

DELITOS CONTRA
LA PROPIEDAD
INTELECTUAL
COMETIDOS A
TRAVÉS DE
INTERNET

RAÚL CASTRO ACOSTA
JAVIER GUSTAVO FERNÁNDEZ TERUELO

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMETIDOS A TRAVÉS
DE INTERNET TRAS LA REFORMA DE LA L.O. 1/2015

ÍNDICE

Resumen	2
Abstract.....	2
1.- INTRODUCCIÓN	3
1.1.- Normativa internacional sobre Propiedad Intelectual	3
1.2.- Legislación civil sobre Propiedad Intelectual	4
1.3.- Protección administrativa de la Propiedad Intelectual	6
1.4.- Principales formas por las que se atenta contra la Propiedad Intelectual a través de Internet.....	8
1.5.- Antecedentes legislativo-penales sobre la protección de la Propiedad Intelectual	9
2.- PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LOS ATAQUES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET	13
2.1.- Tipo básico: artículo 270 CP:.....	13
2.1.1 Conducta típica:	13
2.1.2 Resultado típico: beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de un tercero	20
2.1.3 Persecución de las webs de enlaces	23
2.1.4 Vulneración de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual.....	30
2.2.- Tipo agravado: artículo 271	33

2.3.- Artículo 272 CP y la remisión a la LPI	35
3.- CONCLUSIÓN.	37
4.- IMPLICACIONES PRÁCTICAS.	38
5.- Bibliografía	40

Resumen

Actualmente gran parte de las vulneraciones de los derechos de Propiedad Intelectual se hacen a través de Internet. Contra ello nuestra legislación ha creado para protegerla medios civiles, administrativos y penales. En este Trabajo de Fin de Máster nos centraremos en este último, principalmente a partir de la última reforma del Código Penal, creado para castigar conductas que se dan en Internet y que anteriormente no estaban penalizadas.

Palabras clave: propiedad intelectual, internet, Código penal, LO 1/2015 y enlaces.

Abstract

Nowadays most of the violations of copyright is made by the Internet. To fight it our legislation had created civil, administrative and penal ways to protect it. In this TFM we will focus in the last one, especially in the last reform of the Criminal Law, created to punish behaviors in the Internet that were not penalized.

Keywords: copyright, internet, Criminal Law, L.O. 1/2015 and links.

1.- INTRODUCCIÓN.

1.1.- Normativa internacional sobre Propiedad Intelectual.

En cuanto a normativa internacional, España es parte de diversos tratados sobre Propiedad Intelectual como el Convenio de Estocolmo de 14 de julio de 1967, que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual o la Convención Universal de Ginebra sobre Derechos de Autor de 6 de septiembre de 1952, revisada en París el 24 de julio de 1971, aunque dichos acuerdos tienen un contenido mayormente civil¹. En estos convenios se suelen encontrar disposiciones para que todos los países tengan un concepto similar de lo que son los derechos de autor protegidos o también la duración de estos derechos, que en España pasó a 70 años tras la muerte del autor por una norma internacional. En alguno encontramos disposiciones relativas a la protección penal de estos, como en la Parte III del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que básicamente prevé que existan en los países miembros. Pese a lo genérico, hay quién defiende que estos acuerdos son lo mejor para regular estos derechos, si se adaptan al siglo XXI².

En el ámbito europeo cabe destacar la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de Propiedad Intelectual, en el que se armonizan medidas civiles y administrativas para proteger a estos. Cabe destacar que esta directiva se intentó modificar para incluir también legislación penal, aunque finalmente la propuesta fue retirada tras tres años de inactividad, después de su aprobación por el Parlamento Europeo. Las previsiones de dicho texto eran muy similares a lo que estaba regulado en nuestra legislación penal, en la que no se castiga por esta vía las vulneraciones hechas por particulares con la intención de ahorrar, usándose en dicho texto el concepto “escala comercial”, muy similar a la interpretación que hacían los tribunales al anterior artículo 270 del CP, en cuanto al ánimo de lucro.

¹ DOLZ LAGO, M. J. El marco legal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el Derecho español, europeo e internacional, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 2011, págs. 189-193.

² NIÑO HERNÁNDEZ, F. P., Responsabilidad de los prestadores de servicios de Intermediación por las infracciones al derecho de autor cometidas por usuarios, pág. 56.

1.2.- Legislación civil sobre Propiedad Intelectual.

La propiedad intelectual consiste en una serie de derechos personales y patrimoniales, que la ley adjudica al autor de una obra literaria, artística o científica por crearla. Se encuentran regulados en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Dicha ley establece que serán objeto de propiedad intelectual *“todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”*³ (art. 10), además de otras obras derivadas de la original, como las traducciones, o determinadas bases de datos.

Los derechos de propiedad intelectual se subdividen en:

- Derechos morales (art 14 y siguientes de la LPI): a su vez compuesto por:
 - Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.
 - Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente.
 - Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra.
 - Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación.
 - Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural.
 - Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación.

³ Artículo 10 LPI

- Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.
- Derecho de explotación (artículos 17 y siguientes de la LPI):
- Reproducción: la fijación de la obra que permita su comunicación u obtención de copias.
 - Distribución: la puesta al público del original o copias de la obra.
 - Comunicación pública: el acto mediante el cual muchas personas pueden tener acceso a la obra sin haberse distribuido ejemplares previamente.
 - Transformación: su traducción, adaptación o cualquier modificación que derive en una obra diferente.

En cuanto a la duración de estos derechos, la mayoría de los morales se extinguen con la muerte del autor (art 15 de la LPI), pero los derechos de explotación, por regla general, durarán toda la vida del autor y setenta años después de su muerte (art 26 LPI). Una vez pasado este plazo se integrarán en el dominio público.

La LPI establece el procedimiento para defender los derechos de propiedad intelectual por vía civil, que seguirá la vía del procedimiento ordinario (salvo que solo se reclame solo una cantidad) según establece el artículo 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el procedimiento para proteger la propiedad intelectual por vía civil se podrán pedir dos cosas:

- El cese de la actividad ilícita (art. 139 de la LPI): que incluirá, entre otros, la suspensión de la explotación, la retirada y destrucción de los ejemplares ilícitos o la retirada, precintado y destrucción de los medios usados para vulnerar los derechos objeto de protección.
- Indemnización (art 140 de la LPI): que se fijará teniendo en cuenta la pérdida de beneficios del perjudicado y las ganancias del infractor o dependiendo de la cantidad que hubiese recibido el perjudicado si le hubiesen pedido autorización.

Además la ley prevé una serie de medidas cautelares específicas, como el secuestro de ejemplares o la intervención y depósito de las cantidades obtenidas.

1.3.- Protección administrativa de la Propiedad Intelectual.

La existencia de una protección administrativa de los derechos de autor, es bastante reciente en nuestra legislación, surgiendo en la Disposición Final 43 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible, que modificaba el artículo 158 de la Ley de Propiedad Intelectual. Dicho artículo regulaba la Comisión Mediadora y Arbitral de la Propiedad Intelectual, que se transformó en la Comisión de Propiedad Intelectual, compuesta por dos secciones, la primera con las mismas funciones que tenía anteriormente, y la segunda encargada de la protección administrativa de los derechos de propiedad intelectual.

La Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual tenía la capacidad para interrumpir el servicio u ordenar la retirada de contenidos que vulneraran estos derechos, si fuera con ánimo de lucro o susceptibles de causar un perjuicio económico (es decir prácticamente todas las vulneraciones), dirigiendo el procedimiento principalmente a los prestadores del servicio⁴. Para llevarlas a cabo se preveía un breve procedimiento en el que se le requería al prestador del servicio que retirara el contenido o formulara las alegaciones que creyera convenientes y que aportara las pruebas convenientes, tras la práctica de estas, los interesados podían presentar las conclusiones y finalmente se dictaba la resolución. Si no se retiraba el contenido se acudía entonces a las medidas señaladas, previa autorización judicial, aunque el juez solo decidía sobre la proporcionalidad de la medida con respecto a los derechos fundamentales, y dándosele la opción de estimarlo o denegarlo, sin poder modular la sanción impuesta⁵. Hay que

⁴ CARBAJO CASCÓN, F., Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet, IDP: revista de Internet, derecho y política, nº 15, 2012, págs. 13-14.

⁵ Artículo 122.bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

tener en cuenta que la competencia judicial se dio a la jurisdicción contencioso-administrativa, la cual no está especializada en las cuestiones de Propiedad Intelectual.

Esta regulación sufrió una primera (aunque leve) modificación por el Real Decreto-ley 20/2011, que preveía un cambio de competencias, entre el Ministerio de Cultura y la Secretaría de Estado de Cultura, sin variar el resto del artículo.

La Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil, operó cambios más profundos en la regulación de la Comisión de Propiedad Intelectual, transformando el artículo que lo regulaba (el 158) en tres, dedicando el 158.ter exclusivamente a la Sección Segunda. En dicha reforma se profundizó en la regulación del procedimiento de protección administrativa de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Sigue teniendo la misma función, pero ahora el procedimiento se podrá dirigir tanto contra los prestadores de servicios que vulneren los derechos, como contra los que faciliten enlaces (definiéndola en los mismo términos que el vigente Código Penal), ya que se consideró que tal como estaba regulado el procedimiento, era nulo si solo se dirigía contra las páginas de enlaces y no contra los vulneradores⁶. Para que se dirijan contra las páginas enlazadoras se requiere que el prestador tenga un conocimiento efectivo, considerando que tiene tal cuando la víctima de la vulneración se lo ponga en conocimiento, aunque se ha considerado de nula utilidad práctica tal como está redactado en el artículo y ya que contradice el requerimiento regulado en al LSSI⁷. Ahora el procedimiento se puede iniciar de oficio o mediante denuncia, aunque en el segundo caso hay que aportar prueba de que se comunicó con el vulnerador para que retire el contenido voluntariamente. Esta comunicación puede hacer prueba del conocimiento de la infracción. El procedimiento sigue siendo el mismo que en la anterior regulación. Los efectos de la resolución podrán extenderse a otras obras, además de las del denunciante, que se sospeche que se oferten ilícitamente. En el caso de que se considera probada la vulneración y no se retire voluntariamente, se prevén

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional en el recurso 155/2013 de 22 de julio de 2014, sobre la web *quedelibros*.

⁷ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A., Administración pública, propiedad intelectual e internet, *Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio*, N°15, 2014, pág. 352

medidas coercitivas destinadas a eliminar el dominio o cortar la financiación de la página. En el caso de que se incumplan los requerimientos o se vuelva a la actividad infractora se podrán imponer multas o el cese de hasta un año de la actividad infractora. Si la web estuviera en el extranjero se podrá ordenar a los intermediarios su bloqueo.

Este procedimiento se caracteriza por sus breves plazos, que suelen estar expresados en días; y el poco control judicial de estas medidas. Por esto se ha considerado que, pese a la agilidad del procedimiento, se pierden las garantías que son propias del Derecho Administrativo⁸.

1.4.- Principales formas por las que se atenta contra la Propiedad Intelectual a través de Internet.

Lo primero que hay que decir es que se trata de un mundo dinámico, donde cada día pueden surgir nuevas formas de atentar que encajen más o menos en el tipo penal, por lo tanto a partir de la modificación operada por la LO 1/2015, podremos encontrar nuevas formas para evitar caer dentro del tipo. Actualmente los principales medios para atentar contra los derechos de Propiedad Intelectual a través de Internet son⁹:

- Descarga directa: se da la opción al usuario de descargar el archivo desde la página, estando la obra almacenada en sus servidores. Esta claramente tipificado como comunicación pública.
- *Streaming*: es igual que el anterior, pero en este caso el usuario no descarga ningún archivo permanentemente, sino que simplemente lo visualiza en la web infractora.
- Webs de enlaces: este tipo de vulneración consiste en que en una página se presenten los llamados *links* (o enlaces) a la obra protegida. Hasta ahora gran parte de la jurisprudencia lo encontraba fuera del tipo, pero la última reforma se ha dirigido especialmente a castigar esta conducta.

⁸ VVAA, Reforma de la Propiedad Intelectual por la Ley 21/2014, Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2, 2014, pág. 379.

⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Derecho Penal e Internet, Lex Nova, 1º edición, 2011, págs. 68-71.

- P2P (peer to peer): normalmente se lleva a cabo a través de un programa de ordenador (eMule, Ares, BitTorrent,...) para acceder a un contenido que otro usuario comparte. El hecho de que no comporte ninguna ganancia económica para el que pone a disposición los archivos lo ha mantenido fuera del tipo, aunque sigue constituyendo un ilícito civil tal como entendió la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 470/2013, que ordenó la desconexión de Internet por compartir muchos archivos protegidos, aunque su persecución por esta vía resultaba un tanto inútil hasta ahora¹⁰, ya que no se podía descubrir por la vía civil quién está detrás de la IP denunciada¹¹, pero tras la reforma de la LEC, operada por la Ley 21/2014, se añadieron tres apartados al artículo 256 para permitir a los jueces civiles identificar a los infractores de los Derechos de Propiedad Intelectual en internet, aunque tal como se redactó el artículo, no se podrá usar para perseguir cualquier vulneración, sino solo las de cierta entidad o haya ánimo de lucro.
- Envío de obras protegidas: puede ser tanto por envío por correo ordinario (previamente anunciado por Internet) o electrónico. A partir de la jurisprudencia analizada podemos establecer que tiene poca incidencia práctica en el Derecho Penal. Aunque existen programas que aprovechan servidores legales de correo electrónico para lograr descargas de archivos protegidos como DuRIE o p2mail, aunque actualmente no se encuentren activos.

1.5.- Antecedentes legislativo-penales sobre la protección de la Propiedad Intelectual.

La regulación de los delitos contra la Propiedad Intelectual tuvo una formulación muy diferente de la actual; desde el Código Penal de 1848 se regulaban dentro de la sección relativa a estafas y otros engaños. El texto decía:

¹⁰ RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A., Administración pública, propiedad intelectual e internet, op. cit., pág. 346.

¹¹ <http://www.xatakaon.com/p2p-y-descargas/r-asegura-que-le-es-imposible-cortar-la-conexion-a-nito75-por-no-poder-identificarle> (consultada el 24/11/2015)

Incurrirán asimismo en las pena señaladas en el art. 444 los que cometieran defraudación de la propiedad literaria o industrial. Los ejemplares, máquinas ú objetos contrahechos, introducidos ó expedidos fraudulentamente, se aplicarán al perjudicado, y también las láminas ó utensilios empleados para la ejecución del fraude, cuando solo pudieren usarse para cometerse.

Si no pudiere tener efecto esta disposición se impondrá al culpable la multa del duplo del valor de la defraudación, que se aplicará al perjudicado.

Los Código Penales de 1850 y 1870 mantuvieron una redacción idéntica, solo modificando la pena en el segundo de ellos.

Para el código de 1928, se decidió mantener la redacción prácticamente igual a la anterior, pero se suprimió la pena de multa, endureciendo por otro lado la pena de privación de libertad, que pasó a depender del valor de lo defraudado, previendo un pena de entre 3 meses a 1 año si se defraudaba entre 100 y 1.000 pesetas, y llegando a máximo, si se defraudaba más de 250.000 pesetas, de una pena de 12 a 25 años. Por otro lado, encontramos en este Código, como tipo distinto del anterior, el falsificar, alterar o imitar los nombres, marcas o signos distintivos de las obras artísticas o literarias, teniendo en este caso pena de multa y de privación de libertad.

Esta reforma, aprobada durante la dictadura de Primo de Rivera, fue influenciada por las ideas autoritarias del momento, siendo un texto con un excesivo rigor punitivo¹², pero fue excepcional en la historia, ya que en España no se continuó con el modelo creado por este Código en los años venideros.

El Código Penal de 1928, fue derogado durante la Segunda República, que promulgó su propio Código en 1932, que tal como establecía en la exposición de motivos era una modernización del Código de 1870, y en cuanto a la protección de la Propiedad Intelectual mantenía la misma redacción que el mencionado texto legal. El siguiente Código Penal en vigor, el de 1944, se limitó a eliminar las referencias a la República, manteniendo igual el tipo.

¹² GARCÍA ROSAURO, G., La aplicación del Código Penal de 1928 en la provincia de Murcia, Murgetana, número 126, año 2012, págs. 80-81.

El Código Penal de 1973, en su redacción original, separó las infracciones de los derechos de autor de las estafas y establecía:

El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales. La misma pena se aplicará a los que de igual manera infringieren los derechos de propiedad industrial. La reincidencia, en ambos casos, se castigará con la pena de prisión menor.

La estructura de la redacción actual tiene su origen en la modificación de 1987 de la legislación de la propiedad intelectual, operada en la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que en su exposición de motivos establecía en la causa por la que modificaba la anterior legislación: (...)el legislador de entonces no podía prever las profundas transformaciones sociales sobrevenidas y, más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de defraudación de los derechos de propiedad intelectual.

Para buscar esta protección por vía penal, se promulgó la Ley Orgánica 6/1987 de 11 de noviembre por la que se modifica la sección III del capítulo 4.º, título XIII del libro II del Código Penal, en la que el anteriormente mencionado artículo era transformado en 5. Se establecía la misma estructura que se ha conservado hasta la actualidad. Con esta redacción, por primera vez se define la conducta típica (en vez de una referencia genérica a que se defrauden los derechos de propiedad intelectual) especificándose que actividades constituyen el presente delito. Además se gradúa la pena dependiendo de las circunstancias como usurpar la condición de autor, el ánimo de lucro, o la anterior combinada con un gran valor de lo defraudado de gran trascendencia económica. Se añade como pena accesoria el cierre del establecimiento en el que se haya realizado y la posibilidad de decretar la publicación de la sentencia condenatoria.

El Código Penal actual, trajo tres modificaciones en su redacción original, la pena cambió en el tipo básico; incluyó dentro del tipo el ánimo de lucro y por tanto dejó de ser un tipo agravado; y tipificó otra actividad no incluida en el anterior, con respecto a la supresión o neutralización de dispositivos para proteger programas de ordenador.

Esta redacción sufrió tres modificaciones:

- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre: se aumentó el límite mínimo de la pena de multa, se añadió al tipo agravado la utilización de menores y la pertenencia a una organización criminal; y se desarrolló el artículo que penaba la importación y almacenamiento de obras protegidas.
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio: esta reforma estaba pensada para los manteros, personas pobres que obtienen un pequeño beneficio económico necesario para su subsistencia; imponiéndoles una pena de multa o servicios a la comunidad, sin perjuicio de que, si la cantidad es menor a 400€, fuera considerado falta.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo: con esta última reforma se cambió el tipo básico, estableciendo la redacción actual.

2.- PROTECCIÓN PENAL FRENTE A LOS ATAQUES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMETIDOS A TRAVÉS DE INTERNET.

La protección de la propiedad intelectual por la vía penal se regula en torno a los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal. Estos han sido reformados por la L.O. 1/2015, que adaptaba la legislación a la jurisprudencia ya que, principalmente en caso de webs de enlaces, consideraban que no le era de aplicación el tipo. Por lo tanto sobre cómo se aplicarán estas normas solo podemos especular, teniendo en cuenta la amplitud de las conductas penadas y también por el hecho de que, tal como aparece en el cable de la Embajada de EEUU de 25 de febrero de 2008, el problema es que el poder judicial no emite sentencias disuasorias¹³.

2.1.- Tipo básico: artículo 270 CP:

El tipo básico ha superado la etapa del derecho anterior a la reforma de 1983, en el cual nos encontramos ante una norma penal en blanco, entendido como *“aquella en la que parte de su supuesto de hecho o presupuesto viene recogido en una norma no penal”*¹⁴. Pese a todo, hay que tener en cuenta que sigue siendo necesario acudir a otras normas, principalmente a la Ley de Propiedad Intelectual aunque no es comparable con el concepto de norma penal en blanco, ya que su papel sería meramente auxiliador¹⁵.

2.1.1 Conducta típica:

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

¹³ http://elpais.com/elpais/2010/12/03/actualidad/1291367862_850215.html (consultada el 7/11/2015).

¹⁴ GARCÍA ARÁN, M., Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal, Estudios Penales Vol. XVI, 1993, pág. 66.

¹⁵ LATORRE LATORRE, V., Protección Penal del Derecho de autor, Tirant lo Blanch, 2º edición, pág. 97.

Las actividades a las que hace referencia este precepto tipifican principalmente acciones contra los derechos de explotación de la Propiedad Intelectual, salvo el plagio que sería un derecho moral. Se compone de una serie de actividades:

- La reproducción: como ya se dijo, la regulación de la protección penal de la propiedad intelectual se auxilia de otras normas para su interpretación, en este caso la reproducción y otros conceptos vienen definidos en la LPI, en este caso en el artículo 18¹⁶. Por tanto la conducta típica consiste en la fijación en un soporte de la obra protegida.
- El plagio: este es el único derecho moral protegido por el Código Penal y, a diferencia de las otras conductas, no tiene una descripción en la LPI. La jurisprudencia para definir el plagio ha acudido a lo establecido en el diccionario de la Real Academia "*copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias*"¹⁷. De las conductas tipificadas es la que menos ha tenido incidencia en el ámbito del internet.
- La distribución: definida en el artículo 19¹⁸ de la LPI, consiste en la puesta a disposición de la obra. No se diferencia entre la copia reproducida lícitamente, de la ilícita ¹⁹, siendo ambas punibles, ya que los derecho de distribución y reproducción son distintos, por lo que si se tuviera el segundo pero no el primero ya estaríamos ante una vulneración de los derechos de propiedad intelectual según los dispuesto en el artículo 270 del CP.
- La comunicación pública: se encuentra regulada dentro de la LPI en el artículo 20, como la puesta a disposición al público de una obra sin tener que distribuir ejemplares entre ellas, quedando fuera de la definición cuando se hace en ámbito doméstico. En dicho artículo se incluyen una serie de conductas que se consideran comunicación pública entre las que se incluye cuando se pone a

¹⁶ Artículo 18: Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

¹⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 7/2006 de 3 de febrero de 2006

¹⁸ Artículo 19: Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma

¹⁹ LATORRE LATORRE, V., Protección Penal del Derecho de autor, op. cit. pág. 125.

disposición del público mediante procedimientos alámbricos o inalámbricos, de forma que se podrá acceder a ellas desde cualquier sitio y en cualquier lugar. Pese a la extraña redacción, se refiere a la comunicación por internet²⁰, siendo así escrito al copiar la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Para estar ante una comunicación pública, esta tiene que darse con respecto a un público nuevo, por lo que no se daría si es contenido subido a internet por el autor en otra página²¹.

Salvo el plagio, todas las conductas suelen realizarse por medio de internet (aunque no exclusivamente), que tal como ha interpretado la jurisprudencia, considera que estábamos ante una reproducción si el propietario de la página subía personalmente los archivos a la web, ante una comunicación pública al estar disponibles para descargarlo o poder visualizarlo temporalmente por medio del *streaming*²². En cuanto a la distribución, se puede encontrar mencionado en diversas sentencias sobre webs de enlaces mezclándose en algunos casos con la comunicación pública, sin que a veces entren a distinguir entre ambos términos, pero podemos encontrar actos de genuina distribución por internet si investigamos la jurisprudencia, como por ejemplo el caso de una persona que vendía por eBay copias sin autorización de series y películas, finalmente absuelto al no concurrir el ánimo de lucro, ya que el precio exigido solo cubría costes²³.

A esta enumeración, se le añade con la última reforma el concepto `` *de cualquier otro modo explotar económicamente*´´, con el objetivo de, junto con otras modificaciones, tipificar las conductas de webs de enlaces, ya que algunas resoluciones judiciales consideraban que no entraba dentro de las actuaciones típicas anteriormente

²⁰ También lo entiende así la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la Sentencia de 435/2015 5 de marzo de 2015.

²¹ STS 638/2015 de 27 de octubre.

²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 83/2011 de 24 de febrero de 2012, en la que se definen ambas conductas.

²³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 1229/2011 de 29 de diciembre de 2011.

mencionadas²⁴. Por tanto las conductas penadas han pasado de ser *numerus clausus* a abarcar cualquier comportamiento existente en el presente y por ser descubierto en el futuro, que explote económicamente los derechos de autor. Esta indeterminación podría vulnerar el principio de tipicidad que según el Tribunal Constitucional requiere *“que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”*²⁵, sobre todo si ponemos este concepto junto a la otra innovación del artículo consistente en sustituir *ánimo de lucro* por *beneficio económico directo o indirecto*, en tanto en cuanto podría abarcar cualquier ingreso obtenido mediante ese avance futuro.

Otra cuestión que provoca la inclusión de este concepto es que gracias a esta modificación se incluirán dentro del tipo otras actividades como la transformación de una obra de otro autor o las copias no mecánicas de la obra de otro autor²⁶.

Por último cabe reseñar que este concepto no se incluyó en la primera redacción del anteproyecto de la L.O. 1/2015, que mantenía el delito en los mismo términos que estaba anteriormente, y que fue la versión sometida a dictamen por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal²⁷. Dicho anteproyecto fue modificado posteriormente, pero seguía sin incluirse este nuevo termino, figurando la diferenciación entre distribución al por mayor por un lado y al por menor y enlazar por otro, con penas diferentes. Finalmente encontramos *“de cualquier otro modo explotar económicamente”* sustituyendo a los conceptos anteriores en el Proyecto de Ley. Desconocemos el motivo de este último cambio, aunque bien pudo ser que aplicaran al texto lo establecido en el dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de

²⁴ Por ejemplo SAP de Barcelona 301/2011 de 7 de julio.

²⁵ STC 219/1989, de 21 de diciembre de 1989.

²⁶ TOMÁS-VALIENTE LANUZA C., Delitos contra la Propiedad Intelectual, Comentarios a la reforma del Código Penal, Tirant lo Blanch 2015 págs. 851-853.

²⁷ RANDO CASERMEIRO, P., La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 17, 2015, pág. 34.

Ley²⁸, que pedía más más claridad con respecto a la penalización de los enlaces, incluyendo solo en el tipo las páginas cuyo negocio gira entorno a enlazar obras protegidas. Aunque la elección de palabras por el legislador bien podría dirigirse a castigar una conducta que quedaba fuera del tipo, como es el intercambio de archivos por redes P2P²⁹.

2.1.1.b Una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio.

En cuanto al objeto material, se limita a copiar conceptos de la LPI, por lo que se hace necesario acudir a ella, donde se especifica en qué consiste una obra o prestación literaria, artística o científica en el artículo 20 y en cuanto a interpretación y ejecución habría que acudir los artículo 105 y siguientes.

La gran novedad del precepto está en la inclusión de la palabra “*prestaciones*”, concepto presente en la LPI, pero sin una definición en el texto legal y siempre la encontramos acompañada del concepto “*obras*”, que si se encuentra definido. Por otro lado, en la ya citada Directiva 2001/29/CE sí que encontramos una enumeración de las prestaciones protegidas y a quién se le reconocen estos derechos, que incluyen:

- a) Las actuaciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, sobre su fijación.
- b) Los fonogramas, perteneciendo los derechos a quién los produzca.
- c) Las películas y sus copias, teniendo lo derechos a los productores de las primeras fijaciones de ella.
- d) Las fijaciones de las emisiones de organismos de radiodifusión, sobre la fijación de estas.

²⁸ Dictamen CE-D-2013-358, de 27 de junio de 2013.

²⁹ Sobre esta cuestión se tratará en el apartado 2.1.2, debido a su mayor vinculación con la sustitución del concepto ánimo de lucro.

Pese que al ser una directiva no sería de aplicación directa en las relaciones entre particulares (conocido como efecto directo horizontal), sí que se podría usar como herramienta de interpretación de conceptos existentes en el derecho interno.

Por otro lado, la doctrina civilista no presenta discrepancias doctrinales sobre el concepto de ``prestaciones'', que comprenderían todos los derecho afines a la propiedad intelectual, regulados en la LPI en el Libro II³⁰, comprendiendo los anteriormente mencionados en la Directiva, además de las fotografías y determinadas producciones editoriales.

La importancia de la inclusión de este concepto, teniendo en cuenta que con anterioridad a la reforma de 2015, el tipo solo incluía dentro de las prestaciones las interpretaciones y ejecuciones (resultando ahora redundante que se siga manteniendo aparte), y quedaban fuera de la tipificación penal numerosas actividades de relevancia económica (dentro de la que se destacan los partidos de fútbol) tal como entendía la doctrina³¹. Aunque no los juzgados, como se puede ver en el intento de eliminar por la vía penal la página ``rojadirecta'', que enlaza con otras páginas en las que se pueden ver por *streaming* partidos de fútbol (y otros deportes), mediante la emisión por parte de televisiones extranjeras. Cuando se intentó llevar la persecución de esta página a la vía penal, no se señaló la diferencia entre prestaciones y obras, archivando la causa por que enlazar contenidos no era delito³², aunque sí un ilícito civil³³. Pero esta resolución no es un caso aislado, sino que por el contrario, encontramos otras resoluciones como en las que tampoco encontramos esa diferenciación³⁴. Por lo tanto la inclusión de este concepto nos sirve para aclarar qué es lo protegido, dándonos una mayor seguridad

³⁰ TOMÁS-VALIENTE LANUZA C., Delitos contra la Propiedad Intelectual, op. cit., pág. 854.

³¹ Ibidem, pág. 855.

³² Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 364/2010 de 27 de abril de 2010.

³³ Como entendió el Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid, en el auto 246/2015 de 16 de junio, en el que imponía la prohibición de retransmitir partidos de una determinada compañía como medida cautelar o el del Juzgado de lo Mercantil de Coruña nº1 en resolución de 26 de noviembre de 2015 que ordenó bloquear dicha página.

³⁴ AAP de Madrid de 3 de noviembre de 2008.

jurídica que la interpretación extensiva del concepto ``*obras*`` que se venía haciendo en diversas resoluciones judiciales.

2.1.1.c Sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

En cuanto a este requisito, está claro que si existe autorización, no solo no existe ilícito penal, sino que tampoco civil. Esta no solo es la del autor, ya que la LPI regula la posibilidad de una cesión de derechos a un tercero, que también tendrá capacidad para perseguir cualquier vulneración de sus derechos con independencia del autor en el caso de que estemos ante una cesión exclusiva, tal como prevé el artículo 48 de la LPI.

No habría dudas de la impunidad si se diera sobre una obra de dominio público, ya que al cesar los derechos patrimoniales, no habría castigo. Cuestión aparte sería el llamado *copyleft*, concepto creado en el ámbito informático, en contraposición al *copyright*, que está ideado para permitir diversas actuaciones sobre la obra, que los derechos de propiedad intelectual normalmente restringen salvo autorización expresa del autor. No existe una legislación propia de este tipo de licencias, por tanto existen diversos tipos, con diverso contenido, como por ejemplo las licencias Creative Commons, que van desde algunas que permiten que se haga cualquier cosa con la obra mientras se reconozca la autoría, hasta la más restrictiva, que solo permite compartirla con otras personas, reservándose el autor el resto de los derechos establecidos en la LPI. Pese a que no ha tenido mucha relevancia práctica se ha considerado que estas licencias contradicen el sistema contractual español, sobre todo en cuanto a la oferta, aceptación e inicio de la licencia³⁵. Tampoco han tenido demasiada incidencia en la jurisprudencia penal, solo siendo mencionadas en sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia³⁶, donde simplemente descartaban que las licencias *copyleft* incluyeran un uso comercial, sin entrar a valorar el tipo de ella que fuera. Más acertada ha estado la jurisprudencia

³⁵ LÓPEZ JIMÉNEZ, D., Nuevos paradigmas para la propiedad intelectual en la era tecnológica: las denominadas licencias libres, Meritum, vol. 8, nº2, 2013, pág. 190.

³⁶ SAP Valencia 117/2010 y 685/2010

civil, donde sí encontramos reconocimiento de los distintos tipos de licencias existentes³⁷.

Otro supuesto que podría darse sería en el de existir varios autores de una misma obra, pero no contar con la autorización de todos, en este caso solo podemos especular, pero hay quién considera que en virtud del principio de seguridad jurídica e intervención mínima, solo podría perseguirse en el supuesto de que fuera indudable la falta de autorización suficiente desde el punto de vista subjetivo y objetivo³⁸.

2.1.2 Resultado típico: beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de un tercero

Un elemento del tipo que encontrábamos en la redacción anterior era la existencia de un ánimo de lucro. La interpretación de este concepto para los delitos contra la propiedad intelectual por parte de la jurisprudencia fue mucho más restrictiva que con respecto a otros delitos contra la propiedad (como el robo y el hurto en el que también se requiere este ánimo) exigiéndose un lucro comercial, por tanto excluyéndose el que surge del mero ahorro, que sería en todo caso un ilícito civil, tal como establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 40/2008 de 18 de febrero de 2008 entre otras resoluciones³⁹. Esta misma interpretación del ánimo de lucro la podemos encontrar en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que excluía las actividades no comerciales del tipo al considerarlo demasiado extensiva, inspirándose en normas de ámbito europeo, en las que se hace referencia a infracciones de la propiedad intelectual a escala comercial.

Por esta exigencia de un ánimo de lucro comercial conseguían salir del tipo las páginas de enlaces, ya que no obtenían sus ganancias directamente a cambio de usar los

³⁷ SAP Madrid 150/2007 de 5 de julio o SAP Pontevedra 477/2008 de 31 de julio.

³⁸ SIMÓN ALTABA, M, La extraña pareja: la difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal, Cuaderno electrónico de estudios jurídicos, Número 2, junio 2014, pág. 207.

³⁹ En este mismo sentido existen más resoluciones como el AAP de Madrid 368/2011 de 30 de junio de 2011.

enlaces que ponían a disposición en su página, sino por la publicidad⁴⁰ que había en estas, aunque se obtuviera a partir de las visitas, que obviamente eran mayores cuanto más gente visitara para descargar.

Este concepto del tipo y su interpretación por la fiscalía y jurisprudencia era uno de los puntos en los que existía presión para ser ampliado, como se puede observar en el cable de la Embajada de E.E.U.U. ya mencionado o en la nota de prensa del Ministerio de Justicia de 30 de julio de 2015⁴¹, con respecto a la reunión del ministro con el embajador de dicho país. Por ello, en la segunda versión del anteproyecto de la LO 1/2015 se cambió por ``*ánimo de obtener un beneficio directo o indirecto*``. Con esta modificación prácticamente se ampliaba el tipo a cualquier conducta debido a la vaguedad del concepto, y tal como se ha ejemplificado⁴², alguien que copie un poema para recitarlo a su amada, sería reo de este delito al estar obteniendo un beneficio de la comunicación del poema.

Pero finalmente dicho concepto fue concretado un poco al ser transformado, en el Proyecto de ley, en ``*ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*``. Con este cambio se puede ampliar el tipo a múltiples conductas anteriormente lícitas penalmente, aunque no tanto como en la redacción del anteproyecto, ya que el concepto beneficio económico indirecto sigue siendo muy amplio, por ejemplo si un estudiante hubiera fotocopiado un libro para hacer un Trabajo de Fin de Máster ahorrándose el comprarlo por ejemplo, estaríamos ante un peligroso delincuente.

En atención a las sentencias ya mencionadas, es indudable que el cambio obedece exclusivamente a la consideración del concepto ánimo de lucro hecho por la jurisprudencia y el Ministerio Fiscal, que excluía los ingresos que se obtenían por medio de la publicidad en las páginas de enlaces, pero no buscaba penalizar otras conductas.

⁴⁰ AAP de Madrid 369/2011 de 30 de junio de 2011.

⁴¹ http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427553564?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D150730_Reuni%C3%B3n_con_embajador_EEUU.pdf&blobheadervalue2=1288791302891 (consultado el 7/12/2015).

⁴² LATORRE LATORRE, V., Protección Penal del Derecho de autor, op. cit. pág. 438.

En este sentido encontramos la Referencia del Consejo de Ministro de 20 de septiembre de 2013, en el que se remite a las Cortes el Proyecto de la LO 1/2015 que dice:

“En ningún caso se actuará contra usuarios o buscadores neutrales, ni contra los programas P2P que permiten compartir contenidos.”

Por lo tanto atendiendo a la finalidad y espíritu de esta norma, tal como se estableció en dicha comunicación, ya se incardina la interpretación de la norma a un concepto restrictivo en el que no se incluye todo beneficio económico (tanto directo como indirecto), excluyéndose el mero ahorro.

También en el sentido de esta interpretación encontramos la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 25 de abril de 2007, sobre la propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas penales destinadas a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, en la que se persiguen aquellas vulneraciones cometidas a *escala comercial*, definido esto en la propia directiva como todas las hechas para conseguir ventajas comerciales, con exclusión de los actos efectuados por usuarios privados con fines personales y no lucrativos.

Por tanto podemos considerar que dicha modificación en un principio está pensada para su aplicación con respecto a las webs de enlaces, por lo que seguiría quedando fuera del tipo la llamada piratería doméstica y las redes P2P (aunque no las webs de enlaces P2P). Pero lo expuesto solo es una teoría, debido a que a día de hoy no podemos saber la interpretación que le será dada por los tribunales a este precepto, por lo que se consideró que lo más prudente era esperar a que se pronunciara la Fiscalía como indicio⁴³, que lo hizo reafirmando en dejar fuera del tipo las conductas que no produzcan un ingreso⁴⁴.

⁴³ RANDO CASERMEIRO, P., La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual, op. cit., pág. 38.

⁴⁴ Circular 8/2015, sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015.

En cuanto al requisito “y en perjuicio de un tercero”, no encontramos modificación alguna con esta reforma penal. Este concepto ha sido entendido por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia como un elemento subjetivo del injusto o como idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico sin que sea necesario en ningún caso daños patrimoniales efectivos⁴⁵.

Una cuestión dudosa sería el caso de las obras huérfanas, es decir aquellas que están protegidas por derechos de autor, pero este es imposible de localizar o identificar⁴⁶. Se encuentra regulada en el artículo 38 bis de la LPI (regulación que se encuentra incompleta al estar en tramitación el reglamento que necesariamente desarrolla dicho artículo), fruto de la trasposición de la Directiva 2012/28/UE. Dicho artículo permite su utilización si se ha hecho una búsqueda diligente del titular de los derechos (que realizará la entidad beneficiaria) y si no hay ánimo de lucro. Las obras huérfanas han cobrado importancia con la digitalización de estas que se están llevando a cabo y su puesta a disposición por Internet. Cabría preguntarse si se podría perseguir a alguien que pusiera a disposición en su página web dicha obra y cobrando por publicidad, ya que si realizara la búsqueda del autor y fuera infructuosa cabe preguntarse si se hace en perjuicio de un tercero, que ni se sabe si existe. Aunque teniendo en cuenta que la mayor parte de los procesos penales por vulneraciones de estos derechos se inician a partir de denuncias de los titulares o persona jurídica que se encargue de gestionarlos, sería difícil que un caso así acabara en los tribunales.

2.1.3 Persecución de las webs de enlaces.

La persecución de las webs de enlaces es el gran objetivo de esta reforma de la regulación de la protección penal de la Propiedad Intelectual. Tal como se ha dicho todos los cambios mencionados tienen en mente perseguirlas, ya que hasta ahora existía

⁴⁵ 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, 2008, página 105-106.

⁴⁶ VIZCARRA PADILLA, A., Autoría y obras huérfanas, Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Nº 78, 2009, pág. 169.

una mayoría de la jurisprudencia que consideraba que su actividad estaba fuera del tipo por⁴⁷:

- En primer lugar se consideraba que quién incurría en el tipo no era el propietario de las webs de enlace, sino aquel que los pone a disposición de los usuarios, ya que no alojaban dichos archivos, por tanto solo realizando una actividad de intermediación, que en todo caso no se consideraba que se realizaba una comunicación pública.
- El dinero que recibían no era por las descargas directamente, sino por la publicidad que había en la página y que se consideraba independiente de las descargas, por lo que salía del tipo al no incurrir el ánimo de lucro, en el sentido restrictivo ya mencionado anteriormente, que excluía cualquiera no comercial.
- También argumentaba para excluir de la aplicación del tipo, el artículo 17 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que excluía la responsabilidad del prestador de un servicio de enlaces cuando desconozca que se envía a la información ilícita y si lo tuviera, actúe para eliminarlos.
- Por último se hacía referencia a la Ley 2/2011, de 4 de Marzo, de Economía Sostenible, que creaba la Comisión de Propiedad Intelectual, y que al dársele la potestad de vigilar las vulneraciones en Internet de la propiedad intelectual, consideraba que la respuesta que había dado el legislador para perseguir este tipo de webs era el administrativo, por lo tanto, no siendo necesaria la protección penal.

En algunos casos podíamos encontrar sentencias condenatorias de webs de enlaces en las que se consideraba que su actividad no era una mera labor de

⁴⁷ Todo lo siguiente está extraído de diversas resoluciones judiciales como el Auto de la Audiencia Provincial de León 67/2014 de 20 de enero de 2014, SAP de Castellón de la Plana 426/2014 de 12 de noviembre de 2014, Sentencia de la Audiencia Nacional 6/2015 de 5 de marzo de 2015, AAP de Madrid 179/2011 de 15 de marzo de 2011, AAP de Madrid 369/2011 de 30 de junio de 2012, AAP de Madrid 202/2011 de 8 de marzo de 2011 y AAP 179/2011 de 15 de marzo de 2011.

intermediación, sino que había alguna actividad más y que condenaban a los propietarios de las páginas que enlazaba a contenido protegido al facilitar también programas para evitar las restricciones (de tiempo de visionado de vídeo o velocidad de descarga) de las páginas a las que enlazaba y también porque desde su página podían verse películas, aunque no estaban alojadas en ellas directamente⁴⁸.

Ante este panorama, se decidió por un cambio legislativo, al considerarse que su persecución no quedaba suficientemente asegurada por la legislación civil y administrativa. En la segunda versión del anteproyecto de ley se incluía la expresión *“facilite el acceso”*, como una de las actividades del tipo. Como bien consideró el Consejo de Estado⁴⁹, no habría que perseguir a todas las páginas que enlazan a obras protegidas, sino a las que hacen de esto su negocio. Importante matización teniendo en cuenta que buscadores como Google pueden enlazar con páginas desde las que se descargan contenidos protegidos. Con respecto a este buscador, ya ha sido demandado por la vía civil al considerar que vulneraba la LPI por las reproducciones que se hacían de una página en el buscador y la versión de esta que guardaba en el caché, cuestión finalmente desestimada en consideración del uso inocuo de estos datos por Google y considerando que la página demandante estaba haciendo un uso antisocial de su derecho⁵⁰. En el Proyecto de Ley se incluyó en el apartado 1º el facilitar el acceso o la localización de obras protegidas, si junto a ello se daba una serie de condiciones.

Pero finalmente durante los trámites parlamentarios de la L.O. 1/2015 se estableció un tipo específico para estas webs en el apartado 2 del artículo 270 CP, donde se incluían algunas de las condiciones del tipo que se tenían que dar, según la redacción del Proyecto de Ley.

Ya con los cambios operados en el apartado 1 del artículo 270 se hubiesen podido perseguir las páginas de enlaces, teniendo en cuenta además la jurisprudencia

⁴⁸ SAP de Valencia 40/2014 de 20 de enero de 2014.

⁴⁹ Dictamen CE-D-2013-358, de 27 de junio de 2013.

⁵⁰ STS 172/2012 de 3 de abril.

europea reciente, con respecto al llamado caso Svensson⁵¹, en el que se trataba una cuestión prejudicial con respecto a la Directiva 2001/29, en la que consideraba:

“el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido de la referida disposición.”

Por lo tanto, a la vista de esta sentencia, el apartado 2 del 270 se nos antoja un tanto redundante, al incluirse en el tipo básico dicha conducta.

Actualmente el artículo 270.2 establece:

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

El artículo se encarga de separar aquellas conductas que realizan los buscadores, mediante la referencia al modo activo y no neutral, diferenciándolo de aquellas páginas encargadas solo de indexar contenido protegido. Importante diferenciación, teniendo en cuenta que el último enfrentamiento con Google por cuestiones de propiedad intelectual, por el llamado canon AEDE, incluido en el artículo 32 de la LPI, se saldó con el cierre de Google News y con los editores que impulsaron⁵² la reforma pidiendo al Gobierno que hiciera algo para mantenerla abierta⁵³.

⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de febrero de 2014.

⁵² http://elpais.com/diario/2010/03/25/sociedad/1269471611_850215.html (consultada el 7/11/2015).

⁵³ <http://es.reuters.com/article/topNews/idESKBN0JQ0U520141212> (consultada el 7/11/2015).

A continuación se hace referencia a dos tipos de conductas, facilitar el acceso, que se refiere a cuando se reenvía a otra página desde que descarga o visiona el archivo, es decir a la llamada descarga directa; y la localización, que se referiría al caso en el que la página de enlace nos remite al enlace P2P⁵⁴.

El apartado finaliza haciendo una referencia más específica aún, por si alguien no se había dado cuenta del motivo de la reforma, definiéndolo como listados clasificados y ordenados de enlaces, incluyendo aquellos casos en los que los enlaces son añadidos por los usuarios, y no por los administradores de la página. Al añadir esta especificación, el legislador usa la frase “*en particular*” para introducirla, para asegurando al máximo posible que las webs de enlace no van a escaparse de la tipificación de su actividad. Aunque nos surge la duda sobre a qué actividad podría referirse la definición general que encabeza el apartado, y no incluida en la especificación, pudiéndose dudar de si se encuentra dentro del tipo una página que ni ordene ni clasifique, pero en el que aparezcan abundantes enlaces a obras protegidas. Dependiendo de lo que se considere un tratamiento meramente técnico⁵⁵, teniendo en cuenta la existencia de páginas que sirven para buscar archivos en servidores de alta capacidad en los que suele alojarse dicho contenido protegido⁵⁶. En cuanto a que páginas debemos entender exoneradas, en poco ayuda la Circular de la Fiscalía 8/2015, en la que simplemente menciona las obligaciones establecidas en la LSSC, que probablemente será el criterio que se aplicará.

En el apartado 3 del artículo 270, se le da la misma potestad al juez que a la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, es decir el poder ordenar retirar contenidos de una página, o cerrar esta, y como medida excepcional también se puede ordenar al proveedor del servicio bloquear el acceso a la web infractora. El bloqueo del servicio es relativamente nuevo en España aunque ya existen antecedentes, siendo la primera que obtuvo este dudoso honor la página “*thepiratebay*”, que fue

⁵⁴ TOMÁS-VALIENTE LANUZA C., Delitos contra la Propiedad Intelectual, op. cit., pág. 872.

⁵⁵ El tratamiento hecho por Google de la información, que será el referido como meramente técnico, se explica en la SAP de Barcelona 8198/2008 de 17 de septiembre de 2008.

⁵⁶ Un ejemplo sería megasearch.co, que busca archivos alojados en mega.co.nz, en la que se suelen alojar archivos protegidos.

ordenado su bloqueo en marzo de 2015 a petición de la Comisión de Propiedad Intelectual, mediante el procedimiento previsto en el artículo 158.ter de la LPI. El uso de la herramienta de bloqueo en sustitución de simplemente ordenar cerrarla a los proveedores del servicio, se fundamenta en las dificultades que se encontrarían en los casos en los que se trata de una página radicada en el extranjero y por tanto ni un órgano administrativo ni la jurisdicción española tienen potestad alguna. En el ámbito penal la efectividad de esta medida se vería seriamente limitada por el artículo 23 de la LOPJ, que prevé que el orden penal solo pueda perseguir delitos cometidos en territorio español o por españoles con determinadas condiciones, por lo tanto habrá que averiguar si se considera cometido en España o no en el caso de que la persona que comete el delito esté fuera de nuestras fronteras, aunque esté dirigido al público residente en nuestro país.

Sobre este aspecto existen tres teorías⁵⁷:

- Teoría de la acción: donde se realiza la conducta delictiva.
- Teoría del resultado: donde se da el resultado externo.
- Teoría de la ubicuidad: donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado.

De todos ellos el Tribunal Supremo ha preferido el principio de ubicuidad⁵⁸, ya que se acordó que se entenderá que se comete el delito en todas las jurisdicciones en las que se ha realizado un elemento del tipo, siendo competente el juzgado que primero haya empezado las actuaciones procesales.

Con respecto a esta cuestión en el ámbito de los delitos de propiedad intelectual en internet encontramos cuestiones de competencia en relación a quién corresponde enjuiciar una página de enlaces P2P dentro de España y se decidió que era el juzgado del partido judicial desde el que se gestionaba la página, sin aplicar el principio de ubicuidad, ya que consideraba que todos los elementos del tipo se realizaban en el

⁵⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Derecho Penal e Internet, op. cit., pág. 27.

⁵⁸ Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 3 de febrero de 2005.

mismo lugar, sin importar para atribuir la competencia territorial el que se pudiera acceder a los contenidos protegidos desde de cualquier ubicación ni el que los servidores en los que se almacenaba la página se encontraban en otro lugar⁵⁹.

Por tanto, es obvio que no se podrá perseguir web alguna ubicada fuera de nuestras fronteras, ya que, pese a que podamos acceder desde aquí, los elementos del tipo se realizan fuera. La incidencia de esto en la práctica es que no podrá darse la orden de bloqueo contra páginas webs que infrinjan los derechos de autor pero que se ubiquen fuera de nuestras fronteras, debido a que no podría haber procedimiento penal alguno contra los encargados de dichas páginas o la página misma y obviamente al no haber procedimiento el juzgado no podrá dictar resolución de condena en la que se apliquen medidas como que se bloquee la página infractora.

Otra cuestión llamativa será lo convivencia entre la nueva legislación penal sobre webs de enlace y la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, ya que ambas tienen funciones sobre la vulneración de la propiedad intelectual en internet, sobre todo teniendo en cuenta que en el artículo 158.ter.2.B de la LPI, que regula la citada comisión, establece que se puede dirigir contra este tipo de webs, definiéndolas prácticamente con los mismo términos que el artículo 270.2 del Código Penal⁶⁰. Al tener además la obligación de denunciar si se cree que se ha cometido un delito⁶¹, la reforma convierte un procedimiento administrativo basado en el principio de celeridad, y con plazos breves (3 meses para resolver), en un procedimiento penal (con la duración que ello conlleva aunque con mayores garantías para las personas contra las que se dirige), ya que debido a la preferencia de esta jurisdicción, la administración tendría que suspender el procedimiento, tal como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal

⁵⁹ ATS 380/2008 de 18 de enero.

⁶⁰ Artículo 158.ter.2.B de la LPI: facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica. En particular, se incluirá a quienes ofrezcan listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y prestaciones referidas anteriormente, con independencia de que dichos enlaces puedan ser proporcionados inicialmente por los destinatarios del servicio.

⁶¹ Según el artículo 13.4 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual

Constitucional⁶², en numerosas resoluciones de este órgano. Esto vacía de contenido las disposiciones contra webs infractoras previstas para dicha comisión, quedando como única utilidad su aplicación para la persecución de páginas que estén fuera de nuestras fronteras, en las que como ya se dijo en el párrafo anterior, no podrán ser perseguidas en España en vía penal. Por lo tanto la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual se ha vuelto casi inútil debido a la modificación del Código Penal y que la única función que podría desempeñar, bloquear webs extranjeras, es realmente fácil de saltar sin muchos conocimientos informáticos, por ejemplo mediante el uso de redes anónimas como TOR⁶³.

2.1.4 Vulneración de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual.

En este apartado encontramos una de las cuestiones más confusas de la reforma operada por la L.O. 1/2015. Anteriormente encontrábamos tipificadas diversas actividades destinadas a suprimir dispositivos técnicos de protección de las obras o las prestaciones que en ese momento se incluían. Esta cuestión hacía referencia a actividades como la instalación del llamado chip pirata en consolas para poder jugar a videojuegos copiados ilícitamente⁶⁴, pero en el ámbito de internet tenía incidencia en los llamados *cracks*, que son programas destinados a vulnerar la protección de que disponían algunos programas para poder usarlos sin autorización.

Con la regulación actual se añade confusión a la regulación de esta actividad ya que no solo se modifica el tipo que existía antes, sino que además se añaden dos conductas similares, aunque con una pena distinta.

El apartado 6 del artículo 270 (antiguo apartado 3) actualmente castiga cuatro actividades, el fabricar, importar, poner en circulación o el poseer, con apenas cambios con respecto a la redacción anterior, salvo el cambiar el verbo ``tener'' por ``poseer''. A

⁶² STC 70/2012 de 16 de abril de 2012.

⁶³ http://www.eldiario.es/turing/vigilancia_y_privacidad/saltarse-bloqueo-Internet_0_245326216.html (consultado 7/12/15).

⁶⁴ SAP de Barcelona 25/2004 de 5 de enero.

estas actividades se la añade la existencia de ``una finalidad comercial``, que pese a que anteriormente no se incluía en el tipo, se consideraba implícita⁶⁵. Cabe destacar que el concepto usado por el legislador para referirse al ánimo de lucro, no es el mismo que usa en los otros apartados del artículo 270, que podría interpretarse como que se deja la puerta abierta a webs de enlaces a *cracks*, pudiendo lucrarse mediante anuncios, ya que tal como se interpretaba el ánimo de lucro comercial anteriormente requería que la retribución se cobrara directamente por la vulneración de la propiedad intelectual. Las actividades penadas se realizarán sobre cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones. Anteriormente el tipo castigaba solo si estaba destinado específicamente a vulnerar la protección de estos dispositivos, ampliándose ahora a cualquier medio idóneo para hacerlo, aunque no es nada nuevo, ya que podemos encontrar sentencias⁶⁶ en las que rehuía una aplicación literal del tipo, considerando que el concepto usado en la ley no significaba exclusivamente destinado. Por último, llama la atención que el legislador no incluye todas las prestaciones, encontrando solo las interpretaciones o ejecuciones, que acentúa la sensación de que este apartado ha sido redactado independientemente y sin ninguna relación con el resto del artículo.

Por otro lado en el apartado 5 del artículo 270, se amplía la protección de estos dispositivos que protegen obras objeto de Derechos de Propiedad Intelectual, ya que como podemos observar incluye dos innovaciones:

- En el apartado c) se castiga al que facilite o favorezca la conducta tipificada en el tipo básico, o la relativa a las webs de enlaces, eliminando o modificando las medidas tecnológicas destinadas a impedir o restringir la vulneración de sus derechos. Diversas incógnitas se plantean sobre este apartado, como la interpretación de ``facilite o favorezca`` como una idoneidad objetiva de la conducta o como

⁶⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Derecho Penal e Internet, op. cit. págs. 81-82.

⁶⁶ SAP de Madrid 373/2012.

resultado típico⁶⁷. Según la Circular de la Fiscalía 8/2015 se decanta por la segunda. De todas maneras pueden surgir dudas sobre qué actividades se están castigando, ya que puede entrar en conflicto con el tipo analizado anteriormente.

- En el apartado d) castiga el que se eluda o facilite eludir las medidas tecnológicas dispuestas para evitar las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual, para facilitar el acceso a terceros a estas obras si existiera un ánimo de obtener un lucro directo o indirecto. Este precepto se ha interpretado en el sentido que busca castigar conductas como los vídeos con información destinada a enseñar a los usuarios a vulnerar estas medidas de protección⁶⁸.

Por tanto la reforma operada por la L.O. 1/2015 añade estos tipos sobre los que puede existir cierta confusión al delimitarlos. De ellos el más fácil de separar es el establecido en el apartado 5.c), ya que se estaría castigando solo el transmitir información relativa a la vulneración de estos dispositivos. Para diferenciar los artículos 270.6 y el 270.5.c) habría que entender el segundo como la penalización que se le impondría a aquel que realice la conducta que desprotege las obras, mientras que el primero al que realiza cualquiera de las actividades descritas en referencia a un dispositivo que permite esta desprotección.

Si bien parecen fácilmente distinguibles en la teoría, cabría preguntarse lo que ocurriría en la práctica si, por ejemplo, alguien cobrara por eliminar la protección de un determinado programa informático y para ello nos instalara uno de los denominados *cracks* para saltar dicho obstáculo. En el caso de que se le detuviera podría estar cometiendo a la vez los delitos del 270.5.c) y del 270.6 por la misma acción y el mismo resultado sobre el mismo bien jurídico. Se podría entender que estamos ante un concurso medial del artículo 77 del CP, pero también habría que considerar que dentro de la conducta del apartado 5.c), el tener el *crack* está incluido en el mismo formando todo parte del mismo hecho, y por tanto se subsumiría, como prevé el artículo 8 del CP;

⁶⁷ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Delitos contra la Propiedad Intelectual, op. cit. pág. 888.

⁶⁸ Ibídem pág. 889.

ya que mediante este instrumento, es la única forma de llevar a cabo la conducta (y en general para eliminar cualquier protección tecnológica necesitaremos algún medio concebido, producido, adaptado o realizado para hacerlo) y ya se venía considerando el actual apartado 6 del artículo 270 como actos preparatorios⁶⁹. En este sentido existían posturas jurisprudenciales que consideraban esta subsunción en el caso de que coincidieran el tipo básico del 270 del CP con el del 270.6 (en ese momento 270.3), por ejemplo cuando se trataba el caso de un web que ofrecía programas y *cracks* para estos por otro lado, y fue considerado una conducta unitaria, sancionable solo mediante el tipo básico⁷⁰.

Esta segunda interpretación, si bien es lógica y conforme a derecho, nos llevaría a un resultado ilógico, en el momento de aplicar la pena, ya que para facilitar la vulneración de los derechos de propiedad intelectual eliminando la protección, el legislador ha previsto una pena menos grave para esta conducta, en la que se remite a las mismas de los apartados anteriores, que son los previstos para la venta ambulante, por lo que podría sancionarse con multa o servicios a la comunidad; mientras que la conducta consistente en la tenencia del medio para conseguir lo anterior se castiga con pena de cárcel de 6 meses a 3 años. Aunque sobre la pena del 270.6 CP ya existían dudas sobre su proporcionalidad⁷¹.

2.2.- Tipo agravado: artículo 271.

En cuanto al tipo agravado se mantiene igual salvo un par de modificaciones, como la pena que se aumenta, pero continúa la existencia de 4 supuestos:

- La especial trascendencia del beneficio económico: sufre un cambio que posibilita su aplicación a más supuestos, ya que anteriormente solo se atendía al que se hubiera obtenido. Con la reforma también se atenderá al que se hubiera

⁶⁹ LATORRE LATORRE, V., Protección Penal del Derecho de autor, op. cit. págs. 183-184.

⁷⁰ SAP de Barcelona 98/2008 de 29 de enero.

⁷¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Derecho Penal e Internet, op. cit. pág. 81.

podido obtener. No podemos saber cómo se concretará en el ámbito de las vulneraciones por Internet, ya que el beneficio obtenido puede cuantificarse sin mucha dificultad, pero el que se hubiera podido obtener es extremadamente indeterminado, e imposible de concretarse. Solo podría tener una aplicación lógica en el caso de falsificaciones que aún no se hayan vendido, en la que si se podría obtener un valor estimado de los beneficios que se generarían por la venta del género incautado.

- La especial gravedad de los hechos: anteriormente se valoraba en atención al valor de lo producido ilícitamente y a la especial importancia de los perjuicios ocasionados, lo que hacía que se cuantificara en atención a lo obtenido indebidamente⁷². Con la reforma se añaden otros supuestos como el número de obras producidas, aunque no se puede considerar esto como innovación ya que la jurisprudencia lo entendía como un parámetro relevante anteriormente⁷³. Encontramos en algunas sentencias criterios para poder interpretar cuando se dará la especial gravedad en resoluciones de la Audiencia Nacional⁷⁴, en la cual atendiendo a la interpretación del Tribunal Supremo de este concepto en referencia a los delitos de estafa y apropiación indebida, usándose como márgenes entre 36.000 y 50.000€ de beneficios, en este caso por publicidad. También en dicho órgano judicial usa como criterio valorativo el número de visitas que tiene la web en la que se vulneraban derechos de Propiedad Intelectual.
- Pertenencia a una organización u asociación para realizar actividades infractoras: este precepto no ha sufrido cambios con la última reforma. Cabe destacar que en el ámbito de Internet, para llevar a cabo algunas actividades típicas es necesario una mínima organización para llevar a cabo el tipo, pero en este caso, a la conducta se le pueden aplicar el citado tipo agravado o el 570.ter, que tipifica varias conductas con respecto a las organizaciones criminales. Este

⁷² SIMÓN ALTABA, M., La extraña pareja: la difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal, op. cit. pág. 219.

⁷³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., Delitos contra la Propiedad Intelectual, op. cit. pág. 890.

⁷⁴ Como en la SAN 6/2015 de 5 de marzo.

conflicto ha sido resuelto por la jurisprudencia⁷⁵, considerando que según las reglas establecidas en el artículo 570. quater, que invierte las reglas del 8 del CP para que en vez de condenarse por el tipo específico preferentemente, se aplique aquel que prevea una pena más grave, que en este caso se trata del que pena la organización criminal. Eso sí, hay resoluciones en las que se condena a los acusados también por el artículo 271 (pena agravada), aunque por la gravedad de los hechos, por lo que si se hubiera aplicado preferentemente el tipo agravado, solo se le hubiera condenado por un delito, ya que este no prevé un endurecimiento de la pena si concurren varias de las circunstancias.

- Uso de menores de 18 años: en apartado no es modificado, aunque tampoco resulta muy relevante en el caso de la infracción de derechos de Propiedad Intelectual a través de Internet.

2.3.- Artículo 272 CP y la remisión a la LPI.

El último artículo referido a la protección de la propiedad intelectual, regula en primer lugar, las medidas para el cese de la actividad ilícita y la indemnización. Para ello se remite simplemente a la Ley de Propiedad Intelectual, encontrándolo en los artículos 139 y 140. El primero regula una serie de actividades destinadas al cese de la actividad, como la suspensión de los servicios de Internet. Algunas de estas medidas ya están reguladas en el propio Código Penal, por lo que su aplicación sería subsidiaria con respecto a lo dispuesto en la legislación penal⁷⁶. Por otro lado, el 140 de la LPI regula la indemnización estableciendo dos criterios para su cuantificación, las consecuencias económicas que sufra el perjudicado y el beneficio obtenido por el infractor por un lado, y por otro lo que hubiera recibido el ofendido si el infractor hubiera pedido autorización. Las normas relativas a la indemnización requieren que se pruebe el perjuicio económico producido, lo cual lleva a problemas de valoración, ya que, sobre todo en el caso de vulneraciones por Internet, no se pueden extrapolar las infracciones producidas al lucro cesante real, lo que lleva a resoluciones en las que se consideran que la aplicación del

⁷⁵ SAN 6/2015 de 5 de marzo.

⁷⁶ LATORRE LATORRE, V. Protección Penal del Derecho de autor, op. cit. pág. 415.

cálculo basado en los ingresos que hubieran generado si hubiese sido acorde con la legalidad no eran realistas, ni responden a una ganancia que realmente se pudiera haber dejado de obtener⁷⁷. Pero también podemos encontrar lo contrario en otras⁷⁸, en las que se valora la indemnización como un porcentaje del valor de los discos descargados en la relación con las visitas a la página, lo cual era superior al beneficio que se había demostrado que se había obtenido.

Por último el tipo finaliza con la posibilidad de que el juez ordene publicar en el periódico la sentencia condenatoria, establecido como algo potestativo en dicho artículo, pero obligatorio en el 288 del CP. Con respecto a esta discrepancia, se ha de aplicar el 272 por ser el específico para delitos contra la propiedad intelectual⁷⁹. Además así lo han entendido los tribunales en resoluciones en las que razonan específicamente habría que publicarla o no, no haciéndolo en algunos casos⁸⁰, pero además en las otras resoluciones mencionadas en este trabajo, ni se plantea la publicación en periódicos, por lo que hay que entender que tiene carácter potestativo.

⁷⁷SAP de Alicante 302/2014 de 3 de junio de 2014.

⁷⁸SJP de Castellón de la Plana de 453/2013, ratificada en la SAP de Castellón 426/2014.

⁷⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., Derecho Penal e Internet, op. cit. pág. 84.

⁸⁰ SAP de Madrid 74/2006 de 22 de febrero (decide no publicar) o la SAP de Asturias 76/2003 de 8 de abril (decide publicar).

3.- CONCLUSIÓN.

Podemos ver que la reforma operada por la L.O. 1/2015, con respecto los delitos contra los derechos de Propiedad Intelectual está destinada a ampliar el ámbito de las conductas punibles, saltándose el principio de intervención mínima del Derecho Penal, considerando el legislador que este es el tipo de respuesta adecuada. El caso más absurdo de esta expansión penal es el de la Sección Segunda de la Comisión de la Propiedad Intelectual, que ha visto invadidas sus competencias por la legislación penal en sus primeros años de vida.

También es criticable la escasa técnica legislativa que tiene lo reformado, en la que parece prevalecer el hacer las conductas lo más amplias posibles antes que la claridad del texto. Esto produce párrafos profundamente farragosos, como el 270.2, que castiga las webs de enlace; repeticiones de conceptos, como en el 270.1 cuando añade todas las prestaciones pero mantiene la interpretación y ejecución pese a estar incluidas en el concepto anterior; e incluso llega a haber apartados con un contenido similar, como dentro del artículo 270 con respecto a los medios técnicos que protegen la propiedad intelectual. Aunque hay que reconocer como acierto el incluir interpretaciones creadas por la jurisprudencia que por seguridad jurídica se añaden al artículo, como el caso del añadir el ánimo de lucro al artículo 270.6.

Pero la cuestión más importante a mi juicio, es si realmente servirá para algo la reforma. Es difícil saber si servirá para acabar con las páginas webs de enlaces infractoras, ya que como pudimos ver, el legislador tuvo que dejar una puerta abierta a algunas páginas que pueden realizar esta actividad involuntariamente, como Google, brecha legal por las que los infractores se podrán abrir camino. Y si se hace otra reforma probablemente tenga el mismo resultado porque siempre habrá que evitar que entren dentro del tipo páginas como la mencionada, por lo que salvo que se apliquen políticas lúdicas, como ilegalizar cualquier buscador que enlace con contenido protegido, estaremos ante el juego del gato y el ratón, entre el legislador y los infractores.

Por otro lado, dentro de Internet, la relevancia de esta modificación es mínima, ya que es obvio que solo afecta a España, por lo tanto se podrá seguir descargando contenido protegido en webs extranjeras las cuales dudamos que decidan cerrar, sobre todo teniendo en cuenta que solo con la publicidad se pueden conseguir unos

importantes beneficios. Por tanto la protección penal de la Propiedad Intelectual más efectiva será internacional o no será, cuestión en la que somos pesimistas, ya que dudamos que se consiga semejante unanimidad, que no se ha conseguido para problemas más importantes como la evasión fiscal, salvo presión extraordinaria de los lobbies de la Propiedad Intelectual.

En conclusión, pese a ampliar los límites punibles, la reforma no deja de ser un intento del legislador de tapar el sol con un dedo, que si bien provocará el cierre de algunas webs, seguirá existiendo gran cantidad de contenido que vulnere los derechos de Propiedad Intelectual en Internet, ya que como sentenciaba Michael Crichton en una de sus novelas `` *Porque la historia de la evolución es que la vida escapa a todas las barreras. La vida evade los encierros. La vida se expande a nuevos territorios.*''

4.- IMPLICACIONES PRÁCTICAS.

En cuanto a la relevancia práctica de este texto para el ejercicio de la abogacía, en él se puede encontrar una posible interpretación de la nueva redacción de los artículos que protegen los derechos de Propiedad Intelectual, a partir del estudio de la jurisprudencia anterior y la tramitación de la L.O. 1/2015, además de los primeros estudios doctrinales que se han creado sobre esa reforma.

Hay numerosas innovaciones de estos artículos, que debido a su farragosa redacción es imposible prever como se aplicaran en el futuro, como el caso del artículo 270.2 relativo a la persecución de las webs de enlace, que sin conocimientos técnicos específicos de informática probablemente sea difícil de descifrar, por lo que todo dependerá de si es posible trasladarle al juez la idea adecuada dependiendo del lado que toque defender a cada uno. Un caso claro de esta cuestión es la batalla judicial que está llevando actualmente Telecinco contra YouTube, en la que la primera reclama a la segunda la eliminación de todo el material audiovisual suyo. Por ahora YouTube ha ganado en primera y segunda instancia, pero el caso se encuentra recurrido ante el

Tribunal Supremo⁸¹ y seguramente la resolución dictada marcará cómo será el futuro de la Propiedad Intelectual en Internet en nuestro país.

Para finalizar hay que tener en cuenta que la actual reforma deja la puerta abierta a que las personas que intervengan en el proceso judicial le vayan dando forma a la interpretación de los nuevos artículos, en los que los abogados tomarán un papel muy importante, ya que sobre sus hombros cae el peso de tener que buscar los argumentos necesarios para se cree una jurisprudencia adecuada a los intereses que ellos defiendan.

⁸¹ Las sentencias son: SJM n°7 de Madrid 289/2010 de 20 de septiembre y SAP de Madrid 11/2014 de 14 de enero. Por otro lado el Auto del Tribunal Supremo 84/2015 de 21 de enero admitió el recurso de casación.

5.- BIBLIOGRAFÍA.

CARBAJO CASCÓN, F., Aspectos sustantivos del procedimiento administrativo para la salvaguarda de derechos de propiedad intelectual en internet, IDP: revista de Internet, derecho y política, nº 15, 2012.

DOLZ LAGO, M. J. El marco legal de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el Derecho español, europeo e internacional, Anuario de derecho penal y ciencias penales, 2011.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. Derecho Penal e Internet, Lex Nova, 1º edición 2011.

GARCÍA ARÁN, M., Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal, Estudios Penales Vol. XVI, 1993.

GARCÍA ROSAURO, G., La aplicación del Código Penal de 1928 en la provincia de Murcia, Murgetana, número 126, año 2012.

GÓMEZ RIVERO, M. C., Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales, Tirant lo Blanch, 1º edición, 2012.

LATORRE LATORRE, V., Protección Penal del Derecho de autor, Tirant lo Blanch, 2º edición, 2013.

LÓPEZ JIMÉNEZ, D., Nuevos paradigmas para la propiedad intelectual en la era tecnológica: las denominadas licencias libres, Meritum, vol. 8, nº2, 2013.

MATA Y MARTÍN, R. M. (director), La Propiedad Intelectual en la Era Digital, Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet, La Ley, 1º edición, 2011.

NIÑO HERNÁNDEZ, F. P., Responsabilidad de los prestadores de servicios de Intermediación por las infracciones al derecho de autor cometidas por usuarios.

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, 2008.

RANDO CASERMEIRO, P., La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 17, 2015.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A., Administración pública, propiedad intelectual e internet, Periférica: Revista para el análisis de la cultura y el territorio, Nº15, 2014.

SIMÓN ALTABA, M., La extraña pareja: la difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal, Cuaderno electrónico de estudios jurídicos, Número 2, junio 2014.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA C., Delitos contra la Propiedad Intelectual, Comentarios a la reforma del Código Penal, Tirant lo Blanch 2015.

VIZCARRA PADILLA, A., Autoría y obras huérfanas, Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, Nº 78, 2009.

VVAA, Reforma de la Propiedad Intelectual por la Ley 21/2014, Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2, 2014.