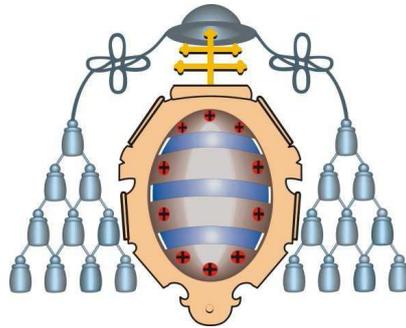


UNIVERSIDAD DE OVIEDO



MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

CURSO 2013/2014

TRABAJO FIN DE MÁSTER

“PROPIEDAD INTELECTUAL E INTERNET”

Alumna: M^a INMACULADA GARCÍA FERNÁNDEZ

Tutor: JAVIER G. FERNÁNDEZ TERUELO

Febrero 2014

ÍNDICE

1. ASPECTOS PREVIOS

2. FORMAS LESIVAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET

- 2.1. INTERCAMBIO DE ARCHIVOS A TRAVÉS DE LAS REDES P2P
- 2.2. PÁGINAS WEBS DE DESCARGA DIRECTA
- 2.3. PÁGINAS WEBS QUE PROPORCIONAN ENLACES DE DESCARGAS
- 2.4. PÁGINAS WEBS QUE PERMITEN EL VISIONADO EN TIEMPO REAL (*STREAMING*)

3. RESPUESTA LEGAL FRENTE A LAS CONDUCTAS ATENTATORIAS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

- 3.1. REGULACIÓN CIVIL. ESTUDIO DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADA POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL
 - 3.1.1. Reformas más significativas
- 3.2. REGULACIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN A LOS DISTINTOS SUPUESTOS
 - 3.2.1. Requisitos típicos más relevantes
 - 3.2.1.1. La exigencia de que la conducta típica se lleve a cabo “en perjuicio de tercero”

3.2.1.2. La exigencia de ánimo de lucro comercial

3.2.2. La responsabilidad penal (y civil) por intercambio de archivos a través de las redes P2P

3.2.3. La responsabilidad penal de los titulares de páginas webs que proporcionan enlaces de descargas

3.2.4. La responsabilidad penal de los titulares de páginas webs que permiten el visionado en tiempo real (*streaming*)

3.2.5. Otras formas de menoscabo de la propiedad intelectual mediante la utilización de las nuevas tecnologías y su castigo

3.2.5.1. Responsabilidad de los titulares de buscadores de Internet

3.2.5.2. Protección frente a la vulneración del software

3.2.5.3. Protección frente a los chips de desbloqueo de consolas

3.3. VÍAS DE ACTUACIÓN Y RESPUESTA EN OTROS PAÍSES

4. CONCLUSIONES

5. BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA

5.1. BIBLIOGRAFÍA

5.2. MATERIALES DE REFERENCIA

1. ASPECTOS PREVIOS

Internet constituye un fenómeno sociocultural y comunicacional de gran importancia. Una nueva manera de entender las comunicaciones que está transformando el mundo, puesto que millones de individuos acceden a la mayor fuente de información que jamás haya existido y provocan un inmenso y continuo trasvase de conocimientos y datos entre ellos a gran velocidad. Pero Internet también tiene desventajas. Una de las más importantes radica en su utilización para llevar a cabo conductas ilícitas, tales como la que es objeto de examen en este trabajo, la vulneración de la propiedad intelectual en la Red.

La propiedad intelectual está integrada por una serie de derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor y a otros titulares la disposición y explotación de sus obras y prestaciones.

La defensa de la propiedad intelectual en nuestro país es, en primer lugar, una exigencia jurídica derivada de la conjunción del reconocimiento constitucional del derecho a la libre creación intelectual, implícito en el artículo 20.1.b) de la Constitución, y del derecho de propiedad de su artículo 33. En desarrollo de estas previsiones, la creación intelectual goza de una normativa propia plasmada en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI), y en su aspecto tuitivo, se protege ante los más graves atentados en los artículos 270 y siguientes del Código Penal¹.

En el plano económico, el tráfico ilícito de contenidos protegidos por los derechos de autor atenta contra el principio de Estado Social de Derecho del artículo 2 de la Constitución Española, vulnerando a su vez el sistema de economía de mercado del artículo 38 de la Norma Suprema. Y es que este tráfico ilícito, al desarrollarse en mercados al margen de la legalidad económico-tributaria, plantea una competencia desleal frente a los agentes que actúan dentro de dicha legalidad y socava, por medio de la evasión de impuestos, la pervivencia del Estado asistencial que se nutre de las aportaciones colectivas en forma de tributos. La “piratería” perjudica, además, los

¹ MOLINA, C. A. (Ministro de Cultura), CARRIÓN MARTÍN, M. D. (Subsecretaria de Cultura), CORRAL VAN DAMME, G. (Director General de Política e Industrias Culturales), “Manual de Buenas Prácticas para la persecución de los delitos contra la Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura”, editado por la Secretaría General Técnica, Subdirección General de Publicaciones, Información y Documentación, impreso por Imprenta Fareso, S.A., 2008, pág. 11.

derechos e intereses del consumidor, consagrados en el artículo 51 de la Constitución, al quedar desprotegido ante productos que carecen de las garantías necesarias de seguridad y calidad².

La revolución tecnológica que vivimos, fundamentalmente la digitalización de las obras y el desarrollo de las infraestructuras de telecomunicación (singularmente Internet), propician una situación en la que, por una parte, las creaciones del ingenio humano gozan de muchos más sistemas de difusión y estos son más potentes pero, a la vez, se hace más fácil, con la difusión generalizada de los medios tecnológicos, el acceso y propagación no consentida de las mismas. La confrontación, entre quienes desean mantener un monopolio exhaustivo sobre el acceso a las obras y los que ven en los avances tecnológicos una oportunidad para la difusión de los conocimientos sin límites, está servida³.

Nos encontramos ante un problema más importante de lo que la sociedad pueda pensar, puesto que el público y la cultura son, sin duda, las principales víctimas de esa “expropiación”, ya que, detrás del derecho de autor, subyace un sistema de incentivos para el creador con el que se le pretende compensar por su esfuerzo y, al mismo tiempo, promover la creación futura, beneficiando así el interés general⁴.

Sin embargo, existe una percepción, muy extendida, de que las acciones emprendidas por los titulares de la propiedad intelectual para combatir el intercambio no autorizado de obras por Internet sólo pueden ser eficaces eliminando características esenciales de la Red, rebajando la garantía de derechos y libertades de los ciudadanos, y poniendo trabas a la evolución tecnológica. Insistir en la vía represiva conlleva el riesgo de incrementar la concepción negativa que amplios sectores de la sociedad tienen sobre la propiedad intelectual, y aleja las posibilidades de encontrar un pacto social en cuanto al respeto de los derechos de los creadores⁵.

² MOLINA, C. A. (Ministro de Cultura), CARRIÓN MARTÍN, M. D. (Subsecretaria de Cultura), CORRAL VAN DAMME, G. (Director General de Política e Industrias Culturales), “Manual de Buenas Prácticas...”, op. cit, pág. 12.

³ MATA Y MARTÍN, R. M., “Protección penal de los derechos del autor en Internet. Las últimas reformas penales”, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, impreso por Lerko Print, S.A., 2007, pág. 64.

⁴ FARRÉ, P., “Los derechos de autor en Internet”, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá I, Servicio de Publicaciones, 2008, pág. 70.

⁵ GAY FUENTES, C., “La propiedad intelectual en el entorno digital”, Documento de trabajo (Laboratorio de Alternativas) 82/2006, pág. 30.

Asistimos a un fenómeno que resulta incontrolable, tanto por el número de personas que intervienen, como por la ingente cantidad de material protegido que circula por la red, y que sigue extendiéndose, a la par que la generalización del acceso a Internet a través de sistemas de banda ancha modifica los hábitos de los internautas⁶. Estas prácticas ilegales han propiciado pérdidas cuantiosísimas, destrucción de puestos de trabajo, falta de oportunidades para artistas noveles y para investigación y desarrollo, etc., motivados por el hecho de que ni se compran programas de ordenador, ni se adquiere música, ni se accede a los contenidos audiovisuales en condiciones legales⁷.

La crisis económica ha agudizado seriamente el problema. El alto precio de los productos ofertados a los consumidores, unido a la disminución de la capacidad económica de la población, sin olvidarnos del incremento del IVA cultural del 8% al 21%, y la gran facilidad para acceder a estos contenidos gratuitamente en Internet, son factores que han favorecido en gran medida la vulneración sistemática de los derechos de autor.

2. FORMAS LESIVAS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET

2.1. INTERCAMBIO DE ARCHIVOS A TRAVÉS DE LAS REDES P2P

Las redes P2P, siglas en inglés de “*peer-to-peer*”, en español red entre iguales o red punto a punto, son redes de ordenadores en las que todos o algunos aspectos funcionan sin clientes ni servidores fijos, sino que son una serie de nodos (ordenadores) que se comportan como iguales entre sí. Es decir, actúan simultáneamente como clientes y servidores respecto a los demás nodos de la Red. Las redes P2P permiten el intercambio directo de información, en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados⁸. Al tiempo que se descargan archivos ajenos

⁶ PALMA HERRERA, J.M., “Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho Penal”, Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Dykinson, 2005, pág. 671.

⁷ PALMA HERRERA, J. M., “Las redes P2P de intercambio de archivos...”, op. cit., pág. 671.

⁸ GÓMEZ MARTÍNEZ, M., “Redes P2P, cambio de criterio respecto a las páginas de enlaces”, Noticias Jurídicas, diciembre 2011.

se permite a terceros la descarga de los archivos propios⁹. Dichas redes son útiles para diversos propósitos. Se usan para compartir archivos de cualquier tipo, por ejemplo, audio, vídeo o software, a través de programas como Emule, Napster, BitTorrent, Ares, etc.

Las redes P2P no son ilegales como tal, ya que tan sólo son redes que se utilizan para compartir e intercambiar información de forma directa entre dos o más usuarios y, por tanto, no vulneran ningún derecho de propiedad intelectual. El problema se encuentra en que el contenido de tales archivos pueda estar o no sujeto a los derechos de autor, lo que ha generado una gran polémica entre defensores y detractores de estos sistemas.

2.2. PÁGINAS WEBS DE DESCARGA DIRECTA

La descarga directa se realiza desde un servidor en el que el usuario no tiene que esperar colas, a diferencia de las redes P2P en las que se producen esperas y la velocidad de transferencia depende del ancho de banda de subida del emisor y del ancho de banda de bajada del receptor. Este tipo de descarga no requiere que el usuario tenga un programa específico para realizarse, solo se necesita el navegador.

Cada empresa¹⁰ ofrece diferentes tipo de almacenamiento y descargas, que varían en el tipo de archivo, tamaño, tiempo de permanencia del archivo, y el número de veces que se puede descargar. Asimismo, ofrece siempre un servicio gratuito, que suele tener un máximo de usos por día y uno de pago, mediante el ofrecimiento de Cuentas Premium, por las que el usuario paga una cantidad para poder beneficiarse de privilegios extras, como por ejemplo, poder descargar los contenidos de una manera más veloz, sin límite y sin esperas¹¹.

⁹ STS 292/2008, de 28 de mayo; STS 696/2008, de 22 de octubre; SAP Barcelona S. 21^a, 49/2009, de 30 de diciembre de 2010.

¹⁰ Entre las empresas que ofrecen el servicio de almacenamiento de archivos se encuentran Mediafire, Rapidshare, GigaSize, Letitbit, Uploading, Depositfiles, Netload, Hotfile, File Dropper, YouSendIt, turboupload, 4shared, FileFactory, Megashare, Load.to speedfile, fupload, fufox, Badongo, FileServe, FileSonic, Wupload o Filefront, además de las ya desmanteladas Megaupload (a la que me referiré más adelante) y Rapidshare.

¹¹ Respecto a la responsabilidad civil, la SAP Barcelona nº 83/2001, de 24 de febrero, condena al demandado, por haber realizado actos de comunicación pública de obras musicales incluidas en el repertorio de la actora, al ponerlos a disposición del público que visitara su sitio web, permitiendo su descarga directa, a cesar en la conducta, así como a indemnizar a SGAE en la

2.3. PÁGINAS WEBS QUE PROPORCIONAN ENLACES DE DESCARGAS

Las webs de enlaces son páginas que no contienen *per se* archivos protegidos, sino que incluyen una serie de “links” o enlaces que permiten a su vez la descarga de archivos no autorizados, tales como las películas, series de televisión, música, videojuegos, libros, etc.

La Sentencia nº 313/2013 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valencia, de 24 de junio, clasifica los tipos de enlaces en simples o de superficie y enlaces complejos:

«El enlace simple o de superficie constituye una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, sin tener que teclear el nombre de esta última, no reproduciendo la página enlazada, ni dando lugar a un almacenamiento de la misma en la propia web de la remitente. El enlace simple se limita a cumplir esa función, enlazar con otras páginas de la Red, creando un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a otros sitios web o a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales, de modo tal que, partiendo del concepto legal de distribución (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) o de comunicación pública (todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas), puede entenderse que la simple labor de enlazar sin intervenir descarga, sin alojar archivos de las obras y sin permitir el visionado –en el caso de obras videográficas- de éstas a una pluralidad de personas, quedaría fuera del núcleo de lo que construye distribución y comunicación pública y ello resulta del hecho de que comunicados los usuarios de las redes P2P, éstos actúan la descarga, en su caso, sin intervención de los sitios que han facilitado el enlace.

Existen otro tipo de enlaces más complejos, como son aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta; sin pasar por su página principal (enlaces en profundidad); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de

suma de 1.546,28 euros por los gastos ocasionados para investigar la infracción, más 2.041,4 euros por la remuneración dejada de percibir con las descargas directas; no así la misma AP Barcelona, en su SAP 301/2011, de 7 de julio, que no condena en este caso, puesto que en la página webs del demandado no se podía descargar directamente los archivos, sino que enlazaba a otras páginas tipo Megaupload.

las cuales se pone contenido de una página web distinta (“marcos” o “frames”); los enlaces involuntarios, en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario; y otros como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí».

En general, estas páginas webs de enlaces suelen servir a sus titulares para conseguir importantes sumas de dinero provenientes de la publicidad que acogen. Además, con esa actividad, causan un daño patente a los titulares de contenidos, pues ofrecen copias de los productos que éstos generan, restando clientes potenciales a la explotación de las obras por sus propios creadores.

2.4. PÁGINAS WEBS QUE PERMITEN EL VISIONADO EN TIEMPO REAL (STREAMING)

El *streaming* es un sistema que permite visualizar contenidos multimedia sin necesidad de esperar a que se descarguen en el disco duro, facultando así el visionado en tiempo real, desde la propia web, de ficheros de audio y vídeo, aunque estén alojados en otros servidores, como por ejemplo Megavideo¹². El archivo se descarga al ordenador, pero en forma de flujo de datos, y sólo permanece de forma temporal.

La descarga de archivos mediante aplicaciones P2P ha descendido en los últimos años debido a los servicios para audio y vídeo en *streaming* y al aumento del ancho de banda en los hogares. El *streaming* se encuentra en la actualidad muy extendido en ámbitos como el cinematográfico y televisivo¹³, musical¹⁴, videojuegos¹⁵, etc.

¹² SJP nº 3 de Valencia, 313/2013, de 24 de junio de 2013.

¹³ En el ámbito cinematográfico y televisivo, los usuarios disponen de plataformas en *streaming* como *Series Yonkis*. Otras páginas webs, como *Roja directa*, permiten visualizar partidos de toda clase de deportes a tiempo real.

¹⁴ En el ámbito musical, destaca *Spotify*, que permite acceder a infinidad de pistas de audio sin necesidad de bajar los discos y archivos al ordenador. Los usuarios pueden escuchar sus canciones favoritas tantas veces como quieran, sin necesidad de tenerlas alojadas en el disco duro.

¹⁵ En cuanto a los videojuegos, compañías como la norteamericana *OnLive* dispone de una plataforma de videojuegos mediante *streaming*. Ésta, que se encuentra en beta y sólo acepta, por ahora, a usuarios de Estados Unidos, permite acceder a los últimos títulos disponibles, sin necesidad de instalar el videojuego en el ordenador. Sin embargo, nos encontramos ante un

3. RESPUESTA LEGAL FRENTE A LAS CONDUCTAS ATENTATORIAS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

3.1. REGULACIÓN CIVIL. ESTUDIO DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, APROBADA POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 ABRIL

En la actualidad, la propiedad intelectual se encuentra regulada en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

La propiedad intelectual protege las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas en cualquier medio, ya sean libros, escritos, composiciones musicales, obras dramáticas, coreografías, obras audiovisuales, esculturas, obras pictóricas, planos, maquetas, mapas, fotografías, programas de ordenador y bases de datos, etc. También protege las interpretaciones artísticas, los fonogramas, las grabaciones audiovisuales y las emisiones de radiodifusión. Se protegen desde el momento de su creación, recibiendo los titulares la plena protección de la ley desde ese momento y sin que se exija el cumplimiento de ningún requisito formal.

Se excluyen las ideas, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, aunque no la expresión de los mismos. También las disposiciones legales o reglamentarias, sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos de los organismos públicos, así como las traducciones de dichos textos.

Los derechos de propiedad intelectual otorgan, además de unos derechos morales relativos a su reconocimiento como creadores (regulados en el artículo 14 TRLPI), la retribución económica que les corresponde por la realización de sus obras y prestaciones, es decir, los derechos económicos o de explotación, que la Ley clasifica en reproducción (es decir, 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. - Artículo 18 TRLPI -), distribución (es decir, la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte

fenómeno en crecimiento, puesto que *Sony* ha confirmado que *PlayStation 4* tendrá *streaming* de juegos de *PlayStation 3* a partir de este año 2014.

tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. - Artículo 19 TRLPI -) y comunicación pública (es decir, 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. - Artículo 20 TRLPI -). Es también un incentivo a la creación y a la inversión en obras y prestaciones de la que se beneficia la sociedad en su conjunto.

La protección de estos derechos, se encuentra regulada en el Libro III de la Ley de Propiedad Intelectual. La Ley ofrece al titular de los derechos una serie de acciones, tales como la posibilidad de instar el cese de la actividad ilícita del infractor, exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, así como solicitar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor. Asimismo, podrá solicitar con carácter previo la adopción de medidas cautelares de protección urgente.

El ordenamiento concede estos derechos al autor, que puede ejercitarlos por sí mismo o transmitirlos a terceros, en forma exclusiva o no. El adquirente de estos derechos se convierte en titular de los mismos (o, en sentido amplio, titular de las obras) y puede proceder a su ejercicio en la forma acordada o prevista legalmente¹⁶.

3.1.1. Reformas más significativas

En primer lugar, cabe mencionar la conocida como “Ley Sinde” (o “Ley Sinde-Wert”), que no es otra cosa que la disposición final 43^a de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que reformaba a su vez varias leyes (la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). En desarrollo de esta Ley fue dictado el Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano al que la Ley Sinde asignaba nuevas funciones, singularmente la de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por prestadores de servicios de la sociedad de la información. Para ello instauró un procedimiento administrativo seguido

¹⁶ BATUECAS CALETRÍO, A. y APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad Intelectual y Piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de Derechos de propiedad intelectual en Internet (La llamada “Ley Sinde-Wert”)", Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, N° 5 de febrero de 2012, pág. 7.

ante su Sección Segunda, que puede culminar en la interrupción del servicio de la sociedad de la información o en la retirada de los contenidos infractores.

El mismo día 30 de diciembre de 2011 fue aprobado el Real Decreto-ley 20/2011, cuya disposición adicional 10^a suprime la compensación equitativa por copia privada regulada en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, aunque no llega a derogar formalmente este precepto. La principal novedad introducida por ese Real Decreto-ley (titulado “de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público”) es que dicha compensación equitativa pasará a satisfacerse, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en lugar de, como sucedía hasta esa fecha, por parte de los sujetos que comercializan equipos, aparatos y soportes de reproducción.

En la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, se asignó una cantidad de cinco millones de euros para sufragar el pago de la compensación equitativa por copia privada. Posteriormente, por virtud del Real Decreto 1657/2012, de 7 diciembre, se reguló el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, dando así cumplimiento al mandato contenido en la citada disposición adicional 10^a del Real Decreto-Ley 20/2011, ya que ésta remite para la determinación de ese procedimiento al desarrollo reglamentario posterior.

Entre tanto, desde julio de 2012 han circulado extraoficialmente una serie de borradores de Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, cuya última manifestación es la redacción del Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros en primera vuelta en su reunión de 22 de marzo de 2013¹⁷. Este Anteproyecto de Ley está dirigido a reforzar la protección de los derechos de propiedad intelectual. Consta de dos artículos, dirigidos respectivamente a la modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que afecta a treinta y dos artículos, y la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificando los artículos 256.1 y 259.4.

Las medidas que se recogen en el Anteproyecto, tal como se analiza en la exposición de motivos, se agrupan en tres bloques: la profunda revisión del sistema de

¹⁷ TIJERAS, R., “Curso de Verano sobre la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual”, Aviso a navegantes, www.ramontijeras.com, 14 mayo de 2013.

copia privada (se pretende financiar la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, en lugar de hacerla depender de un canon sobre los equipos, aparatos y soportes de reproducción recaudado por las entidades de gestión); el diseño de mecanismos eficaces de supervisión de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual; y el fortalecimiento de los instrumentos de reacción frente a las vulneraciones de derechos que permita el impulso de la oferta legal en el entorno digital.

Una de las novedades que prevé este Anteproyecto es la posibilidad de que un tercero sea responsable por la infracción de derechos de propiedad intelectual. Así, frente a la actual redacción del artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual que habla sólo de “infractor”, el futuro artículo 138 considerará igualmente responsable a quien induzca la conducta infractora, a quien coopere con la misma conociendo su carácter ilícito o teniendo indicios razonables para conocerlo, y a quien, teniendo interés económico directo en los resultados de esa conducta, cuente con capacidad de control sobre la conducta del infractor. En cuanto a la modificación de los artículos 256.1 y 259.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cambios van dirigidos a propiciar la obtención preliminar de datos que permitan la identificación del infractor, en particular cuando se trate del prestador de un servicio de la sociedad de la información o de un usuario del mismo.

Además de estas medidas, propone otras que atienden a la transposición en el derecho español con dos Directivas comunitarias: la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

El Informe del Consejo General del Poder Judicial de 23 de julio de 2013, al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, realiza unas observaciones respecto de la técnica de transposición de estas dos Directivas. Mientras que en el primer caso cabe reprochar al prelegislador un excesivo mimetismo respecto de la norma comunitaria de referencia, en el segundo lo que se aprecia es una transposición parcial o incompleta del contenido de la Directiva. A su vez, recomienda situarse en un

punto intermedio, omitiendo trasponer lo innecesario, agregando los elementos precisos para que la transposición quede suficientemente contextualizada y evitando efectuar una transposición a dos velocidades, de modo que ciertos elementos de la Directiva queden plasmados en la Ley y otros se reserven para el ulterior desarrollo reglamentario. Dicho Informe también prevé que los derechos de algunos titulares puedan quedar, con esta regulación proyectada, excesivamente desprotegidos, en particular, los titulares de derechos sobre los libros de texto, los manuales universitarios y las publicaciones a estos últimos asimiladas.

Tras este Informe del Consejo General del Poder Judicial, también se ha pronunciado la Comisión Nacional de la Competencia, en su Informe 102/13, de 4 de septiembre de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del texto de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el Consejo de Estado con su informe de diciembre del mismo año.

Para la Comisión Nacional de la Competencia, *«en líneas generales, sin perjuicio de que algún aspecto puntual pueda valorarse positivamente, como el establecimiento de obligaciones de transparencia sobre los repertorios gestionados por las entidades de gestión y la objetivación de los criterios a los que deben ajustarse las tarifas, el texto sometido a informe adolece de importantes carencias»*. En primer lugar, entiende la Comisión que el Anteproyecto *«es una modificación excesivamente parcial de una materia que exigiría una reforma integral, en concordancia con lo planteado en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo (MAIN) como necesidad para el sector, en la medida en que, en la actualidad, no es un marco legal suficientemente claro ni garantista del mantenimiento de la competencia efectiva, sobre todo en lo referente al modelo propuesto de entidades de gestión»*. Y, en segundo lugar, que *«el Anteproyecto contiene una reforma que no considera suficientemente el desarrollo actual y previsible de las tecnologías de la información y de las redes informáticas, en cuanto no tiene en cuenta la existencia y/o desarrollo de modelos de negocio alternativos que pueden permitir la distribución y retribución de las obras de la forma menos restrictiva para la competencia»*.

Para el Consejo de Estado el texto *«puede situar a un importante número de ciudadanos ante una situación en la práctica de ilicitud»*, *«situación que no se acompaña de las suficientes medidas dirigidas a evitarla»*, criticando la indeterminación jurídica de determinadas expresiones usadas en el texto del Anteproyecto. El Consejo asimismo considera que debe revisarse la configuración que

el anteproyecto hace de la copia privada, donde «*deben extremarse las cautelas en la definición del límite de copia privada y en la correlativa implantación del sistema*», donde el órgano del Estado ve posibles fallos en la «*equidad de su configuración presupuestaria si el montante económico no llega a lo establecido por el derecho europeo*». Acerca de la regulación que el Anteproyecto lleva a cabo de las entidades de gestión, el Consejo de Estado cree que hay «*falta de coherencia con la directiva europea*», al crear una figura de operadores para la gestión de derechos que no resultan ni en la Exposición de Motivos ni en la memoria. El régimen de este «*nuevo agente con ánimo de lucro*» debería tener un régimen «*claro y de perfiles definidos*».

La Ley de modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, una vez limadas ciertas asperezas puestas de manifiesto por los anteriores informes, está previsto que sea aprobada a principios de este año 2014.

3.2. REGULACIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN A LOS DISTINTOS SUPUESTOS

Los delitos contra la propiedad intelectual se encuentran regulados en los artículos 270 (tipo básico), 271 (tipos agravados) y 272 (responsabilidad civil) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En el tipo básico se persigue a quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra 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.

No obstante, el 20 de septiembre de 2013 se aprobó el Proyecto de Ley Orgánica por la que se pretende modificar la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo Artículo Único, en sus apartados centésimo septuagésimo segundo y tercero modifica los artículos 270 y 271 del Código Penal. Esta reforma trata de lograr un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías. Lo que se persigue es la explotación económica, reproducción, plagio, distribución y comunicación pública de una obra, sin autorización de los titulares, con ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto (a través de

publicidad, por ejemplo), así como facilitar el acceso a la localización de obras o prestaciones protegidas en Internet¹⁸. Se tipifica expresamente la facilitación de medios para suprimir o neutralizar las medidas tecnológicas utilizadas para proteger la propiedad intelectual. Con esta reforma del Código Penal también se persigue castigar a los titulares de páginas que permiten la obtención de un listado de enlaces a través de los cuales se puede acceder ilícitamente a obras protegidas por los derechos de autor, siempre y cuando vayan acompañadas de ánimo de lucro, es decir, persigan la obtención de un beneficio económico, ya sea directo o indirecto. Pero, en ningún caso, la reforma está pensada para actuar contra los propios usuarios o buscadores neutrales, ni contra los programas P2P que permiten compartir contenidos¹⁹.

Se mantienen las penas mínimas previstas, pero las conductas más graves podrán ser sancionadas hasta con seis años de prisión, al haberse apreciado una desproporción de penas al comparar éstos con otros delitos que también atentan contra la propiedad. El tipo básico del artículo 270 apartado 1º pasará, de ser aprobada la reforma, de ser castigado con penas de seis meses a dos años de prisión, a seis meses a cuatro años, manteniéndose la multa de doce a veinticuatro meses. Además, se pretende añadir un párrafo al nuevo apartado 2º que castiga la distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional con una pena de prisión de seis meses a dos años. El artículo 271 aumentará la pena de prisión de dos a seis años y la multa de dieciocho a treinta y seis meses (antes de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses).

3.2.1. Requisitos típicos más relevantes

El artículo 270.1 del Código Penal castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra 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. Pero la condición *sine qua non* que debe existir para que nos encontremos ante un delito contra la propiedad intelectual, estriba en que estas conductas deben realizarse con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

¹⁸ Referencia del Consejo de Ministros, de 20 de septiembre de 2013, www.lamoncloa.gob.es.

¹⁹ Referencia del Consejo de Ministros, de 20 de septiembre de 2013, op. cit.

3.2.1.1. La exigencia de que la conducta típica se lleve a cabo “en perjuicio de tercero”

En cuanto a la exigencia de que la conducta se lleve a cabo “en perjuicio de tercero”, la doctrina ha realizado diversas interpretaciones. En primer lugar, se ha concebido como expresivo de un elemento subjetivo de lo injusto. En segundo lugar, hay quien lo interpreta como el resultado del delito. En tercer lugar, se encuentran quienes sostienen que se exigiría que el comportamiento sea objetivamente idóneo para causar el perjuicio ajeno, es decir, estaríamos ante un delito de peligro hipotético o de aptitud abstracta²⁰.

Para la mayoría de los autores, la teoría más razonable sería la que sostiene que el artículo 270 del Código Penal es un delito de aptitud abstracta o de peligro hipotético. Se exigiría que el comportamiento sea objetivamente idóneo para causar el perjuicio ajeno, por ejemplo, por el número de copias realizadas, por el precio de las mismas, por la forma de distribución, etc., de tal manera que son atípicas las copias realizadas para mero uso privado²¹.

Asimismo, la Jurisprudencia también es partidaria de apreciar el perjuicio como un peligro abstracto. Un ejemplo claro son las SAP Castellón S. 2^a, nº 307/2013, de 25 de septiembre, así como la nº 83/2008, de 28 de febrero, que realizan las precisiones siguientes:

«El art. 270 del C.P. exige que las conductas descritas se realicen "con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero". Existe un matiz diferencial claro entre esta última expresión y la expresión "con perjuicio de tercero". Mientras esta última implica o exige que haya un perjuicio real para un tercero, aquella lo que recoge es un "elemento tendencial del injusto" (en palabras de la sentencia de 14-11-06 de la sec. 1^a de la A.P. de Cáceres) con el que no se exige para la consumación que efectivamente se cause un concreto perjuicio patrimonial (que, de llegar a producirse, pertenecería a la fase de agotamiento del delito). Esto es, "la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero" (sentencia nº 188/07, de 22-02, de la sec. 17^a de la A.P. de Madrid),

²⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., “Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet”, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 66 y 67.

²¹ GÓMEZ TOMILLO, M., “La autoría y la participación en los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet. Especial consideración de los proveedores de servicios. Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica”, Grupo de trabajo Derecho, Ciencia, Tecnología e Innovación, Editorial Comares, S.L., 2012, págs. 161 y 162.

potencialmente peligrosa para los derechos de propiedad intelectual; pero la consumación del delito no exige que dicho perjuicio sea efectivamente causado. Como con precisión se sintetiza en la sentencia nº 325/05, de 07-07, de la sec. 4^a de la A.P. de Sevilla (Ponente: José Manuel de Paúl Velasco) "el perjuicio de tercero no es propiamente el resultado del delito, sino un elemento de su tipo subjetivo, correlativo al ánimo de lucro y que lo convierte en un delito de tendencia -la de obtener beneficio económico a costa de la propiedad intelectual ajena-, cuya consumación no exige el lucro efectivo ni el perjuicio.

En todo caso, "desde el mismo momento de la puesta en distribución de copias de las obras obtenidas ilegalmente se está provocando ya un perjuicio económico a los titulares de los derechos sobre las obras puestas a la venta, perjuicio cuya cuantificación es perfectamente posible en alguna de las formas previstas en el art. 140 de la Ley de Propiedad Intelectual". Recordemos que la indemnización comprende, entre otras cosas, la ganancia que haya dejado de obtenerse a causa de la violación del derecho».

En estas conductas, en que la divulgación se realiza a través de Internet, es imposible calcular el número de personas que han tenido acceso a la difusión, por lo que el perjuicio posible es de todo punto evidente²². Asimismo, resulta muy difícil establecer el perjuicio real que estas conductas ilegales producen en el autor, ya que no todas las personas que se han descargado alguna obra la hubiesen comprado original, por lo tanto las obras que se han dejado de vender no se corresponden con el número de copias piratas, aún así, el perjuicio causado suele ascender a importantes cantidades económicas²³.

Respecto a quién consideramos que el artículo 270 del Código Penal se refiere con "tercero", probablemente el legislador quiso decir que fuera en perjuicio del sujeto pasivo. Pero cabe interpretar que ese tercero al que se refiere el artículo son todos aquellos que intervienen en el proceso de comercialización de la obra artística, literaria o científica, diferentes del titular de los derechos de explotación, por ejemplo, quienes la venden o arriendan lícitamente en sus negocios²⁴.

²² QUINTERO OLIVARES, G., "Internet y propiedad intelectual. Protección de la obra audiovisual", Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, 2007, pág. 383.

²³ OLIVERA SERRANO, J. L., "La persecución de los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante Internet. Protección de la obra audiovisual", Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, impreso por Lerko Print, S.A., 2007, pág. 137.

²⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., "Responsabilidad penal y civil..." op. cit., pág. 69.

3.2.1.2. La exigencia de ánimo de lucro comercial

La cuestión sobre cuando existe ánimo de lucro susceptible de una posible sanción penal, es un tema controvertido, al respecto del cual existen dos interpretaciones, una amplia y otra estricta.

La primera, es la sostenida por el Tribunal Supremo para otros delitos patrimoniales distintos a los relativos a la propiedad intelectual²⁵, que establece una interpretación amplia respecto al ánimo de lucro, definiéndolo como “la intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad”²⁶, o más concretamente “como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita”²⁷.

Autores como PALMA HERRERA, conciben el ánimo de lucro como la intención de obtener cualquier ventaja no necesariamente patrimonial, incluida la lúdica, contemplativa, etc, así como estimando que es indiferente si el ánimo es propio o ajeno²⁸.

Sin embargo, tal interpretación no viene siendo admitida en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual. El elemento subjetivo constituido por el ánimo de lucro debe ser interpretado como estricto 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 comercial²⁹, como es el caso del usuario común que se limita a utilizar este sistema para obtener una copia para su uso privado³⁰.

En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander, Cantabria, de 14 de julio de 2006³¹ establece:

²⁵ STS 15 noviembre 1982; STS 11 marzo 1983 y STS 21 abril 1989.

²⁶ STS 411/2004, de 25 de marzo; STS 1100/2002, de 13 de junio.

²⁷ STS 21 de julio de 2006.

²⁸ PALMA HERRERA, J. M., “Las redes P2P de intercambio de archivos...”, op. cit, págs. 677 y 678.

²⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Derecho Penal e Internet”, Lex Nova, 2011, pág. 76.

³⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., “Responsabilidad penal y civil...”op. cit., pág. 65.

³¹ En el mismo sentido la SJP Navarra, Pamplona, de 21 de mayo de 2009.

«Siendo ello así, lo que no es cierto es que de los hechos declarados probados, se deduzca la existencia de ese dolo específico que la norma requiere, pues como es conocido, es de los actos externos y objetivos de los que hay que inferir ese elemento tan íntimo como es la intencionalidad del agente, actos que en el caso que nos ocupa aparecen en sentido negativo con meridiana claridad y que son, entre otros y fundamentalmente, la ostentosa proclamación en sus múltiples mensajes de correo enviados que su intención no es en ningún caso comercializar con el material audiovisual de que dispone, sino simplemente hacerse con copias de productos que le interesan bien a través de descargas de la red o bien mediante el intercambio con otros usuarios de Internet. En efecto, de la única prueba objetiva que se ha practicado consistente en el Informe del perito Sr. Larraona Cajigas, no cabe llegar a otra conclusión, ni mediaba precio ni acrecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre 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 pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito. Entender lo contrario implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado. Todo ello lleva a la conclusión de que en este caso no se ha producido una infracción merecedora de sanción penal.»

También es partidaria de esta interpretación estricta, de establecer la necesidad de que el lucro exigido para que exista una sanción penal sea comercial, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2006, sobre los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, en la que realiza un examen sobre el ánimo de lucro en relación con estos delitos:

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

Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la

que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. En este sentido en las SSTS Sala 2 nº 1578/2002, de 2 de octubre, y nº 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial.

En apoyo de la anterior interpretación, debe señalarse que en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, se contempla en su artículo 3 la consideración por los Estados Miembros como delito de “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial...” Este criterio a su vez es tomado del art. 61 del Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los Derechos de Propiedad Intelectual, firmado el 15 de abril de 1994, por todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio. Por otro lado, si tenemos en cuenta que en el marco del derecho comunitario con el que debe estar armonizada nuestra legislación interna, la materia de derechos de propiedad intelectual e industrial tiene un tratamiento unitario y uniforme, no parece responder a un régimen de protección penal equivalente, el que se exija que tratándose de derechos de propiedad intelectual el elemento subjetivo del ánimo de lucro, pueda ser integrado por cualquier tipo de ventaja o beneficio particular, y en el caso de derechos contra la propiedad industrial, el elemento subjetivo sea exclusivamente el de un de lucro comercial o industrial.

Por lo anterior, hay que entender que las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de “colocar en la Red o bajar de Internet” o las de intercambio de archivos través del sistema “P2P”, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial.»

En Internet, como estamos observando, no todas estas conductas son susceptibles de ser castigadas. Las redes P2P son un buen ejemplo de conducta sin ánimo de lucro en sentido comercial, encontrándonos ante una especie de “solidaridad recíproca”, ya que los usuarios descargan archivos a la vez que los comparten de forma gratuita y, pese a la opinión sostenida por PALMA HERRERA, que establece

que las redes P2P de intercambio de archivos tienen por filosofía el “te doy para que me des”, obteniendo privilegios el que mayor número de archivos informáticos ponen a disposición del resto de usuarios y, por tanto, un ánimo de lucro³², esta conducta no podría ser calificada como ánimo de lucro, puesto que no existe en ella un lucro comercial.

Por tanto, la opción correcta es la de entender el ánimo de lucro sólo como intención de obtener una ventaja patrimonial significativa, excluyendo los comportamientos que únicamente implican el ahorro de la contraprestación debida al titular del derecho, y que asimismo sólo permitirá sancionar penalmente los casos en que hay una explotación comercial de cierta entidad y de carácter relevante³³.

Atendiendo ahora al Proyecto de Ley Orgánica, de 20 de septiembre de 2013, por la que se modifica el Código Penal, hay que apuntar que ya no se habla de ánimo de lucro, sino que se refiere al ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto, por ejemplo, a través del ofrecimiento de Cuentas Premium en las páginas webs de enlaces; la cesión de las cuentas de correo electrónico de sus usuarios a terceras entidades, que los utilizan como base de datos para la remisión de publicidad; utilización de Banners (imagen publicitaria inserta en la propia página web) y pop-ups (publicidad que se visualiza a través de ventanas emergentes); publicidad y enlaces a tiendas en línea, así como a páginas para adultos de contenido pornográfico permitiendo acceder a los usuarios de forma directa a aquellas desde las páginas webs correspondientes y proporcionando una comisión por la utilización de cada usuario desde éstas; un sistema de sms para buscar en su caso, un enlace si no podía ser localizado por el usuario, el archivo o la información que deseaba, y que de forma análoga genera también una comisión para los administradores de las páginas webs de enlaces³⁴; etc.

Por lo tanto, la reforma, en caso de aprobarse, adaptará al Código Penal las conductas atentatorias de la propiedad intelectual que estamos estudiando en este trabajo, pero no modificará de manera significativa la actuación de los Tribunales, puesto que, en todo caso, para que haya condena, debe existir un ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y actuar en perjuicio de tercero.

³² PALMA HERRERA, J. M., “Las redes P2P de intercambio de archivos...”, op. cit., pág. 677 y 678.

³³ PUENTE ALBA, L. M., “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, Revista Penal nº 21, La Ley, Enero 2008, pág. 105.

³⁴ SJP nº 4 de Castellón de la Plana, nº 453/2013, de 30 de octubre.

3.2.2. La responsabilidad penal (y civil) por intercambio de archivos a través de las redes P2P

Hasta la fecha, la Jurisprudencia es clara sobre la no responsabilidad penal de los particulares que descargan contenido sujeto a derechos de autor para uso y disfrute personal a través de redes P2P, aunque este contenido se ofrezca o intercambie a otros usuarios de Internet a través de chats o por cualquier otro medio, siempre que estas conductas se realicen sin mediar precio. Por lo tanto, como hemos visto anteriormente, no existiría un ánimo de lucro comercial, elemento indispensable para la condena, sino que tan sólo supone un ahorro personal para los usuarios que comparten y descargan archivos.

En estos casos, estaríamos ante un ilícito civil, que no se suele perseguir pues, en todo caso, se requiere la previa autorización judicial para la identificación del responsable de la infracción, que a su vez sólo se concede en caso de investigación de una conducta presuntamente delictiva³⁵. Sin embargo, los tribunales pueden castigar esta infracción de diversas formas, amparándose en la Ley de Propiedad Intelectual. Por ejemplo, una reciente y novedosa sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, que revoca la inicial del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Barcelona, ha determinado la prohibición a un usuario (con apodo "nito75") de no recibir servicio de Internet, suministrado por el proveedor R, por almacenar en su disco duro más de 5.000 archivos que compartía a través de redes P2P, pues considera que colocarlas en un programa P2P supone «no un uso privado, sino un acto de comunicación pública», todo ello con base en el artículo 138 de la Ley de Propiedad Intelectual. Así, dicho artículo recoge que «el titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados». No obstante, hay que tener en cuenta que este proceso se ha llevado a cabo por vía civil, no por la penal, por lo que su verdadera identidad ha sido protegida. Por ello, aunque la sentencia obliga al proveedor R a dar de baja a este usuario, esto no significa que "nito75" no pueda volver a usar Internet, puesto que puede cambiar de operador, lo que no le impediría volver a las redes P2P e intercambiar archivos de nuevo³⁶.

³⁵ De acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

³⁶ ECHAGÜE, J. V., "Condenado sin Internet por piratear", 21 de enero de 2014, www.larazon.es; "Un juez ordena a una operadora que corte Internet a un usuario por piratear miles de canciones", www.elcorreo.com, 21 de enero de 2014; ROMERO, P., "Una sentencia

En cuanto a la indemnización, para diversas Audiencias Provinciales, la misma suele ajustarse a lo establecido en el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, es decir, el perjudicado podrá optar entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación³⁷. No obstante, en estos casos, sí suele estimarse el decomiso y destrucción del material descargado³⁸.

Sin embargo, para otras Audiencias Provinciales, no significa que haya que proceder, en todo caso, por cada unidad intervenida, a indemnizar al perjudicado en alguna de estas dos formas, sino que habrá de hacerse cuando exista realmente perjuicio, y perjuicio sólo hubo en los casos en los que se materializó la venta, pues en relación con las unidades reproducidas y no vendidas, que fueron ocupadas, el peligro no se concretó en perjuicio, y la responsabilidad civil queda embebida en la simple destrucción de los ejemplares ilícitos. De otra forma, de indemnizarse a las compañías con el precio de venta al público de cuantos ejemplares ilícitos se ocuparon, se estaría consagrando a su favor un enriquecimiento injusto, haciéndoles partícipes de un simbólico negocio ilícito sin coste para ellas, que no puede tolerarse.³⁹.

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal, de 20 de septiembre de 2013, no establece responsabilidad penal respecto de los usuarios de programas P2P que permiten compartir contenidos⁴⁰.

3.2.3. La responsabilidad penal de los titulares de páginas webs que proporcionan enlaces de descargas

La falta de regulación de las conductas atentatorias contra la propiedad intelectual llevadas a cabo a través de Internet hizo necesaria su inclusión en el Proyecto de Ley Orgánica, que actualmente se tramita, por la que se reforma el Código Penal, añadiendo en el artículo 271.1, el castigo a quien facilite el acceso o la

obliga al operador R a cortar el acceso de un usuario de P2P por infringir derechos de autor", 20 de enero de 2014, www.elmundo.es.

³⁷ SAP Madrid, de 23 de febrero de 2011; SAP Navarra, de 6 de octubre de 2004; SAP Sevilla, de 21 de octubre de 2011.

³⁸ SAP Cantabria, S. 1^a, nº 40/2008, de 18 de febrero de 2008.

³⁹ SAP Las Palmas, S. 2^a, 40/2013, de 4 de marzo, así como otras de 12 de abril de 2005, 31 de enero de 2007 y 4 de octubre de 2007; SAP Valencia, de 4 de junio de 2011; SAP Valencia, S. 5^a, de 25 de noviembre de 2008.

⁴⁰ Referencia del Consejo de Ministros, de 20 de septiembre de 2013, op. cit.

localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas ilícitamente en Internet, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, cuando se ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, facilitando el acceso o la localización de las obras o prestaciones ofrecidas ilícitamente y no se limite a un tratamiento meramente técnico o automático de los datos facilitados por terceros con los que no mantenga una colaboración, control o supervisión.

Además, el Proyecto sólo sanciona en los casos en que se den de forma cumulativa cuatro requisitos. El primero, «que el autor participe adquiriendo conocimiento o control de los medios por los que se facilite el acceso o la localización de las obras o prestaciones ofrecidas ilícitamente, en la vulneración de los derechos de forma significativa considerando, entre otros, su nivel de audiencia en España o el volumen de obras y prestaciones protegidas no autorizadas» (parece que el prelegislador quiere sancionar, únicamente, aquellos comportamientos de gran relevancia, bien por el elevado número de usuarios que accedan a las páginas webs, bien por el gran volumen de contenidos protegidos a los que se pueda acceder desde las mismas, dejando fuera del ámbito de aplicación del Código Penal, por lo tanto, aquellas páginas de escasa difusión y conocimiento público, o aquéllas poco relevantes atendiendo al volumen de contenidos que enlazan⁴¹); el segundo, «que se realice una labor específica de mantenimiento y actualización, tales como facilitar listas ordenadas y clasificadas» (pretende excluir a aquellas páginas webs, como foros, en las que el administrador no realiza ningún tipo de mantenimiento o tratamiento de los datos que pueden ser facilitados o incorporados por usuarios particulares de forma individual y desorganizada⁴²); el tercero, «que no se limite a un tratamiento técnico o automático de los datos que introduzcan terceros ajenos a la página web» (con esta afirmación, parece excluir del delito a los buscadores); y el cuarto, «que exista ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto en perjuicio de tercero» (parece excluir, por tanto, a blogs, foros y páginas de aficionados que compartan enlaces y no obtengan ningún tipo de ingreso por ello).

En estos casos, el Juez o Tribunal deberá, de aprobarse el Proyecto de Reforma, ordenar la retirada de los contenidos por medio de los cuales se haya cometido la infracción, previa identificación inicial del contenido infractor (para lo que

⁴¹ LUZÓN CAMPOS, E. (Abogado del Departamento de Derecho Penal de Gómez Acebo & Pombo), "Persecución penal de las páginas web de enlaces en el proyecto del Código Penal", www.gomezacebo-pombo.com, octubre 2013.

⁴² LUZÓN CAMPOS, E., "Persecución penal de las páginas web de enlaces...", op. cit.

es necesaria una autorización judicial como hemos visto), su localización y el derecho que infringe. Asimismo, cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente tales contenidos, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo. En estos casos, de manera excepcional, cuando exista reiteración de la conducta y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente. Como medida cautelar, en algunos casos se procede al cierre de las páginas webs de enlaces⁴³.

Las penas en estos casos, siempre que exista ánimo de lucro y se realice en perjuicio de tercero, podrán ser, de aprobarse la reforma, según la gravedad, de hasta seis años de prisión. A día de hoy, la posición mayoritaria de las Audiencias Provinciales que se han pronunciado al respecto, es que desde la perspectiva típica delictual, mientras no exista ánimo de lucro⁴⁴, no se realiza ninguna de las conductas recogidas en el artículo 270 del Código Penal. A lo sumo podría hablarse de cooperación necesaria o facilitación para desarrollar una actividad entre particulares, la de intercambio mediante descargas pero que, por otro lado, tampoco es delictiva⁴⁵.

Incluso, se viene rechazando en el ámbito judicial, la relevancia civil de dicho comportamiento; en primer lugar, porque las perseguidas por la Ley de Propiedad Intelectual son las mismas que las castigadas en el artículo 270 del Código Penal, en las que no encajaría tal acción⁴⁶. Así, podemos observar este argumento en sentencias tales como la nº 67/2010, de 9 de marzo, del Juzgado Mercantil nº 7 de Barcelona:

«El sistema de enlaces o e-links desarrollado no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública. Dicho de otra forma, enlazar en la web de la manera en la que lo hace “elrincondejesus.com” no supone distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas. La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales (...). En un sentido más

⁴³ AAP León, S.3^a, 188/2004, de 16 de diciembre de 2004.

⁴⁴ SAP Bizcaia, S. 1^a, nº 530/2010, de 27 de septiembre «no cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad (posibilidad de descarga directa y enlaces a páginas de descargas) estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro.

⁴⁵ SJP nº1 de Barakaldo 49/2011, de once de febrero de 2011; así como la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

⁴⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Derecho Penal e Internet”, op. cit., pág. 74.

amplio, el sistema de enlaces constituye la base misma de Internet y multitud de páginas o buscadores (como Google)».

3.2.4. La responsabilidad penal de los titulares de páginas webs que permiten el visionado en tiempo real (*streaming*)

Hasta la fecha, la Jurisprudencia es partidaria de condenar a los administradores de páginas webs que facilitan el acceso a diverso material audiovisual para su visionado online mediante el procedimiento del *streaming* o para su descarga, por constituir una forma de comunicación pública, siempre que se obtengan por ello unos ingresos, ya sea de manera directa, por la remuneración que cada usuario de la página web paga por el visionado de las películas que se ofrecen, por ejemplo mediante sms⁴⁷, o de manera indirecta, por cuentas Premium o por publicidad derivada de los banners o espacios cedidos directamente y asentados en el formato de la página. Normalmente, se calculan los ingresos obtenidos en concepto de publicidad mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas⁴⁸. De esta manera, se dota de valor a las obras mediante su exposición a comunicación pública como reclamo mediante la publicidad⁴⁹.

La Sentencia nº 313/2013 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Valencia, de 24 de junio, entiende que en el caso de visionado “en directo” o “*streaming*” existe comunicación pública:

«(...) sería razonable considerar que la conducta pudiera variar en la calificación si se hubiese incorporado el dato al que arriba se ha hecho mención –que a través de la página www.divxonline.info sólo se veían las películas o audiovisuales que previamente habían sido subidos al megaservidor a través de la propia página, de forma que, unido a que sólo se podían ver a través de esa página los archivos depositados en el megaservidor y publicitados en la página, determinaría que tales archivos sólo existían y se podían visualizar merced a la labor del acusado, en cuanto administrador de la página-; dicho de otra manera, sólo el acusado sería responsable de que esos archivos se pudieran visualizar porque su existencia obedecería a su

⁴⁷ SJP nº 2 de Vigo 27/2010, de 26 de enero de 2010 (caso SimonFilms.tv).

⁴⁸ SAP Bizkaia, S.1ª, 530/2011, de 27 de septiembre de 2011.

⁴⁹ SJP nº 3 de Valencia 313/2013, de 24 de junio de 2013 (caso divxonline).

incorporación a través de su página; dejaría de ser mero enlazador y se convertiría en comunicador público con el sólo matriz de que el almacén empleado no sería su propio servidor sino otro abierto a colaborar con él como tal, los megaservidores –Megavídeo, Veo, TVTV ...- y sobre los que luego actuaría recuperando su material, el subido desde su página web, bloqueando los elementos de seguridad del megaservidor.».

3.2.5. Otras formas de menoscabo de la propiedad intelectual mediante la utilización de las nuevas tecnologías y su castigo

3.2.5.1. Responsabilidad de los titulares de buscadores de Internet

Un buscador es una página web que permite realizar búsquedas en la Red. Su forma de utilización es muy sencilla, basta con introducir una o más palabras clave en una casilla y el buscador generará una lista de páginas webs que guardan relación con el tema solicitado. En el caso de que el usuario realice una búsqueda de archivos protegidos por derechos de autor así como de páginas webs donde descargarlos, el buscador, al ofrecer los resultados, elige una pequeña parte del contenido de las páginas webs para orientar con su lectura al usuario y preparar el enlace o vínculo que permite pasar de la página del buscador a la página original deseada. El tratamiento de información por parte del buscador supone la retención de los datos obtenidos por sus rastreadores de la Red en un soporte denominado “memoria caché”, que es temporal y transitoria porque sus archivos no están destinados a guardar los datos de un modo permanente, sino sólo durante un tiempo y como medio necesario para su uso rápido y temporal⁵⁰.

Respecto a la responsabilidad civil de los titulares de buscadores, y de Google en particular, la Jurisprudencia ya se ha pronunciado al respecto. El Tribunal Supremo, en su sentencia nº 172/2012, de 3 de abril de 2012, desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Sección 15^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 317/2008, de 17 de septiembre de 2008, que a su vez, desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Barcelona, de fecha 30 de marzo de 2007.

⁵⁰ STS nº 172/2012, de 3 de abril de 2012.

La controversia se inició cuando el administrador de la página web *www.megakini.com* demandó a Google por la reproducción parcial de fragmentos de su página al presentar los resultados de búsqueda, la reproducción caché de la web y la provisión de enlaces a dichas copias caché. En este caso el demandante, en lugar de solicitar algo razonable como la eliminación de su página de los resultados de búsqueda y/o de la copia caché, pretendía el cierre del buscador.

La relevancia del caso se debe a la argumentación desarrollada por la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que convertía a la famosa “regla de los tres pasos” (*art. 40 bis LPI. «Los artículos del presente capítulo no podrán interpretarse de manera tal que permitan su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran»*) en un nuevo límite a los derechos exclusivos de autor, sustituyendo su habitual función como criterio interpretativo de dichos límites.

La Audiencia considera que la cantidad y sustancialidad de la parte reproducida y exhibida por el buscador, en relación con el conjunto de la obra, es la mínima imprescindible para el solicitante pueda discriminar en un primer momento si le interesa o no un determinado resultado. Además, esta información proporcionada por Google, no sólo no perjudica al titular de los derechos sino que le beneficia en cuanto que contribuye a la finalidad originaria de un sitio web, que es facilitar que sea consultado por el mayor número de personas posible. Asimismo, establece la aceptación tácita de quienes cuelgan sus obras en la red sin impedir o restringir el libre acceso a las mismas. La Sentencia establece las condiciones mínimas que deben tenerse en cuenta por parte de los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios, y que son necesarias para preservar la integridad de la obra, que no son otras que las establecidas en el artículo 15 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y que, en este caso, no consta que Google haya infringido al prestar su servicio caché respecto de la página web del actor.

El Tribunal Supremo mantiene la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, considerando el artículo 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual como una manifestación especial de la doctrina del *ius usus inoqui* o principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7.2 del Código Civil), no amparando las pretensiones que no van dirigidas a proteger el

derecho de autor sino a perjudicar a los demandados. Así, considera que la pretensión de la parte demandante de cierre del buscador de Google debe considerarse prohibida por el artículo 7.2 del Código Civil como abuso de derecho al pretender perjudicar a Google sin obtener beneficio propio y sin que en su demanda se solicitara la eliminación de la copia caché o de los fragmentos de su página web. La Sentencia precisa que este razonamiento no supone la creación judicial de una nueva excepción legal ni la legitimación de las actividades de Google por la vía del artículo 31.1 de la Ley de Propiedad Intelectual y considera que la protección del derecho de autor y sus límites no autorizan pretensiones abusivas ni hipótesis absurdas dirigidas a perjudicar a otro sin beneficio propio.

Respecto a la reforma, el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal, de 20 de septiembre de 2013 no establecerá responsabilidad penal respecto de los titulares de buscadores neutrales, según se manifiesta en el resumen informativo del Consejo de Ministros de la misma fecha⁵¹. Sin embargo, esta afirmación como tal no se contiene en el texto del articulado del Código Penal, ni tan siquiera en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma, tan sólo pone de manifiesto la exigencia de que la conducta «no se limite a un tratamiento técnico o automático de los datos que introduzcan terceros ajenos a la página web» (con esta afirmación, parece excluir del delito a los buscadores), por lo que, de ser aprobado definitivamente, serán los Jueces y Tribunales quienes acabarán de establecer el alcance real de la norma y qué conductas concretas se consideran típicas o no⁵².

3.2.5.2. Protección frente a la vulneración del software.

Una de las formas de piratería informática que más se llevan a cabo en la actualidad son las copias ilegales de programas originales o la falsificación y distribución de imitaciones de productos de software o de versiones no autorizadas de éstos. Sin embargo, es plenamente lícita la realización de copias privadas de seguridad, autorizadas por la vigente Ley de Propiedad Intelectual. En este sentido se ha pronunciado también la Fiscalía General del Estado a través de su Circular 15/2003, recordando la licitud de estar en posesión de un medio que sea apto para

⁵¹ Referencia del Consejo de Ministros, de 20 de septiembre de 2013, op. cit.

⁵² LUZÓN CAMPOS, E., “Persecución penal de las páginas web de enlaces...”, op. cit.

eliminar o neutralizar dicha protección con el objetivo de realizar una copia privada en los términos que se autoriza por la Ley de Propiedad Intelectual⁵³.

En caso de que la copia no sea para uso privado, será considerado un delito, que está previsto concretamente en el apartado 3 del artículo 270 del Código Penal, y que castiga con la misma pena que el apartado uno (pena de prisión de seis meses a dos años, -que con la reforma pasará a ser de seis meses a tres años-, y multa de 12 a 24 meses) a 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 este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 27 de marzo de 2000, mencionada también por otras como la de la Audiencia Provincial de Alicante nº 426/2011, de 18 de noviembre de 2012, especifica cuál es el objeto de protección penal en el apartado tercero del artículo 270 del Código Penal, al sostener:

«La protección jurídica penal de los Derechos de autor de programas de ordenador, ya recogidos en la Ley de Propiedad Intelectual, 22/87, de 11 de noviembre, se vio reformado por la Ley 16/93 de 23 de diciembre, que incorporó a nuestro Derecho Interno la Directiva Comunitaria sobre la misma materia 91/250, de 14 de mayo. Normativa que vino a plasmar sin variación, a los efectos que aquí nos interesa, el R.D. Legislativo 1/96, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en cuyo artículo 10.1-i), sitúa los programas de ordenador en el objeto de protección de la Ley, a los que dedica el Título VII (art. 95 a 104). El artículo 102 de la Ley considera infracción a los Derechos de autor la reproducción (copia) de programas de ordenador, total o parcial, sin la necesaria autorización (artículos 99, 18 y 31 de la Ley) y especialmente no sólo la puesta en circulación de esas copias ilegales de programas informáticos, sino como aquí ocurre, la mera tenencia con fines comerciales de los mismos. Sostener la impunidad de tal conducta o la exclusiva trascendencia a los efectos administrativos o privados de la Ley, pero sin relevancia penal, supone ignorar la rotundidad con que se expresa el artículo 270 del Código Penal correctamente aplicado en la Sentencia contra quien dando cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos del tipo en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro reproduce, sin la autorización del titular, una obra

⁵³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "Derecho Penal e Internet", op. cit., pág. 81.

artística, científica o literaria, que es naturaleza ésta última asignada a los programas informáticos (artículo 1 de la derogada Ley de 16 de diciembre de 1993), cuyas únicas copias permitidas o realizables sin autorización son además de las llamadas de seguridad las tendentes a lograr la mejor interoperabilidad del programa (artículo 100)».

La Jurisprudencia es partidaria de condenar cuando nos encontramos ante casos en los que se demuestra que sí ha existido ánimo de lucro comercial, tales como la venta y alquiler de películas o juegos para videoconsolas y ordenador, copiados de sus originales, para dedicarlos a su distribución a cambio de precio en un establecimiento abierto al público, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, que resultaron de este modo perjudicados⁵⁴. También, cuando se copian programas de ordenador y se distribuyen gratuitamente en los ordenadores que se ponen a la venta en un establecimiento público, si bien no se cobra un precio añadido por estos programas, se emplean para incentivar la venta de los ordenadores comercializados⁵⁵.

También existen condenas, en casos en que no se procede a la venta, alquiler ni préstamo de ningún producto, sino que se instalan programas sin licencia o autorización correspondiente por los titulares, como el Microsoft Office en ordenadores de un establecimiento abierto al público, tipo locutorio, donde se cobra a los usuarios por el acceso a estos ordenadores⁵⁶. Una copia realizada en un establecimiento comercial nunca podrá ampararse en la excepción de copia privada, ya que el artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que las copias realizadas en estos lugares no se considerarán reproducciones para uso privado del copista⁵⁷. Y resulta evidente en estos casos también el ánimo de lucro, habida cuenta de que se cobra por los servicios prestados, consistentes, por ejemplo, en poner a disposición de los clientes ordenadores que tienen instalados los programas pirateados⁵⁸.

En estos casos, determinados Tribunales entienden que esta actividad es constitutiva de distribución. Dado que en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual se define lo que deba entenderse por "distribución" en el ámbito de dicha

⁵⁴ SAP Valencia S.2, nº 546/2010, de 4 de septiembre de 2010; SAP Valladolid 341/2000; SAP Castellón 56/2003, 27 febrero.

⁵⁵ SAP Cáceres nº 53/2000, de 30 junio de 2000.

⁵⁶ SAP Castellón S.2ª nº 307/2013, de 25 de septiembre de 2013.

⁵⁷ PUENTE ALBA, L. A., "El ánimo de lucro y el perjuicio...", op. cit., pág. 106.

⁵⁸ SAP Castellón, S.2ª, nº 307/2013, de 25 de septiembre de 2013.

Ley, y que el Código Penal en la descripción típica de la conducta sigue la terminología utilizada en la Ley de Propiedad Intelectual, parece que ha de considerarse que el tipo penal incorpora un elemento normativo en la descripción de las diversas modalidades de comisión de la conducta penalmente ilícita, que debe integrarse con la normativa civil general reguladora de la propiedad intelectual. Si se ponen a disposición del público ordenadores que contienen copias pirateadas de programas, estos Tribunales entienden que no debiera resultar dudoso que dicha conducta sea constitutiva de distribución⁵⁹.

Dentro de la definición de “distribución” que se da en el citado precepto queda comprendida no sólo la figura del distribuidor, entendida en el sentido indicado de intermediario entre el productor y el vendedor, sino también todo tipo de puesta a disposición del público mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma⁶⁰.

Sin embargo, otros Tribunales, tienen otro criterio al respecto, considerando distribuidor al intermediario entre el productor y el vendedor, y estableciendo que los supuestos de venta al por menor o al detalle como el que se describe no quedarían comprendidos dentro del concepto de distribución definido en el artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual⁶¹.

3.2.5.3. Protección frente a los chips de desbloqueo de consolas.

Otro caso de violación de la propiedad intelectual consiste en la venta de chips que permiten desbloquear una consola para jugar con copias de videojuegos no originales, pero que además convierte esa consola en un completo reproductor multimedia que puede ser considerado o no un «*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 u otras obras, interpretaciones o ejecuciones*»⁶².

⁵⁹ SAP Castellón S.2ª n° 307/2013, de 25 de septiembre de 2013; sentencias n°. 17/09, de 2 de febrero, y n° 66/09, de 31 de marzo, de la S. 2ª de la A.P. de Pontevedra.

⁶⁰ SAP Castellón S.2ª núm. 83/08, de 28 de febrero.

⁶¹ SAP Vizcaya, S. 2ª, n° 348/07, de 08 de junio, SAP Barcelona, S. 7ª, n° 413/06, de 06 de abril de 2006.

⁶² SJP n° 23 de Madrid, n° 46/2012, de 3 de febrero.

Se puede entender que esos chips cumplían otras muchas finalidades y, por lo tanto, no podrían entenderse específicamente destinados a una finalidad de desprotección. Sin embargo existen otras interpretaciones literales posibles, en concreto la de que la especificidad de que habla el precepto esté indicando que, entre diversas funcionalidades posibles, se le dé la concreta de servir de mecanismo de desprotección, con lo que solo sería atípica la conducta si se usa exclusivamente en sus utilidades lícitas. Ello conduciría la discusión al plano probatorio, a determinar si el acusado en cada caso utilizaba o no el medio en cuestión con finalidades de desprotección o con las otras posibles. Y esta interpretación es tan viable o más que la que la anterior puesto que el Legislador utiliza la palabra "*específicamente*" y no la de "*exclusivamente*"⁶³.

3.3. VÍAS DE ACTUACIÓN Y RESPUESTA EN OTROS PAÍSES

En Estados Unidos, la legislación sobre la vulneración de los derechos de propiedad intelectual (Digital Millennium Copyright Act, DMCA, 1998) estipula en detalle las tareas y responsabilidades de los proveedores de servicios de Internet (ISP, Internet Service Provider) y describe los procedimientos aplicables al material ilícito, mediante disposiciones de notificación y supresión. Los ISP no son responsables *prima facie* por el contenido que transmiten a través de la Red, pero al tomar conocimiento de un posible contenido ilícito, deben suprimir el material infractor de la red, o bloquear el acceso a dicho contenido, presuntamente ilegal⁶⁴. Esta ley sanciona, no sólo la infracción de los derechos de reproducción en sí, sino también la producción y distribución de tecnología que permita sortear las medidas de protección del copyright.

En 2011, se intentó regular de manera más firme el problema, con los proyectos de ley, hoy suspendidos por la presión social y de las grandes empresas de Internet, Stop On Line Piracy Act (SOPA), en español, ley de cese de la piratería en línea y Protect IP Act o Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act (PIPA), en español, Acta de Prevención a las Verdaderas Amenazas a la Creatividad Económica y al Robo de Propiedad Intelectual.

⁶³ SJP nº 23 de Madrid, nº 46/2012, de 3 de febrero.

⁶⁴ BORETTO, M. M., "Reflexiones sobre el futuro del derecho de autor", Revista Ars Boni et Aequi, 2012, Vol. 8, Issue 1, págs. 24 y 25.

Con estos proyectos de ley se pretendía poder actuar contra sitios web de cualquier parte del mundo, de diversas maneras: obligando a los proveedores de Internet a cortar el acceso a esas páginas, ordenando a los buscadores que eliminen los enlaces a ellas, impidiendo el uso de servicios de pago como PayPal y prohibiendo a los anunciantes poner publicidad en las webs demandadas, medidas estas últimas con las que se buscaba la asfixia económica de los supuestos infractores. Por otro lado, también se preveía una pena de prisión de hasta cinco años para quienes descargaran contenidos protegidos.

En 2012, se produjo el cierre del portal Megaupload (un sitio web de servicio de alojamiento de archivos), motivado por las acusaciones de infracción de derecho de autor. A raíz del cierre del conocido portal y de la detención de su fundador, se ha producido un efecto dominó que ha llevado a muchos otros servicios similares a cancelar sistemas de suscripción y eliminar archivos de forma masiva. Respecto al cierre de esta página, se ha hablado de una venganza del gobierno de Estados Unidos, ya que Megaupload ha sido un vehemente y muy sonoro oponente de las leyes de protección de la propiedad intelectual SOPA y PIPA.

Desde febrero de 2013, se ha implantado Copyright Alert System (CAS), o sistema de los "six-strikes", de contenido similar a la ley francesa que veremos a continuación. Este sistema de los seis avisos es progresivo y consiste en lo siguiente. La industria del entretenimiento y las asociaciones del copyright monitorean las páginas y redes de intercambio de archivos en busca de contenidos de su propiedad. Cuando encuentran material protegido, identifican el ISP (empresa proveedora de Internet) y avisan al operador para que identifique la IP del "infractor". La compañía primero avisará al usuario a través de su correo electrónico. La segunda vez realizará una llamada telefónica informativa. La tercera y cuarta vez enviarán "material educativo" y un certificado de lectura y aceptación de los términos. Por último, y en caso de persistir su "conducta delictiva", la operadora podrá ralentizar la velocidad de su conexión a Internet, bloquearla e incluso cortar el servicio. El sistema será administrado por el Center for Copyright Information (CCI), que podrán, en última instancia, demandar al usuario aportando los datos obtenidos a través de la fiscalización de la actividad del usuario.

En Europa, la regulación que más polémica ha causado ha sido la francesa. Su Ley de Creación e Internet o Ley promotora de la difusión y la protección de la creación en Internet, de 2009, establece la creación de una Alta Autoridad para la

Difusión de Obras y la Protección de Derechos sobre Internet (por sus iniciales, la ley también es denominada HADOPI, O ley OLIVIENNES, apellido del autor del informe que sirvió de base a la ley). Este organismo, formado por nueve miembros elegidos por el Ejecutivo para un mandato de seis años, es el encargado de dictar las sanciones contra los usuarios que realicen conductas que vulneren los derechos de autor. Esta ley consistía en tres avisos. En un primer momento, enviarían una advertencia por Internet, a la que seguiría una segunda por carta certificada; a la tercera el caso se remitiría a la Justicia y, si el internauta llega a ser considerado culpable, se produciría la sanción, que consistía en multas así como en la suspensión del acceso a Internet. En julio de 2013 fue eliminada de la legislación del país, porque suponía un atentado grave contra la libertad de acceso a Internet. La realidad es que, aunque la ley hizo que se enviaran más de un millón de avisos, en cuatro años sólo ha habido un corte de la conexión a Internet.

En Reino Unido, se aprobó en 2010 la Digital Economy Act. Esta ley es similar a la francesa, puesto que incluye disposiciones como la desconexión de Internet de los usuarios que descarguen de forma continuada material con derechos de autor, así como multas cuantiosas, tras una serie de avisos. También se prevé el cierre de páginas web que ofrezcan enlaces a contenidos con copyright. Además, obliga a los proveedores de servicios de Internet a vigilar a sus usuarios para detectar si descargan archivos protegidos y, en caso de que lo hagan, avisar a los titulares de los mismos. Si un proveedor se niega a cumplir estas normas se arriesga a ser sancionado. A día de hoy, las consecuencias de la ley no han sido significativas.

Irlanda ha sido el país que más directamente ha actuado contra la piratería. Al igual que Francia o Reino Unido, su norma “antidescargas” se basa en un sistema de tres avisos. El tercero implica la desconexión del infractor durante un mes. Si tras el mes de desconexión el usuario reincide, se le impide el acceso a Internet durante un año⁶⁵.

En Suecia, se adoptó la Ley Enforcement Directive o IPRED, similar a las leyes antipiratería de otros países, es decir, se establecían multas a los internautas, desconexiones de Internet y vigilancia de los usuarios a través de los proveedores de Internet. La implantación de la norma tuvo un efecto inicial de reducción de descargas

⁶⁵ GONZÁLEZ, D., “Las principales leyes antipiratería en países de todo el mundo: mucho ruido y pocos resultados”, www.20minutos.com.mx, 2012.

por miedo a las consecuencias pero, una vez superados los temores, el número de descargas no tardó en crecer de nuevo⁶⁶.

En el año 2008 empezaron las negociaciones para aprobar un acuerdo multilateral y voluntario conocido como ACTA (siglas en inglés de Anti-Counterfeiting Trade Agreement, y traducido al español como Acuerdo Comercial de Lucha contra la Falsificación), que proponía fijar protección y respaldo a la propiedad intelectual, con el propósito de evitar, entre otros asuntos, la piratería en Internet. Sin embargo, y tras la firma de países como Estados Unidos, Canadá, México, Australia o Nueva Zelanda, el Parlamento Europeo lo rechazó en julio de 2012, por ser demasiado ambiguo y quedar abierto a interpretación, por lo que podría afectar a las libertades civiles de los ciudadanos. Por tanto, el acuerdo no tiene validez en la Unión Europea ni en ninguno de sus países miembros.

4. CONCLUSIONES

La revolución tecnológica que vivimos ha propiciado una situación muy complicada para los autores, que observan como sus obras se difunden ilegalmente en Internet y pocas son las herramientas que existen actualmente para luchar contra ello. Esto genera grandes pérdidas económicas que, sin embargo, son muy difíciles, si no imposibles, de cuantificar, puesto que no todo el contenido descargado en la red se habría adquirido legalmente por los usuarios, ya que muchos de esos archivos, al no generar un coste, se descargan por mera curiosidad. Ante estas circunstancias, nos encontramos con una clara confrontación entre los autores, que desean proteger sus derechos, y los usuarios, que intentan que prime su derecho a la información y a la libertad de expresión.

En la actualidad, son muchas las formas lesivas de los derechos de propiedad intelectual que tienen su origen y causa en Internet, tales como las redes P2P de intercambio de archivos, las páginas webs de descarga directa, las páginas webs de enlaces, los sitios webs que permiten el visionado en tiempo real (*streaming*), etc. Con la proliferación de todos estos casos, que la legislación española actual no comprende,

⁶⁶ GONZÁLEZ, D., “Las principales leyes antipiratería...” op. cit.

surgió la necesidad de adaptarla a los nuevos tiempos. Con este fin, en este año 2014 se prevé reformar la Ley de Propiedad Intelectual.

El Código Penal, por su parte, regula los delitos contra la propiedad intelectual en los artículos 270 y siguientes, persiguiendo a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra 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. También el Código Penal se pretende modificar, pues se ha aprobado un Proyecto de Ley Orgánica en fecha 20 de septiembre de 2013, que busca lograr un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y las nuevas tecnologías y que aumenta las penas de prisión hasta los seis años.

No obstante, como hemos ido observando a lo largo del trabajo, para que se produzca una sanción penal respecto a las conductas infractoras de los derechos de propiedad intelectual estudiadas, es indispensable que éstas se produzcan en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro, en todo caso destinado a una comercialización o explotación con referencia a ventajas patrimoniales significativas (publicidad, banners, o pop-ups en las páginas webs, Cuentas Premium...), y no para un simple uso privado. Además, se exige que el comportamiento sea objetivamente idóneo para causar el perjuicio ajeno, por ejemplo, por el número de copias realizadas, por el precio de las mismas, por la forma de distribución, etc. En caso contrario, sí podrían ser sancionadas civilmente que, como hemos señalado, es algo que no suele hacerse, puesto que se necesita una autorización judicial para la identificación del responsable de la infracción, y que a su vez sólo se concede si se estuviera investigando la realización por su parte de una conducta presuntamente delictiva. Por otra parte, ya hemos visto que, como ocurre en otros países, en España ya se ha producido el primer caso de corte de conexión a un usuario del servicio de Internet.

La vulneración de los derechos de autor, utilizando para ello las nuevas tecnologías, principalmente Internet, constituye, según mi punto de vista, un problema difícil de controlar, a pesar de los esfuerzos de los gobiernos por establecer modificaciones en la legislación para intentar atajarlo. Y es complicado puesto que las normas jurídicas siempre irán un paso por detrás de la tecnología, ya que ésta se reinventa continuamente, propiciando y creando nuevas formas de consecución de los objetivos, que no pueden ser previstas y reguladas con antelación.

5. BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA

5.1. BIBLIOGRAFÍA

- BATUECAS CALETRÍO, A., y APARICIO VAQUERO, J. P., “Propiedad Intelectual y Piratería. El nuevo procedimiento de salvaguarda de Derechos de propiedad intelectual en Internet (La llamada “Ley Sinde-Wert”)", Cátedra Telefónica de la Universidad de Salamanca, Nº 5, febrero de 2012.
- BORETTO, M. M., “Reflexiones sobre el futuro del derecho de autor”, Revista Ars Boni et Aequi, 2012, Vol. 8, Issue 1.
- FARRÉ, P., “Los derechos de autor en Internet”, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá I, Servicio de Publicaciones, 2008.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Derecho Penal e Internet”, Lex Nova, 2011.
- GAY FUENTES, C., “La propiedad intelectual en el entorno digital (Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)”, Documento de trabajo (Laboratorio de Alternativas) 82/2006.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, M., “Redes P2P, cambio de criterio respecto a las páginas de enlaces.”, Noticias Jurídicas, diciembre 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Autoría y participación por difusión de contenidos ilícitos a través de Internet. Especial consideración de los proveedores de servicios”, Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica, Grupo de trabajo Derecho, Ciencia, Tecnología e Innovación, Editorial Comares, S.L., 2012.
- GÓMEZ TOMILLO, M., ”Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de Internet”, Thomson-Aranzadi, 2006.
- GONZÁLEZ, D., “Las principales leyes antipiratería en países de todo el mundo: mucho ruido y pocos resultados”, 20Minutos, 2012.

- MATA Y MARTÍN, R. M., “Protección penal de los derechos del autor en Internet. Las últimas reformas penales”, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, impreso por Lerko Print, S.A., 2007.
- MOLINA, C. A. (Ministro de Cultura), CARRIÓN MARTÍN, M. D. (Subsecretaria de Cultura), CORRAL VAN DAMME, G. (Director General de Política e Industrias Culturales), “Manual de Buenas Prácticas para la persecución de los delitos contra la Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura”, editado por la Secretaría General Técnica, Subdirección General de Publicaciones, Información y Documentación, impreso por Imprenta Fareso, S.A., 2008.
- OLIVERA SERRANO, J. L., “La persecución de los delitos contra la propiedad intelectual cometidos mediante Internet. Protección de la obra audiovisual”, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, impreso por Lerko Print, S.A., 2007.
- PALMA HERRERA, J. M., “Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho Penal”, Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Dykinson, 2005.
- PUENTE ALBA, L. M., “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, Revista Penal nº 21, La Ley, Enero 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Internet y propiedad intelectual. Protección de la obra audiovisual”, Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Lerko Print, S.A., 2007.

5.2. MATERIALES DE REFERENCIA

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que se aprobó el 20 de septiembre de 2013.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.
- Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.
- Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.
- Real Decreto 1657/2012, de 7 diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
- Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros en primera vuelta en su reunión de 22 de marzo de 2013.

- El Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 23 de julio de 2013, al Anteproyecto de Ley de Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- El Informe 102/13 de la Comisión Nacional de la Competencia, de 4 de septiembre de 2013, sobre el Anteproyecto de Ley de modificación del texto de la Ley de Propiedad Intelectual y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre los Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.
- Buscador de Jurisprudencia del Consejo General de Poder Judicial (CENDOJ).