

ILÍCITOS CIVILES Y PENALES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET

ALBERTO RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO
NICOLÁS BERGARECHE MENDOZA
Abogados ()*

1 · INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual se plantea el desafío de tratar de controlar aquello que es intangible, inaprensible por su propia naturaleza, como son las manifestaciones creativas del intelecto. Ese reto histórico nunca, hasta fechas muy recientes, se había demostrado tan complejo. La razón de ello es que en ningún periodo de la historia ha sido tan fácil y rápido como lo es en nuestros días copiar y diseminar por todo el mundo cualquier tipo de obra del ingenio. De ello es responsable el espectacular desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, cuya trascendencia económica, social y cultural es de tal magnitud que ha dado lugar a lo que hoy se conoce —quizás aún de forma algo prematura— como la sociedad de la información y del conocimiento.

El fenómeno de la digitalización, por el que cualquier realidad tangible puede ser replicada de forma exacta a partir de unos y ceros, y el desarrollo

vertiginoso de una red informática mundial capaz de conectar entre sí todos los rincones del planeta, constituyen, en efecto, una combinación revolucionaria en muchos ámbitos. Uno de ellos es, sin lugar a dudas, el de la propiedad intelectual donde, al tiempo que los creadores y los emprendedores del ocio y la cultura encuentran nuevas y atractivas fórmulas de crear y de explotar sus obras en un mercado global y digital, también surgen nuevas formas de vulnerar la propiedad intelectual que resultan extraordinariamente difíciles de perseguir.

Esas dificultades no sólo se derivan de las propias herramientas que proporciona la tecnología, sino también de las implicaciones que ésta tiene en aspectos tales como la definición de la responsabilidad que ha de atribuirse a los intermediarios que prestan servicios de la sociedad de la información, las cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad y la protección de los datos personales, y en general la búsqueda de un equilibrio adecuado entre la protección de los titulares de derechos de propiedad intelectual y el desarrollo de la tecnología, ambos considerados como valores especialmente dignos de protección por su importancia para el conjunto de la sociedad.

Mientras se suscita un acalorado debate que implica a titulares de derechos, empresas del sector de la tecnología de la información y de las comunicaciones, proveedores de servicios de la sociedad de la información, organizaciones de consumidores, colectivos de internautas y pensadores de todo signo, sobre el papel que han de desempeñar la propiedad intelectual y la tecnología en nuestra sociedad, el legislador se ha visto últimamente en la necesidad de arbitrar soluciones normativas que

(*) De los Departamentos de Derecho Público y Procesal (Área Penal) y de Comunicación Salud, y Derecho Industrial (Área de Comunicación, Tecnología y Ocio) respectivamente de Uría Menéndez (Madrid)

sean capaces de atender la problemática concreta de la infracción de derechos de propiedad intelectual a través de Internet y de las nuevas tecnologías.

En el caso español, esas soluciones se han materializado en el doble plano de la normativa civil y penal sobre propiedad intelectual. Entre ellas cabe destacar, en el ámbito civil, la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual¹ («LPI») mediante la reciente Ley 23/2006², que vino a transponer —con notable retraso— la Directiva 2001/29/CE³ y, en el ámbito penal, la reforma del Código Penal a través de la Ley Orgánica 15/2003⁴. Ambas reformas han tratado de adaptar las normas básicas en materia civil y penal sobre propiedad intelectual a los nuevos retos del entorno digital y han pretendido dar respuesta a las conductas infractoras que en ese entorno han proliferado en los últimos tiempos.

A lo largo del presente artículo se tratan diversos aspectos que consideramos relevantes en relación con la regulación de los ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual, sirviéndonos para ello de algunas experiencias judiciales recientes en esta materia, para lo cual hemos dedicado particular atención a los ilícitos que tienen lugar en Internet.

2 · PROPIEDAD INTELECTUAL E ILÍCITOS CIVILES

La propiedad intelectual, entendida como el sistema jurídico de protección de los autores y de las personas físicas o jurídicas que participan o contribuyen al fenómeno de la creación y difusión de las obras del ingenio (artistas, productores musicales y audiovisuales, organismos de radiodifusión, etc.), se fundamenta en el reconocimiento de una serie de

derechos que confieren a sus titulares un monopolio temporal de explotación de la obra o prestación protegida⁵, así como, en el caso de los autores y artistas, determinados derechos de carácter moral dirigidos a proteger la dimensión espiritual o personalísima que en ocasiones comporta la actividad creativa.

En el plano estrictamente patrimonial, y dejando al margen la controvertida figura de los derechos de simple remuneración, los derechos de propiedad intelectual se caracterizan por su naturaleza de *ius prohibendi*, de auténtica exclusiva temporal que permite al titular disponer de la obra o prestación protegida a su discreción y, en consecuencia, autorizar o prohibir a terceros su explotación en cualquier forma. Mediante el reconocimiento de este monopolio de explotación limitado en el tiempo, se pretende asegurar a los titulares de derechos la posibilidad de obtener un rendimiento económico que recompense adecuadamente su esfuerzo creativo. Ello supone, además, un incentivo en muchos casos indispensable para fomentar la inversión de tiempo, capital y esfuerzo intelectual en la creación de obras y prestaciones que, en mayor o menor medida, aprovechan a la sociedad en su conjunto.

La clasificación de los derechos de explotación que se establece en los artículos 17 y siguientes de la LPI es abierta, según se deduce del tenor literal del citado artículo. Ello significa que, a pesar de la extraordinaria amplitud de los actos de explotación que quedan cubiertos bajo el conjunto de categorías legalmente definidas (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición del público mediante transmisiones interactivas a la carta y transformación de la obra), el poder exclusivo de disposición del autor se extiende a cualquier otra forma de explotación comercial de la obra que quepa concebir.

Al concepto de *derechos de explotación* hay que sumar, por otra parte, el de las *modalidades de explotación*, que es distinto y complementario del anterior, tal como se desprende del artículo 43 de la LPI. Así, si tomamos como ejemplo el derecho exclusivo

1 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. Esta norma ha sido objeto de diversas reformas, entre las que cabe destacar las efectuadas por las leyes 19/2006 y 23/2006, mediante las cuales se han incorporado al ordenamiento jurídico español, respectivamente, las Directivas 2004/48/CE y 2001/29/CE.]

2 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.]

3 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. Esta directiva fue tardíamente incorporada al ordenamiento español mediante la anteriormente citada Ley 23/2006.]

4 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.]

5 El legislador comunitario ha acuñado el concepto de prestación protegida para referirse a aquellos bienes inmateriales, distintos de las obras, sobre los que recaen los llamados derechos afines a los derechos de autor. Son prestaciones protegidas las actuaciones o interpretaciones artísticas, las grabaciones audiovisuales, los fonogramas, las emisiones de los organismos de radiodifusión, las meras fotografías y determinadas producciones editoriales.]

de comunicación pública de una obra audiovisual (esto es, el derecho a explotar la obra audiovisual de tal manera que una pluralidad de personas pueda acceder a ella sin necesidad de distribuir ejemplares de la obra), son múltiples las modalidades de explotación que tienen acomodo en esa categoría. La emisión de la obra por televisión, su exhibición en salas cinematográficas, su transmisión por cable o su puesta a disposición del público a través de Internet son cuatro ejemplos de las distintas modalidades de explotación que integran el contenido del derecho de comunicación pública de los autores de la obra audiovisual.

Pues bien, las combinaciones de ambos elementos—derechos y modalidades de explotación— son tan variadas como lo es la categorización de los ilícitos civiles contra la propiedad intelectual. En efecto, para que exista un ilícito basta que se lleve a cabo un acto de explotación de la obra o prestación protegida sin contar con la preceptiva autorización de los titulares de derechos de explotación ni con el amparo de alguno de los límites que, respecto de tales derechos, establecen los artículos 31 a 40 de la LPI. Por otra parte, la concurrencia de dolo o culpa es irrelevante a los efectos de la tipificación de una conducta como constitutiva de un ilícito civil contra la propiedad intelectual; basta con la objetiva comisión de la infracción, aspecto éste en el que el ámbito civil de tutela de la propiedad intelectual es sustancialmente distinto del ámbito penal, como más adelante veremos.

3 · ILÍCITOS CIVILES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET

Como indicábamos en la introducción, el desarrollo tecnológico y, muy en particular, el desarrollo de Internet, ha supuesto una auténtica revolución en el ámbito de la propiedad intelectual. La red informática mundial está transformando radicalmente los modelos de explotación tradicional de los bienes inmateriales (música, audiovisual y *software*, principalmente), pero al tiempo que abre vías hasta hace muy poco insospechadas para la difusión de la cultura y el conocimiento, también pone toda suerte de obstáculos en el camino de su explotación comercial, dificultando extraordinariamente el ejercicio del control sobre la obra o prestación protegida por parte de los titulares de derechos. En las próximas líneas trataremos de abordar muy someramente y sin afán sistemático algunos aspectos de los ilícitos civiles contra la propiedad intelectual a través de tres recientes ejemplos extraídos de

la crónica de los tribunales que tienen un escenario común: Internet.

(i) Explotación no autorizada de obras literarias a través de bibliotecas digitales

La Audiencia Provincial de Alicante confirmó el pasado 9 de enero de 2007 la condena impuesta el 14 de julio de 2006 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante a la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes y a la Universidad de Alicante como consecuencia de haber explotado en Internet una obra de investigación de carácter especializado sin contar con la preceptiva autorización de su propietario exclusivo, la Editorial Reus. A través del sitio de Internet www.cervantesvirtual.com, las demandadas permitieron a los usuarios acceder libre y gratuitamente a la obra literaria e incluso descargarla en la memoria de sus ordenadores personales. Ambas sentencias son interesantes por varios motivos, entre los que destaca la calificación del ilícito civil, la argumentación en torno a las defensas aducidas por las demandadas y, sobre todo, el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios.

Según las sentencias de instancia y de apelación, el ilícito cometido por las demandadas consistió en la reproducción, distribución y comunicación pública no autorizadas de la obra literaria propiedad de Editorial Reus. A nuestro juicio, la calificación del ilícito no es del todo correcta puesto que la actividad desarrollada por las demandadas se ciñó a la realización de actos de reproducción (en primer lugar, la digitalización de la obra literaria y, en segundo, su incorporación a una base de datos digital accesible a través de Internet) y de comunicación pública (artículo 20.2, apartados i) y j) de la LPI), sin que quepa hablar de actos de distribución.

El derecho de distribución, definido en el artículo 19 de la LPI, se refiere a la puesta a disposición del público de *soportes tangibles*, lo cual excluye la transmisión de obras a través de ficheros digitales, cuya intangibilidad conduce a la calificación de su transmisión en línea como un acto de comunicación pública o, más concretamente, de puesta a disposición del público (artículo 20.2. i) de la LPI). Ciertamente es que la referencia expresa a soportes tangibles en relación con el derecho de distribución se introdujo en la LPI mediante la Ley 23/2006, que no resultaba de aplicación a los hechos, pero también lo es que la Directiva 2001/29/CE ya establecía en su Considerando 28 esa precisión y que, en virtud

de la doctrina jurisprudencial de la interpretación conforme, los jueces nacionales debían interpretar el artículo. 19 de la LPI en el sentido de la citada directiva, aun a pesar de encontrarse ésta pendiente de transposición.

Por lo que respecta a las defensas aducidas por las demandadas hay que destacar, en primer lugar, aquella que se refiere al carácter gratuito de la explotación realizada en el marco de la actividad de una biblioteca virtual sin ánimo de lucro y, en segundo, la relativa a la calificación de la obra literaria en cuestión como descatalogada, lo que supuestamente impidió a las demandadas identificar al titular de los derechos para solicitar la necesaria autorización. Sobre la primera de esas defensas, ambas sentencias son tajantes al rechazar la naturaleza no lucrativa de la infracción y la función social que desempeña el infractor como circunstancias que impiden calificar la infracción como un ilícito o que atenuan la responsabilidad del infractor. En cuanto a la segunda, la sentencia dictada en la instancia pone de manifiesto la exigibilidad de una cierta diligencia en la comprobación de la identidad del titular de derechos cuya obra se desea explotar. Al parecer las demandadas pudieron haber constatado, a través de una consulta en el registro ISBN, que Editorial Reus era la propietaria de la obra⁶ que explotaron sin autorización, de manera que no podía calificarse dicha obra como descatalogada.

⁶ Una cuestión que solamente podemos dejar aquí apuntada, por razones de extensión, es la relativa al alcance de los derechos de que disponía Editorial Reus sobre la obra. Según la sentencia de instancia, Editorial Reus figura inscrita como propietaria de esa obra en el registro ISBN desde 1972. Por otra parte, se menciona también que en octubre de 2004 —con posterioridad a los hechos que dieron lugar a la litis— celebró un nuevo contrato editorial con los herederos del autor. La cuestión que se plantea es si, habiendo celebrado un contrato editorial con el autor en los años 70, época en que no existía Internet, se puede considerar que Editorial Reus era titular de los derechos de explotación de la obra en el entorno digital (en parecido sentido, cabe preguntarse si el autor de la obra pudo ceder al editor un derecho, el de puesta a disposición, que el ordenamiento no le reconocía en el momento de la cesión, lo cual parece más que discutible). No disponemos de información suficiente sobre las relaciones contractuales entre el autor (y sus herederos) y el editor como para emitir una opinión al respecto pero dejamos apuntada esta cuestión por incidir en uno de los problemas que habitualmente plantean las cesiones de derechos otorgadas antes del advenimiento de la sociedad de la información. Sobre la problemática apuntada, resulta de especial interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) de 28 de noviembre de 2005.]

Por último, este caso refleja la problemática específica que plantean los ilícitos cometidos en Internet en lo que respecta a la fijación de la cuantía indemnizatoria. El art. 140.2 de la LPI permite al titular de derechos optar por una de dos modalidades posibles para la fijación de la indemnización por los daños y perjuicios sufridos. La primera de ellas se basa en las consecuencias económicas negativas provocadas por la infracción, lo que incluye tanto la pérdida de beneficios del perjudicado como el enriquecimiento injusto del infractor. La segunda, tradicionalmente denominada como regalía hipotética, consiste en la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado de haber autorizado la explotación de la obra. Ambos criterios presentan rasgos de indefinición que se acentúan en el contexto de la explotación en línea.

En el caso que nos ocupa, la demandante optó por el criterio de la regalía hipotética. El problema que ello planteaba era, en primer lugar, la imposibilidad de conocer cuánto hubieran tenido que pagar las demandadas de haberles sido autorizada la explotación de la obra literaria, ya que Editorial Reus no explotaba esa concreta obra en Internet, sino solamente en forma de libro. La Audiencia Provincial consideró adecuado tomar como referencia los criterios de remuneración aplicados por la Editorial Reus para la explotación por Internet de sus revistas jurídicas, producto que es claramente distinto del que era objeto del debate, lo cual suscita las primeras dudas.

Por otra parte, un problema adicional al que hubo de hacer frente el Tribunal se refiere a la distinción entre aquellas consultas que se realizaron sin copia de la obra en el terminal del usuario y aquellas otras que sí dieron lugar a una copia permanente por parte del usuario. El Tribunal conocía el número de consultas que se habían realizado de la obra pero no podía conocer el dato de las copias realizadas por los usuarios, dato que sin duda tenía relevancia para cuantificar el daño realmente causado al propietario de la obra, ya que las copias permanentes efectuadas por los usuarios eliminaban en todo caso la necesidad de adquirir el libro, efecto que no es predicable necesariamente de las meras consultas puntuales.

Para determinar el número de copias de la obra que había hecho posible la infracción cometida por las demandadas, se hizo necesario acudir a

conjeturas bien razonadas, pero en todo caso discutibles, tales como partir del número de consultas registradas por cada tomo de la obra y modular ese número en función del comportamiento que hubiera tenido el usuario en caso de haber tenido que pagar por acceder a la obra (se consideró, en este sentido, que las consultas/copias hubieran sido inferiores en caso de que el acceso a la obra hubiera estado sujeto al pago de un precio).

Por razones de extensión, no podemos analizar con mayor detalle esta cuestión pero sí podemos afirmar que, en nuestra opinión, aunque el criterio adoptado por el Tribunal es razonable, parte de una serie de premisas que podrían ser erróneas, tales como considerar que las demandadas hubieran trasladado al usuario el coste íntegro de la licencia que hubieran obtenido de Editorial Reus (conviene recordar que la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes se basa, como regla general, en la gratuidad del acceso a sus fondos, de manera que podría pensarse en la asunción por ésta del coste de la licencia o, al menos, de una parte de ese coste, para mantener el acceso gratuito o a bajo precio por parte de sus usuarios). Todo ello pone de manifiesto las graves dificultades que puede plantear el cálculo de una indemnización por daños y perjuicios en el caso de ilícitos contra la propiedad intelectual cometidos en Internet.

(ii) Explotación no autorizada de fonogramas a través de un sitio de Internet

El 29 de septiembre de 2006, la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en el recurso de apelación interpuesto por la mercantil Mediamatch, S.L. contra la sentencia de primera instancia que estimó la demanda presentada por siete compañías discográficas cuyos fonogramas habían sido explotados sin autorización a través del sitio de Internet propiedad de la demandada. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial confirmó la condena basada en la infracción de los derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y, en contra del criterio mantenido por el juzgador de instancia, estimó asimismo las acciones de competencia desleal ejercitadas por las demandantes, que fueron acumuladas a las acciones basadas en la infracción de derechos de propiedad intelectual.

De esta sentencia interesa destacar, en primer lugar, la identificación de los derechos infringidos

por la demandada. Ésta había obtenido de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) una licencia de explotación en línea de obras musicales, que comprendía tanto la modalidad de *streaming* (escucha bajo demanda, sin posibilidad de copia) como de *downloading* (copia de la obra musical en la memoria del terminal del usuario). En consecuencia, los actos de explotación que llevaba a cabo a través de su sitio de Internet no infringían los derechos de los autores de las obras musicales puestas a disposición del público, ya que para ello contaba con una autorización no exclusiva concedida por una entidad de gestión colectiva de derechos de autor al amparo de lo dispuesto en el artículo 157.1.a) de la LPI.

Sin embargo, la demandada no contaba con las autorizaciones de los titulares de derechos afines cuyas prestaciones también explotaba, esto es, los productores de fonogramas y los artistas intérpretes cuyas actuaciones estaban fijadas en esos fonogramas⁷ En efecto, la demandada había digitalizado los fonogramas en una base de datos y los había puesto a disposición del público a cambio de precio, lo que no solamente implicaba un acto de explotación de las obras musicales fijadas en esos fonogramas, sino también de los propios fonogramas, en tanto que prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor, y de las interpretaciones artísticas fijadas en ellos, a las que la ley también protege.

Por otra parte, merece una mención especial el hecho de que el Tribunal considerara que los mismos hechos eran constitutivos no sólo de una infracción de derechos de propiedad intelectual, sino también de un ilícito concurrencial. La Audiencia Provincial entendió que, al comercializar los fonogramas, junto con copias de sus carátulas, a un precio inferior al coste de su equivalente en soporte CD, la demandada incurrió en un acto de competencia desleal de los tipificados en el artículo 15.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD). El citado precepto califica como desleal la conducta de quien se prevale en el mercado de una ventaja signifi-

⁷ La demanda fue entablada únicamente por los productores de fonogramas afectados y no por los artistas, seguramente como consecuencia de la cesión en exclusiva por los artistas a favor de los productores de los derechos sobre sus interpretaciones, práctica ésta que es habitual en el sector discográfico y que tiene su reflejo en la presunción de cesión en exclusiva que establece el art. 110 de la LPI.]

cativa competitiva adquirida mediante la infracción de normas. A juicio del Tribunal, la infracción de los derechos de propiedad intelectual de los productores demandantes constituyó una infracción de normas que permitió a la demandada vender el mismo producto, en formato digital, a un precio muy inferior al de sus competidores, afectando de este modo a la concurrencia en el mercado.

La tesis sostenida por el Tribunal se aparta de la que, en un supuesto análogo, mantuvo la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1.^a), en sentencia de 1 septiembre de 2004, donde se argumentó que no pueden tener la consideración de normas jurídicas, a los efectos de la aplicación del artículo 15 LCD, «*aquellas que determinan el contenido y ámbito de los derechos subjetivos conferidos por el ordenamiento a los particulares, y en especial, los que constituyen la protección jurídica de la propiedad industrial e intelectual*». La razón para excluir de la aplicación del art. 15 LCD a las normas que reconocen derechos de propiedad intelectual consiste, según la citada sentencia (que recoge en este punto casi de forma literal las tesis de J. MASSAGUER⁸), en que la violación del derecho subjetivo afecta de modo inmediato a la esfera individual del titular, por lo que corresponde a éste defender su derecho recurriendo a las acciones que el ordenamiento le reconoce específicamente (acciones reguladas, en este caso, en la LPI), «*sin que pueda estimarse que la infracción de derechos subjetivos tenga consecuencias sobre la estructura y formación de las relaciones económicas en el mercado que justifican y explican la deslealtad de la violación de normas*».

(iii) Intercambio de ficheros entre particulares a través de correo electrónico y chats

El Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander dictó el pasado 14 de julio de 2006 sentencia absolutoria en un procedimiento seguido contra un particular que había sido acusado de cometer un delito continuado contra la propiedad intelectual consistente en ofrecer e intercambiar gratuitamente fonogramas musicales con otros usuarios de Internet a través de varias cuentas de correo electrónico y de su participación en chats. En contra de la posición del Ministerio

Fiscal y de la acusación particular (constituida, entre otros, por asociaciones del sector fonográfico, videográfico y del *software* de entretenimiento) la Juez estimó que la conducta enjuiciada no constituía un delito por no concurrir el elemento del ánimo de lucro que conforma el tipo penal. Sobre el concepto del ánimo de lucro en el ámbito de este tipo de delitos nos referiremos más adelante al analizar los ilícitos penales contra la propiedad intelectual.

En cualquier caso, la sentencia añade una manifestación que ha generado una notable polémica y que incide en aspectos de naturaleza civil, lo que suscita este breve comentario. Nos referimos a la tesis sostenida por la Juez acerca de que la conducta del acusado, consistente en compartir música protegida con otros usuarios de Internet, estaba amparada por el límite de copia privada regulado en el art. 31.2 LPI. Ese límite (de acuerdo con su redacción actual, fruto de la reforma introducida por la Ley 23/2006) ampara la realización de copias, por una persona física y para uso privado, de obras ya divulgadas a las que se haya accedido legalmente, siempre que la copia así realizada no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

La polémica suscitada por esta concreta manifestación de la sentencia responde a la extraordinaria preocupación de los titulares de derechos de propiedad intelectual por el fenómeno conocido como *peer-to-peer* o P2P, nombre que reciben determinados programas de ordenador, disponibles de forma gratuita en Internet, que permiten el intercambio de todo tipo de ficheros digitales entre particulares a través de la red. El P2P, aun siendo susceptible de usos irreprochables, es un instrumento habitualmente usado hoy en día para el intercambio masivo y gratuito de todo tipo de obras y prestaciones protegidas, lo que indudablemente afecta a la comercialización de esas mismas obras y prestaciones por parte de sus legítimos titulares.

Aunque la sentencia no enjuicia una conducta de intercambio de ficheros a través de un sistema P2P, sino de intercambios a través de correo electrónico y chats, la consideración de que el intercambio gratuito de música entre usuarios de Internet es una actividad amparada por el límite de copia privada podría trasladarse al ámbito del P2P, con el consiguiente efecto de convertir en lícita una actividad que está causando graves daños a la industria musical, audiovisual, del *software* y de los videojuegos, por poner algunos ejemplos.

8 MASSAGUER FUENTES, J., Comentario a la Ley de Competencia Desleal. Civitas, 1999. (Páginas 436 y 437.)

A nuestro juicio, la invocación del límite de copia privada para este tipo de actos sería incorrecta. En primer lugar, ni siquiera concurrirían los elementos de la definición legal de la copia privada. Y, por otra parte, interpretar el límite de copia privada de forma tal que quedaran amparadas este tipo de reproducciones resulta contrario al artículo 40 bis LPI, cláusula de cierre del sistema de límites a los derechos de autor en virtud de la cual no cabe interpretar los límites de forma tal que su aplicación vaya en detrimento de la explotación normal de las obras.

Decimos que no concurren los presupuestos para la aplicación del límite de copia privada porque las copias que se realizan en el marco de los intercambios de ficheros entre usuarios son, casi por regla general, objeto de una utilización colectiva y lucrativa. Es colectiva porque los sistemas P2P, por mucho que estén basados en la transmisión de ficheros directamente entre los terminales de los usuarios, se basan en la reciprocidad de los intercambios que se producen en el marco de una vasta comunidad de usuarios; los usuarios que descargan (copian) ficheros en la memoria de su ordenador, los ofrecen a su vez a otros usuarios, en un sistema en el que para poder descargar ficheros con mayor facilidad es preciso, además, compartir aquellos de los que uno dispone.

Por otra parte, no cabe duda de que hay un cierto grado de interés lucrativo en esta actividad, toda vez que los sistemas P2P permiten a los usuarios hacerse con verdaderas fonotecas y videotecas digitales sin desembolso económico alguno. En este sentido, entendemos que no puede equipararse el concepto de lucro que debe regir en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual al que resulta de aplicación en el ámbito civil para el límite de copia privada. Tiene pleno sentido que ese concepto sea más estrictamente aplicado allí donde entra en juego el Derecho penal, basado en el principio de intervención mínima, que en el ámbito de la copia privada, el cual no deja de ser un límite a un derecho subjetivo y, como tal, ha de ser interpretado de forma restrictiva.

Por lo demás, a nuestro juicio es irrelevante, a estos efectos, el hecho de que los intercambios de ficheros masivos entre usuarios se produzcan a través de cuentas de correo electrónico y no a través de sistemas P2P. Como el propio acusado manifestó, y así lo recoge la sentencia, su inten-

ción era la de hacerse con copias de productos que le interesaban bien a través de descargas en la red o bien mediante intercambios con otros usuarios a través de correo electrónico. Por el hecho de emplear una cuenta de correo particular, la copia no se convierte en privada si lo que subyace es una actividad de intercambios en masa donde el destino de lo que uno copia y ofrece a cambio es inevitablemente colectivo.

4 · PROPIEDAD INTELECTUAL E ILÍCITOS PENALES

Los delitos contra la propiedad intelectual se regulan en la Sección Primera, del Capítulo XI, del Título XIII del Libro II del Código Penal vigente de 1995, bajo la rúbrica «de los delitos relativos a la propiedad intelectual» (artículos 270 a 272). La regulación de estos delitos ha sido objeto de una importante reforma operada a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Dicha reforma trata de dar una respuesta penal más eficaz a las nuevas realidades sociales y delictivas que han surgido como consecuencia de los avances tecnológicos producidos en los últimos tiempos y a los ataques cada vez más extendidos frente a determinados bienes que son objeto de tutela penal y otros nuevos derechos que surgen también como consecuencia de esos avances tecnológicos.

Las novedades se refieren particularmente a la agravación de las penas previstas para los delitos contra la propiedad intelectual como medio para el fortalecimiento de la protección penal de esos derechos, a la mejora técnica de los tipos penales para su mejor acomodación a las nuevas realidades sociales y a la configuración de estos delitos como delitos de naturaleza pública, de manera que ya no es necesaria la denuncia previa del perjudicado u ofendido como requisito previo de procedibilidad para la persecución penal de dichos delitos que, en consecuencia, podrán ser perseguidos de oficio.

Analizamos a continuación cada uno de estos tipos penales.

4.1 · El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual se contiene en el artículo 270 del Código Penal

(i) Según el apartado primero de este precepto, en su redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, «será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses

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».

Aún cuando este delito, a diferencia de lo que ocurría en el Código Penal anterior, ya no se concibe hoy expresamente como un tipo penal en blanco, será necesario acudir a la legislación civil-mercantil que específicamente regula la materia (concretamente, la LPI) para la integración de los distintos elementos normativos del tipo básico.

El bien jurídico protegido en el tipo básico es la propiedad intelectual entendida como un derecho complejo de naturaleza mixta, de carácter personal o moral y patrimonial y el objeto material de la acción típica está constituido por «*la 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*» (según el artículo 10.1 de la LPI, «*son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*»).

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, salvo evidentemente el autor de la obra o los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados o sus cesionarios, quienes, en su caso, serán sujetos pasivos del correspondiente delito.

Las modalidades de conducta típica son cuatro:

- Reproducir en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, entendiéndose por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (artículo 18 LPI).
- Plagiar en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, lo que constituye el ataque más grave contra la propiedad intelectual ya que «*se suprime al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona más bien que la cosa, la que sufre*

el atentado perpetrado por el plagario, al ser aquella la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume según el alcance del fraude, cuya forma delictiva integra la más importante infracción al derecho de propiedad intelectual» (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984).

- Distribuir en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, entendiéndose por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (artículo 19 LPI).
- Comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, entendiéndose por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (artículo 20 LPI).

Se exige además que las distintas modalidades de conducta típica reseñadas se lleven a cabo sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, de manera que el consentimiento de dichos titulares convertiría la conducta en atípica.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, una de las novedades principales que la Ley Orgánica 10/95 introdujo en el tipo básico del delito contra la propiedad intelectual, respecto de la regulación contenida en el Código Penal anterior, es la exigencia de obrar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, de manera que cuando dicho ánimo no concurra el delito quedará excluido. Precisamente, en torno a la existencia o no de este ánimo es donde se suscitan algunas cuestiones interpretativas de relevancia, en relación con el límite de la copia privada como supuesto de exclusión de la ilicitud de las conductas realizadas sin la autorización del titular de los derechos (artículo 31.2 de la LPI).

La Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, se ha detenido en el análisis

de este elemento subjetivo del tipo, y concluye que el lucro exigido por el tipo penal del artículo 270 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 Tribunal Supremo tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio.

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 artículo 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 armonizado 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.

(ii) En el apartado segundo del artículo 270 del Código Penal, también modificado por la LO 15/2003, se castiga con «*la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los*

que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento».

A través de este precepto se tipifican una serie de conductas previas (exportación, almacenamiento e importación), encaminadas a la distribución de las obras, producciones o ejecuciones reseñadas, configurándose el tipo como un delito de peligro abstracto.

El legislador de 2003 ha separado claramente en el artículo 270.2 las conductas de exportación y almacenaje no autorizadas de las conductas de importación, las cuales se sancionan con independencia del carácter lícito o ilícito de los objetos, y ello para dar respuesta penal a las denominadas «*importaciones paralelas*» de productos lícitos. Esa regulación separada de ambas conductas (exportación y almacenaje por un lado e importaciones por otro) impide que puedan sancionarse en vía penal las exportaciones paralelas de objetos lícitos sin autorización del titular, pues lo contrario constituiría una interpretación extensiva y prohibida, por no resultar ajustada al principio de tipicidad.

(iii) En el apartado tercero del artículo 270 se castiga, también con la misma pena, «*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 los términos previstos en el apartado 1 de este artículo*».

Con ello, el legislador penal adelanta la barrera de protección penal, incriminando como delito determinadas conductas peligrosas (fabricación y puesta en circulación), incluso simples actos preparatorios (la mera tenencia de ciertos medios técnicos). La justificación de la ampliación de dicha protección penal debe buscarse en la realidad de los cada vez más extendidos y generalizados ataques contra los derechos de propiedad intelectual y la ineficacia de las barreras de protección establecidas frente a los sofisticados mecanismos de eliminación de esas protecciones utilizados por los autores de los delitos.

Ahora bien, la mera tenencia de medios aptos para suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos de protección de determinadas obras puede plantear problemas de legalidad de la conducta en relación con el límite de copia privada. Así por ejemplo, la conducta de quien habiendo adquirido un original de un DVD o CD, protegido por dispositivo técnico para evitar su reproducción y copiado, esté en posesión de un medio apto para eliminar o neutralizar dicha protección. Si dicha conducta se realiza exclusivamente al amparo del límite de copia privada, en los términos del artículo 31.1 de la LPI, no podrá considerarse tal posesión como penalmente relevante y, por consiguiente, incardinable en el artículo 270.3. No obstante, desde el punto de vista civil, esa misma conducta sí podría considerarse un ilícito, por ser contraria a lo dispuesto en el artículo 161 de la LPI.

En este sentido, en la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado se afirma que la conducta típica consistente en la tenencia de los medios específicamente destinados a la supresión o neutralización de los dispositivos de protección de las obras no puede considerarse en abstracto, sino en relación con el riesgo de lesión de los derechos de propiedad intelectual.

4.2 · En el artículo 271 se contemplan una serie de modalidades cualificadas del artículo anterior que se han ampliado con la LO 15/2003, a aquellos casos en que los autores pertenecieran a una organización que tuviese por finalidad realizar actividades vulneradoras de derechos de propiedad intelectual o cuando se utilizan en esas actividades a menores (recogiéndose de esta manera la experiencia real de la incorporación de la delincuencia organizada a esta clase de delitos)

Así, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- (i) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica (lo relevante es el buen negocio del autor del delito, con independencia de la cantidad de copias ilícitas o el valor de estas).
- (ii) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

(iii) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.

(iv) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.

4.3 · Finalmente, el artículo 273 del Código Penal remite a la legislación especial contenida en la LPI para la regulación de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos anteriores en lo que se refiere al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios

En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

Además, en estos delitos el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 129 del Código Penal (clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo, la disolución de la sociedad, asociación o fundación, la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años, la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años).

5 · ILÍCITOS PENALES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO DE INTERNET

El desarrollo tecnológico en el marco de la sociedad de la información ha dado lugar a la aparición en los últimos años de nuevas formas de lesión de los derechos de propiedad intelectual que se han extendido y generalizado de manera muy notable. Muchas de estas modalidades de actuación, lesivas de los derechos de autor, se producen mediante la utilización de nuevos medios telemáticos y, muy especialmente, a través de Internet (nos referimos particularmente a las prácticas consistentes en «bajar de la red» —reproducir— obras musicales o audiovisuales o las que consisten en compartir —poner a disposición— ficheros y fonogramas musicales a través de cuentas de correo electróni-

co). Tal es la frecuencia y generalización en la sociedad actual de esas prácticas ilícitas, que son muchas las preocupaciones y cuestiones que se han suscitado entre los titulares de dichos derechos y las entidades encargadas de su gestión, así como por parte de los usuarios de las nuevas tecnologías.

Más concretamente, lo que se plantea es la posible incardinación de esas prácticas en alguna de las modalidades de conducta típicas del artículo 270.1 del Código Penal (reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente) y, en su caso, qué personas o entidades serían responsables de dicho delito (los que ponen a disposición de terceros las obras que luego descargan de la red los usuarios, los propios usuarios que las obtienen sin pagar nada a cambio, o los proveedores de servicios en cuyas páginas se da alojamiento a dichas obras).

A la hora de analizar el eventual encaje de estas prácticas en el tipo básico del artículo 270.1 del Código Penal, hay que detenerse muy especialmente en el examen del elemento subjetivo del delito, esto es, el ánimo de lucro que debe concurrir en la conducta del sujeto activo.

Y si como antes hemos señalado, el ánimo de lucro en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual debe ser entendido exclusivamente como ánimo de lucro comercial o industrial, todas aquellas conductas en las que no esté presente este ánimo quedarán al margen del ámbito penal.

Así por ejemplo, las actuaciones que consistan en «colgar» obras en la red o «bajarse» obras de la red, o las que se refieran al intercambio de archivos a través del sistema «P2P», sin perjuicio del ilícito civil que puedan constituir, no serán penalmente relevantes si no concurre en ellas ese mencionado ánimo de lucro comercial.

Configurándose el ánimo de lucro como la obtención de una ventaja económica, esto es, una ganancia patrimonial, quedarían también fuera del tipo actuaciones tales como la utilización en una fiesta privada en la que no se cobra entrada, de las copias de un CD de música o de una obra musical «bajada» de la red a través de Internet, a pesar de que quien realiza esa conducta obtiene una ventaja o lucro en sentido amplio, ahorrándose el importe del ejemplar original.

En este sentido y como antes hemos señalado, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander absolvió, por medio de sentencia dictada el pasado 14 de julio de 2006, a un particular que había sido acusado de cometer un delito continuado contra la pro-

piedad intelectual consistente en ofrecer e intercambiar gratuitamente fonogramas musicales con otros usuarios de Internet a través de varias cuentas de correo electrónico y de su participación en chats, al considerar en ese caso, «*que no mediaba precio ni aparecían otras contraprestaciones que la propia de compartir entre diversos usuarios el material del que disponían y ello entra en conexión con la posibilidad que el artículo 31 de LPI establece de obtener copias para usos privado sin autorización del autor; sin que se pueda entender concurrente ese ánimo de obtener un beneficio ilícito. Entender lo contrario —continúa diciendo la referida sentencia— implicaría la criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos en los que el fin no es en ningún caso el enriquecimiento ilícito, sino el ya reseñado de obtener copias para uso privado*».

Ahora bien, y sin perjuicio de otras consideraciones, el razonamiento de la Juzgadora de Santander parece sugerir que, de no encontrar amparo este tipo de actos en el límite de copia privada, ello los convierte necesariamente en actos criminales. La Juzgadora parece haber obviado la posibilidad de calificar el intercambio de ingentes cantidades de obras realizado por el acusado como un ilícito civil, en lugar de penal.

Cierto es que la consideración del ánimo de lucro como exclusivo ánimo comercial está en consonancia con el principio de intervención mínima que rige en el orden penal, de manera que restringiéndose su contenido se reserva la actuación del Derecho penal para unos muy concretos y determinados supuestos, pero no debe perderse de vista que aquellos aspectos y actuaciones que no caigan bajo la órbita del Derecho penal por su mínima entidad, aunque formalmente lesivos de los derechos de autor, pueden y deben ser tutelados desde el ámbito civil. De esta manera además se evitará el indeseado solapamiento de los ámbitos de protección civil y penal en materia de propiedad intelectual.

Y es en suma, a partir de estos principios de intervención mínima y de proporcionalidad en materia punitiva desde los cuales debe propugnarse una interpretación flexible de los tipos penales, de manera que sólo aquellos ataques más graves contra el bien jurídico propiedad intelectual deberían justificar la aplicación del Derecho penal, y ello aún cuando formalmente resulten lesionados los derechos reconocidos a los titulares de las obras y creaciones, cuyos derechos podrán, en estos casos y como decimos, ser amparados desde la vía civil.