
Los delitos relativos a la propiedad intelectual y los abusos de sistemas de acceso condicional y terminales de comunicaciones

PID_00267797

Alfonso Galán Muñoz

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas



**Alfonso Galán Muñoz**

Profesor titular de Derecho penal de la Universidad Pablo de Olavide, doctor en Derecho y becario Formación de Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación, de la Fundación Alexander von Humboldt y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Ha realizado numerosas estancias de investigación en las universidades alemanas de Friburgo, Múnich, Tubinga y Berlín. Es experto en criminalidad informática y económica, temas a los que ha dedicado numerosas publicaciones, tanto nacionales como internacionales. Es investigador principal y miembro de varios proyectos de investigación nacionales y autonómicos, y responsable del Grupo PAIDI SEJ-571: Grupo de Investigación sobre el Sistema Penal y Criminología (SISPECRIM). También es el director del máster de Criminología y ciencias forenses de la Universidad Pablo de Olavide.

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por el profesor: Josep Maria Tamarit Sumalla (2019)

Primera edición: septiembre 2019
© Alfonso Galán Muñoz
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Objetivos.....	5
1. Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual y otras prestaciones dotadas de valor económico	7
2. Los delitos contra la propiedad intelectual.....	10
2.1. El tipo básico del delito contra la propiedad intelectual	10
2.1.1. Tipo objetivo	11
2.1.2. Tipo subjetivo	21
2.2. Los tipos privilegiados	22
2.3. Los tipos específicos sancionadores de conductas preparatorias o favorecedoras de infracciones contra la propiedad intelectual	24
2.4. Los tipos cualificados de los delitos contra la propiedad intelectual	37
3. Abuso sobre servicios de acceso condicional y terminales de telecomunicación.....	42
3.1. Introducción	42
3.2. El castigo de las conductas facilitadoras o provocadoras del acceso no autorizado a los sistemas de acceso condicional	43
3.3. La duplicación, alteración de equipos de telecomunicación y la comercialización de aparatos alterados	46
3.4. El delito de abuso de sistemas de acceso condicional	47
4. Concursos.....	49
5. Algunas consideraciones comunes.....	50
Ejercicios de autoevaluación.....	51
Solucionario.....	53
Bibliografía.....	54

Objetivos

Después de trabajar los materiales que componen este módulo didáctico, el estudiante podrá alcanzar los siguientes objetivos:

1. Comprender los fundamentos y reglas básicas de la protección jurídica de la propiedad intelectual.
2. Conocer los diferentes ataques contra la propiedad intelectual realizados mediante sistemas informáticos que pueden llegar a tener relevancia penal.
3. Comprender los problemas específicos a los que se enfrenta la protección penal de la propiedad intelectual en Internet.
4. Diferenciar los ilícitos penales y civiles contra la propiedad intelectual.
5. Delimitar qué prestaciones no autorizadas de servicios de enlaces en Internet pueden llegar a tener relevancia penal.
6. Conocer y saber aplicar las circunstancias que pueden determinar la apreciación de tipos delictivos privilegiados y agravados contra la propiedad intelectual.
7. Tener una visión global de los abusos referidos a sistemas de acceso condicional y terminales de telecomunicaciones que pueden tener relevancia penal.
8. Ser capaz de solventar los múltiples y variados problemas concursales que se pueden dar entre todas las figuras analizadas.

1. Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual y otras prestaciones dotadas de valor económico

Es indudable que la aparición y expansión de las modernas tecnologías de la información y la comunicación, y especialmente de esa red de redes que llamamos Internet, han hecho que se tambaleen algunos de los pilares sobre los que tradicionalmente se ha sustentado la industria que se encarga de producir y comercializar los conocimientos, informaciones y creaciones que se encuentran amparados por los derechos de propiedad intelectual.

Muchas son las tensiones a las que se ha sometido la tradicional protección de estos derechos concebidos en torno a un modelo de negocio basado primordialmente en la distribución física de dichos contenidos, y no en la digital, lo que en nada se ajusta a estas nuevas tecnologías. Tensiones que incluso han permitido reabrir el debate, mucho más de fondo, relativo a si la tradicional configuración y protección de la **propiedad intelectual** no habría relegado en exceso el papel o función social que dicha propiedad, como cualquier otra, debería tener y respetar, máxime teniendo en cuenta que la producción de las creaciones intelectuales, por más que sea manifestación del ingenio de una persona, no dejará nunca de ser también sino el resultado de las condiciones sociales, educativas y culturales que rodean a su creador, con lo que parece lógico pensar que la sociedad o la comunidad responsable de dichas condiciones también tenga cierto derecho a que revierta en su provecho parte de los beneficios que la producción genere.

Sin embargo, este interesante debate no puede ocultar el hecho de que la revolución tecnológica que vivimos ha sido utilizada por algunos para lucrarse a costa de las creaciones y el trabajo de otros, lo que ha desembocado en la generalización de la piratería de este tipo de contenidos. Una piratería que, pese a las muchas campañas de concienciación realizadas y a que el Estado ha tratado de frenarla haciendo uso (en ocasiones de forma desmedida) del amplio arsenal punitivo que tiene a su disposición, sigue siendo aceptada y respaldada por gran parte de la sociedad.

En este contexto es en el que el legislador decidió dar una vuelta de tuerca en la lucha contra las cada vez más variadas y frecuentes actividades de explotación no autorizada de contenidos de propiedad intelectual, para lo que optó por volver a intensificar y ampliar su protección jurídica.

En primer lugar, para ello reformó la legislación civil reguladora de dichos derechos, mediante la aprobación de la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modificó de forma significativa lo establecido por el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual contenido en el todavía vigente Real decreto legisla-

tivo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI). Lo hizo, según se decía en su preámbulo, para trasponer a nuestro ordenamiento lo exigido por las Directivas 2011/77/UE y 2012/28/UE, pero además y entre otras cosas, también lo hizo para reducir de forma notable el concepto legal de copia privada, contenido en el artículo 31 de dicho texto legal, si bien dicha inicial y tal vez excesiva restricción se ha visto moderada gracias a la posterior reforma de dicho artículo efectuada por el Real decreto ley 12/2017, de 3 de julio, que además reguló con detalle el sistema de compensación por copia privada.

Por otra parte, también decidió realizar una amplia y profunda modificación de la protección penal otorgada a dichos derechos, mediante la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha reformado de forma notable los delitos destinados a protegerlos.

Junto a los delitos protectores de este clásico valor patrimonial, hace ya tiempo que nuestro legislador también decidió establecer una especial protección penal para los abusos que se podían cometer con respecto a unos servicios cuya prestación requería de la utilización de unos sistemas técnicos, generalmente informáticos, que limitaba el acceso a los mismos tan solo a aquellas personas que cumpliesen los requisitos que sus prestadores habían puesto para poder disfrutar de los mismos, normalmente, el pago de una determinada cuantía de dinero o el abono de alguna suscripción. Son los denominados **servicios de acceso condicional**, que originariamente estuvieron destinados sobre todo a la prestación de los servicios de pago por visión de los iniciales canales de televisión de pago (*pay per view*), pero que actualmente engloban una amplia gama de servicios a la carta que se prestan a través de muy diversas plataformas de comunicación, que nos permiten desde consultar los fondos de enormes bases de datos bibliográficas hasta escuchar en *streaming* infinidad de discos o ver los capítulos de nuestras series preferidas, siempre que queramos y desde una amplia variedad de dispositivos utilizables a tales efectos, desde el televisor inteligente que tenemos en nuestro salón hasta el teléfono móvil que llevamos en nuestros bolsillos.

Los múltiples abusos que se realizaron sobre este tipo de servicios desde su inicial implantación, así como el hecho de que tales conductas tuviesen, en ocasiones, un difícil encaje en el seno de algunas de las figuras delictivas vigentes en aquellos momentos, fueron determinantes para llevar a nuestro legislador a decidirse a crear, mediante la aprobación de la LO 15/2003, unos delitos (los contemplados en el todavía vigente artículo 286 CP) que trataban precisamente de cubrir la aparente laguna de punibilidad que presentaba nuestro ordenamiento a la hora de proteger su suministro.

Fuera como fuese, una vez pasado el tiempo, estos delitos, como veremos, vendrán a solaparse en muchas ocasiones con la extendida protección que, tras la reforma realizada por la LO 1/2015, otorga nuestro Código penal a las obras y prestaciones de propiedad intelectual, lo que nos ha llevado a dedicar las siguientes páginas a realizar un estudio conjunto de ambas clases de deli-

tos, con el fin de dar una visión global y coordinada del concreto ámbito de protección que les corresponde a cada uno de ellos. Nuestro análisis comienza, como no podía ser de otra forma, estudiando la extendida y controvertida protección que nuestro vigente Código penal otorga a los derechos relativos a la propiedad intelectual.

2. Los delitos contra la propiedad intelectual

Los delitos contra la propiedad intelectual están ubicados en la sección 1.^a del capítulo XI, del título XIII, del libro II del Código penal, que lleva por título «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», ubicación que podría llevarnos a pensar que nos encontramos ante unos delitos de marcada naturaleza socioeconómica, protectores de bienes jurídicos económicos supraindividuales, como lo son muchos otros delitos contenidos en dicho capítulo.

Sin embargo, un análisis más detenido de los tipos delictivos que nos ocupan nos llevará rápidamente a percatarnos de que resulta imposible englobarlos en su conjunto dentro de dicha categoría de delitos, ya que, aunque es cierto que todos ellos tienden a proteger los derechos económicos de explotación de los titulares de propiedad intelectual, y no sus derechos morales, unos (la mayoría, como veremos) presentan una clara naturaleza patrimonial individual y protegen los derechos de los concretos titulares de tales derechos de explotación frente a posibles afecciones, mientras que otros tutelan dichos derechos de forma mucho más general y colectiva, lo que los dota de una verdadera naturaleza socioeconómica.

Son precisamente estas diversas naturalezas y la gran variedad de conductas que el legislador ha decidido castigar con respecto a esta materia las que determinan que resulte imposible analizar de forma conjunta y unitaria todos los delitos contenidos en la referida sección, lo que nos obligará a tener que estudiarlos, a continuación, de forma separada, comenzando por aquel que, pese a la ampliación de tipificaciones realizada por la reforma efectuada en el año 2015, continúa siendo, sin lugar a dudas, el que contiene la modalidad básica de ataque contra los comentados derechos. Esto es, el contenido en el primer apartado del artículo 270 CP.

2.1. El tipo básico del delito contra la propiedad intelectual

El artículo 270.1 CP establece que «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 económicamente, 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».

Tres son, a nuestro juicio, los referentes esenciales de la configuración típica de esta figura que delimita la modalidad básica de ataque contra la propiedad intelectual y los tres se han visto, en mayor o menor medida, modificados por la ya citada reforma del Código penal efectuada por la LO 1/2015.

En concreto, se trataría del **objeto material** sobre el que tiene que recaer alguna de sus posibles conductas o modalidades comisivas. En segundo lugar, se encontraría la abigarrada descripción de sus posibles **conductas típicas**. Y, finalmente, el tercer gran referente de este delito nos vendría dado por su **tipo subjetivo**, que estaría compuesto, a su vez, por dos elementos fundamentales:

1) el **dolo**, lo que es plenamente coherente con la naturaleza puramente patrimonial individual que, a nuestro juicio, tiene esta figura, y

2) un **elemento subjetivo del injusto** distinto de aquel, descrito mediante la exigencia de que las conductas anteriormente referidas deban cometerse con «ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto» para poder ser típicas.

Analicemos, por tanto, en primer lugar el tipo objetivo de este delito, comenzando por la definición de su objeto material.

2.1.1. Tipo objetivo

El delito del artículo 270.1 CP protege las obras o prestaciones artísticas, literarias o científicas, sus transformaciones, interpretaciones o ejecuciones.

Las obras artísticas, literarias o científicas aparecen definidas de forma muy general en el artículo 10.1 del TRLPI, que afirma que serán objeto de propiedad intelectual «todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro», y a continuación enumera, a título puramente ejemplificativo, algunas de las creaciones que podrían tenerse por tales, como sería el caso de los libros, las composiciones musicales, las cinematográficas o los programas de ordenador.

El carácter completamente abierto de esta definición trata de brindar protección a cualquier obra de esta naturaleza que pueda llegar a desarrollarse o a crearse en el futuro, lo que ha obligado a definir dicho objeto atendiendo a las notas o cualidades generales que caracterizan y perfilan dicha delimitación.

La primera de estas notas es que las obras, para ser consideradas como tales, sean **creaciones**, esto es, innovaciones manifestación de la inventiva o creatividad del espíritu humano. La segunda consiste en que dichas creaciones sean **originales**, es decir, que sean producto de la actividad creativa realizada por su autor y que se diferencie de otras creaciones o producciones preexistentes. Y la tercera es que dicho producto o creación pueda **calificarse como artística, literaria o científica**.

La primera de las comentadas características, la que alude al **carácter creativo y personal** de la obra de propiedad intelectual, es precisamente la que fundamenta que el TRLPI otorgue a su creador o autor los derechos de propiedad intelectual (art. 1 TRLPI) sobre la misma, estableciendo que, si bien puede ceder a terceros los derechos de explotación económica sobre su creación (arts. 17 y 43 y siguientes TRLPI), mantendrá de forma irrenunciable e inalienable los derechos morales que también le corresponden sobre la misma (art. 14 TRLPI).

La segunda, el carácter necesariamente **original** de la obra, determina que si la creación realizada tan solo supusiese una modificación, adaptación o mejora de un trabajo preexistente efectuado por el mismo sujeto o por un tercero, ya no se la pueda considerar como una «obra original», sino, todo lo más, como una de las obras derivadas de las que habla el artículo 11 del TRLPI, que, pese a no tener el carácter de la originalidad total, también gozarán de protección no solo civil, sino también penal, precisamente como consecuencia de que el artículo 270.1 CP contempla como posible objeto material de su injusto típico, junto a las obras originales, a sus transformaciones (por ejemplo, versiones autorizadas de una obra de teatro o de una canción), y llega incluso a tutelar de forma expresa las meras interpretaciones o ejecuciones de las que hablan los artículos 105 y siguientes del TRLPI (por ejemplo, la ejecución no modificada ni versionada de una canción original ajena realizada por un guitarrista en una actuación), objetos estos últimos que, como veremos, también estarán protegidos por este delito en su calidad de prestaciones de propiedad intelectual.

Finalmente, esa obra o creación novedosa y original ha de tener carácter **artístico, literario o científico**, cualidad que, evidentemente, no puede depender de la calidad de las obras en cuestión, algo que, salvo en los casos de obras maestras y ampliamente reconocidas, siempre podría ser puesto en tela de juicio, sino que simplemente va a depender del hecho de que la creación realizada pueda tener encaje general en alguna de las citadas manifestaciones del espíritu humano (Orts Berenguer, 1998).

No obstante, no debe olvidarse que no toda creación del intelecto o espíritu humano que tenga un cierto valor científico o artístico recibe la protección de la propiedad intelectual. También hay algunas que reciben tutela por ser manifestaciones de la denominada *propiedad industrial* (patentes, marcas, etc.), creaciones que se diferencian de las anteriores, precisamente por el hecho de

tener y estar destinadas a ser utilizadas con fines industriales o comerciales, lo que en ocasiones ha planteado serios problemas a la hora de incardinar algunas creaciones humanas en una u otra clase de propiedad.

Así sucedió, por ejemplo, con los programas de ordenador que, si bien pueden tener utilidades industriales o comerciales, han sido expresamente considerados como una de las creaciones tuteladas por los derechos de propiedad intelectual (véase arts. 10.1.i y 95 y siguientes TRLPI), con lo que las infracciones de los derechos de explotación que se puedan realizar sobre los mismos solo podrán dar lugar a la apreciación de los delitos de los que nos venimos ocupando y no a la de los contemplados en los artículos 273 y siguientes de nuestro Código penal.

Por otra parte, como ya hemos adelantado, junto a las referidas obras, sus transformaciones e interpretaciones, la reforma realizada por la LO 1/2015 ha convertido también las prestaciones literarias, artísticas o científicas en posible objeto material protegido por este delito, lo que extiende su protección penal a los objetos sobre los que recae lo que el TRLPI califica como «**otros derechos de la propiedad intelectual**», derechos *sui generis*, entre los que se encontrarían los que se otorgan sobre las ya mencionadas ejecuciones o interpretaciones de obras ajenas realizadas por los artistas o intérpretes (arts. 105 y siguientes TRLPI), y también los que recaen sobre las producciones fonográficas (arts. 114 a 119 TRLPI) y audiovisuales (arts. 120 a 125 TRLPI), las emisiones y transmisiones realizadas por las entidades dedicadas a dichas actividades (arts. 126 y 127 TRLPI), las fotografías que no tengan consideración de obra artística, literaria o científica (art. 128 TRLPI) o sobre las ediciones de obras de dominio público o que no estén protegidas por el libro I, pero que le otorguen una composición tipográfica o editorial distinguible del resto (arts. 129 y 130 TRLPI).

Como se puede observar, los referidos preceptos del TRLPI protegen objetos y actividades que no son ni tienen por que estar necesariamente ligados a obras literarias, artísticas o científicas (piénsese, por ejemplo, en la retransmisión de un partido de fútbol o una simple fotografía sin pretensión artística alguna). Esto ha llevado a algún autor en nuestra doctrina (Tomás-Valiente Lanuza, 2015) a afirmar que esta nueva y más amplia referencia legal determinará que el delito aquí comentado pase a proteger dichos objetos y servicios, aunque no tengan ninguna naturaleza ni pretensión artística, literaria o científica.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, esta postura olvida que el artículo 270.1 CP delimita, precisamente y de forma expresa, las prestaciones que protege calificándolas como literarias, artísticas o científicas, adjetivación y delimitación que no puede ser relegada al olvido, como pretende la referida autora, sin quebrar el principio de legalidad, y que precisamente por ello determinará que solo puedan tener cabida en el tipo de este delito aquellas prestaciones que tengan alguna de dichas naturalezas, bien por sí mismas, como podría suceder, por ejemplo, con las ediciones artísticas de una obra literaria ajena, o bien por recaer sobre obras de dicha naturaleza, como acontecería con la retransmisión de una película o de una obra musical ajena. En estos supuestos, la concurrencia de objetos protegidos por la propiedad intelectual (la obra en sí y la prestación referida a la misma) podrá dar lugar, atendiendo a lo estable-

cido en el artículo 3.3º TRLPI, a una acumulación de los daños generados a la propiedad intelectual, dado que se afectará a los del autor y a los de la entidad de radiodifusión de la obra en cuestión.

Finalmente, hay que señalar que tanto las obras como las prestaciones comentadas estarán protegidas por este delito con **independencia del tipo de soporte** que se utilice para fijarlas o del medio que se emplee para comunicarlas, lo que resulta plenamente acorde con lo establecido en el artículo 10 TRLPI y, sin duda, trata de evitar que la protección penal de estos derechos pueda quedar obsoleta como consecuencia de que el imparable desarrollo tecnológico dé lugar en el futuro a la aparición y generalización de nuevos y, a día de hoy, imprevisibles y casi inimaginables medios de difusión, reproducción o explotación de los contenidos protegidos por tales derechos.

Por otra parte, en lo que se refiere a las posibles **conductas típicas** del tipo delictivo contenido en el artículo 270.1 CP, decir que este se nos presenta como un tipo **mixto alternativo** que puede ejecutarse mediante la realización de diferentes actuaciones, y bastará la ejecución de una de ellas para que se pueda apreciar su realización, sin que la ejecución sucesiva de más de una sobre un mismo objeto (por ejemplo, reproducir y después distribuir las copias realizadas) dé lugar a varios delitos.

Sin embargo, tras la reforma realizada por la LO 1/2015, lo cierto es que el comentado precepto ha pasado a contemplar, junto a las conductas de reproducción, plagio, comunicación pública o distribución a las que tradicionalmente aludía, también la realización de cualquier otra forma de explotación económica no autorizada y perjudicial de obras o prestaciones literarias, artísticas o científicas ajenas como posible modalidad comisiva de este delito. Esta última expresión legislativa –que denota el carácter claramente protector de los derechos económicos o comerciales y no de los morales que tiene esta figura– engloba, de hecho, todas las actuaciones que se contemplan en los artículos 17 y siguientes del TRLPI, como las de reproducción, plagio, comunicación pública o distribución, con lo que su inclusión en el artículo 270 CP convierte *de facto* estas conductas en meras referencias ejemplificativas de la esta nueva y más general modalidad comisiva.

Este hecho obliga a que se tenga que entender que solo cuando se efectúe alguna conducta de explotación económica de la propiedad intelectual nos encontraremos, realmente, ante la realización de este delito, consideración que, a nuestro juicio, cobra especial relevancia a la hora de definir el campo de aplicación de la primera de las posibles modalidades comisivas alternativas a las que el artículo 270.1. CP expresamente alude, la de la **reproducción**.

En concreto, tras todos estos avatares, el vigente artículo 31.2 TRLPI establece que «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 concurren 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 una fuente lícita y que no se vulneren las condiciones de acceso a la obra o prestación.
- c) Que la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, ni de distribución mediante precio».

La **reproducción** se define en el artículo 18 TRLPI como «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», de lo que se deduce que **reproducir** es básicamente hacer copias físicas o digitales de la obra que permitan volver a reproducirla o hagan factible que se comunique, copias que, por otra parte, no tienen por qué ser exactamente iguales que el original reproducido, sino que bastará con que reproduzcan una parte esencial de la obra en cuestión.

Mucho se discutió, antes de la reforma, sobre si esta modalidad comisiva permitía castigar a aquellos que realizaban copias de objetos de propiedad intelectual de forma no autorizada (generalmente películas o música) con la única intención de utilizarlas, ahorrándose el pago de la contraprestación que le correspondería a su legítimo titular por permitir que esto se hiciese (por ejemplo, las copias realizadas mediante el uso de sistemas P2P), algo que, en caso de aceptarse, tras el cambio normativo realizado en el artículo 31.2 TRLPI, que vino a reducir de forma notable el ámbito de la posible realización lícita de copias o reproducciones privadas de obras ajenas sin autorización de su titular, podría llevar a que muchas de las copias para consumo propio que se efectúan especialmente a través de Internet pudiesen llegar a tener relevancia penal.

Sin embargo, a nuestro juicio, una vez que la reproducción ha pasado a convertirse en una simple modalidad más de las explotaciones económicas que se castigan en la figura ahora analizada, habrá de entenderse (como, por ejemplo, hace Gómez Rivero, 2014), que, dado que esta figura solo sanciona actuaciones infractoras de la propiedad intelectual que supongan su explotación económica, es decir, su explotación comercial, se cerrará cualquier posibilidad de incardinar las reproducciones efectuadas exclusivamente para uso privado en el tipo de injusto de este delito, dado que al no haber sido cometidas con finalidad comercial alguna, ni suponer, por tanto, ninguna forma de explotación económica de los derechos de la propiedad intelectual ajena, su ejecución se mantendrá en el ámbito de la más absoluta atipicidad, por más que pueda ser tenida como ilícita a efectos civiles.

Por otra parte, la segunda posible conducta típica enunciada expresamente en este delito es la de **plagiar** (sobre este derecho moral, véase art. 14.3º TRLPI), la cual no aparece expresamente definida en el TRLPI. Pese a ello, existe una-

nimidad en la doctrina y la jurisprudencia a la hora de entender que se da cuando un sujeto se atribuye la paternidad o autoría de una obra de un tercero, lo que supone la violación de uno de los principales derechos morales que el TRLPI concede a su verdadero creador.

No obstante, una vez que se considera que esta conducta típica, como todas las del comentado precepto, no deja de ser sino una mera modalidad ejemplificativa más de la más general delimitada por la explotación económica no autorizada de obras o prestaciones ajenas, habrá que entender que, para que el plagio sea típico de este delito, no bastará con que su realización lesione el derecho moral del autor de la obra plagiada, sino que también se requerirá que suponga la explotación económica o comercial de la obra plagiada, algo que solo se podrá apreciar cuando el plagio realizado se vea acompañado de alguno de los actos de reproducción, distribución, comunicación o explotación económica que configuran este delito.

Por otra parte, la **distribución**, que se contempla expresamente como tercera posible modalidad comisiva alternativa de este delito, se define en el artículo 19 del TRLPI como «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», lo que, por una parte, determina que esta conducta se tenga que considerar completamente realizada con el mero hecho de que se ofrezcan al público los soportes contenedores de la obra en cuestión, aun cuando no se llegue a producir su entrega o venta y, por otra, lleva a que, como señala García Alberó (2008), solo se pueda apreciar su realización cuando se ofrezcan ejemplares tangibles o físicos de la obra en cuestión –como sucede por ejemplo, en el denominado *top manta*–, algo que resulta fundamental para distinguir esta conducta de la siguiente, la de comunicación pública.

De hecho, en contraste con la conducta anterior, el artículo 20.1 TRLPI define la **comunicación pública** como «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». Dos son entonces los elementos delimitadores de esta conducta. La **comunicación** que, en principio, consiste en la emisión o difusión de la obra sin distribución de ejemplares en soportes físicos de la misma (por ejemplo, mediante la emisión de una obra cinematográfica a través de la televisión o Internet), y, en segundo lugar, que dicha difusión sea **pública**, lo que obliga a que tenga que estar dirigida a un número indeterminado y considerable de destinatarios potenciales.

Ha sido precisamente esta exigencia la que, a nuestro modo de ver, ha llevado a que el propio artículo 20.1 TRLPI haya excluido del concepto de comunicación pública las emisiones o difusiones que se realicen en un ámbito estrictamente doméstico no integrado a una red de comunicación o difusión de cualquier tipo, prescripción legislativa que se ha interpretado, sin embargo, por una parte

de la doctrina y la jurisprudencia, de forma muy restrictiva, al entender que solo tendrían cabida en dicha exclusión aquellas comunicaciones que se dirijan a destinatarios unidos por «vínculos, lazos o convivencia estrecha».

Esta interpretación tan restrictiva de la referida exclusión llevaría a que se tuviese que entender que las actuaciones realizadas, por ejemplo, por los denominados «vídeos comunitarios» o las emisiones efectuadas en recintos hosteleros o centros médicos para sus clientes o pacientes tuviesen que ser consideradas como verdaderos actos de comunicación pública susceptibles, por tanto, de ser delictivos, algo que, sin embargo, ha sido rechazado por quienes consideran, acertadamente a nuestro modo de ver, que, en realidad, para que dichas comunicaciones sean verdaderamente públicas tendrían que estar necesariamente dirigidas a un número no reducido ni acotado de posibles destinatarios, sino a uno ciertamente considerable e indeterminado, algo que rara vez acontece en recintos tan delimitados como un hospital o un único hotel y que, consecuentemente, debería impedir que las comunicaciones realizadas en ellos se pudiesen subsumir en la modalidad comisiva ahora analizada.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que, tras la reforma del TRLPI realizada en 2006, también habría que considerar como comunicación pública los meros **actos de «puesta a disposición»** de contenidos de propiedad intelectual, expresamente contemplados como actos de dicha naturaleza en el vigente artículo 20.2.i TRLPI. Estos actos se dan, no cuando no se emite o difunde de forma general el contenido u obra en cuestión a sus destinatarios, sino cuando este se aloja, por ejemplo, en un servidor de Internet o de un servicio de satélite o cable que permita a sus usuarios acceder al mismo a voluntad.

Se trata, como fácilmente se podrá comprender, de la actividad que realizan los cada vez más habituales servicios interactivos «a la carta» o «a petición», cuya inclusión en el concepto de comunicación pública, realizada por la referida reforma, llevó a que conductas tales como las de mero ofrecimiento de la posibilidad de descarga directa o incluso de la mera visualización a petición de obras musicales o cinematográficas en Internet mediante sistema de audición o visionado en tiempo real o *streaming* pudiesen pasar a ser consideradas como típicas de este delito en caso de que concurriesen en su realización el resto de elementos exigidos por el mismo.

Pese a ello, todavía existían otras actuaciones, frecuentemente realizadas en la red, cuya inclusión en la comentada modalidad comisiva seguía siendo objeto de una viva polémica, tanto doctrinal como jurisprudencial.

Caso SGAE contra Rafael Hoteles

En relación con la amplitud de la difusión, véase lo comentado, por ejemplo, en la STEJ de 7 diciembre 2006, relativa al *Caso SGAE contra Rafael Hoteles*.

Se trataba de las que realizaban aquellos sujetos que, sin suministrar la descarga ni la visualización de la obra o contenido protegido por los derechos de propiedad intelectual ajenos, ni permitir su directa visualización, indicaban dónde se podrían encontrar dichos contenidos en Internet, al proporcionar los enlaces que llevaban hasta donde estaban almacenados y disponibles. Estas conductas dieron lugar a resoluciones judiciales contradictorias que consideraban que su realización no sería constitutiva por sí misma de una comunicación pública, ya que solo ayudaban a difundir la realizada por un tercero, o que, por el contrario, se decantaban por entender que dicha actividad sí era perfectamente incardinable en el concepto de comunicación pública, precisamente, por considerar que su ejecución ponía a disposición de sus destinatarios las obras enlazadas.

Caso *Seriesyonkis*

Véase, respecto a esta polémica, la reciente Sentencia 22/2019, de 21 de junio, del Juzgado de lo penal n.º 4 de Murcia, referida al caso *Seriesyonkis*.

Muy posiblemente haya sido esta controversia y la complejidad de todos los factores que han de incidir en la concreta valoración de las actuaciones realizadas por estos proveedores, lo que ha llevado a que el legislador haya decidido regularlas específicamente mediante la introducción del nuevo delito contenido en el artículo 270.2 CP, precepto que tendremos ocasión de analizar con posterioridad y que es, desde su entrada en vigor, el que se va a encargar de regular la posible relevancia penal de este tipo de comportamientos.

Finalmente, como ya hemos anticipado, el legislador ha decidido introducir una nueva posible conducta típica en este delito mediante la inclusión en su tipo de injusto de la posibilidad de que el mismo se cometa por quien de «**cualquier otro modo explote económicamente**» algunos de los objetos materiales a los que el mismo alude, lo que introduce una modalidad comisiva tan amplia en esta figura, que además de convertir al resto de posibles conductas de este delito en meras referencias ejemplificativas de esta última, como ya vimos, también hace factible que se puedan incardinar en su tipo de injusto aquellas actividades de explotación que antes parecían permanecer al margen del mismo por no estar incluidas entre las que expresamente mencionaba, como sucedía, por ejemplo, con las relativas a la transformación de obras ajenas contemplada en el artículo 21 TRLPI.

De hecho, es tal la amplitud de esta nueva modalidad comisiva, que hay quien ha querido ver en su introducción un intento de prever y establecer la sanción penal de las futuras y todavía no imaginables ni reguladas formas o modalidades de explotación económica que se puedan ir generando como consecuencia del imparable avance tecnológico (Tomás-Valiente Lanuza, 2015), postura que, sin embargo, no podemos compartir por dos razones fundamentales. La primera, porque aceptarla determinaría que la inclusión de esta nueva modalidad comisiva desdibujase los contornos de las conductas típicas de este delito hasta hacerlos difícilmente compatibles con las exigencias de claridad y taxatividad penal que se derivan del **principio de legalidad**. Y la segunda y funda-

Caso *Svensson y otros*

Véase, por ejemplo, lo afirmado en la STEJ de 13 febrero 2014, *Caso Svensson y otros*.

mental, porque en caso de admitirla, ello llevaría a que el Código penal español prohibiese y sancionase conductas y actividades explotadoras que todavía no habrían sido definidas, reguladas ni armonizadas por la UE, prohibiendo así nuestra legislación actividades que podrían ser perfectamente legales en otros de los Estados de la Unión, algo que, como ha afirmado expresamente el TEJ, los Estados miembros no pueden hacer por sí solos, por más que lo hagan con la encomiable finalidad de proteger más ampliamente los derechos de propiedad intelectual de lo que ya lo hacen las normas comunitarias, ya que supondría una ilegítima limitación estatal del mercado interior comunitario con respecto a la posible prestación de los servicios afectados.

Ahora bien, para que cualquiera de las comentadas conductas, incluida esta última y más general, tenga encaje en el tipo objetivo del delito que venimos comentando, también hará falta, como ya señalamos, que haya sido realizada «sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios» y además, habiéndola realizado «en perjuicio de tercero».

Lo primero, que solo se podrá dar cuando la autorización del titular en cuestión sea necesaria conforme a lo establecido en la normativa civil reguladora de dichos derechos para realizar la conducta efectuada, vuelve a poner de manifiesto la evidente naturaleza puramente patrimonial individual y no colectiva del delito ahora analizado, ya que resulta evidente que si la mera autorización del titular de los referidos derechos convierte en atípica la conducta de explotación económica realizada por un tercero es porque precisamente la afectación de dichos derechos es la que dota de contenido material de antijuridicidad a su injusto típico.

De hecho, como consecuencia de lo anterior, para que la autorización otorgada mantenga al margen de la tipicidad de este delito la concreta conducta realizada, deberá haber sido emitida por el sujeto legitimado para poder disponer de dichos derechos, lo que indudablemente obligará a tener que acudir a la normativa civil reguladora de dichas cuestiones para concretar quién podría tener dicha cualidad, por ser, por ejemplo, el autor originario de la obra (art. 17 TRLPI) o por haberla recibido por cualquiera de las vías que establece la referida normativa (por ejemplo, una transmisión *inter vivos*, art. 43 TRLPI o una *mortis causa*, art. 42 TRLPI, etc.).

Ello supone, en primer lugar, que no siempre tengan que ser los autores de la obra y prestaciones protegidas quienes puedan y estén legitimados para dar dicha autorización. Pero, además, esto también abre las puertas a que dichos sujetos (los autores) puedan cometer este delito cuando realicen alguna de las comentadas conductas sin el consentimiento de aquel o aquellos a quienes hubiesen cedido sus derechos de explotación sobre la misma (por ejemplo, el autor que tras haberle cedido los derechos de reproducción de su obra a un tercero, la reproduce sin su consentimiento). Además, por otra parte, lo anterior también llevará a que se deba entender que los primeros o sucesivos cesionarios de los comentados derechos solo actuarán de forma autorizada y, consecuentemente, completamente atípica, en la medida en que exploten la propiedad intelectual que se les hubiese cedido dentro de los límites, tanto temporales como espaciales, en los que se les autorizó a hacerlo (véase art. 43 y ss. TRLPI), por lo que podrían responder por este delito si actuasen sobrepasando o excediendo tales límites.

Finalmente, por lo que respecta al requisito de que la conducta en cuestión se haya efectuado «en perjuicio de terceros», hay que señalar que existe una enorme controversia doctrinal a la hora de determinar la naturaleza jurídica que habría de tener dicho elemento típico y los efectos que su exigencia habría de tener.

Para unos delimita un especial elemento subjetivo del injusto que obliga a que las comentadas conductas se tengan que realizar con la finalidad de lesionar los derechos de explotación ajenos para ser típicas. Otros entienden que lo que hace es establecer la exigencia de que se constate que la realización de la conducta efectuada ha supuesto una verdadera y efectiva merma patrimonial para los sujetos pasivos, lo que convertiría este elemento en el delimitador de la lesión consumadora de su tipo de injusto. Y, finalmente, un importante sector de la doctrina se ha decantado por considerar que lo que viene es simplemente a delimitar la conducta objetiva propia de este delito, al exigir que su realización tenga que presentar una verdadera aptitud o idoneidad lesiva con respecto a la posible, pero no necesaria, producción de la referida lesión patrimonial para poder considerarla como típica y consumadora de su injusto típico.

A pesar de que las tres posturas resultan perfectamente sostenibles, consideramos que es esta última la que mejor se adapta a la redacción del artículo 270 CP, ya que, mientras la primera hace que el referido elemento no aporte nada a la delimitación de su injusto, una vez que el mismo, al ser un delito doloso, exige, por definición, que su autor tenga que tener dolo de explotar económicamente de forma no autorizada la propiedad intelectual ajena y, por tanto, de perjudicar a un tercero para poder cometerlo, la segunda, por su parte, no parece adecuarse a la configuración de delito de mera actividad que presentan algunas de las modalidades comisivas de esta figura (por ejemplo, las de distribución o comunicación pública).

Requisitos formales de la cesión

Sobre los requisitos formales de la cesión, resulta necesario destacar que, pese a que el artículo 45 TRLPI exige que se otorgue por escrito, la doctrina penal mayoritaria se ha decantado por entender que tal requisito formal, si bien permite rescindir el contrato efectuado, no impedirá que el consentimiento dado excluya la tipicidad de la explotación económica realizada.

2.1.2. Tipo subjetivo

El delito del artículo 270.1 CP es un delito que solo contempla su posible realización **dolosa**. Ello supone que solo se pueda apreciar cuando quien reproduzca, plagie, distribuya, comunique o de cualquier otra forma explote económicamente una obra o prestación artística, literaria o científica sin autorización y en perjuicio de los derechos de su legítimo titular, lo haga conociendo todas esas circunstancias y queriendo, pese a ello, continuar con su actuación. Este hecho determinará que queden al margen de su tipo de injusto conductas como las realizadas por quienes desconozcan, por ejemplo, que la obra que explotan se corresponde en realidad total o parcialmente con otra anterior – algo que no es del todo infrecuente, por ejemplo, en el campo de las creaciones musicales– o también las de aquellos que crean erróneamente estar obrando al amparo de la autorización otorgada por el legítimo titular de dichos derechos cuando no era realmente así, o piensen que su actuación no lesionaría ni podría llegar a lesionar el derecho patrimonial de nadie, por más que supiesen que sí estaban infringiendo los derechos morales exclusivos de terceros.

Todos estos errores serán errores de tipo, con lo que excluirán el dolo de quien actúe bajo su influencia incluso cuando resulten vencibles.

No obstante, como ya adelantamos, el artículo 270.1 CP además exige que para que dichas actuaciones sean típicas, se realicen con «**ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto**». Esto sin duda extenderá la tipicidad de este delito, frente a su anterior configuración, al incluir en el mismo aquellas conductas realizadas sobre la propiedad intelectual, de forma no autorizada y perjudicial, en las que quien las efectúe no pretenda obtener, al hacerlo, un beneficio o enriquecimiento como consecuencia directa de su realización (por ejemplo, el pago por la venta o por la comunicación de una obra), sino que trate de alcanzarlo como producto o efecto derivado de hechos o actividades diferentes de dicha conducta, aunque conectadas causalmente con ella, como sucederá, por ejemplo, cuando trate de lograrlo a través de otras fuentes o actividades económicas, posteriores o paralelas a la de la explotación de tal propiedad intelectual efectuada, pero que se verían indirectamente favorecidas como consecuencia de su realización.

Se abren así las puertas a que este delito pueda llegar a castigar las conductas, cada vez más frecuentes, que algunos sujetos realizan desde determinadas webs de Internet que permiten a sus usuarios descargar o contemplar en *streaming* todo tipo de contenidos de propiedad intelectual, sin cobrarles nada por ello, pero que se efectúan con la finalidad de obtener beneficios económicos a resultas de los pagos que les efectúan las compañías que se anuncian en sus páginas, y también las que cometen aquellos otros que suministran tales servicios, sin cobrar por la difusión del contenido en cuestión, pero que lo hacen queriendo enriquecerse gracias a lo que cobrarían por mejorar la calidad o velocidad de la conexión con la que se accede a los mismos.

2.2. Los tipos privilegiados

La regulación dada por la LO 1/12015 a los delitos contra la propiedad intelectual vuelve a afrontar, como también hacía su predecesora, el problema que plantea al derecho penal el tratamiento de aquellos sujetos que representan el último y menos importante eslabón de la cadena de la piratería. Esto es, el conformado por aquellas personas, generalmente inmigrantes en situación irregular y con escasos o nulos ingresos económicos ni posibilidades de encontrar trabajo, que se ven abocados a vender toda clase de copias ilegales de obras de propiedad intelectual en el vulgarmente conocido como *top manta*, para poder subsistir. Sin embargo, lo hace de forma distinta y, en ocasiones, más represiva y restrictiva que su predecesora, ya que, si bien contempla un tratamiento atenuado para dicho tipo de conductas, estableciendo para las mismas dos posibles y diferentes **tipos privilegiados** (art. 270.4 CP), paralelamente elimina cualquier posibilidad de que su ejecución pueda llegar a ser castigada como una mera falta y no como delito –lo que no deja de ser sino una consecuencia más de la harto cuestionable decisión legislativa de eliminar dicha categoría de entre las infracciones penales–, al tiempo que reduce notablemente el ámbito de aplicación de los comentados tipos privilegiados con respecto al que fijaba la regulación precedente.

En este sentido, en primer lugar, resulta evidente que cuando el legislador establece que las rebajas de pena previstas en los tipos privilegiados del nuevo artículo 270.4 CP se aplicarán tan solo a las conductas de explotación económica castigadas en el apartado 1 de dicho artículo, que consistan en la «**distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional**», no solo excluye de dichas rebajas punitivas otras posibles modalidades comisivas del referido delito, como las de reproducción, plagio o comunicación pública, como, de hecho, ya hacía el tratamiento privilegiado ahora derogado, sino que, además y a diferencia de este, también elimina de su posible campo de aplicación cualquier posible conducta de venta «al por menor» que se efectúe de forma reiterada y permanente. Esto es, no «ocasional o temporal», lo que determinará que se tenga que negar que los nuevos tipos privilegiados contenidos en el artículo 270.4 CP puedan aplicarse a las distribuciones o comercializaciones ilícitas que se realicen con destino al consumidor final, pero de forma regular o reiterada y desde un comercio o lugar estable, tanto físico como virtual (por ejemplo, una página web), ya que por más que dichas actuaciones se realicen al por menor, no serán ni ocasionales ni ambulantes, que son las dos únicas modalidades alternativas a las que el legislador ha decidido otorgar un tratamiento privilegiado.

Con ello, se limita prácticamente el ámbito de aplicación del tratamiento privilegiado del comentado delito a las conductas efectuadas por los «manteros» que tanto se prodigan en las calles de nuestras ciudades, y a las que excepcionalmente realicen quienes distribuyan o comercialicen obras o prestaciones de propiedad intelectual desde un establecimiento, pero lo hagan de forma completamente puntual y no reiterada.

Ahora bien, resulta llamativo que el primer tipo privilegiado del nuevo artículo 270.4 CP establezca que, cuando nos encontremos ante una de dichas distribuciones o comercializaciones, se tendrá que aplicar su **menor pena de forma obligatoria** y no meramente facultativa, y que no condicione su aplicación a la no concurrencia de ninguna de las circunstancias cualificadoras que aparecen contempladas en el artículo 271 CP. Estas previsiones contrastan con lo establecido en la regulación anterior de esta materia y, evidentemente, llevarán a que la pena reducida de este nuevo tipo se tenga necesaria y obligatoriamente que aplicar a las referidas conductas ocasionales o ambulantes incluso cuando se den en su comisión alguna de dichas circunstancias cualificadoras, lo que, como veremos, no será infrecuente.

Frente a este tipo, el segundo y aún más privilegiado tipo del artículo 270.4 CP sí que resulta mucho más cercano al que se contemplaba en la regulación anterior, ya que faculta (no obliga) al juez a que, atendiendo a las circunstancias del autor de las conductas de las que nos venimos ocupando y a la escasa cuantía del beneficio que haya obtenido o hubiese podido obtener por efectuarlas, pueda aplicarle una pena de tan solo uno a seis meses de multa y trabajos en beneficio de la comunidad en aquellos casos en los que no concurra en su actuación ninguna de las circunstancias cualificadoras contempladas en el artículo 271 CP, lo que, indudablemente cerrará, ahora sí, cualquier posibilidad de que su menor pena se pueda aplicar a los casos en que alguna de tales circunstancias esté presente.

No obstante, para aplicar dicho tipo privilegiado, el juez tendrá, en primer lugar, que atender y valorar, por expresa prescripción normativa, las circunstancias del culpable, lo que, en opinión de algunos, le obliga a apreciar este tipo atendiendo a la generalmente desesperada situación que viven quienes se ven abocados a realizar este tipo de actividades para subsistir, pero también, a juicio de otros, le impedirá aplicar su tratamiento privilegiado cuando el sujeto en cuestión se dedique a este tipo de actividades simplemente porque quería y le resultaba rentable, y no por estar en ninguna de dichas situaciones de necesidad (Quintero Olivares, 2013).

Frente a esto, hay que recordar que el tipo ahora analizado no alude tan solo a este parámetro subjetivo a la hora de fijar los referentes a los que el juez habrá de atender para decidir si aplica o no el tratamiento punitivo especialmente privilegiado previsto en este precepto, sino que también le exige que tenga en

cuenta «la escasa cuantía del beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener», obligándole así a realizar una evaluación conjunta de ambos referentes a la hora de tomar una decisión que le permitirá aplicar la pena especialmente rebajada de este tipo, pese a que el sujeto que se dedicase a esta actividad de menudeo simplemente por capricho o ambición, y no por necesidad, sí considerase que el escaso beneficio que hubiese obtenido o podido obtener con su actuación así lo recomendaba.

Precisamente, por lo que se refiere este último referente de la decisión judicial, el relativo a la reducida o escasa cuantía del beneficio obtenido o esperado, llama poderosamente la atención el hecho de que este nuevo tipo especialmente privilegiado no establezca cuantía mínima alguna a la hora de fijar que habría de entenderse por tal, lo que parece que, en principio, podría llevar a que se pudiese castigar como delito conductas en las que el beneficio obtenido no supere los 400 € que anteriormente delimitaba a las meras faltas, así como que afirme que el juez habrá de tener en cuenta, a la hora de fijar la posible aplicación de este precepto, no solo el beneficio que se hubiese llegado efectivamente a conseguir, sino también al que se habría podido llegar a alcanzar, algo que determinará que no se pueda aplicar este tipo especialmente privilegiado a aquellas distribuciones ocasionales o ambulantes que se juzgue que podrían haber llegado a producir beneficios no escasos (superiores a 400 €), por más que no los hubiesen llegado a alcanzar o incluso no hubiesen llegado a producir ninguno.

2.3. Los tipos específicos sancionadores de conductas preparatorias o favorecedoras de infracciones contra la propiedad intelectual

El nuevo artículo 270 CP contempla y castiga una serie de actuaciones cuya realización, si bien no supone una efectiva infracción de los derechos de explotación económica de la propiedad intelectual, sí que tienden o pueden facilitar o favorecer que dichas infracciones se puedan llegar a realizar, y todas ellas tienen una clara naturaleza informática.

Estas conductas aparecen contempladas primordialmente en los apartados 5 y 6 del artículo 270 CP, pero también, como tendremos ocasión de ver, lo hacen en el nuevo delito contenido en el apartado 2 de dicho artículo, preceptos todos ellos que pasamos a analizar.

1) La importación, exportación o almacenamiento de ejemplares de propiedad intelectual

El artículo 270.5 CP castiga, en sus letras *a* y *b*, con las mismas penas que se prevé en los apartados anteriores, es decir, en los ya analizados apartados 1 y 4 del mismo artículo, a quienes intencionadamente y sin autorización exporten o almacenen ejemplares de las obras a las que se refieren dichos apartados, o a quienes importen tales productos, tanto si tienen origen lícito como ilícito en su país de origen, cuando los mismos estén destinados a ser reproducidos, distribuidos o comunicados públicamente.

La configuración típica de estas figuras ha sido objeto, como no podía ser de otro modo, de enorme controversia doctrinal, sobre todo en lo referente a la diferente delimitación de sus respectivos objetos materiales, ya que mientras la conducta de importación alude expresamente como posible objeto material de su injusto tanto a los ejemplares de origen lícito como a los de procedencia ilícita (por ejemplo, los pirateados), la de exportación o almacenamiento hace referencia a las obras «a las que se refieren los dos primeros artículos», lo que parecía indicar que solo se estaría refiriendo a las que se hubiesen **obtenido de forma ilegal** por haber sido reproducidas o plagiadas sin autorización.

Pese a que se han dado argumentos doctrinales para sostener que, en realidad, ambas conductas pueden realizarse tanto sobre obras legales como ilegales, consideramos que lo más correcto es entender que no lo hacen. Así lo indica, a nuestro juicio, tanto el hecho de que el legislador haya decidido mantener, tras la reforma, la distinta redacción anterior relativa a dichas actuaciones, como que resulte difícil de entender que el derecho penal pueda llegar a sancionar actuaciones como las de mero almacenamiento de copias o ejemplares legalmente obtenidos, por el mero hecho de que se realicen sin autorización del titular de los derechos y con el fin de distribuirlos o venderlos, ya que, por más que estas últimas actuaciones se lleguen efectivamente a realizar sin la autorización de dicho sujeto, no parece que le puedan llegar a ocasionar perjuicio patrimonial alguno, una vez que ya se le habría retribuido por su trabajo al realizar la inicial y lícita adquisición de los ejemplares originales de su obra.

De hecho, la referencia expresa a los **ejemplares lícitos en la conducta de importación**, y no en el de la exportación o el almacenamiento, tiene exclusivamente por finalidad, a nuestro modo de ver, la de introducir en el ámbito de lo penalmente relevante lo que se ha venido a denominar como «**importaciones paralelas**». Estas se dan cuando un sujeto adquiere ejemplares de una obra lícitamente a un precio inferior al que se comercializan en España, en un país no solo extranjero, sino también, y como expresamente establece el comentado apartado *b*, diferente de aquellos que integran el mercado interior europeo, donde rige la libre circulación de personas, mercancías y servicios, y las trae o importa a territorio nacional para, por ejemplo, venderlas bien al mayor precio que tienen dentro del mismo, bien a uno algo inferior, pero superior a aquel al que se adquirieron, lo que sin duda le reportaría un nota-

ble beneficio económico, pero también redundaría en una merma patrimonial considerable para quien legalmente tenía los derechos de distribución de dicha obra en España, justificándose así su persecución y castigo penal.

Evidentemente, esto último también podría producirse en un mercado extranjero mediante la adquisición y posterior exportación de ejemplares legales adquiridos en España a menor precio que el que tuviesen en el país donde se vayan a llevar y comercializar, pero la mayor lejanía de la lesión del bien jurídico en que se encuentran estas conductas –que no lo olvidemos, se consumirían con la mera salida del territorio nacional de los productos, y no con su llegada a su destino–, el hecho de que dicha lesión se produjese, en su caso, fuera de dicho territorio –donde previsiblemente también estarían expresamente castigadas las importaciones paralelas– y el que, como ya hemos señalado, el tenor literal de los comentados preceptos diferencien los objetos materiales de las comentadas modalidades delictivas nos han llevado a entender que ambos aluden a posibles objetos materiales que no se pueden ni deben asimilar.

En cualquier caso, resulta evidente que tanto quien importa como quien exporta, al igual que quien almacena –actuación que por definición requiere que se realice el acopio de una cierta cantidad de ejemplares y no de una insignificante–, no llega con la comisión de ninguna de dichas conductas a lesionar efectivamente el derecho patrimonial del legítimo titular de los derechos de propiedad intelectual afectados, lo que convierte estos delitos en figuras de mero peligro que, por otra parte, solo se podrán apreciar cuando las conductas a las que aluden se efectúen, además de sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual correspondientes, de forma intencional, es decir, con dolo directo con respecto a todos los elementos de su tipo objetivo y recayendo sobre ejemplares o copias digitales de obras que «estén destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente», esto es, que se vayan a emplear para realizar alguna de estas conductas efectivamente lesivas de los derechos de los que nos venimos ocupando.

Con ello se deja definitivamente claro que todas estas actuaciones solo llegarán a alcanzar relevancia penal cuando se presenten como **actos preparatorios tendentes a producir posteriormente alguna de dichas infracciones**, y no cuando tan solo tiendan a contrariar la voluntad de su titular sin tratar de afectar a sus derechos de explotación económica, lo que llevará a que si su ejecución se ve seguida de la posterior y efectiva realización de dichos actos de explotación económica y estos reúnen los requisitos necesarios para ser considerados como delictivos, se tenga que entender que el delito que valore y sancione estas actuaciones posteriores entrará en concurso de leyes (no de delitos) con el de importación, almacenamiento o exportación previamente realizado para cometerlas.

2) La elusión de medidas tecnológicas protectoras favorecedoras de los delitos de los apartados 1 y 2 del artículo 270 CP

El apartado *c* del artículo 270.5 CP sanciona, de nuevo, con las penas de los delitos que lo preceden, a quienes favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 270 CP, eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las **medidas tecnológicas eficaces** que estos hubiesen incorporado precisamente para impedir o restringir su posible ejecución.

La conducta típica cuya realización completará el injusto de este delito consiste, por tanto, simplemente en neutralizar o eliminar las medidas tecnológicas que dichos sujetos hubiesen implantado para proteger sus derechos de propiedad intelectual de usos no deseados, ya sea modificándolas o directamente eliminándolas, siempre y cuando, eso sí, ello se haga sin autorización del titular de la obra protegida, ya que si esta concurriera, nos encontraríamos ante una conducta completamente lícita y, por tanto, totalmente atípica.

Por **medida tecnológica protectora** hay que entender, conforme a lo establecido en el artículo 196.3 TRLPI «toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas, que no cuenten con la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual», mientras que dicha medida se tendrá por eficaz «cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, como, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección».

Con ello se elevan a la categoría de delito autónomo algunas de las conductas de ilícita elusión de las medidas de protección de las que se habla en el artículo 196.1. TRLPI, si bien, y esto es importante, ello se hace de forma limitada, ya que por expresa exigencia del artículo 270.5.c CP, solo se convertirán en penalmente relevantes aquellas actuaciones elusoras que se efectúen con intención de favorecer o facilitar la posterior realización de algunos de los delitos de los apartados 1 y 2 del artículo 270 CP.

Algunos autores han entendido que este elemento típico, el referido a que se «favorezca o facilite la realización» de alguno de los delitos del artículo 270.1 o 2 CP, no alude en realidad a una intención o finalidad que deba perseguir su sujeto activo, sino que delimita el tipo objetivo de la figura ahora comentada, ya sea exigiendo una determinada idoneidad objetiva de la conducta despro-

tectora ejecutada o requiriendo que su realización llegue realmente a concretarse en la efectiva comisión de alguno de los referidos delitos (Tomás-Valiente Lanuza, 2015).

A nuestro modo de ver, ninguna de estas dos interpretaciones alternativas resulta acertada, ya que mientras la primera olvida que la realización de cualquier conducta desprotectora siempre será objetivamente adecuada o idónea para favorecer la posterior comisión de los comentados delitos por parte de quien la realice o de un tercero, con lo que la inclusión de dicha exigencia típica no añadiría nada a la delimitación del injusto propio de este delito, lo que hace, por tanto, que la misma careciese de todo sentido, la segunda, por su parte, determinaría que la figura ahora comentada tan solo castigase de forma autónoma actuaciones que por sí mismas ya serían constitutivas de la autoría o de la cooperación necesaria de los delitos que su realización habría venido efectivamente a favorecer (los de los apartados 1 y 2 del artículo 270 CP), algo que la convertiría en una figura completamente redundante e inútil, ya que su apreciación ni siquiera supondría que se pudiese llegar a castigar a su autor con una mayor pena que la que directamente le habría de corresponder por haber tomado parte en tales delitos.

Habrà que entender por ello, que la única forma de dotar de sentido a la referida expresión legislativa es considerar que la misma introduce un elemento subjetivo del injusto en la comentada figura que la convierte en un delito mutilado en dos actos. Un delito que, pese a que se consumará en el mismo momento en que se elimine o modifique la medida protectora establecida, para poder ser apreciado, requerirá que ello se haga con la intención de facilitar la posterior comisión de alguna de las referidas figuras delictivas, ya sea por parte del mismo autor de la elusión (por ejemplo, se elimina la medida tecnológica con la intención de reproducir la obra que protegía para comercializarla) o por parte de un tercero (por ejemplo, se modifica la medida para facilitar que fuese otro quien pudiese reproducirla o comunicarla de forma delictiva).

Con esto, la figura ahora analizada convierte en delito autónomo y consumado lo que no sería sino la realización de una conducta puramente preparatoria de la autoría o participación de alguno de tales delitos, dando así lugar a la aparición de una peculiar figura de emprendimiento de dichas figuras, que, evidentemente, se encontrará en una relación de concurso de leyes con ellas.

3) La elusión de medidas tecnológicas favorecedoras de accesos no permitidos a obras de propiedad intelectual

El nuevo delito del artículo 270.5.d CP castiga, nuevamente con las penas de los delitos de los apartados que lo preceden, a aquel que, actuando con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces de las que hablábamos en el epígrafe anterior para facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, su transformación, interpretación o ejecución (no el resto de prestaciones protegidas por el TRLPI), sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual correspondientes o de sus cesionarios.

Nos encontramos, por tanto, ante un nuevo delito que castiga la realización de las actividades elusoras y no autorizadas de las medidas tecnológicas eficaces de las que hablamos al analizar el delito contemplado en el apartado anterior, aunque, a diferencia de aquel, el delito ahora analizado castiga tanto al que llega efectivamente a eludir la protección, como al que simplemente facilita con su actuación a un tercero que pueda llegar a hacerlo. Esto determinará que se tenga que considerar como verdadero autor de este delito, y además en su forma consumada, tanto al que directamente elimina la medida protectora o la modifica como al que, por ejemplo, tan solo explica a otro cómo hacerlo, sin efectuar personalmente tal actuación.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, no es esta la única ni la principal diferencia entre esta figura y la analizada en el apartado anterior. En realidad, lo que las distingue es la diferente configuración de su tipo subjetivo, ya que, aunque ambas contemplan delitos eminentemente dolosos, la ahora analizada solo castigará a quien realice la conducta elusora en cuestión con la intención de enriquecerse directa o indirectamente y, además, lo haga con la finalidad de ayudar o facilitar a un tercero que pueda acceder sin autorización a las obras que la medida vulnerada trataba de proteger, lo que, si bien supone que tenga que actuar para favorecer la posterior conducta ilícita de dicho sujeto, en modo alguno requiere que tenga que hacerlo para ayudarle a cometer alguno de los delitos de los apartados 1 o 2 del artículo 270 CP, como exigía el delito anterior, sobre todo una vez que ha quedado claro que el mero acceso al contenido que el favorecido pueda realizar no determinará la apreciación del primero de los referidos delitos, aunque se realice con la intención de ahorrarse abonar la contraprestación que debería haber pagado por hacerlo, al no constituir una explotación económica.

Es precisamente esta diferente configuración la que permitirá que este delito pueda llegar a castigar, por ejemplo, a aquel que se quiera lucrar por los ingresos por publicidad que obtendría como consecuencia de las visitas que recibiese la web en la que suministrase las claves que permitirían a terceros acceder a una obra que su legítimo titular comunicase públicamente mediante su puesta a disposición en la red o al que directamente elimine la medida impuesta (por ejemplo, *crackeando* el sistema de protección implantado) a cambio de

una remuneración, para hacer así factible que el tercero que le pagó pudiese acceder por sí mismo al contenido previamente protegido. Ninguna de estas dos últimas conductas es susceptible de ser directamente sancionadas por los delitos castigados en el artículo 270.1 y 2 CP, ni tienen por qué ser favorecedoras ni preparatorias de la realización de tales delitos, como exige el delito del artículo 270.5.c CP, lo que nos lleva a entender que nos encontramos ante una **figura completamente autónoma** y diferente de aquellas, que, sin embargo, en algunas ocasiones podrá llegar a solaparse con alguna de las contempladas en el artículo 286 CP, referido a los abusos de sistemas de acceso condicional, hecho que, como veremos, obligará a apreciar el correspondiente concurso de leyes con ellas.

4) La fabricación, importación, puesta en circulación o mera posesión de medios principalmente concebidos para facilitar la elusión de medidas protectoras de la propiedad intelectual

El artículo 270 CP, en su apartado 6, sanciona con pena de seis meses a tres años de prisión a quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones (no el resto de prestaciones protegidas por el TRLPI) protegidas en los dos primeros apartados del artículo 270 CP.

Con ello, se sancionan de forma alternativa diferentes actuaciones que se desarrollan en momentos todavía más alejados de la efectiva lesión del bien jurídico que las que contemplan y sancionan las figuras anteriormente comentadas, ya que, a diferencia de aquellas, en esta ni siquiera se tendrá que llegar efectivamente a vulnerar las medidas protectoras de la propiedad intelectual establecidas para que se pueda apreciar la completa realización de su injusto. De hecho, bastará con que se fabrique, importe, ponga en circulación o simplemente se posea cualquier instrumento o mecanismo que sirva para vulnerar o suprimir dichas medidas para apreciar su consumación delictiva.

Nos encontramos ante un tipo mixto alternativo que se podrá llegar a consumir incluso con la simple posesión de alguno de los instrumentos desprotectores de los que su tipo de injusto habla, lo que lleva a que la delimitación de dichos objetos y de su peligrosidad o idoneidad lesiva pase a ser, sin lugar a dudas, la piedra angular del injusto típico de este delito de peligro hipotético.

En tal sentido, hay que destacar que, tras la reforma efectuada por la LO 1/2015, el comentado delito delimita dichos objetos o instrumentos peligrosos de forma mucho más amplia que su predecesor (el anterior art. 270.3 CP), ya

que los define señalando que los mismos ya no tendrán que ser instrumentos «específicamente» destinados a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico de protección de las obras de propiedad intelectual, sino que podrá ser cualquiera «**principalmente concebido, producido, adaptado o realizado**» para conseguir tales objetivos.

La ampliación típica que esto supone es evidente, ya que permite castigar las citadas actuaciones cuando recaigan sobre instrumentos que puedan tener otras utilidades adicionales y diversas a las meramente desprotectoras de las obras de propiedad intelectual, como, por ejemplo, sucede con los que, además de permitir que se vulneren o eliminen las medidas de tecnológicas implantadas, hagan también factible que se puedan visualizar o utilizar obras originales producidas para ser utilizadas en una zona territorial diferente a aquella para la que el dispositivo manipulado estaba originariamente preparado.

Con ello, si bien se impedirá que se puedan llegar a producir o distribuir impunemente tan peligrosos instrumentos mediante el simple recurso de añadirles alguna utilidad adicional a la puramente elusora, se corre el riesgo de que este delito pueda ser utilizado para tratar de sancionar, por ejemplo, la mera posesión de cualquiera de los muy diversos y numerosos productos que se pueden, de una u otra forma, utilizar con finalidad desprotectora, efecto que, a nuestro modo de ver, puede y debe evitarse, realizando una interpretación restrictiva, a la par que acorde con lo establecido en el TRLPI, de la comentada expresión legal conforme a la cual habría que entender que solo se podrán considerar como instrumentos primordialmente destinados a desproteger las referidas obras aquellos que, como señala el artículo 196.2.b del TRLPI, tengan una utilidad realmente limitada al margen de dicho destino o uso, quedando el resto de objetos o programas que se puedan utilizar para tales fines fuera del ámbito típico de este delito.

Téngase en cuenta que el artículo 196.4 TRLPI excluye la aplicación de sus prescripciones referidas a la regulación civil de este tipo de actuaciones a las referidas a los programas de ordenador, con lo que las actuaciones tendentes a facilitar la alusión de las medidas de estos se regirán por lo establecido en el artículo 102.c TRLPI, precepto que solo considera ilícita la puesta en circulación o la tenencia con fines comerciales de instrumentos que tengan **por único fin la desprotección** de los programas, lo que produce una asimetría protectora con el delito aquí analizado que debería ser subsanada de *lege ferenda*.

Por otra parte, llama la atención el hecho de que este delito, a diferencia de los anteriormente comentados, prevea una pena fija (prisión de entre seis meses y tres años) para quien lo cometa y no remita a las previstas en los apartados anteriores, como sucedía, por ejemplo, con las conductas efectivamente elusoras castigadas en el 270.5.c CP, lo que podría llevar al sinsentido de que la realización de sus conductas típicas se pudiese llegar a sancionar con una pena mayor a la que se podría aplicar a las castigadas en esta última figura o a las contempladas en el artículo 270.4 CP, pese ser previas y, por tanto, aparentemente más leves que ellas.

Utilidades adicionales

Por ejemplo, chips insertados en determinadas videoconsolas para permitir el uso de videojuegos de zonas diferentes a aquella para la que esta inicialmente se había fabricado

A nuestro juicio, la única forma de evitar esta aparente incongruencia punitiva y los problemas concursales de todo tipo a los que la misma podría llevar, es entender –frente a la postura absolutamente mayoritaria en la doctrina, referida, eso sí, a la versión anterior de estos delitos– que la figura ahora analizada no contempla, en realidad, un verdadero delito de emprendimiento respecto a los que lo preceden, sino uno completamente autónomo respecto de ellos, que anticipa el castigo y la intervención penal hasta actuaciones que recaen sobre aquellos instrumentos desprotectores que pueden afectar a los derechos, no de uno o de varios, sino de un numeroso e indeterminado colectivo de sujetos pasivos, como lo indica tanto la pena que establece para sus autores como el hecho de que su tipo de injusto, a diferencia de lo que sucedía con todos los anteriores, no haga alusión alguna a la posible relevancia destipificadora de la autorización del titular de los derechos afectados.

Este hecho pone de manifiesto, a nuestro juicio, que no nos encontramos ante una figura meramente patrimonial como aquellas, sino ante un verdadero delito socioeconómico que castiga la afcción de intereses patrimoniales que trascienden a aquellos de los que podrían disponer a título particular tales sujetos, consideración que es precisamente la que nos lleva a entender que la apreciación de este delito requerirá que se genere un peligro que afecte a un colectivo amplio e indeterminado de posibles sujetos pasivos, por lo que su injusto presenta una amplitud lesiva tal que difícilmente podrá llegar a ser plenamente absorbida por la realización y apreciación de la efectiva comisión de cualquier otra de las figuras patrimoniales individuales contenidas en el artículo 270 CP, con lo que, en caso de concurrir con cualquiera de ellas, tendría que hacerlo mediante la apreciación del correspondiente concurso de delitos, y no de leyes, ya que solo dicho concurso permitiría valorar y castigar el completo injusto producido.

Finalmente, por lo que respecta a la faceta subjetiva, hay que señalar que este delito requiere, además del dolo, que la concreta conducta realizada sobre los instrumentos a los que su tipo alude se efectúe «**con una finalidad comercial**», exigencia que restringirá notablemente su tipo de injusto al excluir del mismo todas aquellas actuaciones que no se cometan con la finalidad de vender, alquilar o ceder los comentados instrumentos a cambio de una remuneración, y también las que, incluso teniendo una finalidad lucrativa, se ejecuten sin estar dirigidas a un número relevante de posibles consumidores como requiere cualquier actividad que se pueda tener por verdaderamente comercial.

5) La facilitación no neutral del acceso y la localización de obras de propiedad intelectual

Como ya adelantamos, el nuevo artículo 270.2 CP introduce en nuestra legislación penal un nuevo delito que trata de acabar con la polémica doctrinal y jurisprudencial que se había generado en torno a la posible sanción penal de

aquellos que suministraban enlaces a obras de propiedad intelectual distribuidas en la red, sin el consentimiento y autorización de los legítimos titulares de los derechos que existan sobre las mismas.

Para ello, el citado precepto castiga con la misma pena prevista para el delito contemplado en el apartado que lo precede (el del art. 270.1 CP) a quien facilite el acceso o la localización de obras o prestaciones de propiedad intelectual mediante el suministro de sus servicios en Internet, sin contar con la autorización del titular o el cesionario de los derechos sobre las mismas.

Como fácilmente se puede comprobar, ello supone que nos encontremos ante un delito específicamente dirigido a los prestadores o proveedores de servicios en Internet y, de forma más concreta, a aquellos que suministran los elementos que permiten a sus usuarios **localizar contenidos ajenos que dichos proveedores no almacenan en sus servidores** (por ejemplo, mediante enlaces que les remiten a los lugares donde los pueden descargar o visualizar) o que **hacen factible que puedan acceder directamente a los archivos que otros usuarios almacenan e intercambian desde sus propios ordenadores** (por ejemplo, suministran un servicio que identifica directamente el archivo y activa su descarga, aunque no lo almacenen, como sucede en algunos sistemas *Peer to Peer*).

Es evidente que al poder considerarse como proveedor, atendiendo a lo establecido en el artículo 2.b Directiva 2000/31/CE, a cualquier persona física o jurídica que suministre alguno de dichos servicios y no solo a los que lo hagan con carácter profesional o comercial, estamos ante un delito común y no ante uno especial, que, por tanto, podrá cometer todo sujeto que efectúe dichas prestaciones facilitando de forma dolosa el acceso o la localización de contenidos que se estuviesen distribuyendo en la red sin contar con la autorización de los titulares de los derechos correspondientes.

En concreto, esta figura convierte la prestación de algunos de los servicios que suministran estos proveedores en un delito autónomo, consumado y completamente independiente de la posible valoración penal del acto de difusión ilícito ajeno que viniesen a facilitar, lo que, a nuestro juicio, determina una significativa ampliación de la intervención penal en esta materia, ya que, por más que continúe dejando en el ámbito de la más absoluta atipicidad las actuaciones que realicen los usuarios cuando consigan acceder al contenido localizado o accedido gracias a la prestación de tales servicios, sí que permitirá que se pueda castigar a quien los suministren, incluso cuando lo hagan en relación con contenidos que no se hubiesen difundido mediante actos de comunicación penalmente relevantes, como sucederá, por ejemplo, cuando enlacen contenidos comunicados o puestos a disposición ilícitamente por un

tercero que hubiese actuado sin el ánimo de obtener el beneficio económico directo o indirecto que, como vimos, exige el delito del artículo 270.1 CP para poder ser apreciado.

No obstante, para que el suministro de los referidos servicios llegue a ser típico, se requerirá que facilite el acceso a obras o prestaciones de propiedad intelectual «**de modo activo y no neutral**», exigencia típica sobre cuyo concreto significado bien poco nos dice el tipo delictivo finalmente aprobado, una vez que el mismo fue profundamente modificado mediante la aprobación en el Senado de la enmienda n.º 999 del Grupo Popular, que cambió radicalmente la mucho más precisa y esclarecedora redacción que inicialmente se le había dado en el Congreso, según se decía en la citada enmienda, por considerarla «excesivamente extensa y detallada».

De hecho, parece que la única referencia a la concreta delimitación de lo que podría considerarse como constitutivo de una de estas prestaciones activas y no neutrales que se contiene en el artículo finalmente aprobado es la que señala que podrían tenerse por tales, en particular, aquellas que consistan en ofrecer «listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados por los destinatarios de los servicios», esto es, por los propios usuarios del servicio en cuestión. Precisamente esta aclaración normativa se corresponde con lo que establece el artículo 195.2.b TRLPI a la hora de fijar cuándo podrá la Comisión de Propiedad Intelectual abrir un procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad frente a las actuaciones realizadas por dichos proveedores, lo que, atendiendo al principio de subsidiariedad que debe regir el derecho penal, nos lleva a pensar que dicho precepto podrá servirnos como referente básico a la hora de definir qué conductas de los proveedores podrían ser consideradas como «activas y no neutrales».

Lo primero que llama la atención en el referido precepto del TRLPI es el hecho de que afirma que la **prestación activa y no neutral** de los referidos servicios que podrán ser objeto del referido procedimiento se dará cuando los proveedores «no se limiten a actividades de mera intermediación técnica».

A nuestro juicio, esto último resulta esencial para determinar cuándo nos encontramos ante unos servicios activos y neutrales y cuándo no, ya que si el comentado precepto del TRLPI establece que si el proveedor que se limita a prestar sus servicios de forma puramente técnica y automatizada realizará una prestación no activa y neutral contra la que ni siquiera se va a poder dirigir el comentado procedimiento administrativo, no parece lógico pensar que se pueda entender otra cosa a la hora de que el derecho penal valore su actividad.

Habrá que entender, por tanto, que serán **neutrales** y se mantendrán, consecuentemente, al margen de este delito, las **prestaciones de servicios puramente automáticas** de dichos proveedores, como son, por ejemplo, las que habitualmente realizan los conocidos como buscadores de Internet (Google,

Yahoo, etc.), cuyos «robots» crean, recopilan, ordenan y clasifican de forma completamente automatizada los enlaces que dichos sujetos facilitan desde sus servidores, o las que llevan a cabo quienes simplemente creen y mantengan un sistema que se limite a permitir a sus usuarios publicar enlaces, sin realizar ninguna intervención anterior o posterior sobre los mismos, ya que solo cuando dichos proveedores creen, busquen, seleccionen, recopilen, ordenen o clasifiquen de forma activa y no automática los enlaces que facilitan, ejecutarán una prestación de servicios activa y no neutral, susceptible, por ello, de ser castigada por este delito.

En ese mismo sentido, habrá que considerar que, dado que el artículo 195 TRLPI establece en su apartado 1 que la Comisión de Propiedad Intelectual tendrá que tener en cuenta, a la hora de decidirse a iniciar el procedimiento administrativo de restablecimiento de la legalidad, el número de obras indiciariamente afectadas por el servicio en cuestión y el nivel de audiencia que este tenga en el territorio nacional, tampoco parece lógico que se pudiese llegar a considerar como típico del delito que venimos comentando los suministros de acceso o de localización que, al no estar referidos a un número relevante de obras o prestaciones, o al carecer de un nivel de audiencia significativo, ni siquiera podrían ser objeto del citado procedimiento.

De hecho, esta exigencia, que se contemplaba expresamente en la versión del precepto aquí analizado que precedió a la ya citada enmienda «simplificadora» que del mismo se hizo en el Senado, además de coordinar la regulación penal con la extrapenal relativa a esta materia, también servirá para que la extensión objetiva del comentado delito resulte acorde a los más básicos requerimientos del principio de intervención mínima, al impedir que pueda llegar a castigar conductas verdaderamente nimias, como podría ser, por ejemplo, la que efectuaría quien enviase un correo electrónico con un listado de unos pocos enlaces a un único destinatario que le retribuyese por tal servicio (de otra opinión es Tomás-Valiente Lanuza, 2015).

Por otra parte, la prestación activa y no neutral de los comentados servicios debe realizarse sin la autorización de los correspondientes derechos de propiedad intelectual para ser típica, lo que no supone que siempre haya que pedir autorización para establecer y suministrar cualquier enlace o lista de enlaces a cualquiera de los múltiples contenidos protegidos por la propiedad intelectual que se encuentran en la red.

Así se deduce, por ejemplo, de lo afirmado en la STEJ de 13 febrero de 2014, referida al *Caso Svensson y otros*, resolución que afirmó que para que se requiera la autorización del titular de los derechos de un contenido para establecer un enlace al mismo, dicho enlace deberá estar dirigido a un público nuevo y distinto de aquel al que el titular había destinado su inicial publicación en la red, lo que, evidentemente, supone que no sea necesario pedir autorización para enlazar todos aquellos contenidos que estén legalmente publicados en abierto en Internet y, por tanto, se encuentran accesibles a todos los usuarios.

Por otro lado, estas conductas quedarían, en cualquier caso, al margen del comentado delito al no presentar la idoneidad lesiva patrimonial que exige su tipo de injusto, al requerir que se cometa «en perjuicio de tercero», esto es, realizando una conducta que pueda llegar a ocasionar perjuicio patrimonial al titular de los contenidos enlazados.

Por lo que se refiere al aspecto subjetivo de este delito, hay que señalar que el mismo exige que se efectúe de forma **dolosa** y con la **intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto**. Lo primero llevará a que cualquier error referido al carácter protegido del contenido enlazado o a la presencia de la autorización para enlazarlo determine la atipicidad de la conducta efectuada. Lo segundo, esto es, la exigencia de que se efectúe buscando obtener un enriquecimiento directo o indirecto, excluirá del ámbito de este tipo delictivo aquellos servicios que, pese a reunir las características objetivas de este tipo delictivo (suministro de enlaces no neutral ni autorizado y perjudicial para los derechos económicos del titular de los derechos afectados), se realicen sin exigir ninguna retribución por su prestación y sin intención alguna de obtener un enriquecimiento indirectamente derivado de la misma, a través, por ejemplo, de la recepción de ingresos por publicidad o por el incremento del número de clientes de pago de otras prestaciones o servicios suministrados por el propio proveedor.

En relación con este delito, no debe olvidarse el hecho de que, atendiendo a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), nunca se podrá llegar a imputar ninguna responsabilidad, ni penal ni de ninguna otra clase, a los proveedores de enlaces por la prestación de sus servicios si no se constata que los habían suministrado controlando, dirigiendo o ejerciendo su autoridad sobre aquel que difundió el contenido que enlazaron (art. 17.2 LSSI), o que tuvieron un «conocimiento efectivo» de que los contenidos que enlazaban eran ilícitos o lesivos de derechos (art. 17.1 LSSI). Precisamente, esta última exigencia se considera cumplida, atendiendo a lo que establece el vigente artículo 195.3 TRLPI, con el mero requerimiento de retirada por parte del titular afectado por el enlace al proveedor que lo estableció o incluso con el mero intento de requerimiento, algo que, ya cuando se introdujo en la reforma efectuada por la Ley 21/2014, consideramos que no se ajustaba a lo que establece la normativa comunitaria delimitadora de la responsabilidad de los proveedores (Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000), que no lo olvidemos tiene prevalencia sobre el derecho nacional y que, además, introduce un sistema que previsiblemente llevará a que los proveedores requeridos procedan a retirar los enlaces en cuestión tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de uno de tales comunicaciones y sin mayor comprobación, lo que sin duda determinará que puedan y que de hecho limiten la difusión de mensajes perfectamente amparados por la libertad de expresión de forma puramente preventiva, limitando de este

modo un derecho fundamental de una forma que, a nuestro modo de ver, resulta absolutamente desproporcionada y, por tanto, inconstitucional (Galán Muñoz, 2016).

2.4. Los tipos cualificados de los delitos contra la propiedad intelectual

El artículo 271 CP contempla varias circunstancias cuya concurrencia con la comisión de los delitos contenidos en el artículo 270 CP determinará que estos se cualifiquen de manera que su autor sea sancionado con una pena de prisión de dos a seis años, una multa de dieciocho a treinta y seis meses y una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un período de dos a cinco años.

Las referidas penas resultan aplicables, según el tenor literal de este precepto, cuando concurra cualquiera de las circunstancias que vamos a ver a continuación en la comisión del «delito del artículo anterior». Esto evidentemente determinará que baste la presencia de una sola de ellas para apreciar la comentada cualificación, pero parece olvidar que, en realidad, como ya hemos tenido ocasión de señalar, el artículo al que la misma alude no contiene un único delito, sino varios, dotados de desvalores e incluso sancionados con penas muy diversas, con lo que la aplicación indiscriminada de las sanciones del artículo 271 CP a todos ellos podría provocar inevitables y difícilmente resolubles problemas de proporcionalidad.

Por otra parte, cabe recordar que, aunque la concurrencia de cualquiera de estas cualificaciones cierra la posibilidad a que se pueda apreciar el tipo especialmente privilegiado del segundo párrafo del artículo 270.4 CP, no lo hará, sin embargo, con la del tipo privilegiado contenido en el primer párrafo de dicho precepto, lo que, a nuestro juicio, es todo un acierto, ya que facilitará que se pueda otorgar un tratamiento punitivo más adecuado y proporcionado a los casos de venta ambulante u ocasional que el que les daba la regulación anterior de estos delitos.

1) La especial trascendencia del beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener

El artículo 271.a CP establece que se cualificarán los delitos anteriormente comentados atendiendo no a la magnitud del perjuicio ocasionado al sujeto pasivo con su realización¹, sino a la trascendencia del beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener.

⁽¹⁾ Algo que se habrá de valorar, en su caso, en la cualificación contenida en la letra *b* de este artículo.

Esto responde al hecho de que, generalmente, ambas cantidades suelen diferir de forma notoria, dada la enorme diferencia de precio que tienen los productos originales y sus copias en el mercado.

Evidentemente, para determinar el beneficio obtenido, siempre se ha de tener en cuenta y descontar del mismo lo que se haya tenido que gastar para efectuar la conducta delictiva ahora cualificada, ya que cuando se habla de beneficio siempre se está aludiendo a la **ganancia neta**, y no a la bruta, que hubiese producido la ejecución de la actuación delictiva ahora cualificada.

Sin embargo, por expresa exigencia normativa, a la hora de definir la especial trascendencia del beneficio del que habla este tipo cualificado, habrá que tener en cuenta tanto los beneficios obtenidos como los que se hubiesen podido obtener. Ello se acomoda perfectamente a lo que, como ya vimos, se establece a la hora de configurar el beneficio de «reducida cuantía» del que habla el tipo especialmente privilegiado contemplado en el segundo párrafo del artículo 270. 4 CP y obligará al juez no solo a valorar el beneficio o lucro neto realmente conseguido y probado, sino también a tener que realizar un pronóstico respecto a aquel que la conducta realizada podría haber llegado a producir, para lo que tendrá que realizar, por ejemplo, una previsión realista del número de copias incautadas que el autor del delito podría llegar a vender o los beneficios por publicidad que dicho sujeto habría podido alcanzar cuando la conducta que hubiese efectuado fuese comunicación pública realizada buscando dicha forma de beneficio indirecto, algo que, evidentemente, en muchas ocasiones va a ser realmente difícil de determinar.

Una vez calculado dicho beneficio obtenido o posible, el mismo solo determinará el incremento de penas establecido en este artículo en la medida en que sea considerado como de «especial trascendencia económica». Esto introduce un elemento jurídico indeterminado en la descripción de este tipo que se ha tratado de definir poniéndolo en relación con aquellas cuantías (eso sí, referidas al perjuicio, y no al beneficio), que definían las cualificaciones de otros delitos patrimoniales, como la estafa o la apropiación indebida, lo que, atendiendo a la actual redacción de dichos tipos, debería llevar a que no se pudiese cualificar ningún delito contra la propiedad intelectual, conforme al tipo ahora analizado, si el beneficio obtenido o esperado con su realización no llegase a superar los 50.000 € de los que habla, por ejemplo, el artículo 250.1.5º CP (Gómez Rivero, 2012).

2) La especial gravedad del delito cometido atendiendo al valor de los objetos producidos, el número de obras afectadas o la importancia del perjuicio ocasionado

Este tipo contiene en realidad tres posibles circunstancias cualificadoras diferentes y alternativas que han de ser valoradas a la hora de determinar y, en su caso, apreciar aquella especial gravedad del delito cometido que dará lugar a su cualificación.

En primer lugar está la que atiende al especial **valor de los objetos producidos**, lo que permitirá cualificar conductas tales como las de almacenamiento o importación ilegal de obras valiosas, sin tener que esperar a que las mismas se lleguen a materializar en la distribución o comunicación a las que necesariamente deberían estar ordenadas.

En segundo lugar, también se podrá incrementar la pena atendiendo al **perjuicio ocasionado**, lo que permitirá que los comentados delitos se puedan cualificar atendiendo no solo a la gravedad del daño efectivamente producido (no meramente esperado), sino también a las mermas económicas que sufriría el sujeto pasivo como consecuencia del lucro cesante que dejaría de ingresar o del daño moral que se le hubiese ocasionado con su realización. En este caso, deberá considerarse, de nuevo, que la suma de todas estas pérdidas deberían superar los 50.000 € del ya citado artículo 250.1.5º CP para dar lugar a la apreciación de esta cualificación.

Finalmente, también podrá dar lugar a la apreciación de este tipo cualificado el número de «**obras o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas reproducidas, comunicadas al público o puestas a su disposición**», referente que indudablemente permitirá valorar, de forma mucho más adecuada que los anteriores, la concreta gravedad de las actuaciones ilícitas de comunicación pública o las que simplemente consisten en favorecer su mayor difusión ilícita, como serían las realizadas por los proveedores que indican la localización en la que se podría acceder a tales contenidos, actividades en las que, no lo olvidemos, ni tiene que producirse ningún objeto nuevo, ni tampoco ha de llegar a generarse ningún perjuicio patrimonial efectivo para alcanzar la consumación delictiva.

Pese a ello, hay que reconocer que esta posible cualificación dará lugar a una evidente merma de seguridad jurídica, ya que mientras que, como hemos visto, existen algunos referentes normativos que pueden servir para determinar, por ejemplo, la cuantía del perjuicio ocasionado que permitirá apreciar este tipo cualificado, no existen referentes similares a la hora de definir el número de las obras comunicadas públicamente o facilitadas que podrán dar lugar a esta cualificación, lo que dejará la delimitación de dicho número completamente en manos de nuestros tribunales.

3) La pertenencia del culpable a una organización o asociación que tuviese por finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de la propiedad intelectual

El tipo cualificado contemplado en la letra *c* del artículo 271 CP responde al hecho nada infrecuente de que los delitos de los que nos venimos ocupando se realicen en el seno de organizaciones, en ocasiones incluso internacionales, que aportan a su comisión una agrupación de recursos humanos, materiales y técnicos que, sin duda, facilitan su ejecución masiva, por lo que presentan una peligrosidad que trasciende con mucho a la de las conductas infractoras que se efectúan al margen de tales organizaciones.

Dos son los elementos configuradores de esta cualificación. Por una parte, la existencia de una organización o asociación dedicada a realizar actividades lesivas para los derechos de propiedad intelectual y, por otra, que el sujeto que haya cometido alguno de los delitos contenidos en el artículo 270 CP lo haya hecho estando integrado en dicha organización.

Por lo que se refiere a lo primero, la **existencia de una organización o asociación**, hay que destacar que el legislador ha dejado claro que para que nos encontremos ante una de las organizaciones o asociaciones de las que habla esta cualificación, la misma habrá de tener por finalidad la de cometer infracciones contra la propiedad intelectual. Esto, aunque no supone que la comisión de dichos delitos deba ser el único objetivo criminal perseguido por ella, ya que concurrir con la pretensión de cometer otros, sí que impedirá que esta cualificación se pueda apreciar cuando el delito contra la propiedad intelectual se cometa de forma puramente ocasional en el seno de la organización en cuestión, pese a que esta, en realidad, estaba destinada tan solo a cometer otra clase de delitos, supuesto que quedará al margen del ámbito de aplicación de este tipo cualificado, con lo que tendrá que ser castigado mediante la apreciación del correspondiente concurso de delitos (no de leyes) entre el tipo básico del delito que venimos comentando y el delito de pertenencia a la organización o grupo criminal cometido.

Por lo que respecta al segundo de los elementos citados, ha de señalarse que para que se pueda aplicar esta cualificación se necesitará que quien haya cometido el delito contra la propiedad intelectual que este tipo agrava pertenezca, es decir, esté **integrado con carácter permanente en dicha organización**. No será suficiente, por tanto, con que colabore de forma ocasional con la misma. Esta exigencia ha permitido que nuestros tribunales excluyan de su aplicación muchos de los casos de los denominados «manteros» y ha venido a abrir ahora las puertas a que tales sujetos, pese a que colaboren puntualmente con las citadas organizaciones, puedan acceder al régimen especialmente privilegiado contemplado en el párrafo segundo del ya comentado artículo 270.4 CP.

4) La utilización de menores de dieciocho años

Ciertamente, esta cualificación es de difícil justificación. No parece que lo que se pretenda aquí sea salvaguardar al menor de su introducción en un entorno criminal que le resulta peligroso, como sucedería, por ejemplo, en la similar cualificación establecida en el delito de tráfico de drogas. Mucho más lógico resulta, a nuestro modo de ver, considerar que lo que pretende su previsión es agravar la pena de aquellos que emplean a menores para realizar los comentados actos delictivos, con el fin de aprovecharse de que tales sujetos, en caso de ser descubiertos, no tendrían responsabilidad penal o la tendrían muy atenuada, lo que podría dificultar el descubrimiento y castigo de aquel o aquellos que los hubiesen empleado.

No obstante, para que se pueda apreciar esta cualificación, el sujeto al que se le aplique deberá haber utilizado a menores de dieciocho años, lo que entendemos no supone que los haya tenido que emplear dominando completamente su voluntad, convirtiéndolos así en meros instrumentos de los delitos que, de hecho, el «utilizador» cometería como verdadero autor mediato. En realidad, en nuestra opinión, se debe mantener una interpretación más amplia del concepto de utilización empleado por este tipo, en el que deberían tener cabida tanto los casos de verdadera autoría mediata como aquellos otros en los que quien emplease a menores para cometer el delito, si bien no dominase completamente su voluntad, sí que ostentase una cierta superioridad o preeminencia sobre los mismos que le permitiese comportarse respecto a ellos como su jefe y no como un igual, como sucedería, por ejemplo, cuando fuese el que les pagase por la realización de sus conductas delictivas o el que decidiese cómo, cuándo y dónde habrían de cometerlas.

3. Abuso sobre servicios de acceso condicional y terminales de telecomunicación

3.1. Introducción

El Código penal español, tras la reforma efectuada por la LO 15/2003, contiene en su artículo 286 un largo y complejo precepto que, teniendo como precedente supranacional lo establecido en la Directiva 98/84/CE, de 20 de noviembre de 1998, relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (DAC), se introdujo con el fin de luchar contra algunos de los abusos que se estaban realizando con respecto a algunos de los servicios que se prestan gracias a las modernas tecnológicas de la información y la comunicación. En concreto, contra los denominados *servicios de acceso condicional*.

La ubicación del comentado precepto podría llevarnos a pensar, como ha afirmado una parte de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, que nos encontramos ante una figura socioeconómica protectora de determinados aspectos del funcionamiento del mercado en que se ofrecen y brindan tales servicios.

Sin embargo, como veremos, si prestamos un poco de atención a la concreta configuración de los diferentes tipos delictivos contenidos en el referido artículo, rápidamente nos percataremos de que ninguno de ellos exige que se llegue a afectar a dicho mercado ni a su funcionamiento, ni lesionándolo ni poniéndolo en peligro, para poder apreciar su realización, sino que bastará para hacerlo con que se afecte al legítimo derecho que tienen los proveedores de los comentados servicios a cobrar por la prestación de los mismos. Esto, sin duda, demuestra que es la afectación de dicho valor patrimonial, y no el del referido interés socioeconómico, la que dotará de antijuridicidad material al injusto de estas figuras, por lo que será dicho valor de titularidad puramente individual el que definirá el verdadero bien jurídico que vendrían a proteger.

Ello, como veremos, planteará serios problemas a la hora de valorar la legitimidad y proporcionalidad de las diferentes figuras delictivas contenidas en el artículo ahora comentado, ya que no parece razonable que la protección de un valor de tan escasa entidad, como el referido al derecho de cobro por la prestación de estos servicios, sea merecedor de la amplia y adelantada tutela que, como vamos a ver, le brinda el artículo 286 de nuestro Código penal.

Lectura recomendada

F. Morales Prats; E. Morón Lerma (2016). «Artículo 286». En: G. Quintero Olivares (dir.); F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código penal español* (tomo II, 7.^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

3.2. El castigo de las conductas facilitadoras o provocadoras del acceso no autorizado a los sistemas de acceso condicional

El artículo 286 CP castiga, en su apartado primero, a aquel que, con fines comerciales y sin consentimiento de su prestador, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como acceso independiente.

Nos encontramos con un tipo delictivo común que contempla dos posibles y alternativas modalidades comisivas.

Por un lado, castiga **facilitar el acceso inteligible a los servicios** de los que habla, entre los que se encuentran los servicios de radiodifusión (por ejemplo, los televisivos de *pay per view*), pero también cualquier otro interactivo que se preste por vías electrónicas, como Internet (por ejemplo, acceso a una base de datos o a un servicio de visionado de contenidos visuales o musicales), mientras que, por otro, sanciona **dar o suministrar directamente acceso condicional a tales servicios**, como si fuese un servicio independiente a aquel que inicial y legítimamente los proporcionaba.

La primera conducta consiste, por tanto, en contribuir o facilitar a que terceros puedan acceder de forma inteligible, esto es, comprensible, a servicios que estaban inicialmente difundidos por la persona o la entidad que los prestaba de tal forma que no podían captarse o comprenderse (por ejemplo, por estar codificados) sin haber cumplido con las condiciones que imponía quien los prestaba para brindarlos. La segunda, por su parte, exigiría que su sujeto activo fuese el que directamente decodificase el servicio de alguno de los comentados prestadores y lo ofreciese a terceros como si fuese un servicio de acceso condicional suyo por el que el usuario tendría que pagarle.

Se protegería así a los titulares de los denominados **servicios de acceso condicional** de los que habla el artículo 2 la DAC, unos servicios que, conforme a lo establecido en la letra *a* de dicho precepto, se caracterizarían por tener establecida alguna «medida o mecanismo técnico en virtud del cual se condicione el acceso al servicio protegido en forma inteligible a una autorización individual previa». Esto es, por el hecho de tener unos sistemas o mecanismos que vetan la prestación o el acceso al servicio en cuestión a no ser que se cumpla la condición impuesta por el proveedor del mismo, condición que, como expresamente establece el artículo 2.a de la comentada normativa europea, habrá de consistir en una remuneración económica, lo que ya denota el carácter claramente patrimonial que tiene esta figura delictiva.

EL artículo 2.a de la DCA define como «servicio protegido» cualquiera de los siguientes servicios, siempre que se presten a cambio de remuneración y sobre la base del acceso condicional:

- radiodifusión televisiva, según se define en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE,
- radiodifusión sonora, a saber, cualquier transmisión por hilo o radioeléctrica, incluida la transmisión por satélite, de programas de radio destinados a su recepción por el público,
- servicios de la sociedad de la información, en el sentido del punto 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información».

No obstante, para que dichas conductas de facilitación o suministro del acceso fuesen típicas del comentado delito, hará falta además que se realicen mediante la ejecución de alguna de las actuaciones que el comentado precepto pasa a enumerar. En concreto, fabricando, importando, distribuyendo o poniendo a disposición por vía electrónica, venta o alquiler, o simplemente poseyendo cualquier equipo o programa informático no autorizado en otro Estado miembro de la UE, diseñado o adaptado para posibilitar dicho acceso, o instalando o manteniendo uno de dichos equipos o programas.

Nos encontramos, por tanto, ante un delito de medios determinados cuya realización requiere que se utilice, se mantenga o, cuando menos, se posea alguno de los referidos dispositivos o programas ilícitos facilitadores del acceso para favorecer o suministrar el acceso a terceros de unos servicios a los que inicialmente no debería poder acceder. No será necesario, sin embargo, que el acceso del tercero se llegue a producir para apreciar estos delitos, con lo que bastará, por ejemplo, con que se facilite el acceso a un tercero poniendo a su disposición el dispositivo en cuestión, aunque este no lo llegue a usar, lo que pone de manifiesto el carácter de delito de peligro que presentan muchas de sus modalidades típicas.

Por otra parte, para que cualquiera de sus conductas puedan ser típicas, será necesario, por expresa prescripción del artículo 286.1 CP, que se realicen **sin el consentimiento del prestador del servicio en cuestión y con fines comerciales**. Lo primero deja definitivamente claro el carácter netamente individual y disponible del bien jurídico patrimonial que esta figura viene a proteger, ya que evidentemente carecería de sentido que el mero consentimiento de un proveedor de servicios pudiese dejar en el ámbito de lo penalmente irrelevante el suministro o favorecimiento realizado si dicho hecho realmente afectase a intereses supraindividuales de otros sujetos. Lo segundo, por su parte, a nuestro modo de ver, lleva a que se tenga que considerar que esta figura solo se podrá apreciar cuando su conducta típica, además de realizarse de forma dolosa, se efectúe con la intención de obtener un beneficio como consecuencia del cobro masivo (no meramente individual) por su ejecución, ya que solo así se podrá entender que el sujeto estará buscando el fin comercial del que habla este delito y no un mero ánimo de lucro puntual e individual, del que,

Lecturas recomendadas

Para ampliar el tema, véase A. Galán Muñoz (2007). «El derecho penal español ante la piratería de los servicios de radiodifusión». *Cuaderno Vasco del Instituto Vasco de Criminología* (n.º 21).

Para conocer otra opinión, véase F. Morales Prats, E. Morón Lerma (2016). «Artículo 286». En: G. Quintero Olivares (dir.); F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código penal español* (tomo II, 7.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

como veremos, hablan otros preceptos del comentado artículo, o la búsqueda del beneficio indirecto del que, como ya hemos visto, hablan algunos delitos contra la propiedad intelectual.

La siguiente figura que permite castigar algunas de las actuaciones o abusos realizados con respecto a los servicios de acceso condicional es la contemplada en apartado 3 del artículo 286 CP. En este precepto se establece, en primer lugar, que se impondrá una pena de multa, por una parte, a quienes faciliten a terceros el acceso del que habla la figura del apartado primero, esto es, el de la figura que acabamos de analizar, pero lo haga «**sin ánimo de lucro**». Es decir, sin ánimo de beneficiarse económicamente mediante el cobro por la ayuda que prestaba de forma no autorizada a terceros para que accediesen a tales servicios. Estas ayudas o contribuciones no lucrativas a la ejecución de abusos ajenos, a nuestro juicio, habrán de estar dirigidas a un número masivo de sujetos, y no a uno solo de ellos, para poder ser consideradas como típicas de este delito, ya que así lo exige tanto el paralelismo que mantiene esta figura con la inmediatamente precedente como el hecho de que su tipo exija que la contribución ilícita que castiga facilite el acceso «a terceros» y no «a un tercero» para apreciar su realización.

Por otra parte, el comentado precepto todavía contiene otro delito destinado a tutelar el derecho patrimonial perteneciente a los prestadores de esta clase de servicios frente a conductas favorecedoras de ataques realizados por terceros. En concreto, castiga a quien, sin ánimo de lucro y por un medio de comunicación pública, comercial o no, **suministre información** a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de uno de los dispositivos o programas de los que habla el artículo 286.1 CP incitando a lograrlos.

Se trata, como se puede deducir, de otra forma más de facilitar el acceso a terceros a servicios a los que no deberían poder acceder por no haber realizado el pago que su suministrador exigía para permitirlo. Sin embargo, en este caso, el favorecimiento no se realiza mediante la venta, alquiler, distribución o mantenimiento de los equipos que se utilizan para efectuar tales accesos, sino suministrando la información referida al modo en que dichos sujetos podrían conseguirlo (por ejemplo, suministrando los *codecs* que un canal de *pay per view* usa para codificar su señal) o bien explicando cómo tendría que utilizar los aparatos de los que habla el artículo 286.1 CP para conseguir que los mismos le facilitasen el acceso.

Sin duda, el suministro de esta clase de información supone una importante contribución a la consecución del acceso no autorizado al servicio que podrían realizar sus receptores. Una contribución que, sin embargo, solo será típica de este delito, por expresa prescripción del mismo, en primer lugar, si se hace llegar a una pluralidad de personas utilizando un medio de comunicación pública, lo que, evidentemente, amplía las posibilidades y el riesgo de que alguno de sus posibles receptores lo puedan utilizar para realizar accesos indebidos,

y, en segundo lugar, se efectúa «incitando a lograrlos», esto es, induciendo expresamente a acceder al sistema. Estas exigencias unidas hacen que tengamos que considerar que, en realidad, nos encontremos ante una figura que castiga como delito autónomo y consumado lo que no sería sino una forma específica de provocación de acceso no autorizado a los servicios de los que venimos hablando.

3.3. La duplicación, alteración de equipos de telecomunicación y la comercialización de aparatos alterados

El apartado 2 del artículo 286 CP castiga dos conductas realizadas sobre equipos de telecomunicación. Castiga a quien dolosamente y con ánimo de lucro altera o duplica el número identificativo de uno de los referidos equipos y también al que, con idéntico ánimo, comercializa los terminales alterados.

Ambas conductas podrían permitir que quien utilizase dichos terminales pudiese acceder a los servicios que los mismos suministran sin tener que abonarlos o haciendo que el período de disfrute se asignase a quien fuese el legítimo titular del terminal duplicado o clonado, lo que, sin duda, representa una puesta en peligro para su patrimonio y para el del prestador que justifica el castigo de esta actuación.

De hecho, nos encontramos ante un delito que castiga cualquiera de ambas conductas sin exigir que se llegue a producir el uso del terminal alterado, lo que denota que nos encontramos ante un **nuevo delito de peligro patrimonial**.

No obstante, tanto en el caso de la manipulación del equipo en cuestión como en el de su comercialización, quien realice cualquiera de ambas conductas habrá de actuar de forma dolosa y, además, **con ánimo de lucro**, elemento subjetivo que tiene, a nuestro modo de ver, un papel fundamental a la hora de delimitar el injusto típico de este delito. Este papel fundamental se puede apreciar en que, dado que dicho elemento subjetivo del injusto ha excluido tradicionalmente del seno de los delitos en los que se exige aquellas actuaciones que se realizan con la mera finalidad de ahorrarse el pago por el uso de lo ilícitamente obtenido, también llevará a que queden al margen del tipo del delito aquí analizado aquellas conductas de duplicación o alteración que se efectúen con la finalidad de realizar un mero uso particular y gratuito del terminal manipulado (la «piratería casera» que haría quien alterase el terminal para su propio uso) y que solo se puedan castigar por el delito que venimos comentando las manipulaciones de terminales que se efectúen para vender o, cuando menos, alquilar el terminal finalmente manipulado.

También se puede apreciar su importancia porque excluye de esta figura las manipulaciones realizadas con finalidades no lucrativas (por ejemplo, y como bien señalan Morales Prats y Morón Lerma [2016], las duplicaciones de equipos realizadas para utilizarlos con fines terroristas) y porque, precisamente por contraste con los fines comerciales de los que habla el apartado 1 del artículo 286 CP, permite, sin embargo, que esta figura se pueda aplicar a las comercializaciones que se efectúen a pequeña escala por parte de aquellos sujetos que, por ejemplo, sin haber tomado parte en la manipulación del terminal, lo vendan a una sola persona o a un número ciertamente limitado de ellas.

3.4. El delito de abuso de sistemas de acceso condicional

Finalmente, el apartado 4 del artículo 286 CP es el que se encarga de sancionar la efectiva realización de **utilizaciones indebidas de los servicios protegidos** por este delito. En concreto, el referido precepto castiga a quien utiliza dolosamente dispositivos decodificadores o facilitadores del acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, ocasionando así un perjuicio patrimonial al proveedor de los servicios de los que disfrutó al hacerlo.

Estamos, por fin, ante el delito que sanciona al destinatario final de los medios facilitadores de accesos no autorizados de los que hemos venido hablando. Esto es, al usuario y consumidor final de los servicios de acceso condicional o de los terminales de comunicación de los que hablamos en los apartados precedentes, los cuales serán castigados por usar dolosamente los referidos servicios o equipos, lesionando así el derecho patrimonial que tendría su proveedor a cobrarle por su disfrute y utilización o el titular del terminal clonado a no pagar el uso no autorizado que del mismo hubiese hecho. Este delito será, por tanto, de lesión y, sin embargo, sanciona su conducta lesiva con la pena del delito de defraudación de fluidos del artículo 255 CP, con independencia de la cuantía del perjuicio que hubiese llegado a ocasionar, decisión legislativa que a nuestro juicio resulta más que cuestionable.

Lo es, en primer lugar, porque el legislador parece haber olvidado que, tras la reforma de la LO 1/2015 y la supresión de las faltas, no hay un único delito ni una única pena en el artículo al que el delito ahora analizado remite para fijar su sanción (art. 255 CP), sino dos –la de su tipo básico y la del delito leve que castiga las defraudaciones inferiores a 400 €–, lo que plantea dudas sobre cuál habría de ser la aplicable a sus responsables. Pero además, y lo que es más importante, también lo es porque si se aplica a estos sujetos la pena prevista para el tipo básico de dicho delito, como venía haciéndose hasta ahora y parece querer seguir haciendo el vigente artículo 286 CP al exigir que no se tenga en cuenta la cuantía para aplicar su pena, no se podrá comprender la razón o el motivo por el que se tendrá que entender que lesionar el patrimonio de los proveedores de servicios de acceso condicional merece mayor protección

y sanción que hacer lo propio con el de los suministradores de otros servicios que pueden ser incluso mucho más importantes que los que aquellos suministran, como los de luz o agua, servicios cuya dolosa defraudación solo recibirá la referida pena cuando ocasione una lesión que supere los 400 €.

Si a esto le añadimos los evidentes y enormes adelantamientos punitivos que supone la creación del resto de tipos delictivos del artículo 286 CP para proteger los intereses patrimoniales de dichos sujetos o el hecho de que en muchos de ellos se asimilen conductas que son valorativamente diferentes (por ejemplo, no es lo mismo facilitar el acceso inteligible a un tercero que dárselo directamente), habremos de afirmar, como hicimos al principio de este apartado, que nos encontramos ante unos delitos que plantean tales problemas de proporcionalidad y legitimidad, que sería conveniente que el legislador aprovechara una de las frecuentes reformas que realiza de nuestro Código penal para establecer una legislación más proporcionada y adecuada a la hora de proteger estos servicios.

4. Concursos

No podemos terminar este breve comentario sin señalar que, dado que la realización de alguno de los delitos contemplados en el artículo 286 CP, en especial los del apartado 1, puede concurrir en ocasiones con la comisión de actos de comunicación pública de obras o prestaciones de propiedad intelectual castigados por el artículo 270 CP, cuando esto suceda habrá que apreciar el correspondiente concurso de leyes, y no de delitos, entre tales figuras, por cuanto las mismas vendrían a contemplar y sancionar una misma y única lesión patrimonial.

Por ejemplo, si un sujeto decodifica la retransmisión de una película o de cualquier otra obra protegida por los derechos de propiedad intelectual de los que habla el artículo 270 CP mediante el uso de los aparatos y sistemas de los que habla el artículo 286 CP y posteriormente la comunica en Internet como si fuese una obra emitida por su propio servicio de acceso condicional, cobrando por su recepción, habrá de apreciarse el correspondiente concurso de leyes entre la figura delictiva del artículo 286.1 CP y la del 270.1 CP como consecuencia de que el ataque que realizó al servicio de acceso condicional al decodificarlo y suministrarlo como si fuese propio, supondría la simultánea realización de una comunicación pública no autorizada efectuada con el ánimo de obtener un beneficio económico directo de las que habla este último delito, concurso que habría de resolverse por alternatividad.

Algo similar sucederá cuando el sujeto en cuestión suministre a un tercero los aparatos o programas que permitirían acceder al sistema de acceso condicional a cambio de una remuneración, caso este que, aunque puede ser castigado, cuando se realice de forma comercial, por el artículo 286.1 CP si el instrumento en cuestión es uno de los mencionados en dicho precepto, también podrá serlo por el artículo 270.1.5.d CP cuando recaiga sobre una de las obras de las que habla este último precepto, por lo que habrá que apreciar de nuevo el correspondiente concurso de leyes entre ambos delitos, que habrá de resolverse otra vez por alternatividad.

5. Algunas consideraciones comunes

Resulta reseñable el hecho de que, conforme a lo establecido en el artículo 287 CP, mientras los delitos contra la propiedad intelectual son perseguibles de oficio, los contemplados en el artículo 286 CP solo lo son a instancia de parte, y su persecución de oficio queda condicionada al hecho de que se afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas, circunstancia que pone de manifiesto, una vez más, que la ejecución de estos últimos delitos no siempre afecta a tales intereses y acredita de nuevo el carácter netamente patrimonial individual y no colectivo de su bien jurídico protegido.

Por último, reseñar también que el artículo 288.1º CP, pese a su recientemente reforma efectuada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, continúa reconociendo la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 31 bis CP, tanto por los delitos contra la propiedad intelectual anteriormente comentados como con respecto a los que atentan a los servicios de servicios condicionales o los equipos de telecomunicaciones de los que habla el artículo 286 CP, algo que tiene una enorme relevancia en lo que se refiere a dichos delitos, ya que no es en modo alguno descabellado pensar que se pueden cometer desde el seno y en beneficio de tales entidades.

Ejercicios de autoevaluación

1. La conducta de almacenar y hacer accesible en una web un contenido protegido por derechos de autor perteneciente a un tercero para que los usuarios de la red puedan descargarlo y tenerlo en su ordenador cuando quieran...

- a) nunca será una conducta delictiva.
- b) puede ser una conducta de comunicación pública penalmente sancionable conforme al tipo básico del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP.
- c) puede ser una conducta de distribución penalmente sancionable conforme al tipo básico del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP.
- d) puede ser una conducta de reproducción penalmente sancionable conforme al tipo privilegiado del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.4 CP.

2. La explotación económica no autorizada de programas de ordenador se protege penalmente...

- a) mediante la aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual.
- b) mediante la aplicación de los delitos contra la propiedad industrial.
- c) mediante la aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual o la industrial, dependiendo de si el programa en cuestión tenía una aplicación industrial o comercial o no.
- d) recibe una protección exclusivamente civil y nunca penal.

3. La distribución no autorizada de una película para visualización en tiempo real realizada de forma estable y continuada desde una página web que requiere un pago al usuario que quiera acceder a tal servicio...

- a) será una conducta completamente atípica.
- b) será un acto de reproducción que podrá ser sancionado mediante la apreciación del delito del tipo privilegiado del artículo 270.4 CP si el beneficio obtenido no supera los 400 €.
- c) constituye el delito de elusión de medidas tecnológicas favorecedoras de accesos no permitidos a obras de propiedad intelectual que castiga el delito del artículo 270.5.d CP.
- d) será una conducta de puesta a disposición sancionable conforme al tipo básico del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP, con independencia del beneficio que hubiese podido generar.

4. El sujeto que se limita a recoger y ordenar en su página web, por la que alcanza suculentos beneficios publicitarios, miles de enlaces que permiten que los usuarios de su web puedan localizar y descargar, mediante sistemas de P2P, contenidos de propiedad intelectual que no estaban almacenados en su web, pero que dicho sujeto sabía que habían sido distribuidos de forma no autorizada en otros lugares...

- a) realiza un acto de distribución no autorizada del contenido enlazado determinante de la apreciación del tipo básico del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP.
- b) efectúa un acto de comunicación pública determinante de la apreciación del tipo básico del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 CP.
- c) solo cometerá un ilícito civil.
- d) podrá ser responsabilizado por la realización del delito de facilitación no neutral de la localización de obras de propiedad intelectual que sanciona el artículo 270.2 CP.

5. La conducta que realiza aquel que se limita a publicar en Internet de forma no autorizada las claves de acceso a un único y específico servicio de pago de música en *streaming*, sin tener intención de cobrar nada directamente ni de obtener ningún beneficio indirecto por hacerlo...

- a) constituye el delito de provocación de acceso no autorizado a un sistema de acceso condicional que castiga el artículo 286.3 CP.
- b) es un acto completamente atípico.
- c) representa el delito de puesta en circulación de medios específicamente destinados a facilitar la elusión de medidas protectoras de la propiedad intelectual del artículo 270.6 CP.
- d) supone la realización del delito de elusión de medidas tecnológicas favorecedoras de accesos no permitidos a obras de propiedad intelectual del artículo 270.5.d CP.

6. Si un sujeto decodifica sin autorización una película protegida por derechos de propiedad intelectual que se estaba retransmitiendo en un canal de televisión de pago por visión gracias a que creó un aparato que le permitía decodificarla y ofrece la señal decodificada en *streaming* a través de su página web de Internet a cambio del pago de aquellos que la quieran visualizar...

- a) comete el delito contra la propiedad intelectual del tipo básico del artículo 270.1 CP.
- b) realiza el delito de favorecimiento de acceso no autorizado a un sistema de acceso condicional del artículo 286.1 CP.
- c) responderá de a) o de b) dependiendo de cual de dichos delitos permita imponerle mayor pena.
- d) solo podrá responder por el delito de abuso de sistema de acceso condicional del artículo 286.4 CP, siempre que se demuestre que ocasionó un perjuicio al proveedor del servicio superior a los 400 €.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. b

2. a

3. d

4. d

5. b

6. c

Bibliografía

Galán Muñoz, A. (2007). «El derecho penal español ante la piratería de los servicios de radiodifusión». *Cuaderno Vasco del Instituto Vasco de Criminología* (n.º 21).

Galán Muñoz, A. (2016). «De los delitos relativos a la propiedad intelectual». En: G. Quintero Olivares (dir.); F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código penal español* (tomo II, 7.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

García Albero, R. (2008). «Delitos contra la propiedad intelectual». En: *Diccionario de derecho penal económico*. Madrid: Iustel.

Gómez Rivero, M. C. (2012). *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela de los derechos sobre bienes inmateriales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gómez Rivero, M. C. (2014). «Novedades de la reforma del Código penal en materia de propiedad intelectual e industrial». *Revista General de Derecho Penal* (n.º 21).

Morales Prats, F.; Morón Lerma, E. (2016). «Artículo 286». En: G. Quintero Olivares (dir.); F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código penal español* (tomo II, 7.ª ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

Orts Berenguer, E. (1998). «Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y Derecho penal». En: E. Fernández Masià y otros. *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*. Granada: Comares.

Quintero Olivares, G. (2013). «De los delitos relativos a la propiedad intelectual». G. Quintero Olivares (dir.); F. Morales Prats (coord.). *Comentarios al Código penal español* (tomo II). Cizur Menor: Aranzadi.

Tomás-Valiente Lanuza, C. (2015). «Delitos contra la propiedad intelectual (art. 270 y 271 CP)». En: N. Rodríguez García; A. Carrizo González Castell; F. J. Leturia Infante (dirs.). *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch.