

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA RESPECTO A LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET*

EVOLUTION OF SPANISH CRIMINAL LAW REGARDING
THE VIOLATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS
ON THE INTERNET

Alberto José de Nova Labián

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid

Profesor Colaborador en la Universidad Internacional de La Rioja

Compliance Officer en GAME

Miembro del grupo de investigación «Derecho, Sostenibilidad
y Nuevas Tecnologías» de la UNIR

RESUMEN

El presente artículo pretende realizar un análisis de la evolución que ha sufrido la normativa penal española desde la aparición de Internet, en su intento por dar respuesta a las distintas conductas vulneradoras de los derechos de autor. Para ello se analizan tanto los cambios normativos del Código Penal, como aquellos cambios en la Ley de Propiedad Intelectual que tienen incidencia en la calificación de los tipos delictivos. Además, se realiza la calificación jurídica de las principales conductas vulneradoras bajo cada uno de dichos cambios normativos, de modo que se pueda contrastar su incidencia y efectividad.

* Fecha de recepción: 10/01/2022; Fecha de aceptación: 22/09/2022.

Palabras clave: Propiedad Intelectual; normativa penal; Internet; vulneración de derechos; sistemas de intercambio de archivos.

ABSTRACT

This article aims to carry out an analysis of the evolution that Spanish criminal law has undergone since the appearance of the Internet, in its attempt to respond to the different behaviors that violate copyright. For this, both the normative changes of the Penal Code are analyzed, as well as those changes in the Intellectual Property Law that have an impact on the classification of the criminal types. In addition, the legal classification of the main infringing behaviors is carried out under each of said regulatory changes, so that their incidence and effectiveness can be verified.

Keywords: Intellectual Property; criminal law; Internet; violation of rights; file exchange systems.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. CONDUCTAS VULNERADORAS DE DERECHOS DE AUTOR.
3. EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO PENAL.
 - 3.1. CÓDIGO PENAL DE 1973.
 - 3.2. CÓDIGO PENAL DE 1995.
 - 3.3. 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.
 - 3.4. LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL.
4. CONCLUSIONES.
5. BIBLIOGRAFÍA.

Abreviaturas:

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
CP	Código Penal.
DAMUD	Directiva 2019/790, sobre los Derechos de Autor en el Mercado Único Digital.
DRM	Digital Rights Management.
FAD	Federación Anti-Piratería.
IP	Internet Protocol.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LPI	Ley de Propiedad Intelectual.
LSSI	Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.
MP3	MPEG Audio Layer III.
MPEG	Motion Picture Experts Group.
P2P	Peer to Peer.
P2PTV	Peer to Peer Television.
RAM	Random Access Memory.
RIAA	Asociación de la Industria Discográfica de EE.UU..
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJP	Sentencia del Juzgado de lo Penal.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLPI	Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

1. INTRODUCCIÓN

Desde que en el año 1991 se abriera el uso de la entonces ARPANET, convirtiéndose en la World Wide Web, han transcurrido 30 años en los que se ha producido una auténtica revolución tecnológica que ha ido unida en gran medida al uso de Internet¹.

Ha sido precisamente ese avance tecnológico el que ha permitido extender el uso de Internet a todos los hogares, dispositivos móviles y a casi cualquier equipo electrónico. De igual modo hemos pasado de conectarnos a Internet mediante un módem de marcación telefónica con una velocidad de 56 Kb a la era del 5G en la que estamos entrando y que nos permitirá conexiones de hasta 1,2 Gbps.

Estos cambios tecnológicos y de velocidades también han influido en los comportamientos de los usuarios de Internet. Así, en un principio, se hizo bastante popular entre los internautas la descarga de música. Esto no quiere decir que previamente a Internet la gente no compartiera música. De hecho era muy habitual el préstamo de cassetes o CDs de música y la realización de copias de estos. Lo novedoso que Internet ofrecía era la posibilidad de acceder a un catálogo mucho mayor y su acceso inmediato. Esto, unido con la aparición del formato de compresión MP3, que reducía el tamaño de los archivos de música, hizo que se popularizara la descarga de música. Sin embargo, no hay que olvidar que en un principio, con los mencionados modems de marcación telefónica no se podía hablar y navegar al mismo tiempo y además la velocidad era muy limitada, por lo que el volumen de descargas inicialmente no fue excesivo.

La tecnología que marcaría un punto de inflexión es el ADSL. Su entrada en España se produjo entre los años 1999 y 2000, lo que permitió alcanzar unas velocidades no vistas antes de 9 Mbps de bajada y 800 Kbps de subida, además de la posibilidad de usar simultáneamente Internet y la línea de voz. También resulta reseñable la aparición de las tarifas planas junto con el ADSL, lo que permitió comenzar a realizar descargas casi ilimitadas. Todo esto hizo que, junto con las descargas de música, se comenzaran a popularizar también descargas

¹ DELGADO y GARCÍA (2001), pp. 87-100.

más pesadas como la de *software* o de vídeo, el cual también empezó a codificarse en las distintas variantes del formato MPEG (*Motion Picture Experts Group*), que permitía reducir su tamaño considerablemente.

Teniendo por tanto una mejora considerable en la velocidad, unos archivos en formatos comprimidos de menor peso y una tarifa plana para el uso de Internet, se produjo una eclosión del uso de los distintos sistemas de intercambio de archivos, con las consecuentes pérdidas para la industria musical y del cine, principalmente.

Esto supuso que, ya en el año 2003, la industria cinematográfica sufriera unas pérdidas calculadas en 700 millones de euros², lo que provocó que desde la Federación Anti-Piratería (FAD), apoyada por los ministerios de Justicia y Cultura, se pusiera en marcha una gran campaña publicitaria con el lema «Contra la piratería. Ahora la ley actúa». Dicha campaña iba dirigida tanto hacia el denominado *top manta* como a las descargas de obras protegidas, con mensajes del tipo «el tráfico de copias ilegales es un delito castigado incluso con la cárcel» o «la difusión de contenidos ilegales en Internet es un delito castigado incluso con la cárcel», con una persona joven frente a un ordenador donde se podía ver una página web con el nombre «Descarga Cine.cum» y una barra de proceso con el rótulo «download/descargar». No deja de ser curioso cómo el mensaje se refería específicamente a la difusión de contenido, pero la imagen que se mostraba aludía explícitamente a un joven descargando películas desde su portátil.

Sin embargo, con el paso de los años se han ido produciendo dos movimientos inversos. Por un lado una continua mejora de las conexiones y de la velocidad de descarga, lo que, unido a un mayor número de tipos de dispositivos en los que disfrutar las obras descargadas, servía como acicate al auge de los sistemas de intercambio de archivos, mientras que por otro lado han ido surgiendo cada vez más plataformas legales de música y cine con tarifas económicas que permiten el acceso a miles de obras, con la mejor calidad y velocidad de conexión. Este último factor ha provocado que para un gran número de usuarios resulte más cómodo pagar dichas suscripciones y tener acceso a todas estas obras sin los inconvenientes de las descargas ilícitas (virus, velocidades irregulares, calidad no siempre óptima, etc).

Desde el punto de vista legal y como veremos posteriormente, tras la aparición de Internet se han ido produciendo numerosos cambios normativos que han tratado de adecuar la legislación (a veces con más éxito y otras con menos) a

² EGEDA (2004), p. 17.

la realidad tecnológica. Sin embargo, la falta de concreción en algunas ocasiones, y la ambigüedad en otras, han provocado que determinadas conductas no tuvieran una calificación jurídica clara, lo que ha perjudicado notablemente la persecución de determinados actos ilícitos.

A través de este trabajo se pretende realizar un análisis jurídico de dicha evolución normativa dentro del orden penal, desde la aparición de Internet hasta nuestros días, de manera que podamos valorar la respuesta que ha dado el legislador a los retos que han supuesto las nuevas conductas vulneradoras de derechos de autor y las cuestiones que aún puedan quedar pendientes de resolver. Para ello haremos un análisis de la tipificación de los delitos contra la Propiedad Intelectual en el momento de la aparición de Internet y las sucesivas modificaciones que se fueron realizando a dicho texto, apoyándonos en resoluciones judiciales y en la opinión doctrinal más relevante de la época. De igual modo y de manera tangencial, se tratarán determinados cambios en la normativa civil que afectan a la calificación de las conductas típicas penales.

2. CONDUCTAS VULNERADORAS DE DERECHOS DE AUTOR

La aparición en Internet de conductas vulneradoras de los derechos de autor se produjo de manera casi inmediata a la propia apertura del uso de la red al público general. Así, el primero de los sistemas de vulneración de derechos de autor que se ha utilizado desde el propio nacimiento de Internet ha sido el de la descarga directa de archivos.

Dicho sistema consiste en el alojamiento de archivos en servidores de almacenamiento y la publicación de sus enlaces de descarga. Sin embargo, este sistema también ha sufrido una cierta evolución. Mientras que inicialmente era común que páginas web alojaran y publicaran los enlaces de descarga mediante directorios organizados, posteriormente, y tras los problemas legales que esto acarreó a los titulares de estas páginas web, se pasó al modelo en el que la web se limitaba a publicar enlaces de archivos que eran alojados en servidores de terceros, o incluso a permitir que fueran los propios usuarios de la web los que se encargaran de publicar dichos enlaces.

Dentro de este sistema, y a pesar de no ser la primera (este mérito habría que atribuirlo a RapidShare), hay que hacer una mención especial a Megaupload, la cual nació en el año 2005 y ofrecía un servicio de alojamiento de archivos de hasta 2 Gb gratuito. Este servicio alcanzó una gran popularidad, convirtiéndose en un referente de la descarga de todo tipo de archivos. Sin embargo en el año 2012 Megaupload fue cerrado tras una operación policial del FBI, por infringir

derechos de Propiedad Intelectual. Pero ese no fue el final de los sistemas de descargas de archivos utilizados con el fin de compartir obras con derechos de autor, ya que a día de hoy existe un gran número de proveedores de servicios de alojamiento a través de los cuales se comparten obras protegidas. Lo que sí ha cambiado es la política de dichos prestadores, ya que son mucho más restrictivos con estos comportamientos y han implementado medidas que tratan de identificar estos casos para eliminar los contenidos y banear³ a los usuarios que cometan las infracciones.

Aunque, tal y como indicábamos, las conductas iniciales consistían en descargas directas de archivos desde páginas web, la verdadera revolución la producirían los sistemas de intercambio de archivos P2P (*Peer to Peer*)⁴. Así, aunque podríamos remitirnos a algún precedente incluso más antiguo, como es el caso de Hotline Connect, realmente con quien se produjo un punto de arranque fue con Napster.

Napster nació en el año 1999 y su funcionamiento consistía en una página web que ofrecía un directorio de archivos musicales que se alojaban en los propios equipos de los usuarios. Los contenidos estaban por tanto descentralizados, pero no los indicadores que permitían alcanzarlos, por lo que se le puede catalogar como un sistema P2P centralizado. El éxito de la red Napster fue apabullante y enseguida se encontró ganando un millón de usuarios mensualmente hasta alcanzar los 13,6 millones en febrero de 2001.

Ante esta situación, la RIAA (Asociación de la Industria Discográfica de EE.UU.) inició acciones legales contra Napster por infracción de los derechos de *copyright* y asociación ilícita. Dicho caso (A & M Records Inc. vs. Napster Inc. 239 F 3d 1004) culminó con una condena a Napster por infracción de los derechos de autor y con la cancelación del servicio en julio de 2001. Sin embargo, esto no supuso el fin de los sistemas P2P, sino que sirvió como impulsor de un nuevo tipo de sistema de intercambio de archivos que sería el P2P descentralizado⁵. Así fueron surgiendo sistemas como Kazaa, eDonkey, Morpheus, BitTorrent o Pando.

Dichos sistemas se diferenciaban de Napster en el hecho de que ya no era necesario un método de búsqueda centralizado y además se podía compartir cualquier tipo de archivo y no solo MP3. Esto supuso sobre todo el éxito del sistema

³ Según la definición que facilita Oxford Languages: «*Limitar las acciones de un usuario en un sistema informático en el que interaccionan diversas personas*».

⁴ LLORET *et al.* (2005), p. 1.

⁵ BERCOVITZ (2007), pp. 2566-2568.

Edonkey⁶, hasta que cerró definitivamente en 2006, como consecuencia de un acuerdo alcanzado entre la empresa MetaMachine, propietaria de Edonkey, y la Asociación de la Industria Musical Norteamericana. Esto llevó al auge por un lado de eMule y por otro lado al despegue definitivo del sistema BitTorrent.

El sistema eMule usaba tanto el protocolo eDonkey 2000 como la red Kad. A través del primero, los usuarios se conectaban a un servidor que a su vez permitía acceder a nuevos servidores. Además este sistema permitía tanto compartir archivos como realizar búsquedas de archivos compartidos por otros usuarios.

Kad es una red totalmente descentralizada donde el usuario que se conecta almacena los identificadores de los archivos que quiere compartir dentro de los nodos de otros usuarios. Así, para descargar un archivo, se localizan los nodos de los usuarios que lo indexan, y estos nodos devuelven la lista de fuentes para el archivo concreto.

De cara a su posterior calificación jurídica, habrá que tener en cuenta las características fundamentales de este sistema:

- Los archivos que se comparten son almacenados por los propios usuarios del programa eMule.
- El programa eMule permite realizar búsquedas para localizar archivos que comparten otros usuarios, pero no genera directorios de archivos.
- Los usuarios pueden hacer descargas de los archivos compartidos por otros usuarios, pero el sistema no les obliga a compartir a su vez otros archivos. A lo que el sistema sí obliga es a que, mientras se descarga un archivo, este se comparta al mismo tiempo.
- A pesar de dicha descentralización, a raíz de la popularidad de Emule surgieron páginas web que se dedicaban a publicar elinks que enlazaban directamente con archivos que se estaban compartiendo, sin necesidad de tener que realizar esa búsqueda en el propio programa. Estas webs publicaban principalmente directorios organizados de elinks (en ningún caso almacenaban los archivos), y en otros casos lo que permitían era que fueran los propios usuarios los que publicaran dichos enlaces.

⁶ LLORET *et al.* (2005), p. 2 y ss.

En cuanto al sistema BitTorrent, se trata del sistema P2P de mayor éxito a día de hoy, a pesar de su longevidad (su nacimiento se remonta al año 2001). Este es un sistema P2P descentralizado en el que, a pesar de ser los propios usuarios los que almacenan los archivos que se comparten, se depende de un *tracker* o servidor central que es el que permite la conexión entre usuarios. La forma de acceder a dicho *tracker* para comenzar la descarga es a través de un archivo torrent, el cual al ejecutarse a través de un cliente BitTorrent inicia la conexión con el *tracker* y este con las fuentes que están compartiendo el archivo en ese momento.

Las características principales serían las siguientes:

- Los archivos son almacenados por los usuarios, pero se depende de un servidor central (*tracker*) para poder conectar a los distintos usuarios.
- Los clientes BitTorrent no cuentan con un buscador al estilo de eMule, sino que las búsquedas se realizan en el propio *tracker* o en páginas web que ofrecen directorios de archivos torrent, publicados ya sea por el propietario de la web, ya sea por los propios usuarios de la web.
- El sistema BitTorrent no obliga a compartir a sus usuarios más que el archivo que está siendo descargado en ese momento.

Otro de los comportamientos vulneradores de la Propiedad Intelectual que se produce en Internet es el del *streaming*, el cual consiste en la reproducción de un archivo de audio o vídeo directamente en Internet, sin la previa descarga de este. Esto es posible ya que se producen las denominadas «copias RAM»⁷, en las que la descarga no se realiza en el disco duro, sino que se aloja de manera temporal en la memoria RAM del dispositivo desde el que se va a realizar la reproducción. Esto supone que en la mayoría de casos, y en función del tamaño del búfer asignado a la memoria RAM, esa descarga será parcial y se borrará automáticamente tras la reproducción. De todas formas, y aun siendo estas las características generales, hay que tener presente que existen sistemas particulares de *streaming* que pueden permitir la configuración de los parámetros de descarga y reproducción, de modo que se amplíe la memoria RAM asignada al búfer o incluso asignar memoria física para que funcione como memoria RAM.

En cuanto a la evolución de este sistema, vemos cómo en 1997 nació RealPlayer, que fue el primer sistema de reproducción de vídeo en *streaming*, aunque la popularidad del *streaming* realmente llegó a raíz de la aparición de Youtube

⁷ IGLESIAS (2017), pp. 73-105.

en 2005. También hay que tener en cuenta la dificultad que suponía la reproducción fluida en *streaming* con las velocidades de conexión de la época, por lo que la popularidad de este sistema ha ido en paralelo con el aumento de las velocidades de navegación que hacían posibles reproducciones fluidas.

La forma en la que se presenta el *streaming* de obras protegidas es variada. Por un lado, está el servicio de *streaming* que ofrecen los proveedores de servicios de alojamiento de archivos. En este caso, además de alojar el archivo, el proveedor permite su reproducción *online* cuando tiene un formato compatible.

Otro tipo de *streaming* es el relativo a la emisión de eventos en directo, que puede variar desde un evento deportivo concreto a la reproducción de la señal de una determinada cadena de televisión. Dentro de esta categoría de *streaming* podemos encontrar a su vez dos variedades distintas. Por un lado está la del usuario particular que comparte desde su equipo la emisión de un evento, siendo este el único emisor de dicha señal, y por otro lado está la emisión de eventos usando redes con formato P2P (P2PTV), como por ejemplo Ace Stream. En este caso el funcionamiento sería similar al visto anteriormente al analizar el funcionamiento de los P2P. Aquí habría un emisor inicial que comparte un evento y múltiples receptores que, al mismo tiempo que reciben la señal y cargan el búfer de sus reproductores, comparten dicha señal con otros usuarios. En todos estos casos de *streaming* la particularidad consiste en la posibilidad de la reproducción de contenidos sin su descarga previa⁸.

Aunque los comportamientos indicados no son los únicos que implican vulneraciones de derechos de autor en Internet sí son representativos de las principales conductas, por lo que serán usados como referencia para el análisis jurídico conforme al texto vigente en cada momento. Así podemos clasificarlos del siguiente modo:

- Descargas directas: un sujeto realiza la puesta a disposición del archivo (*upload*), y otros sujetos la descarga del archivo (*download*).
- P2P: un sujeto comparte un archivo y otros sujetos realizan la descarga (el sistema P2P generalmente obliga a compartir mientras se descarga).
- *Streaming*: un sujeto comparte una emisión o sube un archivo a un servidor que permite su reproducción *online* y otros sujetos reproducen la emisión o el archivo *online*.

⁸ MUÑOZ *et al.* (2008), pp. 23-25.

- P2PTV: un sujeto realiza la acción de compartir y otros sujetos realizan una reproducción de la señal compartida, al mismo tiempo que la están compartiendo.

Además, en los cuatro supuestos que analizaremos, existe un comportamiento común a todos ellos y es el de quien publica los enlaces, ya sean para la descarga directa, la descarga mediante P2P (elinks, archivos torrent, etc.) o para realizar una reproducción mediante *streaming* o P2PTV (enlace Acestram, So-pcast, etc.), por lo que también será objeto de análisis.

3. EVOLUCIÓN DEL CÓDIGO PENAL

3.1. CÓDIGO PENAL DE 1973

Tomando la referencia del nacimiento de la World Wide Web en el año 1991, hay que acudir en primer lugar al Código Penal de 1973⁹ para conocer la regulación que se hacía en España de los delitos contra la Propiedad Intelectual en dicho momento.

El Código Penal de 1973 recogía inicialmente en su Libro II, Título XIII, Capítulo IV, una Sección 3.^a relativa a las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial, con un único artículo 534 con la siguiente redacción:

«*Sección 3.^a De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial.*

534. 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».

Sin embargo, esta no sería la redacción vigente en el momento del nacimiento de Internet. La Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre, modificó el art. 534 incorporando un nuevo art. 534 bis a, dictado en paralelo con la Ley 22/87, de Propiedad Intelectual, con la siguiente redacción:

⁹ RUIZ (2012), pp. 178-202.

«Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas quien intencionadamente reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una 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.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización».

De este modo se abandonaba la técnica de la norma penal en blanco que podemos observar en la redacción previa¹⁰. Aun así, como veremos, todavía hay elementos normativos que deben ser integrados acudiendo a la normativa civil, como es el caso de las definiciones de las conductas típicas.

Por otro lado, nos encontramos los tipos agravados en el artículo 534 bis b, entre los que caben destacar los siguientes:

«1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

a) Obrar con ánimo de lucro.

[...]

2. Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.

b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales supuestos el Juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado».

¹⁰ GÓMEZ y QUINTERO (1988), p. 28.

Pues bien, entrando en el análisis de las conductas delictivas aquí recogidas debemos comenzar por determinar los elementos del tipo objetivo, señalando los siguientes:

— **Sujeto activo.** No se requiere ninguna especialidad para tener la condición de sujeto activo, siendo suficiente con no tener la condición de titular o cesionario de los derechos de propiedad intelectual y cumplir con el resto de elementos del tipo objetivo y subjetivo. De este modo podemos afirmar que se trata de delitos comunes¹¹.

Sin embargo, en la práctica, la determinación de los sujetos activos en las conductas que estamos analizando ha supuesto un grave problema. La razón es que en la mayoría de casos solo se puede rastrear el dato de la dirección IP de los sujetos que participan en los distintos sistemas de intercambio de archivos, y aun la obtención de ese dato puede resultar problemática¹². Algunas de las formas utilizadas para la obtención de dichos datos han sido el uso de programas *sniffers* para analizar el tráfico de una red o la utilización de ordenadores que funcionen en modo de supernodo dentro de las redes P2P, de modo que pueda acceder a los datos de conexión de todos los equipos que participan en la red. Esto llevaba a plantearse la validez de dichas pruebas por aplicación del art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en el que se dispone que «*no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales*». Y el secreto de las comunicaciones lo es conforme al art. 18.3 de la Constitución española.

Pero en el caso de los sistemas P2P, dichas IPs también se pueden obtener participando como un usuario más, ya que el programa permite visualizar las IPs de los usuarios que participan de una misma descarga. Dicha acción estaría amparada por la propia jurisprudencia, que declara que «*no es preciso autorización judicial para proceder a la grabación de una conversación por uno de los que intervienen en ella*»¹³.

En cualquier caso, y aun contando con la dirección IP, es necesario que el proveedor de acceso a Internet de dicha IP revele la identidad de su titular, lo cual en la práctica ha supuesto una dificultad aún mayor. La primera referencia relevante no la encontramos hasta el año 2005, en la que Promusicae (entidad que aglutina a gran parte de las discográficas españolas) presentó una demanda civil ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid por el intercambio de

¹¹ FERRÉ (1991), pp. 72 y ss.

¹² GONZÁLEZ (2005), pp. 77-134.

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo 873/2004, de 5 de julio de 2004 (STS 4765/2004) y otras allí citadas.

obras protegidas mediante P2P (Kazaa) y solicitaba de Telefónica que esta facilitara la identidad de clientes que utilizaban dicho programa. Telefónica argumentó que no tenía obligación de facilitar esos datos, ya que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) en su art. 12 establecía que dicha información solo se podía ceder para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así los requieran¹⁴.

A la vista de estas alegaciones, el Juzgado decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial al TJCE sobre la compatibilidad de las restricciones previstas en el artículo 12 de la LSSI con las normas comunitarias reguladoras del comercio electrónico y el respeto de la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵ terminó dando la razón a Telefónica al determinar que «*el derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a divulgar datos personales con objeto de garantizar la protección efectiva de los derechos de autor, en el marco de un procedimiento civil*».

Sin embargo, esta cuestión no quedó ni mucho menos resuelta. Desde el punto de vista normativo hay que señalar que el artículo 12 LSSI fue derogado por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de Conservación de Datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, la cual recogía, en su art. 1, la cesión de dichos datos a los agentes facultados siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o en las leyes penales especiales¹⁶. Pues bien, los delitos contra la Propiedad Intelectual no tenían la consideración de delitos graves, por lo que no tenía cabida la cesión de dichos datos conforme a esta norma.

Posteriormente, en el año 2014 se produjo una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) a través de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que introducía dentro de las diligencias preliminares el art. 256.1.11.^º Según este, todo juicio podrá prepararse:

«... mediante la solicitud, formulada por el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo, de que un prestador de servicios de la sociedad de la información aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de

¹⁴ SOTO (2008), pp. 867-883.

¹⁵ Sentencia (DO) C 64, de 8 de marzo de 2008 (STJUE ECLI:EU:C:2008:54).

¹⁶ MAEZTU (2012), pp. 241-330.

un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales, teniendo en cuenta el volumen apreciable de obras y prestaciones protegidas no autorizadas puestas a disposición o difundidas».

Sin embargo, dicho artículo tampoco supuso la apertura definitiva a la posibilidad de facilitar los datos de los titulares de las IPs por los proveedores de acceso a Internet, ya que esta diligencia no se puede solicitar respecto a cualquier infractor, y se excluyen los que son meros consumidores finales y no tienen ánimo de lucro.

Pero, además de lo anterior, nos encontramos con el art 588 ter K de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificado por la LO 13/2015, el cual establece lo siguiente:

«Cuando en el ejercicio de las funciones de prevención y descubrimiento de los delitos cometidos en internet, los agentes de la Policía Judicial tuvieran acceso a una dirección IP que estuviera siendo utilizada para la comisión algún delito y no constara la identificación y localización del equipo o del dispositivo de conectividad correspondiente ni los datos de identificación personal del usuario, solicitarán del juez de instrucción que requiera de los agentes sujetos al deber de colaboración según el artículo 588 ter e (todos los prestadores de servicios de telecomunicaciones, de acceso a una red de telecomunicaciones o de servicios de la sociedad de la información, así como toda persona que de cualquier modo contribuya a facilitar las comunicaciones a través del teléfono o de cualquier otro medio o sistema de comunicación telemática, lógica o virtual), la cesión de los datos que permitan la identificación y localización del terminal o del dispositivo de conectividad y la identificación del sospechoso».

En este caso se regula la posibilidad de identificación de los titulares de IPs en el transcurso de una investigación de la Policía Judicial. Según esto, se mantiene la obligación de recabar dicha información mediante requerimiento judicial, aunque no hace distinción entre delitos graves o no graves, por lo que se podría requerir para cualquier modalidad delictiva.

— **Sujeto Pasivo.** Tendrán la condición de sujetos pasivos los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios¹⁷. Dicha determinación es relevante, ya que por un lado es el sujeto que sufre la comisión del delito, y por otro es quien tiene la potestad para dar su consentimiento convirtiendo en atípicas dichas conductas.

— **Objeto Material.** El art. 534 bis señalaba como objeto material la obra literaria, artística o científica o su transformación, o una interpretación o ejecución artística. Se trata de un listado bastante exiguo en el que aún no se tenía en cuenta la gran variedad de objetos de derechos de autor de distinta naturaleza que se estaban empezando a producir. Además, el legislador incluye la mención a que dicha obra esté fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, por lo que considero que no había problema en dar encaje a las obras objeto de las conductas analizadas, ya sean obras digitales o incluso las emisiones de eventos o de señal de TV.

De igual modo hay que señalar que la protección penal no está condicionada al registro de los derechos de propiedad intelectual, ya que ni siquiera lo está la civil. Tal y como establece el artículo 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, dichos derechos corresponden al autor por el solo hecho de su creación.

— **Conductas típicas.** En relación con las conductas típicas del art. 534 bis, nos encontramos con la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, así como con la importación, exportación o almacenamiento. De dicho catálogo, las conductas que nos resultan relevantes para el análisis de las infracciones cometidas en Internet serían las de reproducción, distribución y comunicación pública.

Como indicábamos anteriormente, desde 1987 el legislador prescindió de la técnica de la ley penal en blanco, consistente en que la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal¹⁸. Sin embargo, los tipos incorporados por la Ley Orgánica 6/1987 abundan en referencias explícitas e implícitas a la legislación civil especial. Por

¹⁷ Un sector de la doctrina [GÓMEZ y QUINTERO (1988), p. 79] ha distinguido entre sujetos pasivos principales, que serían los autores, y sujetos pasivos secundarios, que serían los cesionarios. Y siguiendo esta clasificación, aunque ampliando el ámbito de los principales, otro sector doctrinal [GONZALEZ (1998), p. 139; MATA (2001), p. 82] hace la siguiente distinción: sujetos pasivos principales, como todas las personas a quienes se les reconoce a título originario derechos de propiedad intelectual (autor, titulares de derechos conexos); y sujetos pasivos secundarios como aquellos cesionarios a quienes se les transmite por cualquiera de los mecanismos establecidos por la Ley, facultades de explotación.

¹⁸ DELGADO (1998), p. 113.

lo tanto, dichos elementos deben precisarse en el contexto de la Ley de Propiedad Intelectual¹⁹, por lo que, a pesar de no ser una ley penal en blanco, se sigue conservando la necesidad de remisión a la normativa especial.

De este modo, los términos de reproducción, distribución y comunicación pública, conforme manifiesta la mayoría de la doctrina²⁰, deben interpretarse acudiendo a las definiciones que de los derechos de explotación da la Ley de Propiedad Intelectual. En nuestro caso, para definir dichas acciones tenemos que acudir a la entonces vigente Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (en adelante LPI), donde se definían del siguiente modo:

«Artículo 18.

Se entiende 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».

Conforme indica la propia definición de reproducción, esta se puede producir por la descarga de la obra protegida en un soporte que permita su comunicación y la obtención de copias, lo que supone hacer accesible la obra o perceptible a otros, de la misma forma que ha sido expresada por el propio autor²¹.

Así, vemos que la acción clave es la fijación de la obra en un determinado medio. Sin embargo, la propia simplicidad de la redacción prevista para un mundo analógico dejaría fuera acciones como por ejemplo el *streaming online* directo o el *streaming* mediante P2PTV, en los que se produce una descarga parcial y temporal en la memoria RAM para cargar el búfer que permite la reproducción *online*, pero que no supone la descarga completa de la obra, ni se pueden obtener copias de ella, ya que es temporal. Por lo tanto, podríamos afirmar que, conforme a dicha definición, el *streaming online* directo y el *streaming* mediante P2PTV no tendrían la consideración de reproducción conforme al texto de la norma, por lo que tampoco tendría cabida dentro de la tipificación del art. 534 bis.a del Código Penal de 1973.

Si pensamos en otro tipo de acciones como la descarga directa de obras protegidas y el P2P de archivos resulta más fácil encontrar acomodo a la definición de reproducción, ya que la descarga completa de un archivo implica su fijación en el disco duro del equipo desde el que se ha realizado la descarga, y dicha descarga permite la comunicación y la obtención de copias del archivo en cuestión.

¹⁹ GARCÍA (1997), pp. 2369 y 2370.

²⁰ SOTO (1989), p. 390.

²¹ CASTELLÓ (2017), p. 325.

Sin embargo, el hecho de que estas conductas encuentren encaje en la definición de reproducción y se realicen sin autorización del titular de los derechos de explotación no las convierte necesariamente en ilícitas. Para ello debemos acudir a las excepciones previstas en la definición de «copia privada» de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987:

«Artículo 31.

Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos:

- 1. Como consecuencia o para constancia en un procedimiento judicial o administrativo.*
- 2. Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.*
- 3. Para uso privado de invidentes, siempre que la reproducción se efectúe mediante el sistema braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa».*

Dado que el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual está formado por los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación, y teniendo en cuenta que, en los casos en los que la copia se realiza por parte del propio copista²², esta se hace en un entorno privado o familiar²³ sin que la copia sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, entonces no habría derecho de explotación exclusiva, y sería correcto afirmar que la copia para uso privado era también impune en el Derecho Penal ya que no afectaría al bien jurídico protegido.

Según esto, las reproducciones antes vistas mediante descarga directa o mediante P2P tendrían la consideración de copia privada según el art. 31.2 LPI, si dichos archivos se usaran para uso privado y no hubiera una utilización colectiva ni lucrativa. El uso privado y no lucrativo en los casos de usuarios particulares que realizan descargas para autoconsumo resulta evidente, pero la no utilización colectiva puede resultar más dudosa en el caso de las descargas mediante P2P, ya que, al mismo tiempo que se descarga, se está compartiendo dicho archivo. Sin embargo, considero que, si nos ceñimos a la redacción dada por el legislador, no podemos entender que haya una «utilización colectiva» en esos casos, ya que la utilización del archivo no se producirá hasta completada la descarga por cada usuario y esta se realizará de manera independiente al resto de

²² BERCOVITZ (1997), pp. 603 y ss.

²³ RODRÍGUEZ y BONDÍA (1997), p. 167.

usuarios. Parece claro en este caso que el legislador incluyó la mención a la «utilización colectiva» como contraposición al uso privado del copista, por lo que habrá que descartarla.

Tabla 1. Requisitos para la determinación de copia privada conforme a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987

	Obra ya divulgada	Para uso privado del copista	No sea objeto de utilización colectiva	No sea objeto de utilización lucrativa	COPIA PRIVADA
DESCARGA DIRECTA	✓	✓	✓	✓	SÍ
STREAMING	-	-	-	-	-
P2P	✓	✓	✓	✓	SÍ
P2PTV	-	-	-	-	-

La siguiente conducta típica que analizar es la de distribución.

«Artículo 19.

Se entiende 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.

Cuando la distribución se efectúe mediante venta, este derecho se extingue a partir de la primera».

En este caso la norma requiere la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Aunque actualmente resulta claro que la distribución hace mención a los soportes físicos, con la redacción de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 no resultaba tan evidente.

Conviene mencionar a este respecto la Directiva 29/2001/CE, la cual, sin hacer una referencia expresa a la necesidad o no de vincular la propia distribución a un soporte tangible, sí recoge en su considerando 28 lo siguiente: «*La protección de los derechos de autor, a efectos de la presente Directiva, incluye el derecho exclusivo a controlar la distribución de la obra incorporada en un soporte tangible*». Realmente dicha mención no trata de delimitar qué se entiende por distribución, por lo que habría que atender también a la propia definición de comunicación pública para dar cabida dentro de la distribución a los actos no considerados comunicación pública.

«Artículo 20.

1. *Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*

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.

2. *Especialmente, son actos de comunicación pública:*

[...]

D) La transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono.

E) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada.

F) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión.

[...].».

Así vemos que en la definición de comunicación pública se requiere que una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. Se diferencia por tanto entre dar acceso a una obra y la distribución de ejemplares de manera individualizada.

Según esta definición, las conductas que podrían tener encaje dentro de ella son las siguientes:

- Alojar una obra protegida en un servidor de almacenamiento y dar un acceso público, de modo que cualquier persona pueda descargar la obra.
- Ofrecer mediante *streaming* la reproducción de archivos audiovisuales o de eventos o señales de TV.
- Compartir mediante P2P una obra protegida o la emisión por P2PTV de algún evento o señal de TV. En este caso abarcaría tanto la acción de quien comparte inicialmente el archivo o la emisión como las del resto de usuarios que para descargar o para visualizar la emisión también los comparten.

El caso de la publicación de enlaces de descarga o de reproducción por *streaming* no podemos encuadrarlo dentro de la comunicación pública, ya que un simple enlace no suponía una comunicación pública de una obra, sino una indicación de dónde se hace dicha comunicación²⁴, tal y como corroboró el auto de la Audiencia Provincial de Madrid en el que se confirmaba el sobreseimiento libre y firme en el caso Sharemula, que realizó en septiembre de 2007 el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid²⁵.

Vistos los elementos del tipo objetivo, procede abordar los del tipo subjetivo:

- **Dolo.** Desde la reforma de 1963 los delitos relativos a la propiedad intelectual quedaron perfilados como comportamientos que solo resultaban típicos cuando su comisión se llevara a cabo intencionadamente²⁶, por lo que para la comisión de este tipo de delitos se requiere actuación dolosa.
- **Consentimiento del titular.** El último de los elementos del tipo subjetivo requiere la ausencia de consentimiento por parte del titular de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios, lo cual enlaza con lo visto anteriormente, sobre la figura del sujeto pasivo.

Finalmente, si volvemos a la redacción del art. 534 bis, a y b, nos encontramos con que el requisito de actuar con ánimo de lucro no es uno de los elementos del tipo básico, sino un agravante, al igual que la especial transcendencia económica en el perjuicio a tercero, lo cual supuso que gran parte de la doctrina viera en ello una grave lesión del principio de intervención mínima²⁷.

Vistos por tanto todos los elementos del tipo delictivo, este es el encaje que tendrían las conductas analizadas:

²⁴ BRAVO (2008).

²⁵ Auto de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de septiembre de 2008 (AAP M 11267/2008).

²⁶ GONZÁLEZ (1998), p. 234.

²⁷ CARMONA (1988), pp. 197 y 198.

Tabla 2. Cumplimiento de los elementos del tipo delictivo conforme al Código Penal de 1973 tras la Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre

Acción	TIPO OBJETIVO				TIPO SUBJETIVO		Copia Privada	ILICITO PENAL	
	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conductas típicas	Dolo	Consentimiento del titular			
DESCARGA DIRECTA	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Reproducción (excepción de copia privada)	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Comunicación pública	SI	NO HAY	-	SI
STREAMING	Reproducir archivo / evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales, audiovisuales y eventos de TV	-	SI	NO HAY	-	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales, audiovisuales y eventos de TV	Comunicación pública	SI	NO HAY	-	SI
P2P	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Reproducción (excepción de copia privada)	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Comunicación pública	SI	NO HAY	-	SI
P2PTV	Reproducir evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	Eventos de TV	-	SI	NO HAY	-	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Eventos de TV	Comunicación pública	SI	NO HAY	-	SI
PUBLICACION DE ENLACES	Compartir enlaces	Titular de la página web	Titular de los derechos	Obras musicales, audiovisuales y eventos de TV	-	SI	NO HAY	-	NO

Como se puede observar, nos encontramos por un lado que los actos de reproducción de la descarga directa y el P2P, al tener consideración de copia privada, no tienen relevancia penal y los de *streaming* y P2PTV ni siquiera tienen encaje en la conducta típica de la reproducción. Mientras que por otro lado los actos de comunicación pública sí resultarían punibles penalmente, y eso a pesar de ser acciones realizadas por un particular sin ánimo de lucro y sin un perjuicio al titular de los derechos, de cierta relevancia económica.

De igual modo la publicación de enlaces de descarga no tendría relevancia penal, ya que no tiene consideración de comunicación pública y en dicho momento aún no existía una tipificación específica de esta conducta.

Vemos por tanto que, conforme al Código Penal de 1973 y a la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, se produce una desproporción más que evidente en la calificación legal de los distintos comportamientos analizados, lo cual, como veremos más adelante, no ha sido fácil de corregir por parte del legislador.

3.2. CÓDIGO PENAL DE 1995

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se produjeron cambios sustantivos en la redacción de los delitos contra la Propiedad Intelectual²⁸, en los que el legislador, por un lado, trató de dar cabida a los nuevos comportamientos que se estaban produciendo como consecuencia de los cambios tecnológicos, y por otro lado buscaba también una proporcionalidad en la penalidad de dichos comportamientos.

Así nos encontramos con esta nueva redacción del art. 270:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro 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.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exprese o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador».

En relación con el objeto material, vemos que esta redacción mantiene lo mencionado en el Código de 1973, y lo amplía con un nuevo objeto material específico que serían los programas de ordenador.

²⁸ GARCÍA (1995), pp. 203-250.

Tabla 3. Comparativa del objeto material del Código Penal de 1973 y de 1995

CP 1973	CP 1995
Obra literaria	Obra literaria
Obra artística	Obra artística
Obra científica	Obra científica
	Programas de ordenador

Esta nueva mención a los programas de ordenador viene a dar respuesta a una realidad que se estaba produciendo y que no tenía su reflejo en un tipo delictivo, como era el acceso y uso de programas de ordenador sin el pago requerido por el titular de los derechos de explotación, tras haber vulnerado los sistemas de protección de este, mediante el uso, por ejemplo, de los denominados programas *crackeadores*. Sin embargo, en la práctica se utilizó una definición amplia del concepto de programas de ordenador, ya que esta figura delictiva también se usó en los casos de manipulación de consolas de videojuegos a fin de saltarse las medidas de protección que impedían reproducir juegos no originales.

Y en cuanto a las conductas típicas, se mantiene el listado anterior y se amplía con nuevas conductas, como son la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio cuya finalidad sea saltarse las medidas de protección de los programas de ordenador antes mencionados.

Tabla 4. Comparativa de las conductas típicas del CP de 1973 y del CP de 1995

CP 1973	CP 1995
Reproducción	Reproducción
Plagio	Plagio
Distribución	Distribución
Comunicación Pública	Comunicación Pública
Importación	Importación
Exportación	Exportación
Almacenamiento	Almacenamiento
	Fabricación
	Puesta en Circulación
	Tenencia

Respecto a la definición de dichas conductas típicas, debemos acudir en este caso al 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 (en adelante TRLPI). Sin embargo, dicha norma, en el momento de su publicación, mantenía las definiciones antes vistas en la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, por lo que no afectará al encaje de los comportamientos analizados en dichas conductas.

De igual modo, en lo referente a la definición de copia privada como excepción a la reproducción sin autorización del autor, vemos que se mantiene en lo sustancial, con la inclusión de la referencia al derecho de remuneración del autor por copia privada (art. 25) y la excepción de los programas de ordenador (art. 99.a)²⁹: «*2.º Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 25 y 99.a) de esta Ley, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa*».

Según esto, nos seguiríamos encontrando con que los únicos actos objeto de este estudio que supondrían la comisión de conductas no permitidas serían los relativos a la comunicación pública.

En cuanto al resto de elementos del tipo delictivo del Código Penal de 1995³⁰, no existen diferencias sustanciales respecto al Código Penal de 1973. Sin embargo, la gran novedad reside en que el ánimo de lucro y el perjuicio a terceros dejan de ser meros tipos agravados para convertirse en elementos indispensables del tipo básico.

— **Ánimo de lucro.** Entra a formar parte de los elementos del tipo subjetivo. En cuanto a su alcance, este debe ser interpretado como un ánimo comercial con la intención de obtener un beneficio económico, dejando fuera de este concepto el mero uso personal que un particular pueda hacer de una obra protegida.

Esta interpretación encontró respaldo en el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia celebrado en Budapest en noviembre del año 2001 y ratificado por España en mayo de 2010³¹. En el art. 10 de dicho Convenio se exhortaba a los Estados Parte a tipificar en sus ordenamientos jurídicos los delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de derechos afines en entornos digitales, delimitando el ámbito de aplicación a los actos que

²⁹ BERCOVITZ (2005), pp. 2184-2187.

³⁰ GONZÁLEZ (1999), pp. 915-983.

³¹ Convenio del Consejo de Europa sobre la Ciberdelincuencia, celebrado en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf [visitado el 13/08/2021].

se cometan deliberadamente, a escala comercial y por medio de un sistema informático.

Por otro lado, podemos acudir también a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia³² donde se incidía en dicha interpretación:

«El ánimo de lucro, en general, se entiende como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y en los delitos relativos a la propiedad intelectual el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y como elemento típico de carácter subjetivo no es posible prueba directa del mismo, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo, se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo así a criterios como la forma de la copia ilegal, cantidad y número de copias intervenidas, lugar de venta, carencia de todo tipo de documentación y permiso, es decir, el “modus operandi”».

También resulta oportuno mencionar la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, en la que se manifestaba que el ánimo de lucro propio de estos delitos podía entenderse como una intención de lucro comercial o a escala comercial. Esto excluiría el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto, así como los supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada sin intención de obtener un beneficio monetario, como consecuencia de un ejercicio comercial de la actividad³³.

Pues bien, en los casos analizados, al ser realizados por sujetos particulares con la intención del mero disfrute de la obra sin una intención de obtener un beneficio económico, debemos descartar que se dé el elemento del ánimo de lucro.

Caso distinto es el supuesto de las páginas web que publican los enlaces, ya que en su mayoría la finalidad es obtener un beneficio económico de la publicidad que se incluye en dichas páginas, por lo que sí cumplirían con el requisito del ánimo de lucro, aunque no tenga aún relevancia penal, por ser una conducta no tipificada en el Código Penal de 1995.

— **Perjuicio a terceros.** Respecto al perjuicio a terceros, y sin entrar en su indeterminación, ya que puede ser contemplado en sentido subjetivo o bien

³² Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Valencia 302/2004, de 17 de mayo de 2004 (SAP V 2198/2004).

³³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2006).

desde una perspectiva objetiva³⁴, hay que destacar la interpretación que hicieron nuestros Tribunales³⁵, por la que se exigía un efectivo perjuicio al que, además, se reclama una entidad económica de cierta importancia, como podemos ver en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2001³⁶, en la que se señala que el tipo penal exige la producción de un perjuicio económico penalmente relevante³⁷.

En los casos analizados, y siempre que se refieran a conductas de consumo doméstico, tampoco se cumpliría con el requisito del perjuicio económico, ya que las cuantías no tendrían entidad suficiente como para dotarles de relevancia penal. Sin embargo no podemos descartar su aplicación en los casos en los que se pudiera descargar o compartir obras a una escala que se pudiera calificar de masiva. Dicha escala suele alcanzarse con más claridad en el caso de las páginas web que publican enlaces de descarga de obras protegidas, ya que suele tratarse de directorios con grandes volúmenes de enlaces que provocan miles de descargas.

En cuanto a la ausencia de consentimiento del titular, vemos que se mantiene la misma fórmula que la del Código Penal de 1973.

Y respecto al dolo, el legislador elimina la referencia expresa a que la acción se realice «*intencionadamente*». Sin embargo, esto no supone que la comisión de este tipo de delitos se pueda llevar a cabo de forma imprudente, ya que el Código Penal de 1995 abandona el sistema de incriminación general de la imprudencia y se requiere la tipificación expresa del delito imprudente para su aplicación, lo cual no se da en el presente el caso.

Visto esto, la calificación jurídica de las conductas analizadas tiene un significativo cambio, ya que las acciones de comunicación pública realizadas por particulares que resultaban ilícitas penalmente en el Código Penal de 1973 ahora no encuentran encaje en la redacción de 1995, ya que no cumplirían con los requisitos del ánimo de lucro ni del perjuicio a tercero.

³⁴ GONZÁLEZ (1999), p. 941.

³⁵ Sentencia firme de la Audiencia Provincial de Burgos 135/2006, de 6 de octubre de 2006 (SAP BU 706/2006).

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1578/2002, de 2 de abril de 2001 (STS 2742/2001).

³⁷ Tesis reiterada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1578/2002, de 2 de octubre de 2002 (STS 6425/2002), y apuntada o recogida en resoluciones como la Sentencia firme 215/2002, de 10 de mayo de 2002, de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (SAP M 6100/2002), la Sentencia firme 264/2001, de 23 de octubre de 2001, de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Valencia (SAP V 5846/2001), la Sentencia firme 25/2001, de 7 de febrero de 2001, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas (SAP GC 326/2001), y la Sentencia firme 1612/2000, de 27 de julio de 2000, de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria (SAP S 1612/2000), entre otras.

Caso distinto será el de aquellos individuos que tanto por el sistema de descarga directa, como de *streaming*, de P2P o P2PTV comparten obras protegidas de manera masiva y con un lucro económico de por medio, en cuyo caso se cumplirían los elementos del tipo y podría tener la consideración de ilícito penal.

Tabla 5. Cumplimiento de los elementos del tipo delictivo conforme al Código Penal de 1995

Acción	TIPO OBJETIVO					TIPO SUBJETIVO			Copia Privada	ILICITO PENAL	
	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conductas típicas	Perjuicio a tercero	Animo de lucro	Dolo	Consentimiento del titular			
DESCARGA DIRECTA	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	SI	Reproducción (excepción de copia privada)	NO	NO	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	-	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
STREAMING	Reproducir archivo / evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	-	-	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	-	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
P2P	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	SI	Reproducción (excepción de copia privada)	NO	NO	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	-	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
P2PTV	Reproducir evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	-	-	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	-	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
PUBLICACION DE ENLACES	Compartir enlaces	Titular de la página web	Titular de los derechos	-	-	SI	SI	SI	NO HAY	-	NO

3.3. 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

Una de las reformas del Código Penal que tuvo una incidencia directa en los delitos contra la Propiedad Intelectual fue la acometida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre³⁸.

Por un lado, supuso un cambio en la configuración de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los cuales se transformaron de delitos semipúblicos, sujetos al régimen de denuncia previa del ofendido, en delitos públicos perseguibles de oficio³⁹. También se eleva la pena de multa del tipo básico en su

³⁸ MARÍN (2005), pp. 141-154.

³⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2006).

límite inferior, que pasa de seis a doce meses, y se hace conjunta la pena de multa con la de prisión (anteriormente era alternativa).

En el caso concreto del art. 270, el legislador estableció la siguiente redacción:

«1. 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.

2. Será castigado 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 aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo».

Aquí vemos cómo se introduce en el art. 270.2 una distinción entre las conductas de exportación y almacenaje, por un lado, y las de importación, por otro, con la intención de dar cabida a las denominadas importaciones paralelas.

Por otro lado, se amplía el apartado 3 del art. 270, dando cabida a dichas conductas de importación, y se amplía la protección a cualesquiera otras obras, interpretaciones o ejecuciones, en los términos previstos en el apartado 1 del art. 270. De este modo el legislador quiere dar cabida también a conductas en las que se vulneran sistemas de protección, no sólo de *software*, sino también de cualquier otra obra objeto del derecho de autor, como sería por ejemplo la vulneración de los sistemas DRM (*Digital Rights Management*).

Sin embargo, y a pesar de la importancia de estos cambios (más otros que no son objeto de análisis en el presente trabajo), no se produce ningún cambio en la calificación jurídica de las conductas analizadas respecto a lo ya visto en la redacción del Código Penal de 1995.

A pesar de esto, hay que acudir de nuevo a la Ley de Propiedad Intelectual, ya que la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aplicó una serie de cambios en las definiciones de las conductas típicas.

«Artículo 18. Reproducción.

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».

Como vemos, la definición de reproducción se amplía, de forma que ahora tendrían cabida las descargas indirectas, provisionales e incluso las parciales. De este modo ahora encuentran acomodo aquellos comportamientos del mundo digital que anteriormente no tenían un encaje fácil, como por ejemplo el *streaming* y el P2PTV. Sin embargo, merece una mención especial el caso del *streaming*, ya que, a pesar de que se produce una fijación indirecta y provisional para cargar el búfer que permite la reproducción del archivo, genera más dudas el cumplimiento del requisito de que esta permita su comunicación o la obtención de copias.

En cuanto a la obtención de copias, habría que descartarlo ya que, como hemos reiterado, el *streaming* supone una descarga provisional que no guarda una copia del archivo. Y en cuanto a su comunicación, debemos volver a la interpretación que hace la doctrina de este requisito, según el cual implica hacer accesible la obra o perceptible a otros, de la misma forma que ha sido expresada por el propio autor⁴⁰. Pues bien, si nos acogemos al criterio de la perceptibilidad por terceros, entonces podríamos afirmar que efectivamente una obra reproducida en *streaming* puede ser percibida por todo aquel que se sitúe frente a la pantalla del dispositivo en la que se realiza, o que incluso esta señal se pueda transmitir (por ejemplo a través de Chromecast) a otras pantallas distintas para su visualización por terceros.

⁴⁰ CASTELLÓ (2017), p. 325.

El P2PTV, por su parte, aunque tampoco permite realizar copias, sí permite su comunicación de manera más evidente, ya que se comparte la emisión que se está recibiendo con el resto de usuarios de la red P2PTV.

Visto esto, y dado que la redacción de la Ley 23/2006 cambió la copulativa «y» por la disyuntiva «o» en cuanto a los requisitos de la comunicación y la obtención de copias, podríamos afirmar que el *streaming* y el P2PTV pasan a ser desde este momento conductas que se podían calificar de reproducción.

«Artículo 19. Distribución.

1. *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.*

[...].

Aquí lo más destacable es el hecho de la inclusión de la referencia al soporte tangible, lo cual zanja definitivamente su diferenciación con la comunicación pública, aunque, como vimos anteriormente, en la práctica ya se venía aplicando dicho criterio.

«Artículo 20. Comunicación pública.

1. *Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*

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.

2. *Especialmente, son actos de comunicación pública:*

[...]

i) *La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*

[...].

En el caso de la comunicación pública, el legislador quiso incluir un apartado i) en el que plasmar de manera expresa todos aquellos supuestos de puesta a disposición de obras al público, como las que se producen a través de Internet mediante las distintas fórmulas de descarga directa o P2P. Aunque dicho apartado viene a aclarar y confirmar la inclusión de estas conductas en la definición

de comunicación pública, en la práctica no supone ningún cambio, ya que, como decíamos, con la redacción anterior ya tenían cabida.

Por su parte, la definición de copia privada del art. 31.2 TRLPI se modificó, quedando de la siguiente manera:

«2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador».

Las novedades principales son las referencias a que la copia se realice en cualquier soporte, que se haga sobre obras ya divulgadas, por una persona física, y lo más relevante para nuestro análisis, que se haga a partir de obras a las que se haya accedido legalmente⁴¹.

Fue este último cambio el que generó una gran incertidumbre sobre las implicaciones legales del requisito del acceso legal, ya que no resolvía los supuestos en los que hay un acceso legal a la obra, pero la fuente desde la que se hace la copia es ilícita. Esto implicaría que el acceso legal solo podría entenderse en un sentido estricto, no siendo equivalente a que dicho acceso se realice sobre una copia lícita⁴².

Sin embargo, un sector de la doctrina sí sostuvo que se debería identificar el requisito de acceso legal con el de haber tenido un acceso legítimo al original de la obra. Según esto, la copia privada no resultaría aplicable a las copias que se realicen de obras protegidas a las que se haya accedido legalmente pero desde una fuente ilegítima⁴³. Por otra parte, también consideran que si se interpretara el límite de copia privada de forma que quedaran amparados los tipos de reproducciones analizados, es algo que resultaría contrario al artículo 40 bis TRLPI, según el cual no cabe interpretar los límites de tal forma que su aplicación vaya en detrimento de la explotación normal de las obras⁴⁴.

⁴¹ CARBAJO (2004), p. 52.

⁴² BERCOVITZ (2006). p. 98.

⁴³ TATO y TORRES (2017), p. 494.

⁴⁴ RODRÍGUEZ-MOURULLO y BERGARECHO (2007), p. 57.

Para ver cómo interpretaron nuestros tribunales dicha disposición parece relevante remitirnos a la Sentencia absolutoria dictada por el Juzgado de lo Penal de Santander núm. 3, de 14 de julio de 2006⁴⁵. Dicho procedimiento se incoó contra un particular, acusado de cometer un delito continuado contra la propiedad intelectual, consistente en ofrecer e intercambiar gratuitamente fonogramas musicales con otros usuarios de Internet, todo ello a través de cuentas de correo electrónico (P2Mail) y de su propia participación en chats.

En este caso 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. Pero lo relevante es que la sentencia añade una manifestación que resultó bastante polémica, en la que la Juez manifiesta 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.

Visto todo lo anterior, en cuanto al requisito del acceso legal considero que podemos interpretar que no se trata de una novedad sino de una aclaración, ya que si el acceso a una obra es ilícito de ello no se puede derivar un beneficio como es la obtención de una copia privada. En caso contrario, nos llevaría al absurdo de que, apropiándonos ilícitamente de una obra, si le hiciéramos una copia tendríamos un original ilícito y una copia lícita. De igual modo considero que tampoco se puede caer en la idea de que el acceso legal a la obra equivale exclusivamente al acceso a un ejemplar comprado por el propio usuario, ni a que dicho ejemplar sea original, ya que eso implica hacer una interpretación excesivamente extensiva respecto del texto de la propia norma.

De este modo, el cuadro de conductas amparadas por la copia privada quedaría así:

Tabla 6. Requisitos para la determinación de copia privada conforme a la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio

	Obra ya divulgada	Por persona física	Para uso privado	De obras a las que haya accedido legalmente	No sea objeto de utilización colectiva	No sea objeto de utilización lucrativa	COPIA PRIVADA
DESCARGA DIRECTA	✓	✓	✓	✓	✓	✓	SI
STREAMING	✓	✓	✓	✓	✓	✓	SI
P2P	✓	✓	✓	✓	✓	✓	SI
P2PTV	✓	✓	✓	✓	✓	✓	SI

⁴⁵ Sentencia firme del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Santander 309/2006, de 14 de julio de 2006 (SJP 26/2006).

Pues bien, si analizamos las implicaciones penales que tendría la no aceptación de la copia privada en los casos estudiados, nos encontramos con que, aun tratándose de una reproducción no consentida, si dichas reproducciones son realizadas por individuos particulares sin ánimo de lucro, y en un volumen que no implique un perjuicio económico relevante, seguirían siendo conductas sin relevancia penal. Por lo tanto, si entendemos, como interpreta un sector de la doctrina, que no aplica el principio de la copia privada, donde tendría relevancia sería en el ámbito civil, ya que dichas conductas de reproducción pasarían en este caso a ser ilícitas, con las consecuencias legales que ello implica.

Por lo demás, no habría variaciones respecto a la calificación de la comunicación pública y la publicación de enlaces, antes vista.

Tabla 7. Cumplimiento de los elementos del tipo delictivo conforme a la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre

	Acción	TIPO OBJETIVO					TIPO SUBJETIVO			Copia Privada	ILICITO PENAL
		Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conductas típicas	Perjuicio a tercero	Ánimo de lucro	Dolo	Consentimiento del titular		
DESCARGA DIRECIA	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	Obra musical o audiovisual	Reproducción (excepción de copia privada)	NO	NO	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obra musical o audiovisual	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
STREAMING	Reproducir archivo / evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	Obra musical, audiovisual y eventos de TV	Reproducción (excepción de copia privada)	NO	NO	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obra musical, audiovisual y eventos de TV	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
P2P	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	Obra musical o audiovisual	Reproducción (excepción de copia privada)	NO	NO	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obra musical o audiovisual	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
P2PTV	Reproducir evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	Eventos de TV	Reproducción (excepción de copia privada)	NO	NO	SI	NO HAY	SI	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Eventos de TV	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-	NO
PUBLICACION DE ENLACES	Compartir enlaces	Titular de la página web	Titular de los derechos	Obra musical, audiovisual y eventos de TV	-	SI	SI	SI	NO HAY	-	NO

**3.4. LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO,
POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995,
DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL**

Nos encontramos aquí con la última modificación del Código Penal en lo relativo a los delitos contra la Propiedad Intelectual⁴⁶. Tal y como indica el propio Preambulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, los delitos contra la propiedad

⁴⁶ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2016).

intelectual son objeto también de revisión en esta reforma, a fin de ofrecer una adecuada protección jurídico penal, aunque sin olvidar que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y el legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Nos encontramos de este modo con una redacción del art. 270.1 mucho más amplia, que intenta dar respuesta a determinadas cuestiones que podían generar incertidumbre y que amplía los tipos delictivos.

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

En este primer párrafo se cambia la referencia anterior del ánimo de lucro por el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. En la práctica esta modificación viene a aclarar la naturaleza y el alcance del ánimo de lucro, aunque, como indicábamos en la redacción anterior, realmente ya se venía interpretando en dicho sentido. De este modo, conductas como el mero disfrute personal de la obra siguen quedando excluidas, y por otro lado, el beneficio económico indirecto, como sería el caso de una página web que sin cobrar por sus descargas obtiene ingresos de la publicidad por sus visitas, quedaría expresamente incluido.

Otro cambio destacable es la ampliación del listado de conductas típicas, con una referencia genérica que da cabida a cualquier otro modo de explotación económica. Aquí el legislador trata de prever aquellos comportamientos que, aun cumpliendo con los elementos del tipo, puedan tener difícil encaje en las definiciones de las conductas típicas tradicionales.

El cambio quizás más relevante introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es el referente al segundo apartado del art. 270, en el que se penalizan de manera expresa los comportamientos de publicación de enlaces de descarga de obras protegidas.

«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».

Sin embargo, esta inclusión no supuso realmente un punto de inflexión en la penalización de estas conductas, ya que, como veremos a continuación, en los años previos a la reforma del Código Penal ya habían comenzado a dictarse distintas resoluciones tanto de tribunales españoles como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que se definía la calificación jurídica de estas conductas, haciendo posible su persecución y castigo de manera previa a la modificación del art. 270.

El principal problema que se encontraban los tribunales con la redacción anterior del Código Penal era determinar si facilitar enlaces a obras protegidas se podía entender como una puesta a disposición, y por tanto se trataba de una comunicación pública. Pues bien, esta cuestión quedó resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de fecha 13 de febrero de 2014 (asunto C-466/12, conocido como caso Svensson). Aquí vemos cómo el TJUE realiza una interpretación del sentido del apartado primero del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE, incorporado al art. 20.2.i) de nuestra Ley de Propiedad Intelectual por la Ley 23/2006. Según este, los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija. A este respecto, el TJUE manifiesta en su sentencia que los enlaces son actos de puesta a disposición de obras protegidas y, por lo tanto, actos de comunicación pública. De este modo, siendo facultad exclusiva de los titulares de derechos de propiedad intelectual autorizar la difusión de sus obras por cualquier procedimiento a un público nuevo distinto a aquel que estaba inicialmente autorizado para ello, hay que incluir el enlace a estas como otra modalidad de difusión.

Tras dicha sentencia del TJUE, se produjeron algunas resoluciones judiciales en España en las que los tribunales se adherían y aplicaban dicho criterio, destacando la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 638/2015, de 27 de octubre,

que, citando expresamente la sentencia del TJUE, resalta su especial relevancia para la interpretación en nuestra norma penal del contenido de la expresión *comunicación pública* utilizada en el tipo penal.

En cuanto al art. 270.3, nos encontramos con la siguiente redacción:

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

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

En este apartado 270.3 se han introducido además unas medidas cautelares relativas a la retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo de acceso, con la finalidad de proteger los derechos de propiedad intelectual, y de manera particular cuando la vulneración tenga lugar a través de los servicios de la sociedad de la información. Algunas de estas medidas pueden considerarse novedosas en el Código Penal, aunque realmente ya estaban previstas tanto en la Ley de Propiedad Intelectual como en la Ley de la Sociedad de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico. Dichas medidas podrán adoptarse bien como medidas cautelares durante la tramitación del procedimiento, bien como medidas definitivas en la sentencia⁴⁷.

En cuanto a las modificaciones relativas a los apartados 4, 5 y 6 del art. 270, no entraré en su análisis, dado que no corresponden a conductas que puedan ser producidas en el ámbito de Internet, quedando por tanto fuera del objeto del presente trabajo.

Respecto a las definiciones de las conductas típicas vistas en la Ley de Propiedad Intelectual, no han sufrido ningún cambio normativo en este periodo, por lo que serán de aplicación los criterios vistos anteriormente.

Sin embargo, el que sí se vio modificado fue el concepto de copia privada del art. 31.2 TRLPI, por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica

⁴⁷ GARCÍA (2017), pp. 2431-2454.

el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual⁴⁸, resultando la siguiente redacción:

«2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada:

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

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

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

2.º Cuando se realice una reproducción individual de obras a las que se haya accedido a través de un acto legítimo de comunicación pública, mediante la difusión de la imagen, del sonido o de ambos, y no habiéndose obtenido dicha reproducción mediante fijación en establecimiento o espacio público no autorizada.

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

Como podemos observar, ciertos cambios pretenden aclarar o concretar conceptos recogidos en la anterior redacción. Así vemos cómo, respecto al requisito del uso privado, se añade que sea no profesional ni empresarial. Y respecto al uso no lucrativo, el legislador matiza que no haya un fin comercial directa ni indirectamente, además de que no se destine a una distribución mediante precio. Esta última referencia en el apartado 2.c) la considero innecesaria, ya que trae más confusión que certidumbre. El motivo es que descartar el uso de la copia para la distribución mediante precio puede llevar al equívoco de entender que la distribución gratuita sí estaría amparada por la copia privada, lo cual realmente sería contrario al requisito del uso privado.

⁴⁸ BERCOVITZ (2015), pp. 61-87.

Pero donde realmente este cambio normativo tiene una mayor relevancia es en la referencia al acceso legal a la fuente, a la cual se le requiere además el carácter de lícita. Y para no generar dudas respecto a la interpretación de estos conceptos, el legislador concreta en qué dos casos se cumplen estos requisitos: cuando se realiza respecto a un original que se ha comprado y cuando se realiza respecto de una comunicación pública legítima (salvo en establecimiento o espacio público no autorizado).

Pues bien, visto esto se puede afirmar que ninguno de los comportamientos analizados cumpliría los requisitos exigidos en la copia privada, ya que las obras que se obtienen por descarga directa o P2P, o se visualizan mediante *streaming* o P2PTV, no tienen el carácter de lícitas.

En el caso de la descarga directa o P2P, el sujeto que comparte la obra puede que lo haga sobre un ejemplar que ha adquirido en propiedad por compraventa mercantil, pero eso solo le habilita a realizar copias privadas para su uso personal del ejemplar en cuestión, pero no para terceros.

Lo mismo ocurre en los casos de *streaming* o P2PTV, ya que el acceso a las obras se realiza mediante actos de comunicación pública no legítimos, dado que el titular de esas obras o de esa señal de TV no los ha autorizado.

De este modo, el cuadro de requisitos para la copia privada quedaría así:

Tabla 8. Requisitos para la determinación de copia privada conforme a la reforma operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre

	Sin asistencia de terceros	Obra ya divulgada	Por persona física	Para uso privado no profesional ni empresarial	Sin fines directa ni indirectamente comerciales	De obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita	No sea objeto de utilización colectiva	No sea objeto de utilización lucrativa	COPIA PRIVADA
DESCARGA DIRECTA	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO
STREAMING	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO
P2P	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO
P2PTV	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO

Sin embargo, esta redacción del art. 31.2 TRLPI no ha permanecido inmutable hasta hoy, sino que aún se aplicó una nueva modificación a través del Real Decreto-ley 12/2017, de 3 de julio⁴⁹, quedando el apartado b) del art. 31.2 con la siguiente redacción:

«b) Que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación».

⁴⁹ FERNÁNDEZ-LASQUETTY (2019), pp. 109-138.

De nuevo vemos otro bandazo del legislador, de modo que volvemos a una redacción simplificada del estilo de la Ley 23/2006, de 7 de julio, en lugar de la redacción aclaratoria de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, en la que se concretaban los supuestos de aplicación. En este caso se añade como único requisito a la licitud de la fuente el que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación. De este modo se deja en manos del propio titular de los derechos de la obra la determinación de las condiciones en las que estará permitido el acceso a la obra, y por ende todos los accesos que se salgan de la previsión del titular de los derechos no estarán amparados por el límite de copia privada.

En la práctica, dicha redacción no se aparta del espíritu de la redacción previa de la Ley 21/2014, ya que no se vulnerarán las condiciones de acceso a la obra cuando la copia se realice desde un soporte que contenga una reproducción de la obra, autorizada por su titular. Sin embargo no se requiere de manera expresa la compraventa o adquisición en propiedad. Esto no quiere decir que si accedemos por ejemplo a una obra a través de una biblioteca, como hemos accedido legalmente a la obra podemos realizar copias de ella, ya que las condiciones de acceso a los ejemplares de la biblioteca prohibirán expresamente la realización de copias de los ejemplares en préstamo, y la realización de la copia vulneraría dichas condiciones de acceso.

Además, se podrían dar ciertos casos particulares de licencias *Creative Commons*, que permitan el acceso gratuito a una determinada obra, pero con limitaciones particulares de uso en función del tipo de licencia acordada por el autor. De este modo la nueva redacción del art. 31.2 daría también cabida y protección a estos casos donde no media una comercialización ni adquisición en propiedad.

En lo que respecta a los comportamientos analizados, considero que no cumplirán con el requisito de no vulneración de las condiciones de acceso, por lo que todas las conductas de reproducción analizadas serían como mínimo ilícitas civilmente, y ninguna estaría amparada por la copia privada.

Tabla 9. Requisitos para la determinación de copia privada conforme a la reforma operada por el R.D.-ley 12/2017, de 3 de julio

	Sin asistencia de terceros	Obra ya divulgada	Por persona física	Para uso privado no profesional ni empresarial	Sin fines directa ni indirectamente comerciales	A partir de fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso	No sea objeto de utilización colectiva	No sea objeto de utilización lucrativa	COPIA PRIVADA
DESCARGA DIRECTA	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO
STREAMING	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO
P2P	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO
P2PTV	SI	✓	✓	✓	✓	✗	✓	✓	NO

Desde el punto de vista penal, seguimos sin poder considerar como ilícitos penales estos comportamientos, ya que no se cumple el requisito del ánimo de lucro, al tratarse de usuarios particulares que realizan dichas acciones para un uso y disfrute personal. E incluso para poder determinar el perjuicio a tercero, ya vimos que este debía ser de cierta relevancia, por lo que dicho requisito tampoco se cumpliría a menos que se hicieran descargas o comunicaciones públicas masivas.

El único supuesto que sí tendría relevancia penal es el de los sujetos que publican listados de enlaces de descarga o *streaming* y obtienen un beneficio económico directo o indirecto. Estos supuestos se corresponden en la mayoría de casos a páginas web que, aun no cobrando por el acceso de dichos enlaces, tienen publicidad que les reporta un beneficio económico por dichas visitas, y que al dar acceso de manera masiva a los enlaces estaría también provocando un evidente perjuicio económico a los titulares de dichas obras. Sin embargo, hay que aclarar que en el caso de que los enlaces se publicaran sin ningún beneficio económico directo ni indirecto, eso supondría que no nos encontramos ante un ilícito penal, pero no quiere decir que se trate de un comportamiento lícito, ya que seguiría tratándose de un acto ilícito civilmente⁵⁰, perseguible además por la Comisión de Propiedad Intelectual⁵¹.

⁵⁰ ESCRIBANO (2016), pp. 169-190.

⁵¹ CASAS (2015), pp. 267-346; SALAS (2011), pp. 591-598.

De este modo, el cuadro de cumplimiento de los elementos del tipo objetivo y subjetivo quedaría definitivamente así:

Tabla 10. Cumplimiento de los elementos del tipo delictivo conforme a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Acción	TIPO OBJETIVO					TIPO SUBJETIVO			Copia Privada	ILICITO PENAL
	Sujeto activo	Sujeto pasivo	Objeto material	Conductas típicas	Perjuicio a tercero	Animos de obtener un beneficio económico directo o indirecto	Dolo	Consentimiento del titular		
DESCARGA DIRECTA	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Reproducción	NO	NO	SI	NO HAY	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-
STREAMING	Reproducir archivo / evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales, audiovisuales y eventos de TV	Reproducción	NO	NO	SI	NO HAY	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales, audiovisuales y eventos de TV	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-
P2P	Descargar	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Reproducción	NO	NO	SI	NO HAY	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Obras musicales o audiovisuales	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-
P2PTV	Reproducir evento de TV	Usuario particular	Titular de los derechos	Eventos de TV	Reproducción	NO	NO	SI	NO HAY	NO
	Compartir	Usuario particular	Titular de los derechos	Eventos de TV	Comunicación pública	NO	NO	SI	NO HAY	-
PUBLICACIÓN DE ENLACES	Compartir enlaces	Titular de la página web	Titular de los derechos	Obras musicales, audiovisuales y eventos de TV	Publicación de enlaces	SI	SI	SI	NO HAY	-
										SI

Por último, y como modificación normativa más reciente a fecha de elaboración del presente trabajo, hay que referirse al Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone, entre otras, la Directiva 2019/790, sobre los derechos de autor en el mercado único digital (Directiva DAMUD).

En cuanto al tema que nos ocupa, y a pesar de no tener relevancia en el ámbito penal, resulta interesante señalar como modificaciones más relevantes, por un lado, la incorporación de un nuevo supuesto de comunicación pública a través de la denominada retransmisión (art. 20.2.f TRLPI), y por otro el art. 73 del Real Decreto-ley 24/2021, que regula el uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea.

Este último dispone la responsabilidad de los prestadores de servicios por compartir contenidos en línea en el supuesto de que se realicen actos de comunicación o puesta a disposición del público de contenidos protegidos, siempre que no se cuente con la debida autorización. De este modo los prestadores de este

tipo de servicios pasan a ser responsables directos por los actos de los usuarios de sus servicios, salvo que hayan llevado a cabo las medidas previstas en el art. 73.4 de dicho Real Decreto-ley.

Estas medidas tienen una doble naturaleza. Por un lado, se requieren medidas preventivas que impidan que se pongan en línea contenidos protegidos sin autorización, y por otro deben existir mecanismos expeditivos que inhabiliten el acceso a obras protegidas, cuando se haya notificado que se están compartiendo sin autorización.

Esto va a provocar que dichas plataformas tengan que implantar sistemas automatizados de detección de contenido ilícito, de modo que se monitoricen todas las subidas que realicen los usuarios, lo cual ya está empezando a ser visto como un sistema de censura privada que evita que un juez deba pronunciarse sobre la ilicitud del contenido. La polémica está servida.

4. CONCLUSIONES

Primera. Tal y como hemos podido observar en el análisis de la evolución de la regulación de los delitos contra la Propiedad Intelectual en Internet, la normativa penal española no estaba inicialmente preparada para un tipo de comportamientos que no tenían un claro acomodo en los tipos delictivos existentes.

Esto provocaba que acciones como la reproducción no consentida a través de streaming y P2PTV no tuvieran inicialmente cabida en las definiciones de las conductas típicas. De hecho, no encontrarían encaje en la definición de reproducción hasta la reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Como vemos, son fechas relativamente recientes que ponen de manifiesto cierta falta de premura, o en su caso de acierto, por parte del legislador español a la hora de tipificar comportamientos que ya estaban ampliamente extendidos entre los usuarios de Internet.

Segunda. Por otro lado, también ha quedado patente que inicialmente se producía una desproporción entre las conductas típicas y los incipientes actos de descarga de obras protegidas, ya que, conforme a la redacción del Código Penal de 1973, no se requería ánimo de lucro ni perjuicio a terceros, por ser estos meros tipos agravados. Esto suponía que un acto de descarga o comunicación pública no consentida de una obra protegida, para un uso personal, pudiera tener encaje en los elementos del tipo, aun cuando no hubiera un ánimo de lucro económico, ni un perjuicio grave para el titular de los derechos vulnerados.

Esta situación no se corregiría hasta la aparición del Código Penal de 1995, cuando el ánimo de lucro y el perjuicio a terceros entrarían a formar parte de los elementos del tipo indispensables, lo que supondría la exclusión *de facto* de las conductas de particulares que no tienen un interés económico, y cuyas acciones no implican perjuicios graves. Nos estamos refiriendo a las conductas de autoconsumo de obras protegidas. Sin embargo, conviene recordar que el hecho de que estas conductas no supongan la comisión de ilícitos penales no las convierte en lícitas. Para ello habría que acudir a la vía civil para determinar su licitud en este orden.

Tercera. Resulta también relevante observar la evolución normativa que se ha producido del concepto de copia privada, dado que las conductas que encontraban encaje en este concepto tenían la condición de lícitas, y por tanto se excluía la responsabilidad penal por ellas. Así hemos podido ver que, inicialmente, la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 incluía unos requisitos suficientemente laxos como para que las conductas de reproducción analizadas en este trabajo, y realizadas por particulares, pudieran tener la condición de copias privadas, lo que implicaba su consideración de lícitas.

Esta situación provocó un gran malestar en el sector audiovisual, ya que de un único ejemplar lícito se podían derivar copias infinitas y de manera masiva, lo que le infligió unas cuantiosas pérdidas.

No sería hasta la reforma del TRLPI operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que esta situación se revirtió, gracias a la inclusión de un nuevo requisito, consistente en que las copias se realicen de obras a las que se haya accedido legalmente desde una fuente lícita. Esto provocó que, a partir de este momento, las conductas de reproducción analizadas estuvieran excluidas del concepto de copia privada.

Este requisito volvió a ser modificado, esta vez por el Real Decreto-ley 12/2017, al sustituirse por el de que la copia se realice a partir de fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso. Sin embargo, en la práctica este cambio seguía produciendo los mismos efectos, al excluir las conductas de reproducción analizadas del concepto de copia privada.

Cuarta. Cabe señalar también que, en la práctica, la industria del sector audiovisual y del *software* no puso su punto de mira judicial inicialmente sobre los usuarios particulares (aunque sí a través de campañas publicitarias contra la «piratería»), sino contra las propias páginas web que ofrecían estos contenidos. Esto se debió principalmente a un intento de no criminalización de los consumidores, ya que podría provocar un rechazo por la opinión pública, con el consiguiente daño de imagen de estas empresas. Pero también por las dificultades a la hora de la identificación personal de estos individuos, a través de sus IPs.

Sin embargo, las acciones penales contra páginas web que ofrecían meros listados de enlaces también se vieron inicialmente frustradas debido a la imposibilidad de encontrar su encaje dentro de los tipos vigentes. No sería hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que se incluiría en el Código Penal como un nuevo tipo delictivo. Esta reforma, aunque fue oportuna, llegó tarde, ya que los propios tribunales españoles ya se encontraban aplicando un criterio marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que permitía la asimilación de este tipo de comportamientos a la comunicación pública, y de este modo que pudieran ser considerados como ilícitos penales.

Quinta. Como vemos, todas las deficiencias normativas se han ido corrigiendo a lo largo de las diferentes reformas, de modo que a día de hoy las definiciones de las conductas típicas son lo suficientemente amplias como para dar cabida a todos los comportamientos vulneradores, y los elementos del tipo delictivo exigen unos requisitos que permiten descartar del ámbito penal aquellas conductas que no revisten especial gravedad, sin que además ello impida que puedan ser sancionadas por la vía civil.

Sin embargo, como el paso del tiempo ha demostrado, los avances tecnológicos, y con ellos los medios de vulneración de derechos de propiedad intelectual, se encuentran en continua evolución, lo que requerirá del legislador una especial atención que permita realizar en su caso los ajustes necesarios en los textos legales.

Sexta. Por otro lado, hay cuestiones que no han quedado aun totalmente resueltas y que siguen generando polémica, como la dificultad en la persecución de las conductas delictivas, cuando para la identificación del autor se debe recurrir a la dirección IP. Como hemos visto, se han ido produciendo distintos intentos de regulación en diferentes normas, que en la práctica han servido para traer más confusión al asunto. Es por ello que se hace necesario un esfuerzo por parte del legislador para marcar unos criterios uniformes y claros, que encuentren un equilibrio entre la protección de la intimidad de las personas y la persecución de los actos ilícitos cometidos en el ámbito de Internet.

Séptima. De cara al futuro, considero que aunque el fenómeno de las reproducciones y comunicaciones públicas de obras protegidas en Internet no va a desaparecer, la tendencia actual nos está marcando unos cambios de hábitos de gran relevancia. Una de las ventajas de los sistemas de intercambio de archivos tradicionales era la posibilidad de acceder a casi cualquier obra, ya que apenas había alternativas legales en el mercado. Actualmente las plataformas legales de vídeo y audio (Netflix, HBO, Prime Video, Spotify, etc.) ofrecen grandes catálogos, compatibles con casi cualquier dispositivo y a precios razonables, lo

que ha provocado que muchos consumidores de estos contenidos hayan optado por realizar una suscripción a dichas plataformas.

Pero, como indicaba, este fenómeno no va a desaparecer, sino que se está transformando. Ahora la reproducción no consentida de contenido audiovisual se realiza principalmente a través de aplicaciones que simulan las plataformas legales, a través de amplios catálogos, permitiéndose en muchos casos tanto la descarga como la reproducción *online*. Otro ejemplo es el de la retransmisión de eventos deportivos en *streaming*, que sigue en alza, con una gran oferta de opciones a través de aplicaciones que permiten la reproducción de estos contenidos, ya sea mediante sistemas de *streaming* directo o usando P2PTV.

Octava. A su vez, desde las instituciones europeas se está tratando de reaccionar a estos y otros fenómenos, mediante medidas normativas como el futuro Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales o la vigente Directiva 790/2019 de Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital, transpuesta por el Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre. Dicha Directiva establece, como una de sus principales novedades, un cambio en la responsabilidad sobre la violación de derechos de autor en Internet, la cual recae ahora sobre las plataformas de contenidos, aun cuando estos hayan sido subidos por los propios usuarios.

5. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997.

- «La copia privada», *Revista Aranzadi Civil* núm. 1, 2005, pp. 2184-2187.
- Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- «La guerra del P2P», *Revista Aranzadi Civil* núm. 3, 2007, pp. 2566-2568.
- «La copia privada», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 61-87.

BRAVO BUENO, David, «Resolución final del caso Sharemula. La Audiencia de Madrid es rotunda: las webs de enlaces a redes P2P no son delito», disponible en: http://www.filmica.com/david_bravo/archivos/008333.html 2008 [visitado el 05/01/2022].

CARBAJO CASCÓN, Fernando, «El pulso en torno a la copia privada», *Revista de Propiedad Intelectual* núm. 16, 2004, pp. 9-54.

CARMONA SALGADO, Concepción, *La nueva Ley de propiedad intelectual: especial consideración al delito introducido en el Código penal tras la reforma de 1987*, RDU Ediciones, Madrid, 1988.

CASAS VALLÈS, Ramón, «La comisión de propiedad intelectual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *La Reforma de la ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 267-346.

CASTELLÓ PASTOR, José Juan, «Artículo 18. Reproducción», en PALAU RAMÍREZ, Felipe y PALAO MORENO, Guillermo (dir.), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 311-328.

DELGADO KLOOS, Carlos; GARCÍA RUBIO, Carlos, «Historia de Internet», en FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel; CREMADES GARCÍA, Javier; ILLESCAS ORTIZ, Rafael (coord.), *Régimen jurídico de internet*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 87-100.

DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Civitas, Madrid, 1998.

EGEDA, «El sector audiovisual se une en una campaña para luchar contra la piratería», *Boletín Informativo EGEDA* núm. 35, 2004, p. 18.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, «La responsabilidad civil por infracción de los derechos de autor en internet: estado de la cuestión», en FAYOS GARDÓ, Antonio y ANDRÉS SEGOVIA, Belén (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 169-190.

FERNÁNDEZ-LASQUETTY MARTÍN, Javier, «El límite de copia privada. Evolución histórica y construcción actual», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid* núm. 39, 2019, pp. 109-138.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, «Delitos contra los derechos de autor», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* tomo 44, mes 1, 1991, pp. 97-142.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «Circular núm. 1/2006 de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003», disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_01_2006.pdf, 2006 [visitado el 05/01/202221].

— «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», disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/CIR/CIR_08_2015.pdf, 2016 [visitado el 05/01/2022].

GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 34, 1995, pp. 203-250.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, «Los delitos contra la Propiedad Intelectual», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 2369-2392.

GARCÍA RIVAS, Nicolás, «La tutela penal de la propiedad intelectual tras la reforma de 2015», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2017, pp. 2431-2454.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Protección Penal de los derechos de autor y conexos*, Civitas, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Alejandro, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Tecnos, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, «La obligación de los prestadores de servicios en línea de revelar la identidad de los usuarios que infringen derechos de propiedad intelectual a través de redes P2P», *Revista de Propiedad Intelectual* de Editorial Bercal núm. 20, 2005, pp. 77-134.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Artículo 270», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, vol. 8, Edersa, Madrid, 1999, pp. 915-983.

IGLESIAS POSSE, Rubén, «Las reproducciones provisionales de obras protegidas en el ámbito digital: Especial referencia a las generadas durante el intercambio de archivos a través de redes P2P: Segunda parte», *Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela* vol. 26, núm. 1, 2017, pp. 73-105.

LLORET MAURI, Jaime; GRANADOS TENORIO, Miguel A. y BORONAT SEGUÍ, Fernando, «Evolución y contenido de las redes P2P de compartición de ficheros de dominio público», disponible en <http://personales.upv.es/jlloret/pdf/ursi2005-p2p.pdf>, 2005 [visitado el 05/01/2022].

MAEZTU LACALLE, David, «La identificación del titular de una dirección IP problemática en aplicación de la ley 25/2007, de conservación de datos», en PÉREZ GIL, Julio (coord.), *El proceso penal en la sociedad de la información: las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 241-330.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca, «La protección penal de la propiedad intelectual: análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 8, 2005, pp. 141-154.

MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delincuencia informática y derecho penal*, Edisofer, Madrid, 2001.

MUÑOZ GEA, Juan Pedro, MALGOSA SANAHUJA, José María, MANZANARES LÓPEZ, Pilar y SÁNCHEZ AARNOUTSE, Juan Carlos, «Sistemas P2P de streaming de video», *Jornadas de introducción a la investigación de la UPCT* núm. 1, 2008, pp. 23-25.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ-MOURULLO OTERO, Alberto y BERGARECHE MENDOZA, Nicolás, «Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* núm. 17, 2007, pp. 51-61.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, «La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010», *Revista Penal de La Ley* núm. 29, 2012, pp. 178-202.

SALAS CARCELLER, Antonio, «El papel y las funciones de la comisión de propiedad intelectual: La base de la comisión», en O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier (coord.), *Los derechos de propiedad intelectual en la obra audiovisual*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 591-598.

SOTO GARCÍA, Mercedes, «TJCE – Sentencia de 29.01.2008, Promusicae C-275/06 – Sociedad de la Información, Protección de Datos Personales, Deber de divulgación de Proveedores de Servicios, Protección de los Derechos de Autor», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 31, 2008, pp. 867-883.

SOTO NIETO, Francisco, «Delitos contra los derechos de los titulares de la Propiedad Intelectual», *Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía La Ley* núm. 3, 1989, pp. 962-983.

TATO PLAZA, Anxo y TORRES PÉREZ, Francisco, «Art. 31 y 33», en PALAU RAMÍREZ, FELIPE (dir.), *Comentarios a la ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 489-584.