo, concretamente al explicar el concepto del «ánimo de lucro».

²¹ Sobre este punto incidiremos más adelante al hablar sobre el tipo subjetivo, concretamente al explicar el concepto de «en perjuicio de tercero».

²² GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 962.

Vemos aquí que, dentro de la Unión Europea, con la primera compra de una obra lícita se agota el derecho de distribución que pesa sobre la misma. Es decir, el nuevo propietario y los sucesivos son libres de vender el ejemplar libremente a quienes quieran dentro de la Unión Europea²³. Pero hay que advertir que, el agotamiento se produce sólo para las ventas y que no ocurre lo mismo para el alquiler o el préstamo, debido a que son dos formas de distribución que no se agotan por su ejercicio y que, por tanto, requieren de la autorización del titular de los derechos. En este sentido se pronuncia la SAP de Cantabria, Sección 1^a, de 29 de octubre de 1999 (Id Cendoj: 39075370011999200119).

En lo que al préstamo se refiere, siempre que se realice en establecimientos accesibles al público y haya lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir los gastos de funcionamiento (art. 19.4 LPI) se entiende que no se produce un beneficio económico y que, por tanto, no existe el lucro necesario para la comisión del tipo delictivo del artículo 270 CP. No obstante, se han presentado problemas con ciertas asociaciones de interés general o empresas que, bajo la apariencia de asociaciones culturales sin ánimo de lucro prestaban obras adquiridas lícitamente, cobrando una cantidad que supuestamente dedicaban a fines altruistas. A este respecto, diversas sentencias coinciden en señalar que no pueden considerarse asociaciones culturales las que no organicen actividades encaminadas al fomento de la cultura (SAP de Palencia, Sección 1^a, de 5 de noviembre de 2003, Id Cendoj: 34120370012002100549; SAP de Madrid, Sección 2^a, de 10 de julio de 2001, Id Cendoj: 28079370022001100340; SAP de Valladolid, Sección 2^a, de 28 de enero de 2002, Id Cendoj: 47186370022002100778).

D) Comunicación pública.

Su definición se recoge en el artículo 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».

²³ La STS de 24 de abril de 2001 estableció que el derecho de distribución tenía carácter territorial y que, por lo tanto, el derecho de distribución se agota con la primera venta dentro del ámbito territorial comunitario.

En el mismo artículo se hace una relación no cerrada de actos de comunicación pública, descartando únicamente, aquellas que se celebren estrictamente dentro de un ámbito doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

Así pues, son dos los aspectos que caracterizan a esta forma de explotación:

- 1) Que el público no llega a quedarse con ninguna copia de la obra.
- 2) Que pueda haber acceso por un número indeterminado de personas (y fuera del ámbito doméstico).

En este ámbito, la jurisprudencia ha prestado mayor atención a dos escenarios: los videos comunitarios y las reproducciones en tiempo real (*streaming*) y descargas a través de Internet.

Respecto de los videos comunitarios, se ha considerado comunicación pública la emisión de películas dentro de un bar con la intención de captar clientela (SAP de A Coruña, Sección 6^a, de 7 de febrero de 2002, Id Cendoj: 15030370062002100637); mientras que se ha considerado que entraba dentro del ámbito doméstico la emisión de películas, mediante un aparato en red, desde la recepción de un hotel hasta las habitaciones (SAP de Pontevedra, Sección 6^a, de 27 de diciembre de 2002, Id Cendoj: 36057370062002100075).

Con respecto a las descargas en Internet, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2^a, a través del Auto nº 582/2008 de 11 septiembre de 2008 (Id Cendoj: 28079370022008200755) ha considerado que las páginas web que facilitan enlaces a otras páginas web desde donde se pueden descargar obras amparadas por derechos de autor no supone reproducción, ni distribución, ni comunicación pública de la página enlazada, sino una indicación de dónde se realiza esa comunicación pública²⁴. Sin embargo, más recientemente se ha pronunciado el pasado 5 de marzo la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre el caso «Youkioske», que ponía a disposición del público y de forma gratuita periódicos, revistas y libros

²⁴ Cuando entre en vigor la LO 1/2005, este criterio deberá cambiar, precisamente por el nuevo literal del artículo 270.2 CP: «La misma pena se impondrá a quien [...] facilite [...] el acceso o la localización en Internet de obras [...], en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces [...].».

sin la autorización de los titulares de derechos de esas obras, condenando a los responsables de la web a una pena de prisión de 6 años por delito agravado contra la propiedad intelectual²⁵.

E) La importación, exportación o almacenamiento.

El artículo 270.2 CP establece que «Será castigado [...] quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente [...] los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, 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».

De su redacción se aprecia como el legislador ha querido diferenciar entre quien exporta o almacena, por un lado, y quien importa, por otro; sancionando esta última con independencia del carácter lícito o ilícito de los objetos.

Para que las conductas del artículo 270.2 CP sean lícitas, el autor de la obra debe haberlo autorizado. Lo contrario supondría un exceso al derecho de distribución que el titular de los derechos había concedido, ya que se sobrepasa el ámbito territorial en el que se autorizó a hacer la divulgación.

La redacción concreta de la importación busca evitar la importación paralela²⁶ de ejemplares lícitos en otro país sin el consentimiento del titular de los derechos de distribución y, sin embargo, deja fuera de la vía penal las exportaciones paralelas de

²⁵ <http://www.cedro.org/blog/blog.cedro.org/2015/03/12/youkioske-una-sentencia-contra-la-pirater%C3%ADa-que-sentará-precedentes> (consulta de 2 de abril de 2015).

²⁶ Un ejemplo de esto consistiría en que el titular del derecho de explotación exclusiva de unos CD,s. de música cediera a un tercero, con el correspondiente conocimiento y autorización del autor, los derechos de distribución a otros países ajenos a la Comunidad Europea. Este tercero distribuye, en esos países extracomunitarios, los CD,s a un precio menor que el que tiene el distribuidor en España (hasta aquí todo es lícito). Pero el cesionario u otra persona adquieren ejemplares en el mercado extracomunitario a ese precio inferior y, sin la autorización del derecho de distribución en España, los introducen en nuestro país para venderlos a menor precio (y aquí comienza el ilícito).

objetos lícitos sin autorización del titular, pues lo contrario constituiría una interpretación extensiva y prohibida, por no resultar ajustada al principio de tipicidad²⁷.

El artículo 270.2 CP recoge una serie de conductas previas que, de por sí, no son lesivas para los derechos de propiedad intelectual pero que son necesarias para perpetrar la distribución típica del artículo 270.1 CP. Así pues, nos encontramos con delitos de mera actividad que se consuman con la puesta de ejemplares fuera del ámbito territorial para el que se otorgó el consentimiento y con sentencias (SAP de Barcelona, Sección 8, de 31 de julio de 2001, Id Cendoj: 08019370082001100458; SAP de Madrid, Sección 2^a, de 10 de mayo de 2004, Id Cendoj: 28079370022004100563) que han condenado por el almacenamiento de estos productos debido al ánimo de lucro que cabe esperar del propio almacenaje. Por la peligrosidad que entrañan, son punibles por sí mismas, dado que no es preciso, para la comisión del tipo, una distribución posterior²⁸. Sin embargo, hay autores²⁹ que afirman que, cuando el que exporta o almacena ha sido autor de alguna de las conductas del artículo 270.1 CP, tanto la exportación como el almacenamiento constituyen una acto posterior impune. Esto me lleva a concluir que para que exista una autoría del art 270.2 CP, no debe apreciarse la misma en la reproducción de copias ilícitas. No obstante, también cabe interpretar que, si hubo acuerdo con quien reprodujo las copias ilícitas, estaríamos ante un posible coautor o partícipe del delito del art. 270.1 CP.

²⁷ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N., «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 17, 2007, p. 59.

²⁸ Tal y como propone la LO 1/2015, en su futura redacción del artículo 270 CP: «Serán castigados [...] 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; de donde parece desprenderse que la mera actividad ahora tendrá que ser probada o, al menos y así era, que existan indicios suficientes de que se iban a destinar a la reproducción, distribución o comunicación pública.

²⁹ En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 983; LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 151.

F) La fabricación, importación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio destinado a facilitar la supresión no autorizada de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger cualquiera de las obras protegidas.

Se establece en el artículo 270.3 CP: «Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a 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 el apartado 1 de este artículo».

La doctrina mayoritaria³⁰ considera que el hecho de que el medio que se use debe estar «específicamente destinado» permite que medios más genéricos, que sirvan para realizar varias tareas y, entre ellas, la desprotección del programa o de la obra, no entren dentro del tipo del delito, al considerar la desprotección como una herramienta más de entre muchas para las que ha sido desarrollado. De hecho, si lo pensamos parece lógico que, para la realización de una copia privada con los requisitos que establece la ley, puedan usarse este tipo de dispositivos y programas. Aquí cabría plantearse si la presencia del «ánimo de lucro» y «en perjuicio de tercero» son necesarios, pues a diferencia de lo que ocurre con el párrafo primero del artículo 270 CP, no se especifica su requerimiento. A esto da solución la futura redacción del artículo 270 CP (según la LO 1/2015) que determina que esta conducta debe tener «una finalidad comercial», expresión muy utilizada por la jurisprudencia a la hora de determinar el «ánimo de lucro» en los delitos relativos a la propiedad intelectual.

³⁰ En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, V., «Otros delitos patrimoniales», en Corcoy (dir.), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 511; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 984; LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 185-186.

4.2 La falta de autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La doctrina mayoritaria³¹ considera que la falta de autorización es imprescindible para que resulte típica cualquiera de las conductas del tipo básico, ya que se trata de un elemento del tipo que lo delimita de forma negativa. Así las cosas, la autorización del titular o de los cesionarios de estos derechos, hace imposible la comisión del delito, en tanto que falta el desvalor del tipo y en ningún momento se lesionan los derechos a la propiedad intelectual. De esta manera, el consentimiento de los mencionados titulares, convertiría la conducta en atípica.

Con relación a esto, hay una sentencia (STS, Sala de lo Penal, de 2 de octubre de 2002, Id Cendoj: 28079120012002104413) en donde se produce la absolución del acusado al no poderse demostrar la falta de autorización, a pesar de que, en sí misma, la conducta resultaba indudablemente típica (comunicación pública con ánimo de lucro).

4.3 Formas de ejecución: la consumación del delito.

La doctrina³² y la jurisprudencia (SAP de Ciudad Real, Sección 1^a, de 4 enero de 2011, Id Cendoj: 13034370012011100001 y SAP de Madrid, Sección 6^a, de 30 de enero de 2008 (Id Cendoj: 28079370062008100067) consideran que estamos ante un «delito de mera actividad, en el cual el ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, constituyen elementos tendenciales del injusto, de modo que la consumación no exige que el lucro se haya producido u obtenido, ni que el perjuicio se haya concretado y,

³¹ En este sentido, SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 5^a edición, DYKINSON, Madrid, 2000, p. 442; GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 971; RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N., «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 17, 2007, p. 58.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Delitos patrimoniales», en Molina (coord.), FRANCIS LEFEBVRE, Madrid, 2011, p. 1057; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Artículo 270», en Rodríguez Ramos (dir.), 4^a Edición, La Ley, España, 2011, p. 1101.

³² En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 975; LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 392.

por tanto, que la mera realización de las acciones tipificadas son suficientes para que el delito se consuma, no siendo posible la tentativa.

5. TIPO SUBJETIVO.

5.1 Dolo.

Consiste en la conciencia y voluntad de utilizar indebidamente y sin autorización la obra de un autor.

Como se desprende de la SAP de Zaragoza, Sección 3^a, de 22 noviembre (Id Cendoj: 50297370011999100507) la jurisprudencia considera necesaria la conciencia de defraudación («intencionadamente»), que va a ser la línea que separe el ilícito penal del ilícito civil³³. Además, exige la concurrencia de un «ánimo de lucro» y que se realice «en perjuicio de tercero», como elementos subjetivos de lo injusto adicionales al dolo³⁴.

5.2 Elementos subjetivos de lo injusto.

A) Ánimo de lucro.

El ánimo de lucro es un elemento subjetivo de lo injusto, adicional al dolo, que debe concurrir para que la conducta sea típica. En este sentido se manifiesta, por ejemplo, la SAP de Ciudad Real, Sección 1^a, de 4 enero de 2011, Id Cendoj: 13034370012011100001).

En regulaciones anteriores³⁵, el ánimo de lucro no era un elemento del tipo básico sino un elemento de las modalidades agravadas.

³³ Como señala la doctrina, la concurrencia de dolo o culpa es irrelevante a los efectos de la tipificación de una conducta como constitutiva de un ilícito civil contra la propiedad intelectual; basta con la objetiva comisión de la infracción, aspecto. Al respecto véase, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N., «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 17, 2007, p.53

³⁴ Al respecto, véase el apartado siguiente.

³⁵ Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifica la sección III del capítulo 4.^º, título XIII del libro II del Código Penal (BOE de 17 de noviembre de 1987).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS, Sala de lo Penal, de 23 mayo de 2007, Id Cendoj: 28079120012007100432) lo considera como «cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta [...], siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser preciso un lucro propio, bastando que sea para beneficiar a un tercero [...]]».

Siguiendo este criterio, además del evidente ánimo de lucro que comporta la distribución de copias a terceros mediante un precio, la entrega gratuita también reportaría un ánimo de lucro, puesto que la mera liberalidad conlleva una disposición patrimonial. Esto conllevaría que la obtención de una copia para uso privado, a partir de un archivo colgado en Internet, sería punible y totalmente incoherente con el principio de intervención mínima del Derecho penal. A este dilema da respuesta la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, en la que se propugna que el «ánimo de lucro» propio de estos delitos debe entenderse como una intención de lucro «comercial» o «a escala 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 comercial³⁶.

Con carácter general, cuando pensamos en el lucro que se produce al delinquir, se nos viene a la cabeza el lucro obtenido por la venta o alquiler del soporte tangible, pero, para que se dé el tipo, el beneficio económico no tiene por qué venir de estas conductas. Pongamos, como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, de 5 de marzo de 2015 (Id Cendoj: 28079220022015100009), que aprecia el ánimo de lucro en los casos de las páginas web que ponen a disposición de los internautas, en general, una gran cantidad de películas de forma gratuita y, donde el lucro no es directo sino indirecto, a través de la publicidad que aparece en la *website*, donde a mayor número de visitantes, mayor beneficio. La modificaciones

³⁶ RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N., «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», en *Actualidad Jurídica Uria Menéndez*, 17, 2007, pp. 58-59; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Artículo 270», en Rodríguez Ramos (dir.), 4^a Edición, La Ley, España, 2011, p. 1100.

introducidas por la LO 1/2015 da solución a estos casos sustituyendo la expresión «con ánimo de lucro» por la expresión «con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto». Con ello, se da fin al lucro obtenido por la publicidad en páginas web que, vulnerando los derechos de autor, ponen a disposición de sus lectores obras protegidas³⁷.

En un sentido similar, se puede citar el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Cáceres (SAP Cáceres, Sección 2^a, de 30 junio de 2000, Id Cendoj: 10037370022000100417), en el que los condenados habían copiado programas de ordenador y los distribuían gratuitamente en los ordenadores que vendían; razona la sentencia que, si bien la intención de los sujetos no era cobrar un precio añadido por estos programas, se empleaban para incentivar la venta de los ordenadores que comercializaban.

Así por ejemplo, no serán penalmente relevantes si no concurre en ellas el ánimo de lucro comercial, las acciones consistentes en «colgar» o «bajarse» obras de la red, o las que se refieran al intercambio de archivos a través del sistema «P2P», sin perjuicio del ilícito civil en que puedan constituir³⁸. En este sentido se pronuncia una sentencia³⁹ del Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander, de 14 de julio de 2006, al considerar que descargar música por Internet no es delito si no existe ánimo de lucro, y está amparada por el derecho de copia privada. La magistrada argumentaba que «ni mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre

³⁷ A este respecto la LO 1/2015, establece en su artículo 270.2 CP: «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».

³⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N., «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», en *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 17, 2007, p. 61; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Delitos patrimoniales», en Molina (coord.), FRANCIS LEFEBVRE, Madrid, 2011, p. 1063.

³⁹ <http://www.internautas.org/print/3959.html> (fecha de consulta: 5 de abril de 2015).

diversos usuarios el material del que disponían. Y, a juicio de esta juzgadora, ello entra en conexión con la posibilidad que el artículo 31 de la Ley de Propiedad Intelectual establece de obtener copias para uso privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito».

Resumiendo, parece que según la jurisprudencia el ánimo de lucro en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual debe ser entendido exclusivamente como ánimo de lucro comercial o industrial, y todas aquéllas conductas en las que no esté presente este ánimo quedarán al margen del ámbito penal.

B) En perjuicio de tercero.

Esta expresión no está exenta de polémica puesto que, como señala la doctrina⁴⁰, podría considerarse como un resultado exigido para la existencia del delito; como una característica objetiva del comportamiento, en el sentido de que éste ha de resultar objetivamente idóneo para causar un perjuicio ajeno y comprendida en el dolo del autor; o como un elemento subjetivo de lo injusto, por lo que en la conducta del sujeto activo debería existir esa intención para que el hecho resulte típico. También cabe una cuarta posibilidad, que señala GÓMEZ MARTÍN⁴¹, propia, que considera que es simultáneamente un elemento subjetivo del tipo y el resultado del delito.

Según GONZÁLEZ RUS⁴², el art. 271.b CP podría corroborar la teoría de que la expresión «en perjuicio» hace referencia al resultado de la conducta típica, porque al agravar el ilícito penal en función de la importancia de los perjuicios ocasionados, sugiere que en el tipo básico ha de haberse causado alguno necesariamente. El citado

⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, pp. 942-944.

⁴¹ GÓMEZ MARTÍN, V., «Otros delitos patrimoniales», en Corcoy (dir.), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 506.

⁴² GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 942.

autor⁴³ desecha la idea de considerar «en perjuicio» como un elemento subjetivo del injusto, según argumenta, porque excluiría la aplicación del delito en más casos de los deseables. Dicho lo cual propone que debe interpretarse como una condición objetiva de la conducta que tiene la idoneidad suficiente para perjudicar a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, lo que constituye un elemento del tipo que debe ser comprendido por el dolo del autor.

Por el contrario, LATORRE LATORRE⁴⁴ es partidario de considerarlo como elemento subjetivo en tanto que delimita el injusto y no sólo por su conducta tendencial sino porque esa tendencia debe ser idónea para lesionarlo.

Asimismo, la jurisprudencia considera que se trata de un elemento subjetivo de lo injusto. Al respecto, la SAP Madrid, Sección 6^a, de 30 de enero de 2008 (Id Cendoj: 28079370062008100067) mantiene que la real producción de un perjuicio no es necesaria para la existencia del delito, basta con que la acción sea idónea para producir un perjuicio a tercero. Con ello, se consuma el delito, de tal manera que la venta efectiva se ubicaría en la fase de agotamiento del delito.

Por su parte, SAP Ciudad Real, Sección 1^a, de 4 enero de 2011, Id Cendoj: 13034370012011100001 considera que “estamos ante un delito de mera actividad, en el cual el ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, constituyen elementos tendenciales del injusto, de modo que la consumación no exige que el lucro se haya producido u obtenido, ni que el perjuicio se haya concretado y, por tanto, que la mera realización de las acciones tipificadas son suficientes para que el delito se consuma, no siendo posible la tentativa”.

Asimismo, la SAP La Rioja, Sección 1^a, de 26 de marzo de 2010 (Id Cendoj: 26089370012010100327) hace referencia a ese carácter tendencial de la expresión “en perjuicio”: «[...] el precepto se refiere a una conducta realizada "en perjuicio de tercero " y no con efectivo resultado de perjuicio, es decir, que el perjuicio a que se refiere el tipo no es propiamente el resultado del delito sino un elemento del tipo

⁴³ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, pP. 942-943.

⁴⁴ LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 164.

subjetivo correlativo al ánimo de lucro, que lo convierte en un delito de tendencia, la de obtener un beneficio a consta de la propiedad intelectual ajena».

También la SAP Córdoba, Sección 3^a, de 12 de junio de 2002 (Id Cendoj: 14021370032002100266) señala que: « [...] en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código dice «en perjuicio de tercero», expresión que es distinta a «con perjuicio para tercero». Esta última expresión –según un reputado sector doctrinal– implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquélla supone una producción meramente potencial. Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero, la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause; la efectiva venta, en este caso de lo ilícitamente fotocopiado, es ya la fase de agotamiento del delito».

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Al tratarse de un delito de simple actividad, hace difícil que se pueda dar la participación. Sin embargo no se descartan otros tipos de autoría⁴⁵. No obstante, se proponen varios ejemplos de sentencias admitiendo la complicidad.

Así en la SAP de Barcelona, Sección 2^a, de 8 de marzo de 2004 (Id Cendoj: 08019370022004100402) se condena al comercial de una empresa que estampaba dibujos de «Piolín» en camisetas como cómplice de un delito contra la propiedad intelectual.

Otro caso es el de la SAP Madrid, Sección 15^a, de 25 de abril de 2006 (Id Cendoj: 28079370152006100233), en el que se condena como cómplice a una persona que se encargaba de realizar carátulas de CD,s para su incorporación posterior a copias fraudulentas de los originales.

⁴⁵ En este sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 975; QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*, FOUCAULT, PID_00188277, p.16.

7. CONCURSOS.

Habiendo diferenciado ya la «obra» del soporte que la contiene, se puede intuir los primeros concursos ideales cuando la acción delictiva afecte a la propiedad y propiedad intelectual a la vez. Por ejemplo, cuando se robe el único soporte que contiene la obra con el fin de reproducirla .

También se han visto en el desarrollo del trabajo sentencias en las que los delitos contra la propiedad intelectual entraban en concurso ideal con los delitos contra la propiedad industrial, como la SAP de Barcelona, Sección 2^a, de 8 de marzo de 2004 (Id Cendoj: 08019370022004100402), sobre camisetas con el dibujo de Piolín, donde se cuestiona si se debería haber condenado por un delito contra la propiedad intelectual o industrial, señalándose la diferencia entre la propiedad intelectual e industrial: «siendo evidente que existen puntos de conexión entre la propiedad intelectual y la industrial pues ambas son creaciones personales y originales de un autor, la diferencia radica [...] en lo intelectual el autor concibe y aplica lo concebido [...] y la creación es además un fin en sí misma (así una novela de García Márquez, una película de Almodóvar, o una composición musical de Ennio Morricone) sin perjuicio de su valor de mercado (que sin duda lo tienen); en cambio, en la propiedad industrial la originalidad y la personalidad de la creación se somete a la finalidad de proporcionar un servicio o utilidad que a su vez cumplirá el objeto concebido, objeto que podrá ser producido a gran escala por otros o dicho vulgarmente proyecta lo que otros pueden hacer, lo cual es inimaginable en la creación intelectual o artística». Otro ejemplo, de este tipo de concurso, es el de SAP Málaga, Sección 1^a, de 9 de enero de 2003 (Id Cendoj: 29067370012003100626) donde el acusado puso en camisetas la silueta del toro de Osborne, siendo condenado por un delito contra la propiedad intelectual y otro contra la propiedad industrial⁴⁶.

En los supuestos en los que se realizan copias ilícitas, el almacenaje y la distribución posterior constituiría un acto posterior impune, encontrándonos ante un

⁴⁶ Contra la propiedad intelectual por reproducir fielmente la figura del Toro de Osborne a cambio de un precio careciendo del consentimiento del titular (Grupo Osborne S.L). Contra la propiedad industrial por atentar contra el derecho exclusivo del titular de la marca registrada para distinguir con ella productos o servicios propios.

tipo mixto alternativo en el que se comete un único delito aún cuando se realicen varios comportamientos delictivos⁴⁷.

También para los supuestos de copias ilícitas, si son capaces de confundirse con las originales (engaño bastante), cabría plantearse un concurso ideal con el delito de estafa.

⁴⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 976.

IV. TIPOS AGRAVADOS (ART. 271 CP).

El tipo agravado del art. 271 CP, impone unas penas acumulativas de «[...] prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años [...]⁴⁸».

Para aplicar el tipo agravado debe darse alguna de las siguientes circunstancias:

1) «Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica». En este supuesto hay autores⁴⁹ que consideran que, al tener que obtenerse un beneficio económico, quedan fuera del tipo agravado la mera reproducción, almacenaje, importación, fabricación y tenencia, por cuanto no son actividades capaces de producir, por sí mismas, un perjuicio patrimonial. No así el plagio, la distribución y la comunicación.

Delimitado esto, el problema aquí planteado reside en determinar qué hay que entender por especial trascendencia. A este respecto, el Tribunal Supremo en la STS, Sala de lo Penal, de 19 de mayo de 2001 (Id Cendoj: 28079120012001103516), señala que «es cierto que no se encuentran precedentes jurisprudenciales, en esta materia, que puedan servir de orientación para fijar el módulo que constituye la frontera a partir de la cual entra en juego la modalidad agravatoria, por lo que resulta obligado acudir a los baremos fijados por la abundante jurisprudencia, producida para estos casos en torno a los delitos de estafa y apropiación indebida. Quizá sería necesario que estos valores, estuvieran sometidos a las fluctuaciones económicas que necesariamente influyen sobre estos factores, pero no nos parece descabellada la opción de la Sala sentenciadora de fijar la suma aproximada, del valor y transcendencia del beneficio económico obtenido, en torno a los seis millones de pesetas. Se trata de una suma que juega su papel valorativo en el marco de los

⁴⁸ La LO 1/2015 incrementará las penas de la siguiente forma: «[...] 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 [...].»

⁴⁹ ROSAL BLASCO, B. Y MIRÓ LLINARES, F., «Artículo 271 y 272», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, pp. 989-990.

beneficios que producen normalmente estos sectores de difusión, por lo que debemos tener en cuenta la especial gravedad del daño producido».

Posteriormente, la SAP Sevilla, Sección 1^a, de 5 de noviembre de 2011 (Id Cendoj: 41091370012002100016) consideró de especial trascendencia la cifra de 10 millones de pesetas al ser muy superior al valor fijado (2 millones de pesetas) como referencia para los delitos de estafa y apropiación indebida: «[...] Y a esta conclusión se llega tomando como referencia las cantidades fijadas para los delitos de estafa y apropiación indebida, que son de dos millones de pesetas, cantidad que se viene exigiendo por la jurisprudencia a partir del año 1991 para aplicar ese subtipo agravado [...].».

2) «Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados». En este supuesto, a diferencia del anterior, se castiga tanto el daño patrimonial ocasionado por el lucro cesante («perjuicios ocasionados»), como por el valor de los objetos producidos; por lo que se puede castigar la figura de la reproducción y la fabricación⁵⁰. Por otra parte, sigue existiendo el problema para determinar la gravedad, el valor de los objetos o la importancia del perjuicio para que se produzca el tipo agravado.

A este respecto se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Barcelona mediante la SAP Barcelona, Sección 8^a, de 1 de abril de 2008 (Id Cendoj: 08019370082008100166) de la siguiente forma: «En efecto, como quiera que no se ha acreditado cual ha sido el beneficio obtenido por los acusados por las ventas de Cds y Dvds, cuyo número se desconoce, no es aplicable el baremo de los 36.000 euros a que hace referencia la STS 876/2001 de 19 de mayo, para poder aplicar el tipo agravado del art. 271 a) del CP. Ahora bien, este Tribunal entiende que sí es aplicable el apartado b) del art. 271 del CP [...], por cuanto se ha acreditado pericialmente el valor de los Cds musicales intervenidos (15950 cd's musicales), con un precio medio de venta al público de 15 euros cada uno, en la cantidad de 239.250 euros [...] Dicha

⁵⁰ Conviene señalar que la LO 1/2015 introduce una modificación aumentando las conductas delictivas: «[...] 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».

cantidad es muy elevada, por lo que es muy difícil negar que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente».

V. ARTÍCULO 272. LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

«La extensión de la responsabilidad civil [...] se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios».

Al referirse el Código Penal de forma expresa a la Ley de Propiedad Intelectual, no se aplican los artículos 109 y ss. del CP, que hacen referencia, de forma genérica, a la responsabilidad civil de los delitos y las faltas. Así las cosas, se convierte la Ley de Propiedad Intelectual en norma especial para determinar la responsabilidad civil de los delitos relativos a la propiedad intelectual, teniendo que acudir al artículo 139 LPI para el cese de la actividad ilícita y al artículo 140 LPI para determinar la indemnización. Y todo esto sin perjuicio de que puedan adoptarse las medidas cautelares de intervención y depósito de ingresos, suspensión de la actividad, secuestro de ejemplares y equipos que recoge el artículo 141 LPI en los casos de infracción o la existencia de temor racional fundado de que puedan producirse actividades contra el derecho a la propiedad intelectual⁵¹.

El art 139 LPI recoge una enumeración de medidas de protección a ejercitarse por las víctimas de los delitos relativos a la propiedad intelectual. Entre otras: la suspensión y prohibición de reanudar la actividad infractora; la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos, sus moldes, planchas o negativos, y su destrucción; la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada; el comiso, inutilización o destrucción de instrumentos cuyo único uso sea la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador; y la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual.

⁵¹ Todas estas medidas son a instancia de parte. Una ventaja que proporcionará la LO 1/2015 es que, sin intervención de parte, cuando se den ciertas conductas: «[...] 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».

También ofrece la posibilidad de que el perjudicado adquiera, a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios, los ejemplares reproducidos.

La indemnización viene recogida en el artículo 140 LPI y «[...] comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho». Y no se queda sólo ahí, ya que en las formas para la fijación de la indemnización, se establece que «en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico». En este último caso, los daños y perjuicios vendrán determinados por las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

El legislador permite que el perjudicado pueda elegir entre dos formulas distintas para determinar la indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales optando bien por la suma de la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita, o bien por la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Esto, sin lugar a dudas supone una ventaja para el perjudicado, ya que puede optar por la indemnización que más le convenga.

Lo que no deja lugar a dudas es que «En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial». Lo que cabe plantearse es si esta especialidad del art 272 CP, prevalece sobre la norma genérica del artículo 288 CP que permite, como disposición común para varios delitos, además de la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales, su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, si lo solicitara el perjudicado.

Es opinión de algunos autores⁵² que en este caso el legislador no ha pretendido imposibilitar la posibilidad que se ofrece en el art 288 CP, sino solamente realzar la posibilidad que ofrece el artículo 272 CP. Personalmente comparto esta opinión,

⁵² ROSAL BLASCO, B. Y MIRÓ LLINARES, F., «Artículo 271 y 272», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 995.

máxime, cuando la propia Ley de Propiedad Intelectual establece esta misma posibilidad: «También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor».⁵³

⁵³ No es de esta opinión GONZÁLEZ RUS que da preferencia a la norma especial sobre las disposiciones comunes: GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 272», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005, p. 1002.

VI. CONCLUSIONES.

1.- Tras el estudio seguido durante el desarrollo del trabajo se ha visto como la tendencia doctrinal, normativa y jurisprudencial ha consistido en proteger principalmente los derechos patrimoniales de los sujetos de derechos de la propiedad intelectual. El único atisbo que se refleja respecto a los derechos morales es la figura del plagio y, aún así, siguiendo la corriente dualista, esta conducta sólo sería típica si va acompañada de un beneficio económico (art. 270 CP: «[...] quien, con ánimo de lucro [...] plagie [...]»). La unidad indivisible que la concepción monista tiene sobre los derechos morales y patrimoniales (derechos de autor) lo considero un error dado que la Ley de Propiedad Intelectual reconoce los dos derechos de forma independiente y su forma de protección es distinta, puesto que son derechos diferenciados. Además, considero que hay derechos morales, como el reconocimiento de la autoría, que deben ser imprescriptibles, algo que no puede suceder en la corriente monista ya que, con la extinción de los derechos patrimoniales, los derechos morales desaparecen.

2.- Al estudiar el sujeto activo del delito, incluimos la figura del autor de la obra como posible autor material del delito proponiendo unos ejemplos. Considero que lo más remarcable no es esto en sí, sino el hecho de que la Ley proteja al resto de los titulares y cesionarios de los derechos de propiedad intelectual frente al titular original del derecho (el autor de la obra).

3.- Al estudiar la figura del sujeto pasivo, nos dimos cuenta de la importancia de su determinación, dado que su ausencia puede provocar la absolución del presunto autor del delito al no poderse demostrar si hubo o no consentimiento por el titular de los derechos relativos a la propiedad intelectual.

4.- Pese a que el objeto material del delito sea la obra abstracta, lo que sí parece claro, y así se resalta en el cuerpo del trabajo, es que hasta que no se plasma la obra, aunque sólo sea en el soporte efímero del aire, no hay cabida para la protección que otorga la Ley de Propiedad Intelectual y el Código Penal; resultando rotundamente banal el método usado para su reproducción, distribución o comunicación pública.

5.- Sobre la dualidad objetiva y subjetiva de la originalidad de una obra hay que reconocer que lo más fácil de observar es la originalidad objetiva. Cuando se crea

algo hasta ahora no conocido (originalidad objetiva) esta singularidad es indiscutible; pero también hay que reconocer que la originalidad subjetiva no es menos importante. Desde que se descubrió la pintura al oleo, han sido muchos los artistas que han creado obras originales usando la misma técnica y, la misma comparación se podría realizar respecto a los que escriben cuentos o interpretan música. Lo importante para no caer en el plagio es que no existan coincidencias estructurales básicas o fundamentales. Esto justifica que las transformaciones, interpretaciones y formas de ejecutar posean el carácter subjetivo de la persona que actúa sobre la obra original o bruta y que, por ello, «su transformación, interpretación y ejecución», amén de las justificaciones ya indicadas en el cuerpo del trabajo, deban ser consideradas como objeto material del delito y no como tipos delictivos.

6.- Al analizar la conducta típica del delito básico se hizo hincapié en que el plagio era la única conducta que, en cierta forma, protegía los derechos morales del autor. Y decíamos esto porque, siendo partícipes de la concepción dualista de los derechos de autor, el derecho moral queda supeditado a un perjuicio patrimonial previo. Por lo que sin perjuicio de los derechos patrimoniales, no había protección del derecho moral.

7.- Con respecto a las copias particulares, debo comentar que estoy en desacuerdo con la decisión adoptada en la sentencia que hemos mencionado del Juzgado de lo Penal nº 3 de Santander, de 14 de julio de 2006, que consideraba que descargar música por Internet no es delito si no existe ánimo de lucro y está amparada por el derecho de copia privada. Y ello, dado que no considero que se den todas las condiciones del artículo 31.2 LPI para que la copia pueda ser una copia privada lícita. Para empezar, porque cuando se comparten archivos por «P2P», además del original se puede obtener una copia de una copia. Otra cosa es que, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, y si no existe ánimo de lucro con interés comercial, no sea penalmente punible.

8.- Como se ha visto, en el desarrollo del trabajo, las conductas individuales del que obtiene una copia de un libro, se descarga una película de Internet... no han sido consideradas delitos en tanto que faltaba ese interés comercial o ese perjuicio a tercero debido a la escasa cuantía del perjuicio y del principio de mínima intervención del Derecho penal. No obstante, también cabe considerar que el perjuicio ocasionado con el ahorro de estas conductas individuales sólo es presunto, puesto que nadie

puede garantizar que el sujeto hubiese reproducido la obra si tuviera que pagar por ello. Por ello, la clave para diferenciar los ilícitos penales de los civiles, radica en la interpretación de los conceptos analizados de «ánimo de lucro» y «en perjuicio de tercero».

9.- Ya no sólo en el ámbito de la Ley de Propiedad Intelectual sino a nivel global, la supresión de las faltas con la LO 1/2015 en el Código Penal ofrece a los jueces un amplio abanico de posibilidades a la hora de sancionar conductas. Así vemos como el tipo atenuado del artículo 270.1 CP quedará más abierto con la futura redacción al no introducir cuantía económica alguna. Aunque, no obstante y sólo a modo de suposición, se continúe con el criterio estimativo de 400 euros para establecer la frontera entre la prisión y la multa o trabajos para la sociedad pues, de lo que se ha observado en la evolución de la redacción de la Ley, es que los criterios jurisprudenciales tienden a mantenerse.

10.- No obstante, la LO 1/2015 introduce nuevos tipos delictivos que facilitan la persecución de conductas que vulneraban los derechos relativos a la propiedad intelectual y que, hasta la fecha, para ser sancionados, quedaban en mano de la interpretación jurisprudencial. Estamos hablando sobre todo de delitos cometidos a través de Internet. Pero a mi modo de ver, esto se ha producido por una confusión entre los derechos de explotación y las modalidades de explotación. Es decir, una cosa es el derecho exclusivo de distribución o comunicación pública de una obra audiovisual y otra, muy distinta, las múltiples modalidades de explotación que tienen acomodo en esas categoría (TV, cine, Internet...). Por este hecho, parece que hay una sobreprotección de los derechos de autor en el mundo de Internet, lo cual también es lógico si se tiene en cuenta la facilidad de reproducción, distribución y comunicación pública que tiene este medio y, que se traduce en una herramienta potencialmente peligrosa para producir un perjuicio a los derechos de relativos a la propiedad intelectual.

11.- Para que la conducta sea típica es necesario que concurran, como elementos subjetivos de lo injusto, el ánimo de lucro y la intención de perjudicar a un tercero.

BIBLIOGRAFÍA

CEREZO MIR. J., *Curso de Derecho Penal Español*, t. I, 6^a edición, TECNOS, Madrid, 2004.

GÓMEZ MARTÍN, V., «Otros delitos patrimoniales», en Corcoy (dir.), tomo I, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011.

GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, TECNOS, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ RUS, J.J., «Artículo 270», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005.

LATORRE LATORRE, V., *Protección Penal del Derecho de Autor*, 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Delitos patrimoniales», en Molina (coord.), FRANCIS LEFEBVRE, Madrid, 2011.

QUINTERO OLIVARES, G., *Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*, FOUIC, PID_00188277.

ROSAL BLASCO, B. Y MIRÓ LLINARES, F., «Artículo 271 y 272», en Cobo del Rosal (dir.), t. VIII, EDERSA, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Artículo 270», en Rodríguez Ramos (dir.), 4^a Edición, La Ley, España, 2011.

RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, A. y BERGARECHE MENDOZA, N., «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 17, 2007.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal. Parte especial*, 5^a edición, DYKINSON, Madrid, 2000.