

ENTIA NON SUNT MULTIPLICANDA PRAETER NECESSITATEM. OTRA VEZ SOBRE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. EL NUEVO DELITO DE FACILITACIÓN DE ACCESO O LOCALIZACIÓN DE CONTENIDOS PROTEGIDOS EN INTERNET (ART. 270.2 CP)

Por Manuel GÓMEZ TOMILLO
Profesor titular de Derecho penal. Acreditado a catedrático
Letrado del Tribunal Constitucional

Fecha de recepción: 21.06.2015
Fecha de aceptación: 21.07.2015

RESUMEN: El trabajo analiza las competencias de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual a la vista del nuevo delito del artículo 270.2 CP, el cual deja muy mermadas las posibilidades de actuación del citado órgano administrativo.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la propiedad intelectual, Sección Segunda Comisión Propiedad intelectual, facilitación ilícita de acceso a obras o prestaciones.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. COMPETENCIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE CONDUCTAS QUE REVISTEN CARACTERES DE DELITO. III. EL ARTÍCULO 158 TER 2 A) LPI. IV. COMPARATIVA ENTRE EL ARTÍCULO 158 TER 2 B) LPI Y EL ARTÍCULO 270.2 CP. V. LA CLÁUSULA «EN PERJUICIO DE TERCERO». VI. EL ÁNIMO DE OBTENER UN BENEFICIO ECONÓMICO DIRECTO O INDIRECTO. VII. CONCLUSIÓN. VIII. COMPETENCIAS PUNITIVAS DE LA SECCIÓN SEGUNDA Y *BIS IN IDEM*.

TITLE: *ENTIA NON SUNT MULTIPLICANDA PRAETER NECESSITATEM.* AGAIN ON THE SECOND SECTION OF THE INTELLECTUAL PROPERTY COMMISSION. THE NEW CRIME OF PROVIDING ILLEGAL ACCESS TO COPYRIGHTED CONTENTS ON THE INTERNET (ART. 270.2 CP).

ABSTRACT: The paper analyzes the powers of the Second Section of the Intellectual Property Commission in view of the new crime of Article 270.2 Spanish Penal Code which significantly reduces the scope for action of that administrative body.

KEYWORDS: Copyright offences, Second Section of the Intellectual Property Commission, illegal providing access to digital contents.

CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. COMPETENCE OF THE SECOND SECTION OF THE INTELLECTUAL PROPERTY COMMISSION TO CONDUCT ACTIONS THAT MAY BE CRIME. III. ARTICLE 158 TER 2 A) LPI. IV. COMPARISON BETWEEN ARTICLE 158 TER 2 B) LPI AND ARTICLE 270.2 CP. V. THE CLAUSE «TO THE DETRIMENT OF THIRD PARTY». VI. THE PURPOSE OF OBTAINING A DIRECT OR INDIRECT ECONOMIC GAIN. VII. CONCLUSION. VIII. PUNITIVE POWERS OF THE SECOND SECTION AND DOUBLE JEOPARDY.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 158 ter la Ley de Propiedad Intelectual (en lo sucesivo LPI) dispone la competencia de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para salvaguardar derechos de propiedad intelectual frente a los responsables de los servicios de la sociedad de la información. A tal fin, regula dos procedimientos. Un primero, extremadamente enrevesado, en sus apartados 2 a 5, cuya naturaleza jurídica declara la Ley es el de restauración de la legalidad (158 ter 1). Un segundo, en el apartado 6 del mismo artículo, de carácter administrativo-sancionador.

Por lo que concierne al primero de los procedimientos apuntados, pese a la declaración legal que dispone que está orientado a la restauración de la legalidad, tal naturaleza sigue siendo extraña por dos razones. Por una parte, no está vinculado a la previa comisión de un ilícito punible, cuando lo normal en otros ámbitos administrativos es que así sea (piénsese en materia urbanística). Por otra, expresamente su competencia es la restauración de una legalidad conculcada tan sólo «indiciariamente» [vid. 158 ter 2 A) LPI].

En cuanto al segundo, la regulación es muy parca. Ciertamente, hay una remisión a la Ley 30/1992. Sin embargo, en los artículos del título IX de esta última norma se recogen principios genéricos y no contienen, por ejemplo, un procedimiento específico. Se supone que, siendo una competencia del Estado, debe aplicarse el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (en lo sucesivo REPEPOS).

II. COMPETENCIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL ANTE CONDUCTAS QUE REVISTEN CARACTERES DE DELITO

La cuestión que se presenta es la delimitación de las competencias de tal Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, considerando la redacción otorgada por la LO 1/2015 al nuevo artículo 270.2 del Código Penal (en lo sucesivo CP), el cual, en una primera aproximación, cualquiera puede detectar se refiere a conductas muy próximas a aquellas para cuya represión es competente la citada sección, expresadas en el artículo 158 ter 2 LPI. Formulando con otras palabras, cabe plantearse qué vulneración de los derechos de propiedad intelectual justifica la intervención del órgano administrativo que nos ocupa, considerando que si tales hechos constituyen delito debería decaer la competencia administrativa. Y ello porque, como veremos, si la Sección Segunda tiene noticia de una conducta que reviste caracteres de delito, su deber es ponerlo en conocimiento del Ministerio fiscal o del Juez de instrucción y abstenerse de toda actuación.

Frente a lo que es común en otros ámbitos administrativos en los que este último deber se regula de forma expresa, la Ley de Propiedad Intelectual no ha hecho ninguna referencia a la cuestión. Sin embargo, se trata de una conclusión a la que se puede llegar por la vía de las normas generales. Concretamente el artículo 262 LECr dispone que «Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción... Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las leyes»¹. Asimismo, si los hechos se detectan iniciada la fase sancionadora, debe citarse el artículo 7.1 del REPEPOS. Éste último dispone que «En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación».

Cabría sostener que, en lo que concierne al procedimiento de restauración de la legalidad, si la Administración que detecta un delito no está obligada a suspender su actuación (como ocurre, en principio, en el caso del procedimiento administrativo sancionador, en virtud del artículo 7.2 del REPEPOS)². Podría, pues, pese a la sospecha de delito continuar con lo previsto en el artículo 158

¹ *Vid.*, el artículo 13.4 del Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, el cual se remite, precisamente, a la LECr.

² *Vid.*, el artículo 13.4 Real Decreto 1889/2011 de 30 de diciembre.

ter de la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, carece de toda lógica que se acumulen actuaciones materialmente idénticas de un órgano administrativo y un órgano jurisdiccional. Al respecto, no deben olvidarse tres cuestiones.

En primer lugar, el artículo 270.3 CP establece la posibilidad que tienen los jueces de lo penal de adoptar medidas cautelares que pueden consistir, conforme al citado precepto, en la retirada de las obras o prestaciones, interrupción de la prestación o adopción de cualquier otra medida³. Basta la mera lectura del artículo 158 ter 4 LPI para evidenciar el solapamiento con las posibilidades de actuación de la Sección Segunda, expresados en orden diverso y con una pésima redacción⁴. A mayor abundamiento, la jurisdicción penal no tiene que someterse a las especiales normas previstas en el artículo 122 bis de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵.

En segundo lugar, la propia Ley de Propiedad Intelectual pone de relieve que la Sección Segunda actuará o dejará de hacerlo atendiendo «al número de obras y prestaciones protegidas indiciariamente no autorizadas a las que es posible acceder a través del servicio o a su modelo de negocio».

Finalmente, no puede olvidarse que una actuación de esta naturaleza, puede afectar severamente a derechos fundamentales, singularmente a las libertades de información y expresión, al derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, y a la misma libertad de cátedra.

³ Literalmente dispone el artículo 270.3 CP que «En estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual. Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente». Sobre su alcance, puede verse C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 y 271)», Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015 (J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, dir.), Valencia, 2015, pp. 877-879.

⁴ El artículo 158 ter 4 LPI dispone que «La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Dichas medidas podrán comprender medidas técnicas y deberes de diligencia específicos exigibles al prestador infractor que tengan por objeto asegurar la cesación de la vulneración y evitar la reanudación de la misma». Llamamos la atención sobre, una vez más, la muy deficiente redacción de la Ley, llena de expresiones, por un lado, innecesariamente redundantes y, por otro, ininteligibles. En cuanto a lo primero, el artículo que analizamos se refiere a que la Comisión podrá adoptar «medidas que comprenderán medidas...». En cuanto a lo segundo, entre las citadas medidas se incluyen «deberes de diligencia específicos...». La cuestión es si una medida puede ser un deber de diligencia.

⁵ En cuanto a las diversas y complejas combinaciones que se pueden dar en caso de que la Sección Segunda siga adelante con el procedimiento, *vid.*, C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, pp. 881-882.

En esas condiciones, lo razonable es que el órgano administrativo deje paso a la jurisdicción penal.

En definitiva, debe aceptarse que la Sección Segunda, si tiene constancia de la existencia de un delito, debe trasladarlo a los órganos competentes, al tiempo que sus posibilidades de actuación no exceden de las características del poder judicial. Por consiguiente, procede analizar si existe un ámbito propio de actuación diferenciado de la Sección Segunda o si, por el contrario, ese ámbito propio de actuación no existe materialmente, al encontrarse solapado con disposiciones penales. Para ello, debe compararse el artículo 158 ter 2 de la LPI y el artículo 270.2 CP, toda vez que *prima facie* existe una patente proximidad entre el uno y el otro.

III. EL ARTÍCULO 158 TER 2 A) LPI

Comienza el artículo 158 ter 2 A) LPI por disponer que el procedimiento de restauración de la legalidad se dirigirá contra los prestadores de servicios de la sociedad de la información que genéricamente vulneren derechos de propiedad intelectual. Aun cuando la norma no lo dice expresamente en su tenor literal, debe entenderse que se refiere a conductas que acaezcan en un entorno digital, en la medida en que ésta es la rúbrica del artículo. Lo cierto es que tales genéricas vulneraciones de derechos de propiedad intelectual están llamadas a ser marginales por dos motivos.

En primer lugar, a la vista de las conductas que se describen en el artículo 158 ter 2 B) (en síntesis la difusión de enlaces desde una página web que permitan acceder directamente al contenido, pero sin realizar ninguna clase de puesta a disposición al público de obra o prestación alguna).

En segundo lugar, porque el Código Penal ya contempla una amplia gama de conductas punibles penalmente. Por un lado, el artículo 270.1 CP se refiere a la reproducción, plagio, distribución, comunicación pública y explotación económica de una obra o prestación literaria, artística o científica. Por otra, el artículo 270.5 CP, en lo que nos puede interesar aquí, capta las conductas de exportación, almacenamiento, importación de obras, productos o ejecuciones cuando estén orientados a la reproducción, distribución o comunicación pública.

En definitiva, tan sólo existen dos elementos diferenciadores en la Ley penal frente a la LPI. En cuanto al artículo 270.1 CP, la exigencia de un ánimo subjetivo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y el requisito de actuar en perjuicio de tercero. En lo que concierne al artículo 270.5 CP, el requisito de que la conducta esté orientada a la reproducción, distribución o comunicación pública de obras, productos o ejecuciones (lo que puede interpre-

tarse sin dificultad como expresión de un elemento subjetivo de lo injusto). Más abajo examinaremos los elementos citados, centrándonos en los previstos en el artículo 270.1 CP, por su mayor importancia criminológica y dificultad técnica⁶.

IV. COMPARATIVA ENTRE EL ARTÍCULO 158 TER 2 B) LPI Y EL ARTÍCULO 270.2 CP

El artículo 158 ter 2 B) dispone que la actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual se producirá frente a vulneraciones de la propiedad intelectual que supongan facilitar

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

Como venimos expresando, resulta inmediatamente llamativo el alto nivel de coincidencia de la citada norma con el nuevo artículo 270.2 CP, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

⁶ Durante el periodo de evaluación del presente trabajo para su publicación se me hizo el siguiente razonable comentario: llama poderosamente la atención cuando se comparan los dos preceptos (civil y penal) el hecho de que en el 158 ter LPI, aunque fuera finalmente suprimida la alusión expresa a la vulneración «significativa» de los derechos de propiedad intelectual (contenida en el Proyecto) se mantenga implícitamente esta exigencia como requisito para que la CPI inicie el procedimiento, al haberse conservado en el 158 ter A los dos criterios con los que dicho carácter significativo debería comprobarse —el volumen de obras y prestaciones implicadas y el nivel de audiencia de la página—. En el artículo 270 CP, en cuya redacción inicialmente proyectada también figuraba el requisito del carácter significativo de la conducta, tales exigencias sí quedaron en cambio totalmente eliminadas en la redacción finalmente aprobada por la LO 1/2015, con el resultado de que (o al menos es ésta una interpretación posible) parece exigirse una vulneración de derechos más intensa para desatar la intervención de la CPI que para perfeccionar el delito (que finalmente ha prescindido, como de hecho ocurre en el conjunto de todo el artículo 270, de cualquier exigencia de cierto grado de lesividad).

enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios»⁷.

De la comparación de ambas normas se pueden extraer las siguientes conclusiones.

1. En cuanto al sujeto activo del delito y el administrado afectado por el procedimiento de «restauración de la legalidad» administrativo, ninguna duda cabe de que ambos son parcialmente coincidentes, siendo más amplia la normativa penal que la propia de la Ley de Propiedad Intelectual. Mientras el Código Penal se refiere a quien lleva a cabo la conducta «en la prestación de servicios de la sociedad de la información», la Ley de Propiedad Intelectual alude directamente a «Los prestadores de servicios de la sociedad de la información». En este último caso, parece claro que el procedimiento se debe dirigir frente a personas jurídicas (particularmente significativos resultan los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información). Sin embargo, ello no es un factor de diferenciación, desde el momento en que los delitos previstos en el artículo 270 CP son de los imputables a tales personas jurídicas (*vid.*, art. 288 CP), al tiempo que también es posible actuar contra personas físicas.

2. Existe un alto nivel de coincidencia entre las conductas descritas en ambas normas. La norma penal, sintéticamente, se refiere a una acción consistente en facilitar el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual. La Ley de Propiedad Intelectual requiere la facilitación de la descripción o la localización de obras y prestaciones que se ofrezcan sin autorización. Quedan captados en ambos casos, especialmente, los supuestos de difusión de enlaces desde una página web que permitan acceder directamente al contenido (bien obteniéndolo por medio de una descarga, bien accediendo a él en *streaming*), pero sin realizar ninguna clase de puesta a disposición al público de tal contenido⁸. Sin embargo, debe resaltarse que en Derecho penal es punible no sólo la autoría, sino también las conductas de participación en el delito, esto es, la cooperación necesaria, la complicidad y la inducción⁹,

⁷ Sobre la pertinencia de introducir tal norma, *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO, «Megaupload y la Sección segunda de la Comisión de propiedad intelectual. Al mismo tiempo, una propuesta político-criminal sobre los proveedores de enlaces», *Pe. i.* Revista de Propiedad Intelectual, septiembre de 2012, IV.1. *Vid.*, no obstante, como destaca TOMÁS-VALIENTE LANUZA que a raíz de la sentencia del TJCE, caso Svensson, 13 de febrero de 2014, probablemente fuera innecesaria la tipificación, toda vez que puede ser considerada la conducta como comunicación pública (C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 875).

⁸ Sobre el tratamiento de tales casos antes de la reforma, permítasenos de nuevo remitirnos a M. GÓMEZ TOMILLO, «Megaupload y la Sección segunda...», *cit.*, IV. Debe descartarse la relevancia penal de la conducta de quienes permiten el contacto entre usuarios de la red, donde unos facilitan el contenido protegido por la propiedad intelectual y otros lo obtienen. Las razones, al menos, son dos: por tratarse de una omisión, en la que es complejo aislar la posición de garantía y, en segundo lugar, por ausencia de dolo (*id.*, II).

⁹ En el caso que nos ocupa, ello tiene relevancia, por ejemplo, de cara a la posibilidad de apreciar complicidad o cooperación necesaria en la empresa (o en los directivos o trabajadores de ésta) que

conductas estas últimas no abarcadas por el artículo 153 ter 2B) LPI¹⁰. Del mismo modo, en Derecho penal es punible el delito intentado y el consumado, frente a lo que sucede en las hipótesis a las que se refiere la Ley de Propiedad Intelectual¹¹. En conclusión, desde esta perspectiva, el alcance del delito es, con mucho, muy superior al del supuesto de hecho que puede determinar la acción administrativa, restauradora de la legalidad¹².

3. Ambas normas proporcionan una semejante ejemplificación no cerrada de conductas. El CP se refiere al ofrecimiento de «listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios». La Ley de Propiedad intelectual contiene idéntica previsión, salvo que en vez de referirse a obras y contenidos habla de obras y prestaciones.

4. Ambas normas excluyen la responsabilidad cuando la acción se limite «a actividades de mera intermediación técnica» [art. 158 ter 2B)] o «sin limitarse a un tratamiento meramente técnico» o de forma meramente «neutral» (art. 270.2 CP), una especie de «cláusula google»¹³.

5. El artículo 270.2 CP incluye dos elementos que no aparecen en la Ley de Propiedad intelectual: el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y la exigencia de que la conducta se lleve a cabo «en perjuicio de tercero».

alojan publicidad en páginas web desde las que es posible descargar sin autorización contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Sobre tal posibilidad volveremos infra, cuando examinemos la exigencia del ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, característico de los apartados 1 y 2 del artículo 270 CP.

¹⁰ Ni el Derecho administrativo sancionador, donde se sanciona exclusivamente las conductas de autoría; por todos, M. GÓMEZ TOMILLO; I. SANZ RUBIALES, Derecho administrativo sancionador. Parte general, 3ª ed., 2013, especialmente Cap. 23.

¹¹ Del mismo modo, en el Derecho administrativo sancionador no es sancionable la mera tentativa (id., Cap. 21).

¹² GALÁN MUÑOZ, consciente de la coincidencia sugiere limitar el alcance del artículo 270.2 CP a los supuestos en los que esté afectado un número relevante de obras o prestaciones o que tengan cierta audiencia (A. GALÁN MUÑOZ, «La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial», Comentario a la reforma penal de 2015, (G. QUINTERO OLIVARES, dir.), 2015, p. 601. Ciertamente puede ser una solución. No obstante, es escasamente satisfactoria por múltiples razones. La primera porque supone introducir una restricción en el tipo penal que la Ley no hace. En segundo lugar, por su extraordinaria ambigüedad. En tercer lugar, porque el artículo 158 ter 4 LPI, como veremos a continuación, limita la competencia de la Sección Segunda a los casos en los que «el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial»; si éste es insignificante o infinitesimal, decaería tal competencia. Finalmente, porque, aun cuando se aceptara la solución expuesta, se dejaría en manos de la Sección Segunda asuntos realmente irrelevantes.

¹³ Alguna referencia a dicha cláusula puede verse ya en M.C. GÓMEZ RIVERO, «Novedades de la reforma del Código Penal en materia de propiedad intelectual e industrial», RGDP 21, 2014, pp. 14 y 15; tras la reforma C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 873.

En definitiva, existe un claro solapamiento entre ambos preceptos, de forma que habitualmente será más amplio el precepto penal que el administrativo (lo que es patente en cuanto a sujeto activo y conductas de participación). Tan sólo se detecta una diferencia sustancial que permitiría potencialmente un mayor campo de aplicación de la norma administrativa frente a la penal. Nos referimos a la exigencia en el tipo delictivo de un especial elemento subjetivo de lo injusto que no aparece en la Ley de Propiedad Intelectual (el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto) y el requisito de que la conducta se lleve a cabo «en perjuicio de tercero», el cual tampoco figura en el artículo 158 ter 2B) LPI. En definitiva, y como ocurría con el artículo 158 ter 2A), tan sólo estos dos elementos podrían suponer una restricción sustantiva de las conductas delictivas frente a las que se han encomendado a la Sección Segunda. De su examen nos ocupamos en los dos apartados siguientes. No obstante, podemos ya avanzar que no se trata de sólidos elementos diferenciadores.

V. LA CLÁUSULA «EN PERJUICIO DE TERCERO»

Como punto de partida analizaremos de forma sintética, la exigencia de que las conductas típicas de los artículos 270.1 y 270.2 CP se lleven a cabo «en perjuicio de *tercero*», con la finalidad puramente instrumental de delimitar las competencias de la Sección Segunda. Cabe destacar, no obstante, la incorrección técnica del artículo 270 CP en este punto por dos motivos. En primer lugar, por la dificultad de determinar a quién se refiere la Ley cuando habla de un «tercero». En segundo lugar por la equivocidad de la expresión legal.

En cuanto a lo primero, cabe cuestionarse quién es este tercero que, por definición, no puede ser ni el sujeto activo de la acción (el «primero»), ni el sujeto pasivo (el «segundo»), sino, precisamente, *un tercero* diferente de estos dos. Probablemente lo que quiso decir el legislador es «en perjuicio del titular de los derechos de propiedad intelectual», en perjuicio, pues, del sujeto pasivo. Pero no es eso lo que se desprende de la fórmula legal. Para impedir que por un defecto técnico se vacíe de contenido la Ley, cabe interpretar que ese tercero al que se refiere el Código Penal son todos aquellos que intervienen en el proceso de comercialización de la obra o prestación artística, literaria o científica, diferentes del titular de los derechos de explotación, por ejemplo, quienes la venden o arriendan lícitamente en sus negocios o, sobre todo, las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, entiendo que persiste el defecto técnico ya que no se sabe muy bien cuál es el fundamento de la aparición de tales sujetos en el tipo, cuando ellos no son los sujetos pasivos del delito, los titulares del bien jurídico protegido. Como máximo serían perjudicados por el delito y legitimados para emprender acciones civiles, incluso dentro del procedimiento penal, pero cuyo papel en la construcción del tipo debería ser irrelevante. Por otra parte, dado que normalmente no se trata de un sujeto concreto, sino de una amplísima pluralidad de éstos (piénsese en todos

los que regentan establecimientos comerciales que lícitamente se dedican a la venta, alquiler, etc. de obras sometidas a derechos de propiedad intelectual), el perjuicio se difumina, se atomiza hasta el extremo que puede cuestionarse si no la operatividad del precepto, sí, inequívocamente, su corrección.

Por lo que concierne a la equivocidad de la cláusula legal «en perjuicio de tercero», cabe destacar que ha generado las más diversas interpretaciones. Sintéticamente cabe diferenciar hasta cuatro bloques distintos de posiciones¹⁴. En primer lugar, se ha concebido como expresivo de un elemento subjetivo de lo injusto¹⁵. En segundo lugar, hay quien lo interpreta como el resultado del delito¹⁶. En tercer lugar, se encuentran quienes sostienen que estamos ante un delito de peligro hipotético (lo que nosotros denominaríamos, entiendo que

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo, L. M. PUENTE ABA, «El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual», *Revista penal* 21, 2008, pp. 104 y ss.; J. J., GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», *RECPC* 01-14 (1999), II, 3, A) b); en la misma línea, J. GÓMEZ LANZ, «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes «peer-to-peer»: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», *Revista Vasca de Economía* 51, 2002, pp. 59 y ss.; M. C. GÓMEZ RIVERO, *La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, Valencia 2012, pp. 138 y ss.; L. M. PUENTE ABA, «El ánimo de lucro y el perjuicio...», *cit.*, especialmente, pp. 105 y ss.

¹⁵ *Vid.*, especialmente, M. C. GÓMEZ RIVERO, *La tutela penal sobre bienes inmateriales...*, *cit.*, pp. 139 y ss.; la misma autora, «Novedades de la reforma del Código Penal...», *cit.*, p. 13; F. MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 347 y ss. y *passim*; en p. 336 proporciona referencias jurisprudenciales de resoluciones de las Audiencias Provinciales que se han inclinado por esta línea; E. ORTS BERENGUER; M. ROIG TORRES, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, Valencia, 2001, p. 86; N. GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual», *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 349; A. JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código Penal*, (G. Rodríguez Mourullo —dir.—), 1997, artículo 270, p. 773; D.M. SANTANA VEGA, «Aspectos penales y político criminales de la piratería musical», *Estudios penales en homenaje al Profesor D. M. COBO DEL ROSAL*, Madrid, 2005, p. 867; PEDRO FARRÉ, «La defensa de la propiedad intelectual frente a la piratería: medidas de protección en el entorno analógico y digital», *Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi Thompson, 2004, núm. 5, p. 185; M. C. GÓMEZ RIVERO, *La tutela penal sobre bienes inmateriales...*, *cit.*, pp. 139 y ss. Ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales pueden consultarse en J. GÓMEZ LANZ, *La interpretación de la expresión «en perjuicio de» en el Código Penal*, 2006, p. 352, n.º 1047, quien, asimismo, recoge una amplia jurisprudencia. Esta es la tesis que se ha sostenido en alguna jurisprudencia: Auto de AP Madrid 18 de enero de 2008 JUR 2008\38002, Fto. Jco. 4º y 5º.

¹⁶ J. GÓMEZ LANZ, *La interpretación de la expresión «en perjuicio de»...*, *cit.*, p. 370, fundamentalmente con el argumento de que no sería razonable que para la consumación del tipo básico bastara la idoneidad lesiva de la conducta y en la construcción del tipo cualificado se superara por saltum el criterio de efectiva producción de un perjuicio para atender a la existencia de perjuicios de especial intensidad; *vid.* la amplia jurisprudencia que en este sentido proporciona J. GÓMEZ LANZ, «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes «peer-to-peer»...», *cit.*, p. 60; del mismo, *La interpretación de la expresión «en perjuicio de»...*, *cit.*, p. 353, n.º 1048; J. BAUCCELLS LLADÓS, *Comentarios al Código Penal*. Parte especial, T. I, Barcelona, 2004 (J. CÓRDOBA RODA; M. GARCÍA ARÁN, coords.), p. 957. Tácitamente entiendo que es el criterio de la STS de 2 de octubre de 2002; en la jurisprudencia de las audiencias es una posición frecuente; *vid.*, por ejemplo, SAP La Coruña 250/2006 de 13 de noviembre, Fto. Jco. 5º C); SAP Murcia 18/1999 de 25 de enero, conforme a la cual la expresión en perjuicio de tercero encierra un elemento objetivo: el resultado del delito y no la tendencia interna del autor.

más precisamente, de aptitud abstracta)¹⁷. Finalmente, la cuarta opción que, en lo que alcanzo a ver, no se ha apuntado en la doctrina, es la que consiste en entender que estamos ante un delito por acumulación o acumulativo (lo que en la extendida terminología alemana de donde procede la expresión se conoce como *kumulative Delikte*).

Desde nuestra perspectiva, la exigencia legal de que la acción se lleve a cabo en perjuicio de tercero no puede ser entendida ni como elemento subjetivo de lo injusto, ni como resultado del delito, ni como expresión de un delito por acumulación.

En cuanto a lo primero, se ha puesto de manifiesto que si se interpreta que la Ley requiere que el sujeto obre con la especial intención de perjudicar a un tercero, se excluiría la aplicación del tipo en la mayor parte de los casos y precisamente en los que la intervención penal es más deseable. En efecto, lo común en supuestos de esta naturaleza es que el sujeto no quiera tanto perjudicar a otro como obtener un beneficio para sí¹⁸. Ciertamente, siempre cabe entender que se plantea una situación estructuralmente análoga a la del dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, donde la intención de obtener un beneficio propio lleva aparejada necesariamente la causación de un perjuicio ajeno, colmando de esta manera las exigencias legales. Sin embargo, en cualquier caso, sostener que la Ley requiere la presencia de un especial ánimo o

¹⁷ Tras la reforma entiendo que tácitamente ésa es la posición de A. GALÁN MUÑOZ, «La reforma de los delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, pp. 599-600. Ya con anterioridad, *vid.*, J. J. GONZÁLEZ RUS, «Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual», *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, 1999, p. 767; del mismo autor, *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, 2000, p. 498; J. M. PALMA HERRERA, «Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho Penal», *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005, p. 680; N. GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 220; J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, «Respuesta penal frente a la piratería en Internet: subsunción típica y criterios de imputación objetiva de los ISPs», *Revista de Derecho penal*, 8, 2003, p. 45; L. RODRÍGUEZ MORO, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Valencia, 2012, pp. 348 y ss.; habla de resultado de peligro, P. FARALDO CABANA, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia, 2009, p. 177. Ambigua permanece la posición de M. DE LA FUENTE SOLER; C. VIANA BALLESTER, «Intercambio de archivos y vulneración de derechos de autor», *La autoría en la era digital: industria cultural y medios de comunicación*, A. BOIX PALOP; G. LÓPEZ GARCÍA, eds., Valencia, 2006, p. 326, quienes se limitan a afirmar que se trata de un elemento objetivo. En la jurisprudencia merece la pena volver a citar la SAP Córdoba 45/2002, de 12 de junio (Sección 3ª) en la que se acoge el planteamiento descrito en su Fundamento Jco. 3º, que expresamente sostiene que «en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código dice «en perjuicio de tercero», expresión que es distinta a «con perjuicio para tercero». Esta última expresión —según un reputado sector doctrinal— implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquella supone una producción meramente potencial. Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero, la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause...».

¹⁸ J. J. GONZÁLEZ RUS, *Curso de Derecho penal. Parte especial*, 1997 (M. COBO DEL ROSAL —dir.—), p. 779; J. M. PALMA HERRERA, «Las redes P2P...», *cit.*, p. 679; P. FARALDO CABANA, *Las nuevas tecnologías...cit.*, p. 178.

voluntad se corresponde mal con el tenor literal del precepto que no habla de un ánimo de perjudicar, paralelo al ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, elemento este último inequívocamente subjetivo. Del mismo modo, no puede olvidarse que en otros tipos penales la configuración de la intención de perjudicar como elemento subjetivo de lo injusto aparece claramente descrita bajo la expresión «para perjudicar», como ocurre, por ejemplo, en los artículos 393 y 395 del Código Penal español, en el marco de las falsificaciones documentales¹⁹. Finalmente, entiendo que los elementos subjetivos de lo injusto deben ser interpretados siempre de forma muy restrictiva, no sólo por las dificultades de prueba que implican, sino en la medida en que resultan expresión de la actitud interna del sujeto que es ajena al Derecho penal.

En segundo lugar, se ha sostenido que la Ley alude al resultado del delito. Podría apoyarse en que en el tipo agravado del 271B) CP se refiere a la especial importancia del perjuicio ocasionado, lo que sugeriría que en el tipo básico ha debido necesariamente causarse alguno²⁰. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, debe rechazarse tal intelección, especialmente, en relación con la modalidad comisiva consistente en la reproducción (que implica la simple realización de copias)²¹. Subraya algún autor cómo en este último caso puede sostenerse perfectamente que el perjuicio se encuentra asociado al lucro cesante, derivado de la pérdida de ventas o de la no percepción de la remuneración debida por la autorización para la realización de la actividad²². Sin embargo, ello supondría presumir que siempre que el sujeto reproduce hubiese adquirido en el mercado la obra sometida a derechos de propiedad intelectual, presunción que no puede asumirse en Derecho penal, entre otras cosas porque muy frecuentemente quien adquiere la obra a través de internet, lo hace por su nulo coste, pero nunca gastaría su dinero en comprar tal película, música, programa, etc.²³. Además, la falta del resultado determinaría que, en todos los casos en los que no llegue

¹⁹ Subraya GÓMEZ RIVERO la distinción entre con perjuicio y en perjuicio; la primera parece aludir al resultado, la segunda a la intención M.C. GÓMEZ RIVERO, La tutela penal sobre bienes inmateriales..., *cit.*, p. 140.

²⁰ *Vid.*, J. J. GONZÁLEZ RUS, «Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual», *cit.*, p. 767; del mismo autor, Curso..., *cit.*, p. 779; del mismo, «Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos», *cit.*, II, 3, A) b); G. QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Nuevo Código Penal, Pamplona, 2004, p. 1215; críticamente, hacia esta posición, J. GÓMEZ LANZ, La interpretación de la expresión..., *cit.*, p. 359.

²¹ Así, *vid.*, F. MIRÓ LLINARES, La protección penal de la propiedad intelectual..., *cit.*, p. 348; A. GIL GIL; C MARTÍN FERNÁNDEZ, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud», In Dret 2/2009, p. 9.

²² J. GÓMEZ LANZ, La interpretación de la expresión..., *cit.*, p. 368. El propio autor, sin embargo, reconoce que ese lucro cesante es sólo hipotético, si bien sostiene que lo hipotético no es el lucro cesante, sino su cuantía (*id.*, p. 370). Entiendo que difícilmente se puede disociar ambos conceptos existencia y cuantía del lucro.

²³ Entiendo que por ello FERNÁNDEZ TERUELO habla de ahorro sólo presunto, J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, «Respuesta penal frente a la piratería en Internet:...», *cit.*, p. 48, en sentido semejante N. MATELLANES RODRÍGUEZ, «La tutela penal de la propiedad intelectual», El desafío de la criminalidad organizada (N. SANZ MULAS, coord.), Granada, 2005, p. 140.

a producirse, o no se acredite, debería apreciarse tentativa, con lo que no se conseguiría el propósito de limitar la intervención penal²⁴.

Una tercera opción intelectual sería sostener que estamos ante un delito por acumulación o acumulativo. Esta clase de delitos se caracteriza porque la acción no es ni lesiva, ni en sí misma peligrosa para el bien jurídico, ni siquiera en abstracto, sino en la medida en que su generalización desestabilizaría al objeto de tutela²⁵. Ésa es la situación característica que nos ocupa. El perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual por una sola descarga de su obra en Internet es, sino infinitesimal, sí muy reducido. El problema se presenta por la acumulación de pequeñas acciones idénticas. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, debe optarse por aquella interpretación del tipo que permita restringir al máximo su alcance, siempre dentro de las posibilidades gramaticales de la Ley. Tal intelección restrictiva se justifica sobre la base del principio de intervención mínima que requiere la expulsión del sistema punitivo de todos aquellos comportamientos que carecen de entidad, con independencia de que, en nuestra opinión, la debatida técnica de los delitos por acumulación pueda de forma excepcional aceptarse en algunos casos y siempre restrictivamente²⁶.

En definitiva, estimamos que la solución más razonable es la que sostiene que ambos tipos de delitos contra la propiedad intelectual, alojados en los apartados 1 y 2 del artículo 270 CP constituyen sendos delitos de aptitud abstracta o de peligro hipotético²⁷, como categoría específica dentro de los delitos de peligro abstracto en sentido amplio²⁸. Se exigiría que el comportamiento sea

²⁴ *Ibid.* J. J. GONZÁLEZ RUS. Ampliamente, M. C. GÓMEZ RIVERO, La tutela penal de los bienes..., *cit.*, pp. 141 y ss.

²⁵ Resulta casi superfluo en este contexto la cita de L. KÜHLEN, por ejemplo, en «Umweltstrafrecht —auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», ZStW, 105, pp. 697 y ss. En España, por todos, *vid.* J. M. SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., 2001, pp. 131 y ss.

²⁶ *Vid.*, M. GÓMEZ TOMILLO; I. SANZ RUBIALES, Derecho administrativo sancionador. Parte general, *cit.*, Cap. 13.1.2.

²⁷ En relación con el anterior artículo 270.1 antes de la reforma de 2015, sin utilizar la categoría de delito de peligro hipotético, entiendo que el del texto coincide con el planteamiento que expresaban J.J., GONZÁLEZ RUS, «Protección penal de sistemas...», *cit.*, II, 3, A) b); R. MATA Y MARTÍN, «Protección penal de los derechos de autor en internet», Las últimas reformas penales. Estudios de Derecho judicial 138, p. 110; A. GIL GIL; C MARTÍN FERNÁNDEZ, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida...», *cit.*, p. 10. En la literatura, *vid.*, críticamente, hacia esta posición, J. Gómez Lanz, La interpretación de la expresión..., *cit.*, p. 358. En la jurisprudencia merece la pena volver a citar la SAP Córdoba 45/2002, de 12 de junio (Sección 3ª) en la que se acoge el planteamiento descrito en su Fundamento Jco. 3º, que expresamente sostiene que «en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código dice «en perjuicio de tercero», expresión que es distinta a «con perjuicio para tercero». Esta última expresión —según un reputado sector doctrinal— implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquélla supone una producción meramente potencial. Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero, la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause...».

²⁸ Como es sabido los delitos de aptitud abstracta o peligro hipotético llamados también delitos de peligro posible o potencial, se vienen caracterizando desde el punto de vista objetivo por exigir

objetivamente idóneo para causar el perjuicio ajeno (por ejemplo, no cabe duda de que lo es la difusión de enlaces desde una página web que permita acceder directamente al contenido protegido, pero sin realizar ninguna clase de puesta a disposición al público de contenido alguno). Ausente tal potencialidad lesiva se excluiría la tipicidad. MIRÓ LLINARES, frente a la intelección aquí sostenida, ha puesto de manifiesto las dificultades que pueden presentarse en relación con la modalidad comisiva consistente en la reproducción. Sin embargo, debe recordarse que los delitos de aptitud abstracta se caracterizan por la idoneidad de la acción para la lesión del bien jurídico, pero también por la idoneidad para generar la misma situación de peligro²⁹, situación esta última que es la que más de ajusta a dicha modalidad comisiva. En definitiva, estimamos que la posición defendida resulta coherente con el papel que esta clase de figuras posee como técnica para reconducir la tipicidad a términos político criminalmente racionales y la necesidad de que en el específico campo de tutela a la propiedad intelectual el Derecho penal desarrolle un papel de *extrema ratio*. Del mismo modo, tal criterio permite una correcta diferenciación entre el ilícito civil y el penal, de forma que este último tan sólo sería considerado en los casos realmente graves y no frente a meras infracciones de bagatela.

Con lo expresado no está todo dicho. Se ha venido subrayando desde hace tiempo por parte de la doctrina penal que los delitos contra la propiedad intelectual sólo protegen derechos patrimoniales y no de carácter moral³⁰. A tal efecto, se argumenta con el papel de *ultima ratio* del Derecho penal, la idea de que se trata de delitos comprendidos dentro del Título XIII (delitos patrimoniales y socioeconómicos), que se exige el ánimo de lucro (hoy todavía más claro ánimo de actuar con el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto) y el que se requiere actuar en perjuicio de tercero. Por fin, hoy en día habría también que considerar el que se haya añadido una conducta consistente en explotar «de cualquier otro modo» económicamente de cualquier forma el contenido protegido. Si es «de cualquier otro modo», es obvio que las modalidades anteriores también requieren alguna clase de contenido económico. El detalle de lo expuesto implicaría

una acción apta o idónea para producir la lesión del bien jurídico protegido, donde lo característico es la posibilidad no la realidad del peligro para el objeto de tutela, con independencia de que éste haya entrado o no dentro del radio de acción del comportamiento antijurídico; sobre el particular, con carácter general, permítasenos remitimos a nuestro trabajo «Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro», Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal, 2005, pp. 465 y ss.

²⁹ *Ibid.*, M. GÓMEZ TOMILLO. Requieren una potencialidad lesiva de, al menos 400 euros, A. GIL GIL; C. MARTÍN FERNÁNDEZ, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida...», *cit.*, pp. 19-20.

³⁰ Por todos, por ejemplo, M. C. GÓMEZ RIVERO, La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales..., *cit.*, pp. 54 y ss.; R. MATA Y MARTÍN, Delincuencia informática y Derecho penal, Madrid, 2001 p. 150.

desbordar el ámbito razonable de este trabajo. Sin embargo, se puede extraer una consecuencia clara: cuando la ley penal requiere que la acción se lleve a cabo en perjuicio de tercero sólo se puede referir a un perjuicio económico, valuable en dinero.

De lo expresado se desprende una conclusión. El solapamiento con las normas que permiten actuar a la Sección Segunda es inequívoco. En efecto, el artículo 158 ter 4 LPI expresamente afirma que «La Sección Segunda podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial». En suma, el espacio de actuación administrativo coincide plenamente con el penal, al menos con la intelección que del artículo 270.2 CP y del elemento «en perjuicio de tercero» hemos defendido en estas líneas. Incluso, aceptando que, como hace un sector de la doctrina penal, estamos ante un elemento subjetivo de lo injusto, nada variaría la conclusión, en la medida en que se ampliaría el campo de aplicación de la norma penal que no requeriría la efectiva constatación del daño patrimonial.

VI. EL ÁNIMO DE OBTENER UN BENEFICIO ECONÓMICO DIRECTO O INDIRECTO

El artículo 270 CP, en sus dos apartados, requiere desde el punto de vista del tipo subjetivo la presencia de tal elemento. Como es conocido, hasta la reforma de la LO 1/2015, en el apartado 1 del citado artículo 270 se hacía referencia en su lugar al ánimo de lucro. Sin embargo, esa especial voluntad anímica presentaba numerosos problemas interpretativos³¹. Así, por ejemplo, había quien estimaba que era suficiente con la intención de obtener cualquier ventaja no necesariamente patrimonial, incluida la lúdica, contemplativa, etc.³². Tal planteamiento presentaba numerosos problemas, fundamentalmente, el que implicaba que estuviésemos ante un elemento por completo inútil³³. De forma alternativa, también se sostuvo que, dado que estamos ante delitos contra el patrimonio, el ánimo de lucro debía entenderse como voluntad de obtener

³¹ Ampliamente, por todos, M. C. GÓMEZ RIVERO, La tutela penal de los derechos..., *cit.*, pp. 128 y ss.; L. M. PUENTE ABA, «El ánimo de lucro y el perjuicio...», *cit.*, pp. 105 y ss.

³² En relación con otros comportamientos delictivos distintos de los que nos ocupan, la jurisprudencia española ha mantenido ese amplísimo concepto en múltiples sentencias: *vid.*, entre otras, SSTs, las de 15 de noviembre de 1982, 11 de marzo de 1983 y 21 de abril de 1989). En el marco de los delitos que nos interesan a los efectos de este trabajo, en materia de propiedad intelectual, tal concepto amplio de ánimo de lucro se adoptó en la ya citada SAP Córdoba 45/2002, de 12 de junio (Sección 3ª).

³³ En general, *vid.*, R. MATA Y MARTÍN, El delito de robo con fuerza en las cosas, 1995, pp. 219 y ss.; del mismo autor, «Protección penal de los derechos de autor en internet», *cit.*, p. 76.

una ventaja patrimonial³⁴. Por fin, la Circular 1/2006 de la Fiscalía se optó por entender el ánimo de lucro como ánimo de lucro comercial³⁵.

A la vista de tales problemas se propugnó por parte de un sector de la doctrina su eliminación por distorsionador³⁶. Sea como fuere, el legislador, en la reforma de 2015, optó por sustituir la referencia al lucro por la actual exigencia de ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto³⁷.

Su examen exhaustivo no es posible aquí a la vista de las múltiples situaciones posibles, considerando la multiplicidad de conductas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 270³⁸. Tan sólo podemos realizar unos mínimos apuntes.

Así, parece claro que debe prescindirse de si ese provecho al que se refiere la Ley lo es a corto o largo plazo.

Por otro lado, el ánimo de obtener un beneficio directo, implicaría especialmente la voluntad de obtener un ingreso monetario sin ninguna ulterior actividad

³⁴ F. MIRÓ LLINARES, Internet y delitos contra la propiedad intelectual, *cit.*, p. 184.

³⁵ La Circular cita las SSTS Sala 2 nº 1578/2002, de 2 de octubre, y nº 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial). El criterio expresamente es acogido por la SAP Cantabria 40/2008 de 18 de febrero (ARP 262), Fto. Jco. 8º. También acude al ánimo de lucro para excluir la relevancia penal el Auto AP Madrid 159/2011 de 10 de marzo (ARP 2011\285), en el caso Indicedonkey. En general, indica MATA Y MARTÍN que la tendencia de los textos internacionales es exigir que la conducta se lleve a cabo con fines comerciales, «Protección penal de los derechos de autor en internet», *cit.*, p. 106. Ponen de manifiesto las dificultades de interpretar el ánimo de lucro como ánimo de comercialización M. T. CASTIÑEIRA PALOU, R. ROBLES PLANAS, «¿Cómo absolver a los «top manta»? (Panorama jurisprudencial)» *Indret* 2/2007, pp. 8 y 9.

³⁶ *Id.*, al respecto, M. GÓMEZ TOMILLO, «La autoría y la participación en los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet», Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica (C. M. ROMEO CASABONA, dir.), Granada, 2012, p. 167; J. G. FERNÁNDEZ TERUELO, «Respuesta penal frente a la piratería en Internet:...», *cit.*, p. 45; críticamente en cuanto a la posibilidad de desaparición del citado elemento, *vid.*, F. MIRÓ LLINARES, Internet y delitos contra la propiedad intelectual, *cit.*, p. 184; también manifiesta el criterio contrario al aquí expresado N. GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 218; R. MATA Y MARTÍN, «Protección penal del software», cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales (C. Romeo Casabona, dir.), 2006, p. 97; ya con la anterior regulación se planteó la problemática; al respecto, *vid.* C. CARMONA SALGADO, La nueva Ley de propiedad intelectual, Madrid, 1988, pp. 197 y ss. J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, La protección penal de los derechos de autor y conexos, 1988, particularmente p. 126.

³⁷ Se trata de expresiones que también se introdujeron en el CP en el artículo 31 bis, dentro de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien en este último precepto con un perfil diferenciado, toda vez que no aparece claramente como tal elemento subjetivo de lo injusto (en el artículo 31 bis se habla de en beneficio directo o indirecto) y se prescinde de la exigencia del carácter económico.

³⁸ Poco ayuda el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 que de forma absolutamente obvia expresa que se sustituye «el elemento subjetivo «ánimo de lucro» por el de «ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto», con el que se pretende abarcar conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto».

intermedia (por ejemplo, quien cobra por el servicio de enlace o descarga)³⁹. A su vez, la voluntad de obtener un beneficio indirecto cubriría las hipótesis en las que se pretende obtener rendimientos a través de la publicidad inserta, por ejemplo, en las páginas web de descarga sin autorización de contenidos protegidos o el ahorro de costes (por ejemplo, se produce un trueque de publicidad por los servicios de la empresa que se publicita, obteniendo acceso a internet, contabilidad de cuentas, servicios jurídicos, etc.)⁴⁰.

Sin duda, el problema se planteará en cuanto a si es suficiente el ánimo de ahorrar el pago de la contraprestación al titular de los derechos (por ejemplo, en el caso de las descargas ilícitas). Si bien en el contexto en que nos movemos la cuestión posee menor relevancia, entiendo que habrá que descartar la presencia del necesario elemento subjetivo de lo injusto, toda vez que en esa hipótesis sin más no hay voluntad de obtener un beneficio «económico», sino simplemente una intencionalidad lúdica o contemplativa⁴¹. Por otra parte, en relación con el artículo 270.1, se puede destacar en lo que respecta a la frecuente conducta de quien se descarga un contenido protegido que la posibilidad de obtener gratuitamente en internet lo que el sujeto se ha descargado la mayor parte de las veces se traduce en la ausencia de valor económico de la copia pirata, lo que dificulta la existencia del ánimo⁴².

En el específico caso del artículo 270.2, hemos destacado que tal ánimo aparece claramente en los supuestos en los que el sujeto que proporciona en su web los enlaces desde los que se puede acceder a la obra directamente inserta publicidad o recibe algún tipo de beneficio económico por el hecho de que otro usuario se descargue obras protegidas⁴³. Precisamente, ello va a plantear interesantes

³⁹ Significativo que L. RODRÍGUEZ MORO vincule el ánimo de lucro directo a la existencia de una relación estrecha entre el lucro que se pretende y la actividad vulneradora de los derechos de propiedad intelectual (Tutela penal..., *cit.*, p. 429).

⁴⁰ Otro criterio C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 859.

⁴¹ *Vid.*, ya anteriormente, por ejemplo, L. M. PUENTE ABA, «El ánimo de lucro y el perjuicio...», *cit.*, p. 107.

⁴² Se apuntó con anterioridad a la reforma que no puede equivaler el ánimo de lucro a la voluntad de obtención de un ejemplar gratuito, ya que, en ese caso, la excepción del artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, que autoriza la copia privada en determinadas circunstancias, quedaría vacía de contenido (R. SÁNCHEZ ARISTI, La propiedad intelectual sobre las obras musicales, Granada, 1999, p. 485). *Vid.*, asimismo, J. GÓMEZ LANZ, «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes «peer-to-peer»...», *cit.*, p. 56, quien rechaza que el artículo 15.4 del Tratado de la OMPI pueda ser considerado como decisivo; tal norma dispone que «A los fines de este artículo, los fonogramas puestos a disposición del público ya sea por hilo o por medios inalámbricos de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellos desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija, serán considerados como si se hubiesen publicado con fines comerciales»; sostiene que tal norma no es aplicable a las redes P2P y requiere que la acción del sujeto se halle sometida a una pretensión de carácter negocial o comercial, ligado al artículo 10 del convenio sobre Cibercriminalidad de Budapest.

⁴³ Ya se venía advirtiendo en este sentido con anterioridad a la reforma por parte de la doctrina; así, *vid.*, F. MIRÓ LLINARES, Internet y delitos contra la propiedad intelectual, *cit.*, p. 190; D.M.

situaciones jurídico-penales. Nos referimos a la posibilidad de apreciar complicidad o cooperación necesaria de una persona jurídica en el delito imputable a otra (hemos destacado ya que los delitos contra la propiedad intelectual son imputables a las personas jurídicas). Concretamente nos referimos al caso de la empresa que inserta tal publicidad en tal clase de páginas web (cuya titularidad corresponde a otra persona jurídica)⁴⁴. Si aceptamos la posibilidad expuesta, ni siquiera la previsión del artículo 158 ter 5 LPI añadirá nada a las posibilidades de actuación de la jurisdicción penal. Tal precepto prevé la posibilidad conforme a la cual la Sección Segunda podrá requerir la colaboración necesaria «de los servicios de pagos electrónicos y de publicidad, requiriéndoles para que suspendan el correspondiente servicio que faciliten al prestador infractor».

Sea como fuere, en este contexto resulta muy significativo el artículo 13.3 del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, conforme al cual la Sección Segunda llevará a cabo sus funciones siempre que el responsable actúe con ánimo de lucro. Se trata de una previsión normativa que carece de apoyo legal, toda vez que la Ley de Propiedad Intelectual no exige ese ánimo de lucro. Resulta obvio que ello conlleva una problemática jurídico-administrativa de extraordinaria complejidad. Concretamente si el reglamento tiene capacidad para restringir las posibilidades de actuación administrativa previstas por la ley. En nuestro caso, la ley no limita la actuación de la Sección Segunda por razón de la especial voluntad con la que actúe el sujeto que vulnera derechos de propiedad intelectual, cosa que sí hace el reglamento. Sin embargo, desde una perspectiva práctica, la cuestión no tiene demasiada relevancia, si se considera que serán realmente excepcionales los supuestos en los que el sujeto que vulnera derechos de propiedad intelectual en perjuicio de tercero en un entorno digital, sin embargo, actúe sin ánimo de lucro⁴⁵. En cualquier caso, en lo que a nosotros nos interesa, y de nuevo, hay un patente solapamiento entre las previsiones penales y las administrativas. La pequeña discrepancia puede derivar del hecho de que el artículo 270.2 CP, como venimos destacando, requiera ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y el reglamento de la Comisión de propiedad intelectual ánimo de lucro (como hacía

SANTANA VEGA, «Aspectos penales y político criminales de la piratería musical», *cit.*, p. 868; A. GIL GIL; C MARTÍN FERNÁNDEZ, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud», *cit.*, p. 19; al respecto, vid. la crítica de J. M. PALMA HERRERA, «Las redes P2P...», *cit.*, p. 677.

⁴⁴ Sobre la posibilidad de apreciar participación en el delito, sea cooperación necesaria, complicidad o inducción) de una persona jurídica en el delito cometido por otra, vid. M. GÓMEZ TOMILLO, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., 2015, Cap. 15. Ninguna duda cabe de que incentivar económicamente una acción típica, incrementa el riesgo de que aquélla tenga lugar, por lo que se incide directamente en el concepto técnico de complicidad.

⁴⁵ Quizá con la única excepción de páginas de enlaces creadas y mantenidas por los usuarios y en las que no figura publicidad alguna (destaca esa posibilidad C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 874). Para que la Sección Segunda se pueda ocupar de esa posibilidad marginal hay que reformar el Reglamento.

antes de 2015 el Código Penal). Sin embargo, existen patentes dificultades en delimitar uno y otro. Ciertamente, es posible realizar intelecciones del ánimo de lucro más amplias que el ánimo de obtener un beneficio económico, tal y como sucintamente hemos expuesto. Sin embargo, aun cuando se aceptara que no son ideas coincidentes (lo cual es mucho suponer), debe considerarse que, siendo elementos de difícil delimitación jurídica y prueba, lo razonable es que, iniciado el procedimiento administrativo, se suspenda en favor de una investigación penal, la cual, por definición, se encuentra en mejores condiciones para su apreciación. Quizá tan sólo cuando se produzca la absolución por un defecto procesal, podría continuarse con la actuación de la comisión, la cual a la vista de la previsible duración del proceso penal, normalmente llegaría en un momento tardío.

VII. CONCLUSIÓN

De lo expuesto hasta aquí se puede deducir que las competencias de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual se deberían reducir a hipótesis marginales.

Además, debe considerarse que el artículo 158 ter 3 LPI dispone que la Sección Segunda tan sólo actuará previa denuncia del titular de los derechos de propiedad intelectual⁴⁶. Parece claro que a cualquiera de esos titulares a los que se refiere la ley que se vea afectado en sus derechos habría que recomendarle que se olvidase de la Sección Segunda de la Comisión y que directamente interpusiera una denuncia penal, para ahorrarse un precioso tiempo⁴⁷. Ello es especialmente claro si se considera, además, que la denuncia administrativa debe interponerse, habiendo requerido infructuosamente al servicio de la sociedad de la información la retirada de los contenidos «específicos» ofrecidos sin autorización (art. 158 ter 3 LPI).

A la vista de lo expresado, merece una reflexión si se justifica la existencia misma de la Sección Segunda o si debería aplicarse a la Administración el co-

⁴⁶ Concretamente en el citado artículo 158 ter 3 se lee que «El procedimiento se iniciará de oficio, previa denuncia del titular de los derechos de propiedad intelectual...». No deja de ser curiosa la falta de rigor en la redacción empleada por el legislador. Siendo, evidentemente, una cuestión irrelevante, no deja de sorprender que un procedimiento de oficio se inicie por denuncia de parte (o se inicia de oficio o se inicia a instancia de parte). En el Derecho penal, pasaron afortunadamente a la historia los tiempos en los que los delitos contra la propiedad intelectual eran delitos perseguibles a instancia de parte.

⁴⁷ Ha destacado C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA que probablemente lo que se pretenda con el procedimiento administrativo es conseguir la imposición de medidas mucho antes de lo que se lograría en vía jurisdiccional penal («Delitos contra la propiedad intelectual...», *cit.*, p. 880). Sin embargo, la misma autora destaca los complicados escenarios que se pueden presentar por el solapamiento de ambos procedimientos (*id.*, pp. 881 y ss.), concluyendo con toda razón que la completa independencia entre el procedimiento administrativo y el penal es un espejismo (*id.*, p. 883).

nocido criterio que expresa la navaja de Ockham: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

VIII. COMPETENCIAS PUNITIVAS DE LA SECCIÓN SEGUNDA Y BIS IN IDEM

Pese a lo expresado, cabe imaginar la situación en la que la Sección Segunda ignore su deber de comunicar hechos que revisten caracteres de delito al Ministerio Fiscal o al Juez de Instrucción. La situación sería la siguiente. El particular presenta la denuncia ante la citada Sección de la Comisión de Propiedad intelectual, con los requisitos legales previstos en el artículo 158 ter 3 LPI. Aquella inicia su actuación, llega a la conclusión de que efectivamente se han vulnerado derechos de propiedad intelectual y, absteniéndose de comunicarlo al órgano competente, procede conforme está establecido en el artículo 158 ter 4. En consecuencia, se requiere al prestador de servicios a fin de que retire voluntariamente los contenidos, o realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de propiedad intelectual. Ante la actuación de colaboración, o ausencia de ésta, la comisión decide resolver requiriendo la retirada de los contenidos que considere infractores. Si tal requerimiento no se cumple, entonces procede considerar la infracción administrativa prevista en el artículo 158 ter 6⁴⁸. Impuesta y firme la correspondiente sanción, cabe que el afectado, o la propia Sección Segunda, presente una denuncia penal que determine la apertura del correspondiente procedimiento de esta naturaleza. En tal hipótesis se puede plantear razonablemente si existe un *bis in idem*⁴⁹. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, debe excluirse que en la situación descrita haya una inconstitucional doble sanción. Tan sólo podemos apuntar aquí la cuestión. Como es conocido, la doctrina constitucional (y hoy el artículo 133 de la Ley 30/1992) excluye la posibilidad de acumular sanciones penales y administrativas cuando concurra identidad de sujeto, hecho y fundamento⁵⁰. Pues, bien en este caso, entendemos que no hay identidad de conducta, ni de fundamento, por lo que no habría una doble sanción constitucionalmente vedada. En cuanto a lo primero, toda vez que la infracción administrativa supone no aceptar el requerimiento de un órgano administrativo a fin de que se retire un contenido.

⁴⁸ «El incumplimiento de requerimientos de retirada de contenidos declarados infractores, que resulten de resoluciones finales adoptadas conforme a lo previsto en el apartado 4 anterior, por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información de los descritos en el apartado 2 anterior, constituirá, desde la segunda vez que dicho incumplimiento tenga lugar, inclusive, una infracción administrativa muy grave sancionada con multa de entre 150.001 hasta 600.000 euros».

⁴⁹ Prescindimos ahora de la cuestión del mecanismo que, en su caso, se sigue en estos supuestos para evitar la doble imposición de sanciones: el descuento de la multa administrativa de la impuesta en vía penal; sobre el particular *vid.* M. GÓMEZ TOMILLO; I. SANZ RUBIALES, Derecho administrativo sancionador. Parte general, *cit.*, Cap. VII.1.

⁵⁰ *Ibid.*

El delito, sin embargo, supone facilitar el acceso o localización en internet de obras o prestaciones sometidas a derechos de propiedad intelectual. Por lo que concierne a lo segundo, en la medida en que la infracción administrativa se puede sostener que se orienta a proteger más bien las condiciones para un correcto ejercicio de la función pública, y no directamente la propiedad intelectual, como sucede en el artículo 270.2 CP.

Lo expresado, no obstante, debe entenderse sin perjuicio de lo indicado en los puntos anteriores: constituye una irregularidad el que la Administración, detectada una conducta que presenta claros indicios de delito, actúe por su cuenta y prescinda de la jurisdicción penal.