

# InDret

REVISTA PARA EL  
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

## Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud

A la vez una propuesta técnica y jurídica de solución a la violación de derechos de propiedad intelectual a través de las redes p2p

### Alicia Gil Gil

Universidad Nacional de Educación a Distancia

### Carlos Martín Fernández

Ministerio de Defensa

MADRID, MAYO DE 2009

### *Abstract*

*El presente artículo pretende clarificar la consideración legal de las conductas de uploading y downloading, distinguiendo aquellas que son lícitas, aquellas que constituyen ilícito civil y las que pueden considerarse delictivas. Para ello previamente se insiste en la distinción entre los ilícitos civiles contra la LPI y los delitos contra la propiedad intelectual, poniendo el acento en el análisis de los elementos típicos "ánimo de lucro" y "en perjuicio de tercero", tal y como los han interpretado la doctrina, los tribunales y la propuesta de solución propia. Por último se propone establecer deberes de control para los titulares de servidores p2p cuya infracción daría lugar a sanciones administrativas. Para ello se sugiere un sistema de filtro de contenidos protegidos basado en el hash del fichero.*

*This paper seeks to clarify the legal treatment of the conduct of uploading and downloading, distinguishing those that are allowed, those that are a civilly wrong and those that are criminal. In order to do so we will distinguish between torts against the Intellectual Property Law and crimes against intellectual property, with emphasis on the analysis of the elements of the crime: "animus lucrandi" and "causing a loss", as they have been interpreted in doctrine, by the courts and in this proposed solution. Finally we propose to establish a means of control for the owners of p2p servers and administrative sanctions for the violation of these means. To achieve that we suggest a system to filter the protected contents based on the hash of the file.*

*Dieser Artikel soll zur Klärung der rechtlichen Behandlung des Verhaltens von uploading und downloading dienen, und diejenigen Handlungen, die erlaubt sind, von denjenigen unterscheiden, die zivil unrechtlich sind und jenen, die kriminell sind. Um dies zu erreichen werden wir zwischen unerlaubten Handlungen gegen das Recht des geistigen Eigentums und den Verbrechen gegen geistiges Eigentum unterscheiden. Dabei wird der Schwerpunkt auf die Analyse der strafbaren Elemente "animus lucrandi" und "zum Nachteil Dritter" gelegt, wie sie bereits in der Lehre, in der Rechtsprechung und in der hier vorgeschlagenen Lösung interpretiert worden sind. Schließlich schlagen wir vor, die Besitzer von P2P-Servern zur Annahme von Kontrollmitteln zu verpflichten, und administrative Sanktionen für die Verletzung dieser Verpflichtung zu etablieren. Dafür, schlagen wir ein auf dem Hash des Archivs basierendes Filter-System für geschützte Inhalte vor.*

*Title: About the criminality of the conduct of uploading a copyrighted work with commercial intent and the not criminal character of its downloading despite its illegality. At the same time a technical and legal solution to the violation of intellectual property rights through p2p networks*

*Titel: Über die Strafbarkeit des Verhaltens, ein geschütztes Werk auf das Netz in kommerzieller Absicht zu laden und die Unstrafbarkeit es trotz seiner Illegalität herunterzuladen. Gleichzeitig eine technische und rechtliche Lösung für die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums durch P2P-Netze.*

*Palabras clave: Internet, P2P, propiedad intelectual, ilícito civil, delitos contra la propiedad intelectual, ánimo de lucro, en perjuicio de tercero, deberes de control, hash*

*Keywords: Internet, P2P, intellectual property, tort, crimes against intellectual property, animus lucrandi, causing a loss, means of control, hash*

*Stichwörter: Internet, P2P, geistiges Eigentum, zivil Unrecht, Verbrechen gegen das geistigen Eigentums, animus lucrandi, in Nachteil Dritter, Kontrolle Aufgaben, hash*

## *Sumario*

1. **Introducción**
2. **Generalidades sobre los delitos contra la propiedad intelectual**
3. **La publicación y la reproducción de obras protegidas como delito**
4. **Análisis de la ilicitud y la posible tipicidad de las conductas de uploading y downloading**
5. **Cómo establecer deberes de control para los titulares de los servidores p2p cuya infracción originaría sanciones administrativas**
  - 5.1. **Cómo funciona un sistema p2p**
  - 5.2. **Posibles mecanismos de control**
6. **Bibliografía**
7. **Tabla de jurisprudencia citada**

## ***1. Introducción***

La polémica sobre la ilicitud y/o punibilidad de determinadas conductas que constituyen una práctica bastante generalizada en nuestra sociedad, la de realizar descargas de Internet de obras protegidas, bien sean musicales, audiovisuales, o libros escaneados, o los supuestos en que se comparten ficheros dispersos y replicados en los ordenadores de los múltiples usuarios interconectados (sistema P2P o Peer to Peer) está en la prensa diaria desde hace años. Tanto la SGAE, como las asociaciones de usuarios de P2P, o los administradores de páginas de Internet e incluso el propio Ministerio de Cultura juegan con el desconocimiento del público en general y en particular con su ignorancia de las diferencias entre ilícito y delito para presentar al gran público interpretaciones de la ley y de las decisiones judiciales tendenciosamente favorables a sus intereses y que en lugar de informar de la verdadera consideración legal de estas conductas desinforman.

En este artículo vamos a tratar de clarificar qué conductas y con qué requisitos pueden considerarse delito, cuáles, a pesar de nos ser constitutivas de delitos no están permitidas, sino que constituyen ilícitos que pueden dar lugar a una responsabilidad civil y cuáles, en cambio, son lícitas. Terminaremos proponiendo un mecanismo técnico que permita la introducción de filtros en los servidores p2p para evitar la comunicación y descarga de obras protegidas a través de estos sistemas y las reformas legales que serían necesarias para imponer la obligación de adoptar dichos mecanismos de control, cuya infracción debería dar lugar a sanciones administrativas.

## ***2. Generalidades sobre los delitos contra la propiedad intelectual***

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial se recogen en los artículos 270 a 272 del Código Penal. Estos preceptos, al incorporar numerosos elementos normativos, deben ser interpretados conforme a la regulación sobre propiedad intelectual, en particular resulta de fundamental importancia los artículos 105 y siguientes del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI)<sup>1</sup>.

Dado que los derechos de propiedad intelectual reciben en nuestro ordenamiento protección por doble vía, civil y penal, resulta imprescindible señalar ya desde un principio que no toda infracción de la Ley de Propiedad Intelectual puede considerarse delito. Por ello es por lo que veremos que determinadas conductas objeto de nuestro análisis, no son constitutivas de delito, pero no por ello pasan a estar permitidas, sino que constituyen infracciones de la LPI, es decir,

---

<sup>1</sup> Aprobado por Real Decreto Ley de 12 de abril de 1996 y modificado recientemente por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, para adaptarla a la normativa europea y por la Ley 23/2006, de 7 de julio.

ilícitos civiles. En esta primera aproximación general a los delitos de propiedad intelectual hay que recordar que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo, en cumplimiento de los principios de ultima ratio y de proporcionalidad, que las infracciones del la LPI alcancen un determinado grado de injusto que merezca la atención penal para poder considerarlas delito, no bastando para responder a tales conductas con la protección civil o administrativa<sup>2</sup>.

El bien jurídico protegido en los artículos 270 a 272 es la propiedad intelectual. Pero la actual regulación del artículo 270 del Código penal se centra en la protección del componente patrimonial de la propiedad intelectual<sup>3</sup>. Además de los estrictos derechos de propiedad intelectual, el artículo 270 protege también los derechos conexos –de sujetos distintos al autor de la obra que ejercen de titulares de la explotación-<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> SSTs de 27 de abril de 1979, de 13 de junio de 1987, SAP Cantabria 27 de julio de 2000, SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2001

<sup>3</sup> La propiedad intelectual tiene un doble contenido: por un lado las facultades de orden moral que corresponden al autor sobre su creación (titularidad, integridad, respecto a su esencia y contenido), por otro las dirigidas a la obtención de los beneficios económicos que eventualmente reporten (derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). En opinión de algunos autores, la íntima conexión existente entre facultades morales y patrimoniales determina, no obstante, que los derechos morales, que en cuanto tales no están directamente protegidos en el delito, puedan recibir tutela penal indirecta en la medida en que la violación de los derechos de explotación contemplados en el mismo suponga simultáneamente la vulneración de los derechos morales con los que estén en cada caso relacionados. Véase GIMBERNAT ORDEIG, "Otra vez: los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal)", *EPC*, 1993, p. 112; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, p. 117; GONZÁLEZ RUS, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolencias punibles. Alteración de precios en concursos y subastas. Daños. Disposiciones comunes», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 554; RODRÍGUEZ RAMOS, *Derecho penal, Parte Especial*, 1999, p. 44; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 16ª ed., 2007, p. 482; VALEJE ALVAREZ, «Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2002, p. 584; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2001, p. 437; JORGE BARREIRO, «El art. 13 de la Ley de propiedad intelectual y los delitos relativos a la propiedad intelectual en el Código penal de 1995», en ROGEL VIDE, (coord.), *Leyes, Actos, Sentencias y Propiedad intelectual*, Madrid, 2004, pp. 135-136; en contra MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 220, insiste en que el art. 270 protege solo los derechos de explotación y no los morales, y en el mismo sentido GARCÍA RIVAS, «Los delitos contra la propiedad intelectual en el código penal de 1995», en VV.AA., *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales*, CDJ, 1995, p. 217.

<sup>4</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 238-239; CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de propiedad intelectual*, 1988, p. 242; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 554. Algunos autores han querido ver también la protección de determinados intereses colectivos, como el patrimonio cultural (cfr. ROMEO CASABONA, *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, 1988, p. 154). Pero a pesar de que ciertamente existe una relación entre propiedad intelectual y desarrollo cultural tal y como afirma MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 223, ello no permite elevar a bien jurídico protegido por este tipo el "interés por la cultura" por tratarse de algo difícilmente lesionable por las conductas típicas. Por otra parte se ha destacado el aspecto socioeconómico de estos delitos, la incidencia en el mercado de estas conductas. Así RODRÍGUEZ RAMOS, *PE*, 1999, p. 40, en contra MARTÍNEZ-BUJÁN

El carácter patrimonial del delito<sup>5</sup>, por el que aquí se opta va a ser fundamental en la interpretación del tipo y en especial en la aplicación del principio de *ultima ratio*.

La obra artística, literaria o científica -o su transformación, interpretación o ejecución- para ser protegible por la LPI tiene que ser una creación personal, exteriorizada en cualquier soporte y original<sup>6</sup>.

El artículo 270.1 recoge el tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. Cualquier conducta para ser subsumida en el tipo del art. 270 deberá reunir los siguientes elementos<sup>7</sup> comunes a todo delito contra la propiedad intelectual:

1. La existencia de un derecho de explotación. Los derechos de explotación tienen unos límites temporales (arts. 26, 27, 28, 112, 119, 125 y 127 LPI), además de límites derivados de supuestos de libre utilización (arts. 31 y ss LPI), que habrá que tener en cuenta para determinar la existencia del derecho, pues la extinción del mismo o su excepción dará lugar a la atipicidad de la conducta<sup>8</sup>.

2. Sujeto activo del delito puede ser cualquiera, incluso el autor y el cesionario que “reproduce, distribuye, plagia o comunica públicamente una obra artística, literaria o científica o su

---

PÉREZ, *Derecho penal económico, Parte Especial*, 2002, pp. 28 y ss.; MÉNDEZ REBOLLAL, «Delitos contra la propiedad intelectual relativos a programas de ordenador. Aspectos Prácticos», *La Ley Penal*, 2007, p. 28. Aunque, siguiendo a MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 225 y 229, parece que esto tampoco bastaría para afirmar que el art. 270 protege el bien jurídico orden socioeconómico en sentido estricto, aunque sí para defender que la protección que el CP hace del bien jurídico individual “propiedad intelectual” obedece a una *ratio legis* que se basa en el interés público de esa protección por la relación que el mismo tiene con intereses colectivos de carácter económico.

<sup>5</sup> Así también RAMÓN RIBAS, «La responsabilidad penal de los proveedores de información en Internet. En especial, los delitos contra la propiedad intelectual», en CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, 2007, p. 138.

<sup>6</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 271 y ss. Sobre supuestos particulares como la fotografía artística, la obra multimedia, el software, etc. véase MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 290 y ss.; MESTRE DELGADO, «La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1621, 1991; MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 6894 y ss.; MÉNDEZ REBOLLAL, *La Ley Penal*, 2007, p. 20; GIL GIL, «Comentario al art. 270», en RODRÍGUEZ RAMOS/BACIGALUPO ZAPATER, (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2009 (en prensa).

<sup>7</sup> Con mayor detalle GIL GIL, «Comentario al art. 270», en RODRÍGUEZ RAMOS/BACIGALUPO ZAPATER, (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2009 (en prensa).

<sup>8</sup> Sobre todo ello MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 454 y ss. Además debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 13 LPI. En relación con las bases de datos a que se refiere el art. 12 LPI véase JORGE BARREIRO, en ROGEL VIDE, (coord.), *Leyes, Actos, Sentencias y Propiedad intelectual*, 2004, pp. 120 y ss. y pp. 138 y ss.

transformación, interpretación o ejecución, después de haber cedido sus derechos de explotación, y lo hace con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”<sup>9</sup>.

El sujeto activo es el que realiza la conducta típica, y nunca el que por ej. sólo presta el aparato reproductor a otro que lo utiliza para reproducir, o facilita el programa informático para realizar una descarga. Éste último sujeto solo puede ser cómplice –quizás cooperador necesario- del que ejecuta la conducta típica, por lo que si en la conducta del segundo no se dan todos los elementos típicos (ánimo de lucro, en perjuicio de tercero, suficiente potencialidad lesiva de su conducta) tampoco podremos castigar penalmente al primero.

3. Sujeto pasivo es el titular de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. Con frecuencia se tratará de una persona jurídica. Los titulares de tales derechos son: autores, artistas intérpretes o ejecutantes, transformadores y cesionarios<sup>10</sup>.

El cesionario es la persona física o jurídica a quien el titular originario o de iure le trasmite para su explotación comercial determinados derechos de propiedad intelectual, bien sea a través de un contrato que cede las facultades de explotación, bien sea mediante cesión presunta reconocida por la LPI, como es el caso de los productores de obras cinematográficas y audiovisuales, etc., o bien vía herencia<sup>11</sup>.

4. La falta de consentimiento del titular de los derechos o el cesionario es requisito para la tipicidad de todas las conductas subsumibles en el art. 270. Quién es el titular de los derechos o el cesionario, cuya autorización hace atípico el comportamiento deberá interpretarse conforme a lo dispuesto en la LPI debe.

5. El ánimo de lucro es imprescindible para que la conducta sea típica<sup>12</sup>. Este elemento subjetivo de lo injusto en principio no debería presentar dificultades<sup>13</sup>, pero ha sido objeto de

---

<sup>9</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 310; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL, (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 556. En contra FERRÉ OLIVÉ, «Delitos contra los derechos de autor», ADPCP, 1991, p. 73; QUINTERO OLIVARES (ed.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2007, p. 576, GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, p. 127.

<sup>10</sup> Con mayor detalle MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 318 y ss.; BUSCH, *La protección penal de los derechos de autor en España y en Alemania*, 1995, pp. 110 y ss.; GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, pp. 152 y ss.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, p. 145.

<sup>12</sup> Estos elementos, que no estaban en el código anterior, vienen en opinión de la doctrina a reforzar la naturaleza patrimonial del delito -GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coordinador), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, página 556-.

<sup>13</sup> En principio debería interpretarse en el mismo sentido que en los demás delitos contra el patrimonio. Así lo defienden BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2001, p. 448.

interpretaciones especiales con el fin de limitar el alcance del tipo y negar la tipicidad de conductas que suponían un perjuicio nimio para los derechos de autor. En mi opinión es correcto negar la tipicidad de tales conductas, como por ejemplo la descarga para uso privado de una película en Internet, o conductas similares, pero la argumentación de que aquí falta el ánimo de lucro no es la más correcta<sup>14</sup>, pues ciertamente quien realiza tal conducta tiene ánimo de lucro, el ánimo de ahorrarse el precio –ciertamente ínfimo– de la descarga legal. En mi opinión sería preferible excluir la tipicidad a través del elemento “en perjuicio de tercero”, como veremos a continuación, desde una interpretación del tipo relacionada con los principios de proporcionalidad, intervención mínima y ultima ratio, que nos llevan a la exigencia de una potencialidad lesiva de la conducta similar a la que poseen otras conductas tipificadas como delito contra la propiedad y contra el orden socioeconómico. Pero a falta de una mención expresa en el tipo de una cuantificación de la lesividad exigida para constituir el delito, lo cierto es que los tribunales han intentado limitar la tipicidad a través de este requisito. Así los tribunales estiman que en los delitos contra la propiedad intelectual el ánimo de lucro no es el mismo exigido en cualquier otro delito patrimonial sino que se identifica con un ánimo de comercializar con la obra, relacionando a su vez el ánimo de comercializar con una lesividad suficiente, que entienden ausente en otras conductas realizadas sin dicho ánimo, que por respeto al principio de proporcionalidad y a los principios que intervención mínima y última ratio deberán por tanto considerarse atípicas<sup>15</sup>.

Sin embargo en mi opinión ni cualquier conducta realizada con ánimo de comercializar comportará una lesividad suficiente, ni tampoco se puede rechazar que conductas realizadas con ánimo de lucro pero sin ánimo de comercializar comporten la lesividad merecedora del castigo penal. Estimo que el legislador debería poner fin a la discusión cuantificando la lesividad de la conducta típica, tal y como ya he señalado, pero bastando ánimo de lucro, sin necesidad de un ánimo de comercialización.

El ánimo de lucro no significa necesariamente cobrar un precio por la copia o por la distribución ilegal de la obra, sino que basta con que la reproducción, distribución, etc., sea utilizada para lucrarse, aunque sea indirectamente, por ejemplo utilizándola como reclamo para el público y conseguir así ingresos a través de la inserción de publicidad por la que se cobra, para aumentar el atractivo de un producto y con ello las ventas, etc.<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> CASTIÑEIRA/ROBLES, «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)», *InDret 2/2007*, (<http://www.indret.com/pdf/422.pdf>, última visita: 29 abril 2009), p. 8 y 9, señalan también la dificultad interpretar el ánimo de lucro como ánimo de comercialización.

<sup>15</sup> SJP N° 3 Santander de 14 Jul. 2006; SAP Barcelona, Sección 10ª, de 15 de junio de 2004) y así lo entiende también la Fiscalía General del Estado (Circular 1-2006 de la Fiscalía General del Estado Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, pp. 34 y ss.).

<sup>16</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 392, 406 y 443, la SAP Cáceres, de 30 de junio de 2000, y la SJP N° 1 Logroño, de 9 abril de 2009.



6. La exigencia de obrar “en perjuicio de tercero” contenida para todas las conductas en el art. 270 ha sido interpretada de diversas maneras. Desde su identificación con la exigencia de un verdadero resultado lesivo sobre el patrimonio del titular de los derechos de explotación de la obra<sup>17</sup>; su comprensión como exigencia de una cualidad objetiva de la conducta, en el sentido de que la misma debe tener la idoneidad suficiente para perjudicar a los titulares de los derechos de la propiedad intelectual<sup>18</sup>, o, en una posición que me parece más acertada, como la exigencia de una afección al potencial patrimonial derivado de ejercicio único del derecho de explotación<sup>19</sup>. Lo cierto es que en el tipo del art. 270 se castigan principalmente conductas que suponen una anticipación de la intervención penal a momentos anteriores al de la lesión, como por ej. las conductas de reproducción no consentida, importación o de almacenaje de copias ilícitas, que por sí mismas no lesionan el bien jurídico hasta que la copia ilícita es vendida, constituyendo, por tanto, materialmente, meros actos preparatorios castigados como delitos independientes<sup>20</sup>. Ello significa que debe descartarse la interpretación del elemento “en perjuicio de tercero” como la exigencia de un resultado de lesión del bien jurídico, pues resultarían atípicas todas esas conductas que por su anticipación son incapaces por sí mismas de generar tal resultado<sup>21</sup>. Por lo tanto tenemos, en primer lugar, que al realizar estas conductas que materialmente solo son preparatorias de las verdaderamente lesivas, el autor debe actuar con la intención de continuar con actos que culminen en una actividad lesiva del bien jurídico para afirmar que se actúa “en perjuicio de tercero”<sup>22</sup>. Pero a la vez, también parece coherente exigir que la expresión “en perjuicio de tercero” se interprete, siguiendo a GONZÁLEZ RUS, como la exigencia de una efectiva y objetiva potencialidad lesiva de la conducta. Una vez afirmada la intención del sujeto, para comprobar la peligrosidad objetiva de la conducta, su potencialidad lesiva para el bien jurídico, es decir, su potencialidad para afectar –de manera penalmente relevante- a las expectativas de ganancia del titular del derecho de explotación<sup>23</sup>, deberá examinarse que ese plan encierra una peligrosidad para el patrimonio del titular de los derechos suficiente para merecer atención penal. De esta manera se entenderían fuera del tipo las conductas que aún teniendo un

---

<sup>17</sup> Así SAP de Las Palmas de 7 de febrero de 2001, SAP de Murcia de 25 de enero de 1999, de acuerdo BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2001, p. 449, que exigen para la consumación la efectiva causación de un perjuicio, en contra de esta interpretación la STS de 13 de octubre de 1988.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 556

<sup>19</sup> Así MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 343, quien lo deduce de que lo protegido es el aspecto patrimonial de la propiedad intelectual, y que éste se refiere a los derechos de explotación de la obra, lo que desde el punto de vista de la afectación del patrimonio del titular supone la disminución del potencial de ganancia derivado de la concesión de una exclusiva de explotación.

<sup>20</sup> Sobre ello véase GIMBERNAT ORDEIG, *EPC*, 1993, p. 112 y MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 344 y ss.

<sup>21</sup> En el mismo sentido MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 347, también la Circular 1-2006 de la Fiscalía General del Estado, p. 112, entiende que el elemento “en perjuicio de tercero” implica que la consumación tiene lugar por la realización de la conducta típica, sin que sea necesario que se llegue a producir un efectivo perjuicio para el titular de los derechos de propiedad intelectual.

<sup>22</sup> Así el almacenaje de copias pirata para su destrucción, o por puro coleccionismo no serían actos preparatorios de la lesión del bien jurídico, ni podrían ser consideradas por tanto tampoco realizadas “en perjuicio de tercero”.

<sup>23</sup> En palabras de MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 347.

fin comercial no alcanzan el grado de peligrosidad suficiente para merecer una sanción penal<sup>24</sup>. Estimo que el elemento “en perjuicio de tercero” debe cumplir una función de servir de criterio de carácter objetivo limitativo del tipo, y por tanto ser aprovechado para exigir una potencialidad lesiva de las expectativas de ganancia del titular de los derechos similar a la potencialidad de perjuicio patrimonial que se le exige a cualquier otra conducta para poder considerarse constitutiva de un delito y no de mera falta o incluso ilícito civil.

Como ya he señalado, nuestra doctrina y jurisprudencia vienen destacando la necesidad de distinguir el ilícito penal del mero ilícito civil con base en la gravedad de la conducta. Alguna sentencia ha exigido elementos adicionales para probar la suficiente lesividad de la conducta para merecer la atención penal apelando al principio de *ultima ratio*, como por ejemplo la existencia de una criminalidad organizada<sup>25</sup>. Estas interpretaciones, en ocasiones difíciles de sostener ante la literalidad del precepto, llevadas a cabo por la doctrina y la jurisprudencia para reducir la tipicidad, no serían necesarias si legislador introdujera claramente en el tipo la cuantificación de la lesividad requerida, como por otra parte se hace en muchos delitos patrimoniales. La exigencia de una determinada potencialidad lesiva de la conducta para merecer atención penal debería llevarse, como ya he dicho, al requisito típico “en perjuicio de tercero”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> En opinión de GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 557, no hay que identificar la peligrosidad exigida con una gran envergadura que sólo concurre en las grandes operaciones de piratería, sino que lo importante es que la conducta se dirija al público general, al mercado, bien porque en sí tiene dimensiones suficientes para incidir en el mismo, bien porque, aún referida a pocas copias, hay un ofrecimiento indiscriminado, orientado a cualquiera, de manera que la conducta referida a cada una de las copias no se agota en sí misma, sino que aparece inscrita dentro de un propósito o se desarrolla en un contexto que va más allá del estricto ámbito privado y de la reproducción o del acto de distribución que se lleva a cabo en la ocasión concreta cuya virtualidad para ser subsumible del tipo se analiza

<sup>25</sup> De esta manera se han considerado atípicas, por ejemplo, la venta de copias ilícitas de CDs en el top manta, realizada por quien no cuenta con “una organización, por poco amplia que sea, por medio de la cual lleva a cabo una “distribución” de las mismas, según las características de esta actividad en el campo económico; “venta en masa” (SAP Las Palmas de 7 de febrero de 2001, SAP Burgos, sección 1ª, de 26 de noviembre 2004). Sin embargo es discutible que el tipo básico del artículo 270 CP permita exigir una organización y una venta en masa ya que el tipo cualificado del artículo 271 considera agravante la actuación a través de una organización (CASTIÑEIRA/ROBLES, *Indret 2/2007*, p. 12), aunque estimo correcta la idea que también recogen las sentencias citadas de que debe concurrir en la conducta la capacidad de originar un perjuicio suficiente.

<sup>26</sup> También en favor de un criterio cuantitativo para distinguir la reproducción y la distribución de obras merecedora de atención penal, aunque sin precisarlo, se pronuncia QUINTERO OLIVARES (ed.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2007, pp. 775 y 776, también critica la infracción del principio de *ultima ratio* que conllevaría la aplicación de este precepto en su literalidad RAMÓN RIBAS, en CAVANILLAS MÚGICA, (dir), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, 2007, pp. 140 y ss. aunque sin llegar a proponer una solución. Por el contrario DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad intelectual*, 1988, pp. 128 y ss., advierte que la estimación del perjuicio no debe realizarse atendiendo exclusivamente al perjuicio directo –precio del libro o del disco...- , con el argumento de que miles de conductas individuales prácticamente inocuas pueden dar al traste con el negocio de la edición, sin embargo el argumento no es aceptable, pues la responsabilidad penal debe atender exclusivamente al hecho individual que se enjuicia. Por ello considero acertada la advertencia de la AP Las Palmas (sentencia de 7 de febrero de 2001) de que “no resulta equiparable una acción aislada, en relación con las sociedades mercantiles productoras de

Por ello más acertadas parecen las sentencias que simplemente declaran la atipicidad de ciertas conductas, como por ejemplo la venta ambulante de copias ilícitas, apelando directamente al escaso perjuicio que las mismas pueden causar al titular de los derechos, y recomendando que tales ilícitos se lleven por la vía civil<sup>27</sup>. Resulta paradójico y escandalosamente contrario al principio de proporcionalidad que la venta callejera de copias ilícitas, se castigue con una pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses, aunque no supongan un elevado perjuicio económico al titular de los derechos de explotación, por ejemplo por el número de ejemplares puestos a la venta, mientras que el vendedor callejero que en lugar de CDs copiados por otro sin autorización, revendieran los hurtados de un comercio al por menor incurriría exclusivamente en una pena si se pudiera probar su habitualidad y la misma además no superaría el año de prisión, y si en lugar de vender copias ilícitas se dedicara él mismo a hurtarlas, sólo el hurto por valor superior a 400 € conllevaría pena de prisión, que no superaría además en este caso los 18 meses. Por ello, tal y como expone la SAP Barcelona, sección 7ª, de 8 de febrero de 2006, debería entenderse que “...sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de una obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito”<sup>28</sup>.

### ***3. La publicación y la reproducción de obras protegidas como delito***

La conducta típica recogida en el art. 270 consiste en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte... sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. Los verbos anteriores han de ser

---

películas... con la actuación de quienes reproducen o venden las cintas contando con una organización, por poco amplia que sea, por medio de la cual llevan a cabo una distribución de las cintas según las características de esta actividad en el campo económico” y en el mismo sentido SAP Burgos 26 de nov. 2004. Aunque es cierto que para evaluar el perjuicio patrimonial ocasionado quizás no debe atenderse exclusivamente al precio de la cinta o del libro que se deja de ingresar sino, como apunta MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 479, también a la incidencia económica de la acción lesiva de derechos individuales de explotación en el mercado de las creaciones intelectuales a través de la merma al sistema de incentivos sobre el que aquél se sostiene, si es que esto es de alguna manera medible.

<sup>27</sup> Así la SAP Barcelona, sección 7ª, de 8 de febrero de 2006, declara: “aplicando tal doctrina, hay que concluir que no toda infracción del derecho de exclusividad del titular de la propiedad intelectual tiene cabida en el artículo 270 CP) [...]”.

<sup>28</sup> De acuerdo con esta sentencia CASTIÑEIRA/ROBLES, *Indret 2/2007*, p. 13. En contra, sin embargo, la AP de Madrid, en Acuerdo Nº 5 de 25.05.07 de Unificación de Criterios del Orden Penal, a la pregunta sobre si debe ser sancionada como integrante de la conducta delictiva tipificada en el art. 270 del Código Penal la venta callejera de copias ilegales de CDs, Vds., etc., contesta que “la mera puesta a disposición del público, previo a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de distribuir”, y no se detiene a exigir ninguna determinada potencialidad lesiva de la conducta. Rechaza expresamente que el principio de intervención mínima sirva para negar la tipicidad de la venta callejera la SAP Barcelona 21 de febrero de 2007. En mi opinión no se trata de si la venta callejera es o no en sí lesiva de los derechos de explotación, que sin duda lo es, sino de examinar el grado de potencialidad lesiva de cada caso -de venta callejera o de cualquier otro tipo- en particular, para decidir si esa lesividad merece o no atención penal (así, por ejemplo, parece acertado castigar como delito la exposición para su venta ambulante de 200 discos compactos *piratas*, siendo el valor de los originales de 15 euros cada uno -SAP Cuenca, de 13 de abril de 2005-).

interpretados, como elementos normativos del tipo que son, de acuerdo con lo dispuesto en la LPI. Puesto que las conductas de las que nos vamos a ocupar aquí: colgar en Internet obras protegidas o utilizar sistemas de intercambio de archivos para poner a disposición de otros dichas obras -uploading- y descargarse un archivo al ordenador propio bien desde una página web, bien desde un ordenador ajeno a través del sistema P2P sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual -downloading- pueden ser constitutivas en principio únicamente de las modalidades de comunicación pública y reproducción, respectivamente, vamos a analizar aquí únicamente ambas conductas típicas.

La comunicación pública comprende, según el artículo 20 LPI: “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”, lo que incluyen representaciones, ejecuciones artísticas, retransmisiones radiofónicas o televisivas, exhibiciones cinematográficas, exposición pública de obras de arte, acceso público a bases de datos, etc., (artículo 20. 2) y comunicación vía satélite y por cable (artículo 20. 3 y 4), pero se excluye la comunicación en un ámbito estrictamente doméstico sin conexión a redes de difusión (artículo 20, párrafo segundo). Toda comunicación sin autorización del titular de los derechos que traspase el ámbito doméstico o que utilice redes de difusión (por ej. Internet) es ilícita, lo que no significa que sean típicas, ya que para ello habrá que probar además el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero. Se entiende que basta para integrar el ánimo de lucro con que quien comunica una obra protegida sin autorización inserte publicidad por la que cobra<sup>29</sup>.

La realización del tipo del artículo 270 exige dolo. Cabe cualquier clase de dolo, incluso el eventual<sup>30</sup>.

La reproducción consiste en la “fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella” (artículo 18 LPI) y es probablemente la forma más generalizada de defraudación de la propiedad intelectual<sup>31</sup> y en cualquier caso constituye la conducta base para la realización posterior de cualquier otra conducta lesiva de los derechos de explotación como la distribución o la comunicación pública<sup>32</sup>. Este concepto de reproducción

---

<sup>29</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 406, y la SJP N.º 1 Logroño, de 9 abril de 2009.

<sup>30</sup> Así QUINTERO OLIVARES (ed.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2007, p. 779, CASTIÑEIRA/ROBLES, *Indret 2/2007*, p. 8; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGESSE, *Derecho penal económico*, 2001, p. 448 y la SAP Zaragoza, de 26 de diciembre de 2000; en contra GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 561 y MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 438.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 558.

<sup>32</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 360. Incluso quien cuelga en Internet una obra protegida por lo general habrá realizado una conducta previa de reproducción no autorizada, por ejemplo al escanear el libro cuya versión informática luego publica o quien graba a escondidas

permite la protección de obras expresadas o dadas a conocer en forma incorporal como recitaciones, obras plásticas, representaciones y conciertos ejecutados un público, etc. ya que pueden ser grabadas en audio y vídeo, digitalizadas, etc., por lo tanto la grabación en vivo de actuaciones o interpretaciones artísticas sin el consentimiento de los titulares de los derechos correspondientes constituiría ya una reproducción aunque sólo se haya obtenido una copia, pues a partir de ésta puede comunicarse públicamente la obra u obtener otras copias<sup>33</sup>. Para que se dé la conducta de reproducción basta por lo tanto la fijación de la obra en un soporte sin que sea necesaria además la posterior duplicación. Sin embargo, para considerar estas conductas (como por ejemplo el bootlegging –grabaciones no autorizadas de conciertos, sesiones de grabación, exhibiciones, etc.) punibles, y no mero ilícito civil, será preciso demostrar el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero (penalmente significativo).

La obtención de una copia, de cualquier modo, bien fotocopiando un original, bien descargando una película o un disco de Internet, para uso privado, es decir, no para comerciar con ella con ánimo de lucro, es atípica, por faltarle entidad suficiente como para suponer la capacidad de perjuicio que exige el tipo<sup>34</sup>. Incluso la conducta de filmar una película a escondidas en una sala de cine para su uso privado, aún constituyendo un ilícito civil, no sería delito, como ya hemos visto. El argumento adecuado para defender su atipicidad es la falta de lesividad potencial para el bien jurídico, aunque la jurisprudencia y la Fiscalía, como vengo explicando, argumentarán que lo que falta en estos casos es el ánimo de lucro específico, entendido como ánimo de comercialización.

Si la copia se hace de una obra a la que se haya accedido lícitamente, la conducta es atípica por no suponer siquiera la infracción de ningún derecho de explotación exclusiva, pues la LPI en su art. 31.2 contempla el derecho a la copia privada: “ No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva, ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador”.

Sin embargo la evolución de la tecnología ha hecho de la reproducción para uso privado un fenómeno de masas que pone en peligro el derecho de explotación de la obra, por lo que el derecho a la copia privada viene limitándose paulatinamente a la vez que se idean otros mecanismos para compensar al autor como el canon por copia. La interpretación que la doctrina

---

una película que luego sube a la red.

<sup>33</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 361; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 559.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2004, p. 559.

y la jurisprudencia hacen de este derecho es pues restrictiva. Según PÉREZ DE ONTIVEROS<sup>35</sup> la excepción del art. 31 LPI exige 4 requisitos:

1. Uso privado. Lo que exige un uso en la esfera íntima del copista que excluirá la puesta a disposición del público, así como la realización de la copia con fines distintos a la satisfacción de necesidades personales, como pudieran ser las profesionales, económicas etc.<sup>36</sup>. No queda excluida de la copia privada en cambio, la que se distribuye dentro del círculo familiar o cuasi familiar<sup>37</sup>.

2. Uso del copista. Entendiendo por tal el que realiza la copia, lo que excluye del concepto de copia privada el caso en el que, previa elección de la copia por la persona interesada, es realizada por un tercero completamente ajeno a la misma<sup>38</sup>. Así lo establece el artículo 10. 1 del Real Decreto 1434/1992 que niega la consideración de reproducciones para uso privado del copista a las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos o materiales para su reproducción.

3. Utilización no colectiva. Quedan fuera del derecho de copia privada las utilizadas en un ámbito que puede ser considerado privado –no público-, pero que por su número supera el carácter restrictivo del derecho.

4. Utilización no lucrativa. La realización de la copia no debe dirigirse a la obtención de ningún rendimiento patrimonial.

Además de todos los requisitos anteriores debe recordarse que el art. 31.2 LPI exige que la copia privada se haga de obras a las que se haya accedido legalmente, por lo que la copia de otra copia pirata nunca será considerada copia privada.

---

<sup>35</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS, «Comentario al art. 31», en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, p. 602 y ss.

<sup>36</sup> SERRANO GÓMEZ, «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada», en CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (dir.) *La protección de la propiedad intelectual*, 2001, p. 97.

<sup>37</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 368.

<sup>38</sup> Así lo establece el artículo 10. 1 del Real Decreto 1434/1992 que niega la consideración de reproducciones para uso privado del copista a las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos o materiales para su reproducción. Con mayor detalle PÉREZ DE ONTIVEROS, en BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 1997, p. 604 y MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 370; SERRANO GÓMEZ, *CDJ*, 2001, p. 98; GIL GIL, en RODRÍGUEZ RAMOS/BACIGALUPO ZAPATER, (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2009 (en prensa).

Pero que una copia no cumpla los requisitos anteriores y por tanto no esté amparada por el derecho a copia privada no significa que automáticamente esa reproducción ilícita sea delito, pues aún tiene que cumplir para ello con los demás requisitos expuestos anteriormente (ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, es decir, suficiente potencialidad lesiva –así también la SAP Castellón de 27 de febrero de 2003-). La conducta de quien, por ej., se fotocopia para su uso privado en la máquina de un establecimiento público una obra protegida, como ya dijimos más arriba, no tiene la potencialidad lesiva suficiente para ser considerada delito<sup>39</sup>.

Se exceptúan del derecho a copia privada del art. 31 LPI las copias de programas de ordenador<sup>40</sup>. Por lo tanto toda copia de un programa de ordenador aún para uso privado es ilícita, lo que no significa que sea típica, para lo que deberá, como venimos diciendo, cumplir además con los restantes requisitos típicos (ánimo de lucro, en perjuicio de tercero -suficiente potencialidad lesiva-). La copia para uso privado carece de la lesividad exigible, y así lo entiende también la doctrina, bien se reconduzca este requisito a una exigencia de determinado grado de peligrosidad, como aquí se pretende<sup>41</sup> al elemento “en perjuicio de tercero” entendido como elemento subjetivo<sup>42</sup> –o a un específico ánimo de lucro como ánimo de comercialización<sup>43</sup>.

#### ***4. Análisis de la ilicitud y la posible tipicidad de las conductas de uploading y downloading***

Vamos a ocuparnos ya de la calificación jurídica de las conductas consistentes en colgar en Internet obras protegidas o utilizar sistemas de intercambio de archivos para poner a disposición de otros dichas obras, lo que podrá implicar a su vez la realización previa de la conducta de reproducción ilícita si la copia que el usuario guarda en su ordenador fue realizada fuera del amparo del derecho a la copia privada que hemos comentado más arriba, lo que sucederá sin duda si la misma se ha obtenido a su vez de una publicación ilícita o si se ha hecho con la intención de darle un uso colectivo y/o lucrativo. A estas conductas de poner a disposición de otros una obra a través de Internet o de programas de intercambio las denominaremos conductas de uploading. Y por otro lado analizaremos las conductas de descargarse un archivo al ordenador propio o a un soporte informático bien desde una página Web, bien desde un ordenador ajeno a través del sistema P2P sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual –conductas de downloading-.

---

<sup>39</sup> De la misma opinión MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 371, MARTÍNEZ RUIZ, «La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal», *La Ley* (4407), 31 de octubre de 1997, p. 1898.

<sup>40</sup> Sobre el concepto “programa de ordenador” véase MÉNDEZ REBOLLAL, *La Ley Penal*, 2007, pp. 20 y ss.

<sup>41</sup> Así la SAP de Barcelona, de 10 de junio de 1995, (Sección 10), también GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, p. 211.

<sup>42</sup> MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 373.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, pp. 211-212.

Como bien resume la Fiscalía en su Circular 1-2006, los problemas que se plantean con respecto a tales supuestos se refieren, de un lado, a la incardinación de tales prácticas en algunas de las conductas típicas del art. 270.1 (reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos), y de otro lado, a si cabe apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro en los referidos casos, a lo que yo añadiría, puesto que como he explicado anteriormente no lo considero reconducible al ánimo de lucro sino al perjuicio de tercero, la constatación de la suficiente potencialidad lesiva de la conducta para merecer la atención penal.

Igualmente, se plantea en estos supuestos el problema de poder determinar quienes son responsables en su caso de la comisión del posible delito: los que colocan en un sitio de la Red las obras musicales o audiovisuales, que luego se bajan los usuarios sin contraprestación dineraria, los usuarios que acceden a los sitios Web y se "bajan" las referidas obras sin contraprestación, o en su caso los servidores bajo cuya responsabilidad están las páginas en las que se encuentran las obras o los servidores p2p. En el caso de intercambio de ficheros por el sistema "peer to peer" se debe tener en cuenta además, que en este caso los ficheros no están en un sitio de la Red de responsabilidad del servidor sino que los ficheros están dispersos y replicados (ya sea el fichero completo o parte de él) en los múltiples ordenadores interconectados a través de Internet mediante una aplicación informática.

Lo primero que merece destacarse es que, conforme a los requisitos que hemos analizado anteriormente que debe cumplir la reproducción para estar cubierta por el derecho a copia privada, casi toda conducta de comunicación pública a través de Internet de una obra protegida sin el consentimiento del titular de los derechos de explotación por lo general habrá supuesto previamente la realización de una copia ilícita, bien porque la misma no fue realizada para uso privado sino precisamente para su comunicación pública -por ej. quien escanea un libro y no lo hace para uso propio, para por ej. facilitarse su trabajo personal de investigación con esa copia informática obtenida de un original al que ha accedido lícitamente, sino que la hace con el propósito de publicar la obra en Internet, realiza ya una copia ilícita no amparada por el derecho de copia privada. Si además se realiza con ánimo de lucro (de comercialización según la jurisprudencia) y en perjuicio de las expectativas de quien tiene el derecho de explotación de la misma, realizará la conducta típica del art. 270, que castiga, como ya vimos, algunas conductas que materialmente podríamos considerar actos preparatorios de la verdadera lesión del bien jurídico protegido. Lo mismo se puede decir de quien filma a escondidas en una sala de exhibiciones una película. Este hecho como vimos es de por sí ilícito pues al no tratarse de una copia obtenida de un original al que se ha accedido lícitamente no esta cubierta desde luego por el derecho a la copia privada. Si además el sujeto lo hace con la intención de publicarla en Internet obteniendo con ello un beneficio económico y en perjuicio de tercero la conducta es típica, es decir, pasa de ser un ilícito civil a constituir delito.



La actividad de colgar en Internet obras protegidas o de utilizar sistemas de intercambio de archivos para poner a disposición de otros dichas obras -uploading-, puede considerarse comunicación pública del art. 20 de la LPI, la cual está sujeta a autorización de los titulares, y por lo tanto si se hace sin tal autorización es también ilícita -de momento y para empezar ilícito civil<sup>44</sup>- ya que, como vimos al analizar la conducta de comunicación pública prohibida, el uploading, ya sea a través de una página de Internet, ya sea a través de un sistema P2P, pone a disposición de un número indeterminado de personas, más allá del círculo doméstico o familiar, y además utilizando una red de difusión, una obra protegida. Sin embargo, como venimos viendo, ello no significa que la conducta sea delictiva, pues para ello habrá que demostrar el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero, tal y como los venimos explicando. Si quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red con acceso público (global o limitado) obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, realizando con ello una comunicación no autorizada, no obtiene ningún beneficio económico o contraprestación para él, no cumplirá con el elemento típico del ánimo de lucro tal y como lo entiende la Fiscalía y la Jurisprudencia, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. En cambio, si el sujeto cobrara un precio por la descarga de la obra, u obligara a una suscripción mediante pago a un determinado club, o sociedad, o como quisiera disfrazarlo, para bajarse las obras colgadas en la página, o incluso utilizara la obra como cebo para atraer visitas a su página con el fin poder cobrar la inserción de publicidad en la misma y lucrarse así indirectamente<sup>45</sup> mediante la publicación de la obra, o para vender al usuario un programa de descarga o un software que permite las descargas a mayor velocidad, entonces estas conductas sí comportarían ánimo de lucro comercial y serían constitutivas de delito según el criterio jurisprudencial.

Evidentemente este ánimo de lucro entendido por la jurisprudencia como “comercialización” no se da en el particular que utilizando el sistema P2P pone a disposición de otros usuarios de dicho sistema las obras almacenadas en su ordenador, pues el particular no logra otro lucro distinto del dinero que se ahorra cuando él puede hacer lo mismo con las obras guardadas en los ordenadores de otros, pero no recibe una específica contraprestación económica por la publicación. Por lo tanto estas conductas son solo ilícitos civiles<sup>46</sup>.

De igual manera el descargarse un archivo al ordenador propio -downloading- bien desde una página Web, bien desde un ordenador ajeno a través del sistema P2P sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual es una reproducción ilícita. Que de una comunicación pública ilícita no puede surgir una copia lícita no solo responde a un principio general del derecho vigente desde el Derecho Romano: *ex iniuria ius non oritur* -de un previo acto ilícito no puede nacer un derecho-, sino que viene claramente vedado por el art. 31.2 LPI cuando establece

---

<sup>44</sup> MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Madrid, 2005, p. 189 y 190, así lo estima la Directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DDASI).

<sup>45</sup> Así la SJP N° 1 Logroño, de 9 abril de 2009

<sup>46</sup> Así también la Fiscalía General del Estado (Circular 1-2006, p. 34).

que solo existe derecho a copia privada cuando se ha accedido legalmente al original del que se hace la copia. Como señala con razón la Fiscalía, estas conductas no están amparadas por el derecho a copia privada pues no cumplen con las condiciones que establece el art. 31.2 LPI. En concreto no se da el requisito de haber accedido legalmente a la obra de la que se hace la reproducción, dado que la comunicación de esa obra que permitió el acceso se calificó de ilícita<sup>47</sup>.

Pero finalmente la Fiscalía<sup>48</sup> concluye con razón también la atipicidad de estas conductas. El usuario que “baja o se descarga de la Red” una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia ilícita de la obra pero que no puede ser considerada como conducta penalmente típica.

En lo que respecta a la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, la Fiscalía también entiende con razón que los mismos no serán responsables cuando el servicio que prestan sea el de simple intermediación, dentro de los términos que establecen los arts. 14 a 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Y muy juiciosamente recomienda proteger por otra vía que no sea la penal los derechos de autor en este ámbito para no infringir el principio de intervención mínima y para conseguir la efectividad deseada que sin duda no aportará frente a estas formas de comportamiento el Derecho penal<sup>49</sup>.

Personalmente creo que la Fiscalía acierta con la solución cuando descarta la persecución penal de conductas que entrañan un perjuicio menor para el bien jurídico protegido que deben dejarse al ámbito civil. Pero se apoya en una determinada interpretación del elemento subjetivo como lucro comercial, como ya hicieran algunas sentencias comentadas más arriba, que no comparto<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> La descarga no es lícita en contra de lo que afirma MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, 2005, p. 189. Como contraria a los derechos de autor y no cubierta por el derecho a copia privada la califica también, con mayor acierto que MIRÓ, GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital (Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)*, 2006, p. 24.

<sup>48</sup> GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital (Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)*, 2006, p. 34.

<sup>49</sup> GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital (Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)*, 2006, pp. 34-35

<sup>50</sup> Dice la Fiscalía General del Estado en su Circular 1-2006 Sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003: “En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio. (En este sentido en las SSTs 1578/2002, de 2 de octubre, y 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS

Estimo por el contrario que tiene razón la Fiscalía cuando afirma<sup>51</sup> que en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como “cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente”. En el caso del sistema P2P, los usuarios entre quienes se facilita el intercambio de archivos, ponen los suyos a disposición de otros, con la finalidad de poder obtener las obras sin coste en un sistema telemático de intercambios. Sin embargo la Fiscalía renuncia a este concepto de ánimo de lucro para interpretar el tipo. La inexistencia de ánimo de lucro –que se interpreta de manera restrictiva como ánimo de comercialización- en estas conductas ha sido esgrimida por alguna sentencia para fundamentar la atipicidad de la conducta como ya vimos más arriba al tratar el tipo subjetivo<sup>52</sup>. En mi opinión la solución es correcta, pero no el argumento, pues efectivamente quien mediante estos sistemas se ahorra el dinero de la compra de la obra ha actuado con ánimo de lucro<sup>53</sup>.

En mi opinión quizás sería más correcto llevar las loables intenciones de distinguir ilícito penal de ilícito civil traducidas en la exigencia de una determinada lesividad de la conducta al elemento “en perjuicio de tercero”, como vengo señalando, lo que nos permitiría castigar conductas que aún habiéndose realizado sin ánimo comercial, supongan, por ej. por su magnitud, un grave perjuicio para los derechos protegidos. En cambio, la solución por la que opta la Fiscalía, puede llevar a considerar típicas conductas realizadas con ánimo comercial pero que por su escasa lesividad (por ej. han producido, o son capaces de producir un perjuicio real a los derechos de autor de 60 euros) no merecerían la atención penal. En definitiva lo que propongo es una interpretación que en lugar de separar el elemento subjetivo de ánimo de lucro del exigido en otros delitos contra la propiedad, (lo que ciertamente excluirá de la tipicidad a algunas conductas, pero no consigue el efecto de penalizar solo las conductas más graves), pretenda, por

---

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)”. A favor de la interpretación de la Fiscalía MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, 2005, p. 185, y RAMÓN RIBAS, en CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, 2007, pp. 144 y ss., aunque no considera cerrada la cuestión.

<sup>51</sup> Circular 1-2006, p. 33.

<sup>52</sup> Así también el AJP N° 1 de Madrid, de 19 de marzo de 2008, que señala lo siguiente: “[...] las prácticas consistente en bajar de la red obras musicales o audiovisuales, como sucede en este caso a través de la página Web IndiceDonkey, o la de compartir ficheros dispersos en ordenadores de numerosos usuarios, que se encuentran interconectados, de constituir una infracción de los derechos de autor, por carecer de la autorización de su titular, representa una conducta de comunicación pública no autorizada, que puede sancionarse y repararse en el ámbito de la jurisdicción civil, sin que concurra el elemento subjetivo del ánimo de lucro, que exige el tipo penal, ya que ese concepto ha de interpretarse en sentido estricto de “lucro comercial”, y no en el amplio representado por la consecución de cualquier ventaja, utilidad, o beneficio”

<sup>53</sup> Así también RAMÓN RIBAS, en CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, 2007, p. 145.

el contrario, equiparar la lesividad de las conductas atentatorias contra los derechos de propiedad intelectual a la que se exige a las otras conductas consideradas delito (exclusivamente) contra la propiedad, exigiendo un potencial lesivo de la conducta de al menos 400 euros.

Otra solución posible sería aunar ambos criterios, del ánimo o fin comercial y de una determinada magnitud que garantice una potencialidad lesiva digna de persecución penal. Por esta opción parece inclinarse la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión el 12-7-2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, cuando contempla en su artículo 3º la consideración por los Estados Miembros como delito de "todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial..." Al contrario de la interpretación de la fiscalía aquí no se hace solo referencia a un determinado fin o ánimo, sino a una magnitud: a escala comercial<sup>54</sup>.

Lo cierto es que la Circular de la Fiscalía no detalla qué se debe entender como ánimo de lucro comercial, limitándose a indicar a los fiscales que examinen las circunstancias concretas para determinarlo en cada caso, pues "las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de "colocar en la Red o bajar de Internet" o las de intercambio de archivos través del sistema "P2P", sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurre en ellas un ánimo de lucro comercial".

Respecto de la conducta de los titulares de los servidores p2p resulta interesante la propuesta de MIRÓ<sup>55</sup>, de analizar la posible responsabilidad como autores mediatos si instrumentalizan a los usuarios y tienen el ánimo de lucro que les falta a aquellos (por ej. utilizan la oferta del sistema como gancho para vender publicidad). Pero lo cierto es que es difícil ver una instrumentalización del usuario, además de que los titulares de las páginas Web se defienden argumentando que su herramienta sirve y está pensada para intercambios lícitos<sup>56</sup>. De hecho los procesos que se han

---

<sup>54</sup> A favor de esta interpretación también GAY FUENTES, *La propiedad intelectual en el entorno digital (Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)*, 2006, p. 24.

<sup>55</sup> MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, 2005, p. 192

<sup>56</sup> En su Auto de 11 de septiembre de 2008, la Audiencia provincial de Madrid desestimó una denuncia contra los propietarios de la página Sharemula.com. que facilitaba enlaces a la red p2p eMule. Argumenta la Audiencia que "el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página Web, sin tener que "teclear" el nombre de esa página. Por eso no supone una reproducción ni una distribución de la página Web, ya que no reproducen". Sin embargo advierte de que "el problema podría ser distinto en otros tipos de enlace más complejos, como aquellos que vinculan a una página interior de otra Web distinta, sin pasar por su página principal (enlaces de profundidad); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de las cuales se ponen contenidos de una página web distinta ("marcos" o frames); los enlaces involuntarios, en los que

venido intentando contra los propietarios de servidores p2p en España o contra los dueños de páginas web que enlazan con dichos servidores han venido fracasando. Se argumenta por parte de los jueces para decretar el archivo que “no constando que los imputados sean quienes introduzcan en Internet el material y contenidos, protegidos por los derechos de propiedad intelectual que es objeto de intercambio ilícito, ni que sean los mismos los que ejecuten dicho intercambio, siendo únicamente los administradores de una página web que en sí no es ilícita, aunque algunos de sus usuarios usen este medio para actos que sí puedan ser considerados como delitos, procede el archivo de la causa al no ser los hechos atribuidos a los imputados constitutivos de delito, con reserva de acciones civiles para reclamar daños y perjuicios...”<sup>57</sup>. Por ello la mejor solución pasaría en nuestra opinión por la imposición de deberes de control a los titulares de los servidores p2p, como responsables que son de un instrumento que puede servir para cometer delitos y el establecimiento de sanciones al margen del derecho penal si se incumplen esos deberes<sup>58</sup>.

## ***5. Cómo establecer deberes de control para los titulares de los servidores p2p cuya infracción originaría sanciones administrativas***

### **5.1. Cómo funciona un sistema p2p**

Para poder abordar las posibilidades de control de los intercambios de contenidos examinaremos el funcionamiento de un sistema de amplio uso conocido como eMule<sup>59</sup>. Llamaremos cliente, según la terminología informática, al programa informático que un individuo que quiere buscar o compartir ficheros ejecuta en su ordenador personal. En ocasiones se usa el término cliente para referirnos no solo al programa sino también a su vinculación a un determinado ordenador, es decir al conjunto del programa y el ordenador en el que se ejecuta. Este cliente se conecta al elemento clave del sistema que es un servidor de la red eD2k<sup>60</sup> o la red Kad<sup>61</sup>. El servidor es un

---

la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario, u otros más complejos, como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí”. Sin embargo, en estos casos, nos encontraremos, como también advierte la sentencia remitiendo a jurisprudencia anterior, con los problemas de prueba del conocimiento de la ilicitud de los datos o informaciones de los proveedores de servicios, agravados por la limitación de obligaciones y de responsabilidad que prevén los artículos 16 y 17 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de Julio de 2002. Sobre estos artículos volveremos infra.

Precisamente a corregir dichas limitaciones se dirige la propuesta que formulamos aquí.

<sup>57</sup> AJP N° 3 Ponferrada, de 31 de octubre de 2008, y en el mismo sentido AJP N° 4 Cartagena, de 17de abril de 2008.

<sup>58</sup> En el mismo sentido, de sacar estas conductas del ámbito del Derecho penal por respeto al principio de intervención mínima se manifiesta el AJP N. 4 Cartagena, de 17de abril de 2008.

<sup>59</sup> KULBAK/BICKSON, «The eMule Protocol Specification», *The Hebrew University of Jerusalem*, 2005, pp. 5 y ss., (<http://www.cs.huji.ac.il/labs/danss/p2p/resources/emule.pdf>, última visita: 29 abril 2009).

<sup>60</sup> Protocolo de red eDonkey2000 compatible con clientes eMule, eMule Plus, eMule Pawcio, Shareaza, Lphant, MLdonkey, xMule, eMule, y el antiguo y desaparecido eDonkey . Los servidores de las redes eD2k se comunican entre si para compartir índices.

<sup>61</sup> Las redes Kad son redes totalmente descentralizadas donde todos los nodos son iguales

programa que se ejecuta en ordenadores especializados y que gestiona la interconexión de los clientes.

Las redes eD2k y Kad están compuestas de varios cientos de servidores y millones de clientes. Los clientes, que han de conectarse a un servidor para poder acceder a los servicios de red p2p, obtienen en ese momento un identificador protegido por protocolos criptográficos RSA<sup>62</sup> y que el servidor usará en su sistema de créditos. El sistema de créditos premia a los clientes que mas transferencias de ficheros realicen, intentando premiar a los clientes activos (que comparten información) frente a los pasivos. En ese momento el cliente proporcionará al servidor una lista de los ficheros que pone a disposición de otros clientes de la red. El servidor almacenará dicha lista de ficheros junto con el identificador del cliente en su base de datos interna.

Para que este protocolo de comunicación se lleve a cabo, cada cliente eMule está preconfigurado con una lista de servidores a los que se puede conectar y con la lista de los ficheros locales (aquellos que están en el ordenador en el que se ejecutó el cliente) que el usuario pone a disposición de la red en el momento de la conexión. Todo el sistema de conexión y tráfico posterior es realizado mediante dos de los protocolos de comunicación usados en Internet: TCP y UDP.

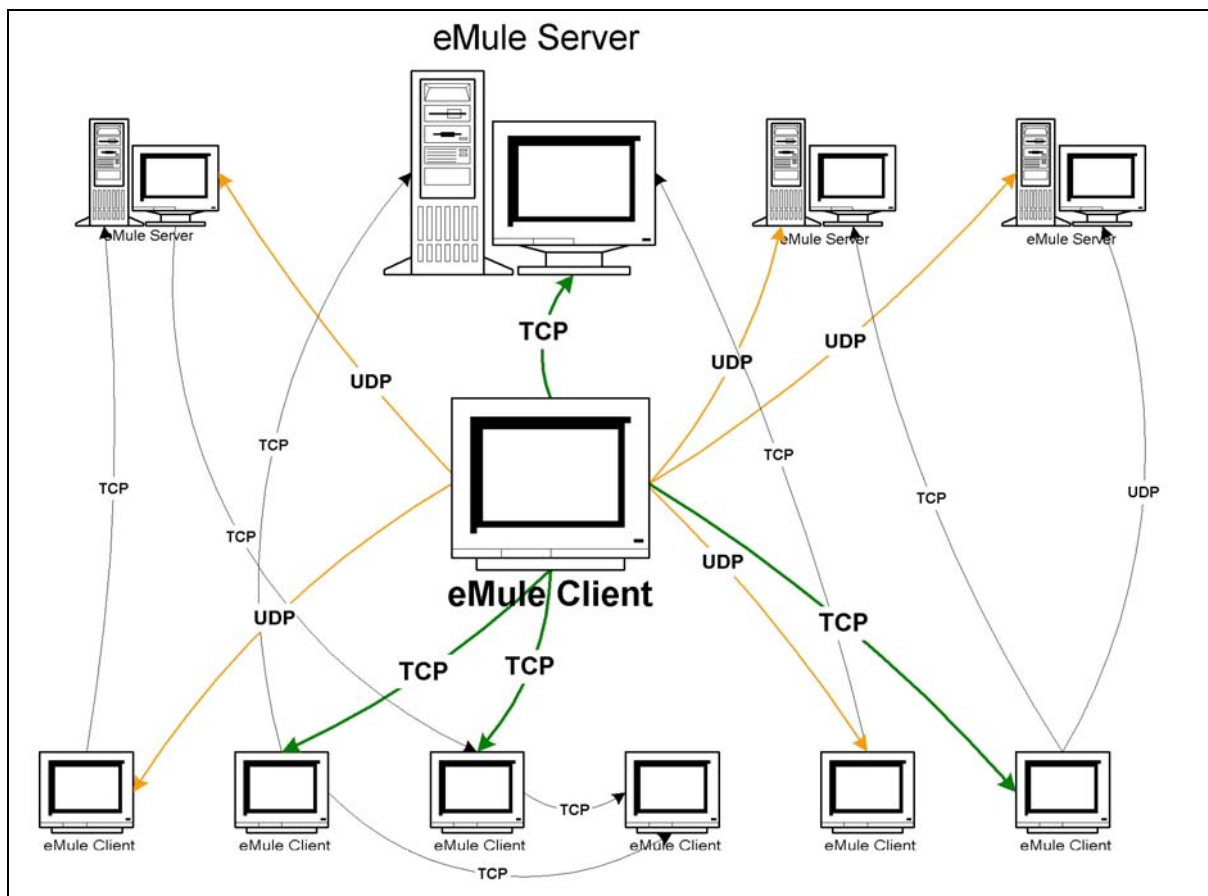
TCP es usado para conectarse al servidor y obtener así la información de en qué otros ordenadores conectados a la red se encuentran los ficheros a los que se quiere acceder, para saber qué otros clientes están disponibles, y también se hace uso de cientos de conexiones TCP con otros clientes para la descarga de los ficheros<sup>63</sup>.

La conexión así establecida con el servidor se mantiene abierta tanto tiempo como el cliente permanezca conectado a la red. Este último aspecto unido a las tecnologías de acceso a Internet de banda ancha ADSL y la disponibilidad de tarifas planas permite la descarga de ficheros de gran volumen, pues se puede tener encendido el ordenador indefinidamente participando en descargas. Este aspecto es sumamente importante, pues es el que ha permitido crear grandes redes de intercambio casi permanentes.

---

<sup>62</sup> DÍAZ ORUETA *et alter*, *Seguridad en las Comunicaciones y en la Información*, 2004, pp. 321 y ss.

<sup>63</sup> El gráfico pertenece a KULBAK/BICKSON, «The eMule Protocol Specification», *The Hebrew University of Jerusalem*, 2005, pp. 5 y ss., (<http://www.cs.huji.ac.il/labs/danss/p2p/resources/emule.pdf>, última visita: 29 abril 2009).



La mayoría de las conexiones de los ordenadores domésticos no tienen dirección IP fija. Es el proveedor de acceso a Internet o ISP (Internet Service Provider), -en España Telefónica, Jazztel, Orange, etc.-, quien la asigna dinámicamente al conectarse el dispositivo ADSL a su red. Sin la colaboración de los Servidores p2p los ordenadores que quisiesen compartir información no podrían hacerlo, porque no sabrían de antemano que direcciones utilizar entre si. Son los servidores quienes mantienen la lista de direcciones IP de clientes junto con otra información necesaria en la transferencia de ficheros.

Los servidores proporcionan servicios de índice centralizados de ficheros, como lo hacía por ej el servicio Napster (hablaremos mas adelante del caso Napster). En su base de datos interna contienen cientos de miles de entradas con los ficheros disponibles y los clientes que los contienen. Pero los servidores no almacenan la información en forma de ficheros sino que prestan únicamente un servicio de nombres. Su trabajo es la resolución del nombre, es decir, obtener la dirección donde se encuentra el fichero a partir de su nombre, devolviendo al cliente interesado en un fichero los enlaces (direcciones IP) de los otros clientes contenedores del recurso.

Una vez resuelto el nombre la transmisión de ficheros se realiza mediante conexiones p2p entre ambos clientes<sup>64</sup> sin participación del servidor.

Los usuarios a través de los clientes realizan las búsquedas por palabras clave en lenguaje natural. Se introduce un término a buscar en forma de cadena o cadenas de caracteres y en función de si la búsqueda es local (servidor al que está conectado), global (todos los servidores de la red), Kad (Servidores de Red Kad), etc... obtendrá mas o menos resultados en forma de lista con los nombres de archivos y sus hash que se ajustan a la búsqueda.

Hay que hacer notar que la búsqueda en el servidor es internamente independiente de los nombres del archivo. Esto quiere decir que el nombre nos permite identificar el contenido deseado con la clave de búsqueda pero el sistema reconoce el archivo por su contenido y no por su denominación. El cambio del nombre del fichero no afecta a la correlación que el servidor realiza para mantener la lista de todos aquellos clientes que disponen del recurso de contenido deseado. De hecho es posible consultar todos los nombres que se asignan al mismo archivo. Este aspecto de identificación de ficheros será de vital importancia para la elaboración de un sistema de control que evite la lesión de los derechos de autor. Por ejemplo si alguien busca el término "Curso de Derecho Penal" nos aparecería la posibilidad de descarga de un fichero y podríamos ver que disponen de él 3 clientes en donde el nombre del fichero es: Curso de derecho penal, Introducción al derecho penal I, Derecho penal parte general. Internamente el servidor establece que los tres ficheros son idénticos a través de su hash. Es decir, que a pesar de las variaciones en su nombre, corresponden a la misma e idéntica obra.

Todos los archivos tienen asociado un valor de **hash**, que es una **clave hexadecimal** que identifica de forma única un archivo, aunque éste tenga diversos nombres, de manera que un mismo archivo que tengan diferentes usuarios, aunque alguno de ellos haya modificado el nombre, continúa siendo el mismo archivo. El hash<sup>65</sup> es una función de resumen segura  $h=H(M)$  donde H es la función y M el fichero con las siguientes características:

- A partir del contenido del fichero (M) es muy fácil calcular h
- Dado h es muy difícil obtener el fichero (M)
- Dado el fichero (M) es extremadamente difícil obtener otro fichero distinto (M') tal que al aplicarle la función H se obtenga el mismo resumen h.

Gracias a las propiedades mencionadas es muy difícil que dos contenidos diferentes uno protegido por derechos de autor y otro que no lo esté puedan ser confundidos, lo que en

---

<sup>64</sup> Realmente como se verá mas adelante el intercambio del recurso se realiza mediante múltiples conexiones con todos aquellos clientes contenedores del recurso.

<sup>65</sup> COLOURIS/DOLLIMORE/KINDBERG, *Sistemas Distribuidos Conceptos y Diseño*, 3ª ed., 2003, p. 268.



terminología informática se denomina colisión.<sup>66</sup> En cualquier caso éste es el mecanismo de reconocimiento de contenidos usado por eMule con óptimos resultados de rendimiento y sin que se observen colisiones.

Para mejorar la transferencia de ficheros el cliente eMule divide el fichero en bloques separados de 9.500 KB y de cada una de estas partes se calcula su hash MD4, de manera que el valor hash final del archivo es el resultado de aplicar el hash MD4 a la concatenación de los valores hash de todas sus partes. Esto quiere decir en términos prácticos que un cliente puede tener solo parte de la obra protegida. Este mecanismo tiene un impacto importantísimo en la difusión de ficheros, pues permite a cualquier cliente interesado en un fichero y que haya ya descargado una parte de éste iniciar la transmisión hacia otro cliente sin esperar a disponer del contenido completo. Todo el sistema se organiza de forma que los bloques menos replicados sean los primeros en ser transmitidos para mejorar la disponibilidad global del fichero.

Para hacernos una idea de lo poderoso de este sistema imaginemos dos clientes que quieren compartir un fichero de un tamaño de 20 Mbytes. Adsl es un sistema de transmisión con velocidades de descarga hacia la red y de descarga desde la red diferenciadas. Una conexión de hasta 20 Megas de Jazztel<sup>67</sup> permite típicamente 82 KB de descarga hacia la red y 529 KB de descarga desde la red.

Supongamos que en estas condiciones el rendimiento de la transferencia es del 80%. El cliente remoto ofrece un 50% de su ancho de banda y hay que esperar 9/10 del tiempo total a que el remoto nos atienda, pues otros 10 clientes están descargando de él. Una estimación del tiempo necesario para completar la descarga sería de aproximando al alza 110 minutos. Una película de 1GB unas 80 horas.

Supongamos ahora que 10 clientes disponen de partes disjuntas del fichero y que todos ellos cooperan para transferirse el fichero, y estimamos que de media siempre se está descargando de al menos uno de ellos. En estas condiciones el resultado sería de menos de 12 minutos para el fichero y de menos de 9 horas para la película. Si aumentamos el número de clientes podríamos llegar, en las condiciones de descarga del contrato Jazztel a aproximadamente un minuto y 30 segundos para el fichero y una hora y 22 minutos para la película.

---

<sup>66</sup> La probabilidad teórica de que esto ocurra en el algoritmo MD4 -Algoritmo de Rivest con resumen de 128 bits- utilizado por eMule es de 1 entre 340.282.366.920.938.000.000.000.000.000.000.000.000, no obstante estudios de ataque sobre este algoritmo han reducido la probabilidad en uso malintencionado del algoritmo a 1 entre 4.194.304 - SCOLNIK/HECHT, «Impacto De Recientes Ataques De Colisiones Contra Funciones De Hashing De Uso Corriente», 2004, pp. 5 y ss. ([http://www.certisur.com/docs/ataques\\_funciones\\_hashing.pdf](http://www.certisur.com/docs/ataques_funciones_hashing.pdf), última visita: 29 abril de 2009)

<sup>67</sup> Valores obtenidos mediante test de velocidad de la pagina <http://www.adsl4ever.com/test/11/>

El mecanismo es algo más complejo pero sirva para ver la potencia de un sistema de computación distribuida de este tipo que puede contar con cientos de miles o millones de clientes compartiendo contenidos en la red.

## 5.2. Posibles mecanismos de control

Hasta aquí hemos hablado del mecanismo de transferencia de los ficheros y de la organización básica de las redes p2p. Hablaremos ahora de los posibles mecanismos de control. Los mecanismos de control se pueden establecer básicamente en tres puntos:

1. El ISP. El proveedor de servicios de acceso a Internet bloquearía el acceso a los contenidos protegidos. Esta solución es sin embargo técnicamente inviable por las funciones de Ofuscación del protocolo que ha desarrollado eMule. Esta función (implementada por primera vez en la versión 0.47b) sirve para evitar que las conexiones del eMule sean detectadas y bloqueadas por los ISP<sup>68</sup>. Además se les otorgaría a los operadores de telefonía, que son los que proporcionan el mero transporte de datos, el poder de controlar y decidir qué tráfico en la red bloquean, lo que alarma al resto de usuarios de la red.

2. El cliente. El propio software del cliente controla que los contenidos no son protegidos. La forma sería obligar a que dicho software consulte telemáticamente una serie de registros almacenados en bases de datos nacionales y/o internacionales en los que se detallen los contenidos protegidos y él mismo bloquee su distribución. Sin embargo controlar que millones de ordenadores se atengan a esta práctica es casi imposible.

El sistema de la Ley Sueca Antipiratería, y del Proyecto de Ley francesa que acaba de rechazarse en el Parlamento galo también pretenden controlar y penalizar a los clientes, pero a través de la denuncia previa del titular de los derechos ante un tribunal en el caso sueco y ante la Alta Autoridad para la Distribución de Trabajos y la Protección de Derechos en Internet, conocida en francés como Hadopi. La sanción prevista es el corte de la conexión, que deberá efectuar el ISP en plazo de 15 días, bajo amenaza de multa de hasta 3.000 € si no realiza el corte<sup>69</sup>. Estos sistemas son reactivos, excesivamente complejos e invasivo en el caso francés<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Véase [http://www.emule-project.net/home/perl/help.cgi?l=1&rm=show\\_topic&topic\\_id=848](http://www.emule-project.net/home/perl/help.cgi?l=1&rm=show_topic&topic_id=848)

<sup>69</sup> Además se discute en la elaboración de la Ley francesa si el particular debe seguir pagando la conexión a Internet que le han cortado, lo que parece abusivo, o si debe dejar de hacerlo, lo que perjudica económicamente al ISP.

<sup>70</sup> Sobre la Ley sueca y el proyecto de ley francesa véase SAYER, «Ley antipiratería francesa de “tres strikes” aprobada en su segunda presentación», en *PC World*, (<http://www.pcwla.com/pcwla2.nsf/articulos/A18DD5D16467549A85257592000E79CC>, última visita 29 de abril de 2009).

El proyecto francés además prevé que el titular de la cuenta de Internet pueda quedar exonerado si ha instalado un filtro aprobado por el gobierno en su ordenador por las acciones de terceros en uso de su conexión, bien porque ésta es abierta o porque la malutiliza un invitado. Sin embargo el problema persistirá en los caso en que aún estando protegida, la conexión es fraudulentamente utilizada sin permiso de su titular pues este al no estar obligado por la ley probablemente no tendría instalado dicho filtro.

3. El servidor. Esta es la solución adoptada por Estados Unidos en juicios como el caso NAPSTER, un sistema similar a eMule. NAPSTER fue condenado en un primer juicio a instalar un filtro que impidiese la descarga de ficheros protegidos por Copyright<sup>71</sup>. Para cumplir con la sentencia NAPSTER instaló un filtro que actuaba sobre el nombre de los ficheros con base en una lista proporcionada por la Asociación Americana de la Industria Discográfica (RIAA)<sup>72</sup>, y no sobre su contenido, por lo que se seguían produciendo descargas del mismo contenido con distinto nombre. Además el filtro introducido por NAPSTER era de inferior calidad a su propio motor de búsqueda, es decir, detectaba menos ficheros por el nombre que los que su propio buscador podía encontrar. Ante el deficiente cumplimiento de la primera sentencia y tras un requerimiento judicial para que se previniera la lesión de los derechos de autor NAPSTER se vio obligado a cesar su actividad<sup>73</sup>. Con posterioridad la empresa fue adquirida por el fabricante de software Roxio quien la convirtió en un servicio de pago donde los usuarios pueden descargar ficheros MP3 legalmente.

Los tribunales negaron que NAPSTER se viera amparada por los límites a la responsabilidad de las infracciones causadas por los usuarios del servicio<sup>74</sup> que se especifican en The Digital Millennium Copyright Act of 1998<sup>75</sup>, similares a los que Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios

---

<sup>71</sup> A & M Records, Inc. v. Napster, Inc. 239 F.3d 1004 (9th Cir., 2001)

<sup>72</sup> El filtro impedía descargar canciones protegidas incluidas en una lista facilitada por la RIAA -véase MILLÁN TEJEDOR, *Domine las Redes p2p*, 2006, p. 20.

<sup>73</sup> MILLÁN TEJEDOR, *Domine las Redes p2p*, 2006, p. 20.

<sup>74</sup> CREWS, «A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.: Implications for the Digital Music Library» (<http://www.dml.indiana.edu/pdf/AnalysisOfNapsterDecision.pdf>, última visita: 29 abril 2009).

<sup>75</sup> "Limitation for Information Location Tools: Section 512(d) relates to hyperlinks, online directories, search engines and the like. It limits liability for the acts of referring or linking users to a site that contains infringing material by using such information location tools, if the following conditions are met.

The provider must not have the requisite level of knowledge that the material is infringing. The knowledge standard is the same as under the limitation for information residing on systems or networks. If the provider has the right and ability to control the infringing activity, the provider must not receive a financial benefit directly attributable to the activity. Upon receiving a notification of claimed infringement, the provider must expeditiously take down or block access to the material. These are essentially the same conditions that apply under the previous limitation, with some differences in the notification requirements. The provisions establishing safeguards against the possibility of erroneous or fraudulent notifications, as discussed above, as well as those protecting the provider against claims based on having taken down the material apply to this limitation. (Sections 512(f)-(g))."

de la sociedad de la información y de comercio electrónico establece en su artículo 17 y que analizaremos más adelante.

El mismo camino siguió eDonkey. La compañía propietaria del programa, MetaMachine, alcanzó un acuerdo en 2006 con la RIAA para evitar un juicio por infracción de los derechos de propiedad intelectual. La compañía dejó de distribuir su software y acordó pagar una compensación de 30 millones de dólares.

La solución que aquí proponemos también sugiere utilizar un filtro, pero a diferencia de lo que hizo NAPSTER, que lo estableció sobre el nombre, con escasa eficacia, como hemos visto, el filtro debería establecerse sobre el contenido. Para ello ha de ser obligatorio que los servidores en su calidad de prestadores de servicios de búsqueda usen un único y determinado hash (MD4, MD5 u otro) que se establezca por ley. Y por otro lado también por ley debería constituirse una base de datos que podrían elaborar las sociedades de autores, con la colaboración de particulares o interesados en la que se recogieran los hash de los ficheros cuyo contenido esté protegido. Los servidores tendrían que acceder a estas bases de datos nacionales y/o internacionales donde se encuentren relacionados todos los hash que hacen referencia a contenidos protegidos y consultar la validez de los ficheros ofrecidos por los clientes. En el caso de que el contenido fuera protegido se bloquearía al cliente que quisiese ofrecer un contenido protegido a la red.

El funcionamiento sería el siguiente: Los programas clientes se conectan al servidor y ofrecen sus ficheros a los que previamente han calculado el hash que marca la ley. El servidor recibe los ficheros con su hash y envía una consulta telemática a la base de datos para comprobar su licitud. Si ninguno está protegido actualiza la base de datos con los ficheros ofrecidos. Además periódicamente depura su base de datos para eliminar cualquier fichero que con posterioridad a su inclusión en la base de datos interna haya sido declarado como protegido.

El sistema es reactivo pues solo actúa una vez se ha detectado una infracción de los derechos de autor al verse comunicada una obra protegida a través de un sistema p2p. En ese momento el órgano vigilante - por ejemplo la sociedad de autores- identificaría el hash de esa obra protegida, lo registraría en la base de datos como contenido ilícito y dicha consideración se transmitiría a través de la obligación de consulta de la base de datos a todos los servidores. El sistema podría no obstante agilizarse si todos los hash de los contenidos protegidos, como por ejemplo los eBooks, canciones en mp3, etc., fueran enviados para su registro en la base de datos por los titulares de los derechos - discográficas, editoriales, etc.- En este caso el sistema sería proactivo pues impediría con anterioridad a la infracción la distribución del contenido

Por supuesto este sistema supone extender tanto la responsabilidad como las obligaciones de los servidores p2p más allá de lo previsto en el art. 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, pues según dicho artículo: "Los

prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse<sup>76</sup>.

El mecanismo que aquí se propone, pretende desarrollar esta última posibilidad prevista en el artículo 17: el establecimiento de medios de conocimiento efectivo. Aun siendo en gran medida reactivo, no sería necesario ya que un órgano competente –un juez- hubiese declarado la ilicitud de los datos –lo que puede resultar demasiado lento y gravoso para el titular de los derechos lesionados-, sino que se establece la obligación de los servidores de conectarse a la base de datos que identifica por su hash los contenidos protegidos y cuya comunicación sin autorización es por lo tanto ilícita. Es decir, se establece unos deberes –facilitados- de conocer<sup>77</sup>. Entendemos que el altísimo porcentaje de descargas ilícitas realizadas a través de sistemas de intercambio p2p, que

---

<sup>76</sup> Precisamente con base en estos preceptos archivó el AJP nº 9 de Barcelona, de 7 de marzo 2003, la denuncia contra el titular de la página web [www.ajoderse.com](http://www.ajoderse.com) que incluía enlaces a otras páginas web que facilitaban métodos para ver gratis TV de pago. La denuncia fue interpuesta por el grupo de empresas que operan bajo la marca ONO, por los presuntos delitos de Descubrimiento y Revelación de Secretos, contra el titular de la página de Internet con dirección <http://www.ajoderse.com/>. Argumenta el juzgado “al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17,1 de la Ley 34/2002, ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa, por lo que al amparo del art. 641,1 LECrim. En relación con lo establecido en el art. 789,5,1 de dicho texto legal procede decretar el Sobreseimiento provisional de la misma, sin perjuicio de su reapertura si se aportaran nuevos datos que pudieran constituir indicios de la perpetración del delito”

<sup>77</sup> Sobre la interpretación del “conocimiento efectivo” que exige la ley para excluir la exención de responsabilidad véase CAVANILLAS MÚGICA, «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, 2007, pp. 30 y ss. y PLAZA PENADÉS, «La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet», en GARCÍA MEXÍA (dir.) *Principios de derecho de Internet*, 2º ed., 2005, pp. 419 y ss.

superan al número de intercambio lícito de archivos<sup>78</sup> justifica la imposición de estos deberes de fácil cumplimiento desde el punto de vista técnico a los servidores, ya que la experiencia demuestra que se trata de instrumentos “peligrosos” por su frecuente utilización con fines ilícitos. El caso es diferente al de los enlaces, pues efectivamente en el caso de un enlace es más difícil al prestador del servicio conocer en cada momento el contenido lícito de la página enlazada, y por tanto imponer en estos casos obligaciones de adquirir conocimiento puede resultar una carga excesiva, lo que nos parece que no sucede en cambio para los buscadores p2p si se sigue el modelo aquí propuesto.

Este mecanismo solo será efectivo, sin embargo si se adopta a nivel internacional a través de la firma de tratados, dado que el principal problema en la persecución de estos delitos es que la empresa titular del servidor puede moverse a países mas tolerantes quedando fuera de la acción de los tribunales españoles<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Así por ejemplo la Federación Internacional de Productores Fonográficos (IFPI) recogía en el Informe de Música Digital 2008, la estimación de que por cada canción descargada de forma legal en el año 2007 se adquirieron 20 de manera ilícita. Se estima que en 2007 se realizaron 1.700 millones de descargas de canciones de forma legal. Frente a esta cifra se intercambiaron decenas de miles de millones de archivos ilegales.

<sup>79</sup> Sobre los problemas de aplicación de la ley española y de competencia de los tribunales españoles en delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet véase GARAU SOBRINO, «Cuestiones de derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable», en CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, 2007, pp. 214 y ss.

## 6. Bibliografía

Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Silvina BACIGALUPO SAGESSE (2001), *Derecho Penal económico*, Ceura, Madrid.

Cristina BUSCH (1995), *La protección penal de los derechos de autor en España y en Alemania*, Cedecs, Barcelona.

Concepción CARMONA SALGADO (1988), *La nueva Ley de propiedad intelectual*, Montecorvo, Madrid.

María Teresa CASTIÑEIRA/Ricardo ROBLES, «¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)», *Indret 2/2007*, (<http://www.indret.com/pdf/422.pdf>, última visita: 29 abril 2009).

Santiago CAVANILLAS MÚGICA (2007), «La responsabilidad de los proveedores de información en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en Santiago CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, pp. 1-39.

George F. COLOURIS/Jean DOLLIMORE/Tim KINDBERG (2001), *Sistemas Distribuidos. Conceptos y Diseño*, 3ª ed., Adisson Wesley (trad. PULIDO JUNQUERA/SAHELICES FERNÁNDEZ/VEGAS HERNÁNDEZ), Madrid).

Kenneth D. CREWS (2001), «A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.: Implications for the Digital Music Library», (<http://www.dml.indiana.edu/pdf/AnalysisOfNapsterDecision.pdf>, última visita: 29 abril 2009).

Antonio DELGADO PORRAS (1988), *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad intelectual*, Civitas, Madrid.

Gabriel DÍAZ ORUETA *et alter* (2004), *Seguridad en las Comunicaciones y en la Información*, UNED, Madrid.

Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ (1991), «Delitos contra los derechos de autor», *ADPCP*, Tomo 44, Vol. 1, enero- abril, pp. 97-142.

Federico F. GARAU SOBRINO (2007), «Cuestiones de derecho internacional privado: competencia judicial internacional y ley aplicable», en Santiago CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada.

Nicolás GARCÍA RIVAS (1995), «Los delitos contra la propiedad intelectual en el código penal de 1995», en VV.AA., *Propiedad intelectual: aspectos civiles y penales. Cuadernos de Derecho Judicial, Número 34*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 203-250.

Celeste GAY FUENTES (2006), *La propiedad intelectual en el entorno digital (Las industrias de los contenidos, en especial la industria musical, frente a la copia digital y la distribución no autorizada de obras en Internet)*, Fundación Alternativas, Madrid.

Alicia GIL GIL (2009), «Comentario al art. 270», en Luis RODRÍGUEZ RAMOS/Enrique BACIGALUPO ZAPATER (dirs.), *Comentarios al Código penal* (en prensa).

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1993), «Otra vez: los delitos contra al propiedad intelectual. (Al mismo tiempo algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código penal)», *EPC*, Tomo XV, pp. 99-124.

Alejandro GONZÁLEZ GÓMEZ (1998), *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, Tecnos, Madrid.

Juan J. GONZÁLEZ RUS (2004), «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VII). Las insolvencias punibles. Alteración de precios en concursos y subastas. Daños. Disposiciones comunes», en Manuel COBO DEL ROSAL, (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, Dykinson, Madrid.

Agustín JORGE BARREIRO (2004), «El art. 13 de la Ley de propiedad intelectual y los delitos relativos a la propiedad intelectual en el Código penal de 1995», en Carlos ROGEL VIDE, (coord.), *Leyes, Actos, Sentencias y Propiedad intelectual*, Editorial Reus, Madrid.

Yoram KULBAK/Dani BICKSON (2005), «The eMule Protocol Specification», *The Hebrew University of Jerusalem*, (<http://www.cs.huji.ac.il/labs/danss/p2p/resources/emule.pdf>, última visita: 29 abril 2009).



Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2002), *Derecho penal económico, Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Jesús MARTÍNEZ RUÍZ (1997), «La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal: especial referencia a la sentencia de 26 de diciembre de 1996, dictada por la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla», *La Ley*, Núm. 4407, 31 de octubre de 1997, pp. 1897-1901.

Alfredo MÉNDEZ REBOLLAL (2007), «Delitos contra la propiedad intelectual relativos a programas de ordenador. Aspectos Prácticos», *La Ley Penal*, Núm. 34, pp. 17-30.

Esteban MESTRE DELGADO (1991), «La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España», en VV.AA., *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1621, Ministerio de Justicia, Madrid.

Ramón Jesús MILLÁN TEJEDOR (2006), *Domine las Redes p2p*, Creaciones copyright, Madrid.

Fernando MIRÓ LLINARES (2003), *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Dykinson, Madrid.

Fernando MIRÓ LLINARES (2005), *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, Madrid.

Francisco MUÑOZ CONDE (2007), *Derecho penal, Parte Especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS VAQUERO (1997), «Comentario al art. 31», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid.

Javier PLAZA PENADÉS (2005), «La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet», en Pablo GARCÍA MEXÍA *et alter* (eds.), *Principios de derecho de Internet*, 2º ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES (ed.)/Fermín MORALES PRATS (coord.) (2007), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona.

Eduardo RAMÓN RIBAS (2007), «La responsabilidad penal de los proveedores de información en Internet. En especial, los delitos contra la propiedad intelectual», en Santiago CAVANILLAS MÚGICA, (dir.), *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, Granada, pp. 135-159.

Luis RODRÍGUEZ RAMOS (2002), *Compendio de Derecho penal. Parte Especial, Tomo III*, 10ª ed., Editorial Dykinson, Madrid.

Carlos María ROMEO CASABONA (1988), *Poder informático y seguridad jurídica: la función tutelar del derecho penal ante las nuevas tecnologías de la información*, Fundesco, D.L., Madrid.

Peter SAYER (2009), «Ley antipiratería francesa de “tres strikes” aprobada en su segunda presentación», *PC World*,  
(<http://www.pcwla.com/pcwla2.nsf/articulos/A18DD5D16467549A85257592000E79CC>, última visita 29 de abril de 2009).

Hugo Daniel SCOLNIK/Juan Pedro HECHT (2004), «Impacto De Recientes Ataques De Colisiones Contra Funciones De Hashing De Uso Corriente»,  
([http://www.certisur.com/docs/ataques\\_funciones\\_hashing.pdf](http://www.certisur.com/docs/ataques_funciones_hashing.pdf), última visita: 29 abril 2009).

Eduardo SERRANO GÓMEZ (2001), «El derecho de remuneración compensatoria por copia privada», en José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, (dir.), *La protección de la propiedad intelectual, Cuadernos de Derecho Judicial, Número 13*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 83-124.

Inmaculada VALEIJE ÁLVAREZ (2002), «Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual», *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, Num. 1, pp. 575-598.

*7. Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Órgano y fecha</i>	<i>Sala/Secc.</i>	<i>Nº Res.</i>	<i>Id Cendoj</i>	<i>Ponente</i>
STS, 02.10.2002	Sala 2ª	1578	28079120002002102381	Bacigalupo Zapater
STS, 19.05.2001	Sala 2ª	876	28079120002001101616	Martín Pallín
STS, 13.10.1988	Sala 2ª	2.447	28079120011988100688	García Miguel
STS, 13.06.1987	Sala 2ª	1.071	28079120011987102013	Jiménez Villarejo
STS, 27.04.1979	Sala 2ª	516	28079120011979100814	Gil Sáez
AAP Madrid, 11.09.2008	Secc. 2ª	582	28079370022008200755	Espejo-Saavedra Santa Eugenia
SAP Barcelona, 21.02.2007	Secc. 8	228	08019370082007100105	Ríos Sambernardo
SAP Barcelona, 08.02.2006	Secc. 7ª	180	08019370072006100108	Ingelmo Fernández
SAP Cuenca, 13.04.2005	Secc. 1ª	31	16078370012005100139	Casado Delgado
SAP Burgos, 26.11.2004	Secc. 1ª	206	09059370012004100910	Marín Ibáñez
SAP Barcelona, 15.06.2004	Secc. 10ª		08019370102004100614	Pijuan Canadell
SAP Madrid, 28.12.2001	Secc. 2ª	538	28079370022001100013	Polo García
SAP Las Palmas, 07.02.2001	Secc. 2ª	25	35016370022001100340	Martí Sánchez
SAP Zaragoza, 26.12.2000	Secc. 3ª	548	50297370032000100063	Arriero Espes
SAP Cantabria, 27.07.2000	Secc. 3ª	76	39075370032000100277	Alonso Roca
SAP Cáceres, 30.06.2000	Secc. 2ª	53	10037370022000100417	Tena Aragón
SAP Murcia, 25.01.1999	Secc. 1ª	18	30030370011999100450	Carrillo Vinader
SJP Número 1 de Logroño, 09.04.2009				
AJP Número 3 de Ponferrada, 31.10.2008				Hernaiz Gómez
AJP Número 4 de Cartagena, 17.04.2008				De La Torre Guzmán
AJP Número 1 de Madrid, 19.03.2008				P.L.J.
SJP Número 3 de Santander, 14.07.2006				Aldecoa Álvarez-Santullano
AJP Número 9 de Barcelona, 07.03.2003				López Mejía