

PROTECCIÓN PENAL DEL SOFTWARE

Ricardo M. Mata y Martín

Prof. Titular de Derecho penal

Coordinador Grupo de Investigación Reconocido

sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y

Delincuencia Informática

Universidad de Valladolid. (España)

rimata@der.uva.es

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO TECNOLÓGICO Y ECONÓMICO

Como se sabe, estamos en los albores de la llamada sociedad de la información. Esta representa sin duda un cambio de modelo respecto a contextos sociales precedentes¹. Los programas de ordenador, como parte fundamental de la nueva sociedad de la información y del conocimiento, se han hecho acreedores de la tutela jurídica. La importante fuerza propulsora de las nuevas tecnologías y de los medios lógicos a ellas asociados han hechos ver la importancia de estos procesos en el desarrollo social y económico de cualquier país, hasta el punto de calificar a la información como nuevo factor de producción².

Igualmente se constata la incidencia del desarrollo de las nuevas tecnologías y de las conductas infractoras respecto a las mismas en el potencial de la capacidad de innovación tecnológica de los países, dato hoy fundamental para la competitividad empresa-

1 Con influencia en los sistemas creadores de normas jurídicas. Véase al respecto HORTAL IBARRA, J. C. “El desarrollo tecnológico y su repercusión en la actuación del poder legislativo, ejecutivo y judicial”, en *Derecho Penal de la Empresa*, CORCOY BIDASOLO (dir.), Pamplona, 2002, pp. 517 y ss.

2 Cfr. DE OLIVEIRA ASCENSAO, J. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Ed. Almedina, 2001, p. 150.

rial y el desarrollo socioeconómico. Por ello puede decirse de estos elementos lógicos de los sistemas informáticos que “por constituir en sí mismos información, resultan básicos para el desarrollo cultural y científico de la sociedad”³.

La enorme difusión social de los medios informáticos, en todos los ámbitos: institucional, empresarial, comercial y doméstico, ha provocado un espectacular aumento de la demanda de programas informáticos. A su vez, esto ha generado una expansión de la industria del software, producto de elaboración compleja con empleo de un importante volumen de recursos humanos y financieros. Puede afirmarse, “desde un punto de vista macro-económico, que el sector informático es de los de mayor importancia y crecimiento en la economía mundial actual”. Esta complejidad, el importante desembolso económico para las empresas y la gran demanda han llevado a fijar altos precios en la venta de estos productos.

Los sistemas informáticos y los programas que permiten obtener utilidades se han trasladado a los ámbitos más usuales de la vida cotidiana, en los contextos laboral, doméstico y de ocio. Los elevados precios para los potenciales adquirentes y la gran facilidad y rapidez con que se pueden obtener copias perfectas de los programas, han provocado la proliferación masiva y la comercialización de copias no autorizadas de programas informáticos. Por ello la piratería de software, que puede ofrecer idénticos productos con gran facilidad y rapidez y con escasísimo coste, se ha convertido en un negocio extraordinariamente lucrativo. De manera que las modernas tecnologías de la información han conducido también hacia una forma completamente nueva de “delincuencia de alta tecnología”.

La percepción por los Estados y las organizaciones internacionales del gran valor del software desde el punto de vista económico, investigador y cultural ha llevado a una especial protección jurídica que luego se ha seguido con el resto de obras electrónicas. Por eso, “la constatación por parte de los Estados de la gran significación del software en ámbitos diversos de la sociedad, como el económico y el de la investigación, ha marcado especialmente su regulación jurídica”⁴.

3 F. MIRÓ LLINARES, “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* n.º 13 (2004), p. 85.

4 *Ibíd.*, p. 85.

II. RELEVANCIA JURÍDICA Y JURÍDICO-PENAL DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

1. Organización de la tutela jurídica de los programas de ordenador

La protección otorgada al software por el ordenamiento jurídico se ha organizado principalmente a través de lo que se conoce como derechos de autor o propiedad intelectual. Esta tutela jurídica de los programas de ordenador, después de un intenso debate en la década de los años setenta, ha reconducido el tratamiento de estos programas informáticos a las instituciones de la propiedad intelectual, excluyéndose incluirlos entre los derechos relativos a la propiedad industrial, de acuerdo a la perspectiva de las instituciones y convenios internacionales y europeos en particular⁵.

Pese a las dificultades que pueden observarse para encuadrar los programas informáticos bien en el ámbito de la propiedad intelectual o bien en el de la propiedad industrial, y a los debates sobre este aspecto, que todavía subsisten⁶, se entendió que la semejanza era mayor con el régimen de los derechos de autor, al considerarse una creación intelectual y que, a la vez, este tratamiento jurídico permitía atender tanto al aspecto moral como al patrimonial que se concitan en los programas de ordenador. También

5 Véase DE OLIVEIRA ASCENSAO. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Ed. Almedina 2001, cit., p. 9, quien señala como punto de arranque del proceso la ley norteamericana de *copyright* de 1969. Sobre los distintos argumentos favorables a su incardinación entre la regulación de la propiedad intelectual o en el marco de la propiedad industrial puede verse como síntesis MIRÓ LLINARES. "La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software", cit., pp. 86 y ss.

6 Todavía durante el año 2007 se ha pretendido la rectificación al menos parcial de este marco jurídico. La tormentosa tramitación de la directiva europea que pretendía legalizar la concesión de patentes a invenciones implementadas por ordenador concluyó con un nuevo rechazo por parte de la Eurocámara. Lo que los eurodiputados han votado es el informe del francés MICHEL ROCARD sobre la posición común adoptada por los 25 respecto a este tema. El eurodiputado proponía la aprobación de 21 enmiendas que modificaban el fondo de la norma o su rechazo total, opción que finalmente ha salido victoriosa. El objetivo de la directiva era aportar claridad, seguridad jurídica y un enfoque común para que no exista una política diferente en cada país respecto a la patentabilidad del *software*. Los defensores de la directiva aseguraban que con ella la patente sería la misma en toda la Unión Europea y los tribunales nacionales se podrían guiar por los mismos principios, teniendo en cuenta las prácticas de la Oficina Europea de Patentes. Pero no todos pensaban igual. La iniciativa dividía incluso a la industria, pues mientras los gigantes tecnológicos son favorables a un sistema de patentes que proteja no sólo las invenciones que utilizan programas informáticos, sino también los programas implicados, las pymes quieren que estén limitadas a las invenciones, y excluir los programas informáticos. Colectivos sociales de todo tipo, desde sindicatos hasta desarrolladores de software libre, han participado en el rechazo a la polémica directiva, que inició su tortuoso recorrido por las instituciones europeas en 2002. Desde entonces se han sucedido las protestas; las últimas, esta misma mañana. Finalmente, la Eurocámara ha rechazado la iniciativa legislativa por 648 votos contra 14, con 18 abstenciones. El rechazo puede deberse a que la mayoría de los diputados considera que el texto de la directiva no garantiza la seguridad jurídica suficiente ni para los propietarios de patentes ni para los nuevos inventores. Para conseguir el rechazo de la directiva se necesitaban 367 votos (mayoría de la Cámara), cifra que se ha superado gracias al apoyo de Verdes, Izquierda Unitaria, Populares, euroescépticos y parte de los Liberales y de los Socialistas.

las dificultades para la determinación de la originalidad de los programas, así como la mayor simplicidad y menor coste del procedimiento (la innecesariedad del registro y el amplio plazo de protección⁷), contribuyeron a la opción final.

2. Relevancia penal de los programas de ordenador

Ya en el ámbito de la legislación penal, los programas de ordenador pueden ser vistos de distintas maneras. Existe por supuesto la conducta que es objeto de estudio en este momento, como protección en sí misma de los programas, directa, desde el punto de vista de los programas mismos. Al considerar los programas como una de las obras del ingenio humano, a los mismos se dispensa tutela penal en el marco de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Ahora bien, la relevancia penal de los programas de ordenador puede plantearse desde distintas perspectivas cuando se toma en consideración el programa como instrumento del delito o como objeto distinto de una creación intelectual. Tras las previsiones del Código Penal español de 1995 en el art 264.2, ya no cabe duda sobre la posibilidad de realizarse un delito de daños sobre los programas informáticos, al considerar el mencionado precepto como autor de este delito “al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos”. También puede relacionarse este tipo de objetos con un delito de apoderamiento (robo o hurto) cuando la conducta de sustracción se realice mediante la aprehensión material del soporte físico en el que se incluya el programa⁸. Excepcionalmente el programa de ordenador puede seguir el régimen de la propiedad industrial, si el mismo está asociado a una patente o modelo de utilidad, según las previsiones ya indicadas del TRLPI⁹. En esos casos de alcanzar relevancia penal el hecho, los tipos penales aplicables serían los concernientes a los delitos relativos a la propiedad industrial de los artículos. 273 y siguientes del C.P. (ss.).

Incluso, pese a no ser del todo claro, es posible conectar el uso indebido de software con los hechos punibles de uso de terminal de telecomunicación sin autorización del titular (art. 256 C.P.). También existe una incriminación específica como medio ejecutivo de las estafas (art. 248.3), “Programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de estafas”. Igualmente están previstas como punibles distintas conductas relativas a programas que permitan el acceso a servicios de radiodifusión e interactivos de pago

7 Véase sobre ello MIRÓ LLINARES, “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, cit., p. 87.

8 De no estar incorporado el programa a un soporte físico no se puede apreciar el objeto material de los delitos de apoderamiento, como se concluyó también en el Derecho austriaco. Cfr. JAVATO MARTIN, A. “La protección penal del consumidor en el comercio electrónico en el derecho austríaco”, *Cuadernos de Política Criminal* 90 (2006), p. 76.

9 Sobre esta posibilidad puede verse MIRÓ LLINARES, “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, cit., pp. 102 y ss.

(art. 286, delitos contra los consumidores y el mercado). Y finalmente se puede citar la presencia en un tipo penal de programas específicamente destinados a la comisión de los delitos falsarios (fabricación o tenencia para cometer falsedades (art. 400).

III. EL OBJETO MATERIAL EN LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EL CONCEPTO JURÍDICO DE PROGRAMA DE ORDENADOR

1. La noción de programa de ordenador

a. En cuanto al objeto físico sobre el que debe recaer materialmente la acción delictiva, el legislador hace mención en el seno de los delitos cometidos contra la propiedad intelectual en primer lugar a las distintas clases de obras. Así, el tipo penal se refiere a las obras literarias, artísticas o científicas. Pero también admite como posible objeto material del delito la transformación, interpretación o ejecución artística de cualquiera de las obras antes mencionadas. Generalmente se entiende que son exigibles distintos requisitos de las obras para su consideración a los efectos de la propiedad intelectual. Por una parte, debe tratarse de creaciones originales, y también tal obra debe haber sido exteriorizada de alguna manera: expuesta a través de cualquier medio o soporte que permita su percepción a terceros.

La protección de los Derechos de autor sobre programas de ordenador se efectúa en la legislación de Derecho privado a través de su asimilación, para determinar el tratamiento legal a aplicar a las obras literarias¹⁰ (así art. 1 L en 16/1993 de 23 del diciembre que incorpora la Directiva 91/250/CEE de 14 del mayo –art. 1.1–). Esta equiparación lo que en definitiva podría suponer es que para lo no previsto expresamente en el régimen legal de los programas de ordenador deberíamos acudir a la normativa aplicable para el caso de las obras literarias, que servirían entonces de modelo, a salvo de lo específicamente previsto para los programas informáticos. Tal equiparación produjo escasos efectos en la práctica pues rápidamente los programas de ordenador contaron con previsiones específicas en la legislación de propiedad intelectual.

El concreto objeto material del delito lo constituyen en nuestro caso los programas de ordenador, que pueden ser definidos como “toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuera su forma de expresión y fijación” (según art. 96.1 TRLPI de España).

10 Ante las dificultades e inconveniencias de alterar el tipo de obras tradicionalmente consideradas protegidas, y “basándose en que el programa se crea con la utilización de un lenguaje y en que la documentación técnica y los manuales de uso se expresan gráficamente por medio de la palabra escrita”: cfr MIRÓ LLINARES. “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, cit., p. 89.

En la definición legal que se acaba de reproducir se tocan distintos aspectos del mencionado objeto material. En primer lugar, el modo característico de funcionamiento del mismo, que consiste en una secuencia de instrucciones. Tales secuencias de instrucciones tienen como destino un ordenador o sistema informático. Finalmente, la misión de tales secuencias de órdenes incluidas en un sistema informático es la de realizar una función u obtener un resultado determinado. En un sistema informático se distinguen dos partes, como señala ROMEO¹¹: lo referente al soporte del programa, que es tangible (el disco en el que se encuentra registrado) y, por otra parte, el medio de expresión, consistente en unos impulsos (instrucciones) eléctricos intangibles. Desde el punto de vista de la tutela de la propiedad intelectual, puesto que no se protegen las meras ideas sino su expresión, se hace necesario el soporte o medio de expresión de tales ideas y conceptos. Así, para los elementos lógicos de los sistemas informáticos, los soportes son de carácter tangible, como los disquetes, cartuchos o CD-Rom, mientras el medio de expresión resulta intangible, en referencia a los impulsos, ondas o instrucciones electrónicas configuradoras del programa.

b. En las definiciones extrapenales la protección de los derechos de autor sobre programas informáticos comprende tanto el *software* como la documentación técnica, los manuales de uso y la documentación preparatoria (art. 96.1 TRLPI). Como en España, en otros países la noción extrapenal de programa de ordenador incluye estos materiales preparatorios y complementarios¹².

Sin embargo, algunos autores dudan que estos elementos complementarios puedan ser incluidos en el objeto material del hecho punible, dadas las garantías propias del principio de taxatividad, pues el legislador penal podía haberlos mencionado de haber sido esa su intención conociendo las exigencias del principio de legalidad en la construcción de las infracciones punibles. Pese a ello GONZALEZ RUS¹³ incluye, sin expresar ningún inconveniente, en la protección dispensada a los programas a la documentación preparatoria, a la documentación técnica y a los manuales de uso. En todo caso los reparos señalados no impedirían, sin embargo, que estos elementos puedan

11 “La protección penal del software en el Derecho español”, *Actualidad penal* 35 (1988), pp. 1832-3.

12 Sobre este aspecto, aunque sin decantarse respecto a la repercusión penal de la noción de programa comprensiva de todos esos aspectos complementarios, MIRÓ LLINARES “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, cit., p. 89. Sin explicitarlo, pero parece como una consecuencia automática de la definición de Derecho privado, MENDEZ REBOLLAL, admite su inclusión: “protección única a un conjunto, si bien susceptible de ser infringido parcialmente”. Lo anterior tiene que ver con la definición de programa que efectúa la Ley de Propiedad Intelectual, de manera que “la literalidad del precepto nos hace dudar acerca de si la protección se produce al programa, documentación técnica y manuales de uso como un todo unitario o, si por el contrario, se dispensa a los mismos separadamente”: Delitos contra la propiedad intelectual relativos a programas de ordenador. Aspectos prácticos”, *La Ley penal* n.º 34 (2007), p. 23.

13 “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *Derecho informático y de las Nuevas Tecnologías*, Boletín n.º 5, enero de 2003, p. 12.

ser incluidos en la protección de los derechos de autor en cuanto otras obras literarias, artísticas o científicas.

c. El requisito de la originalidad representa, como se ha dicho, una exigencia general para las obras protegidas por los derechos de autor, que alcanza todavía una mayor trascendencia para el caso de los programas de ordenador. El problema de la originalidad o de la identidad se sitúa en el punto central en lo derechos de autor, y ya desde la perspectiva general de todas las obras abarcadas por los derechos de autor resulta compleja la determinación de esta cualidad en una de ellas.

Hoy se estima que no existen criterios absolutos y que los modos de determinación de la originalidad han sufrido una evolución, como podrá suceder nuevamente en el futuro. Así en la práctica concurren un conjunto de criterios como el estético, el relativo a la combinación de elementos, el de la singularidad o especificidad creativa o de expresión o bien, finalmente, acudiendo al criterio de los resultados obtenidos¹⁴.

Por la propia naturaleza de los programas informáticos, los mismos pueden ser modificados en mayor o menor medida, a veces tan sólo en pequeños aspectos, incluso por el propio usuario con ciertos conocimientos para sus aplicaciones personales. De esta manera son muy numerosos los programas derivados de los originales, y en ocasiones resultará dificultoso diferenciar la copia ilícita de la creación nueva fundada en el libre aprovechamiento de las ideas. “Los programas informáticos se encuentran sujetos a una constante sucesión de revisiones, actualizaciones y nuevas versiones que los convierte en objetos en permanente estado de mutación”. Debido a esta situación de extraordinaria facilidad para la consecución de programas derivados, en ocasiones mínimamente diferenciados y para exclusivo uso personal, determinados ordenamientos jurídicos exigieron una “alta originalidad”, como forma de cualificación de este presupuesto de los programas tutelados por los derechos de autor. Sin embargo, la armonización comunitaria en este terreno ha propiciado una gran flexibilidad del requisito de la originalidad para los programas de ordenador, facilitando de esta manera una mayor amplitud de los derechos de explotación sobre la obra.

La regulación española señala que “esta protección se extiende a cuales quiera versiones sucesivas del programa así como a los programas derivados” (art. 96.3 TRLPI). Por ello existe una previsión legal específica en este punto que permite a los titulares de los derechos autorice la realización de versiones sucesivas de un programa, sin posible oposición del autor, salvo pacto en contrario. Este inciso anterior y la declaración legal de que tal originalidad debe entenderse “en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor” ha llevado a algunos a estimar la noción de originalidad requerida

14 Cfr. MATA Y MARTÍN, R. M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, ROMEO CASABONA (COORD.), Comares, 2006, pp. 106 y ss.

para los programas en sentido subjetivo. Para MIRÓ esta exigencia no implica una asunción del criterio de la originalidad subjetiva, sino únicamente una atenuación en cuanto a la exigencia de originalidad. De forma que no suponen en ningún caso una exigencia de novedad en el sentido de las invenciones patentables, lo cual complicaría la protegibilidad, sino que debe ser entendida en sentido objetivo, bastando con que no sea copia de la obra de otro¹⁵.

En realidad esta noción subjetiva no aporta una caracterización de lo que deba entenderse por originalidad, pues “que el programa de ordenador sea creación intelectual propia de su autor, es decir, que ha sido realizado por su autor de forma autónoma, sin copiarlo”, no nos proporciona mayor información sino una argumentación circular. La originalidad no cabría nunca considerarla exclusivamente sobre la base de la referencia al pretendido autor, sino necesariamente mediante la consideración de la relación entre autor y obra. En realidad se propondría una argumentación en círculo vicioso pues sólo cabe hablar de autor de admitir previamente la existencia de una obra original. Resulta más coherente, pese a que puedan darse dificultades, afirmar entonces la necesidad de la presencia de una originalidad del programa en sentido objetivo, es decir, que la misma debe vincularse al contenido e itinerario informático pero no necesariamente al resultado o utilidad del programa, aspecto este último en el que pueden coincidir diversos programas originales.

2. La extensión de la noción de programa de ordenador a otros elementos

Respecto a la noción de programa de ordenador resulta necesario señalar su posible extensión a las bases de datos y otros elementos configurados de internet (página web, correo electrónico, nombres de dominio).

Al ámbito estricto de los programas de ordenadores habrá que añadir desde el punto de vista penal lo referente a las bases de datos electrónicas, pues aun cuando de acuerdo a la regulación civil se diferencian los tratamientos legales, sin embargo, a los efectos penales concernientes a los delitos relativos a la propiedad intelectual pueden incluirse ambos unitariamente como posible objeto material de estos delitos. Así MIRÓ¹⁶ entiende que una página web, en cuanto secuencia de instrucciones escritas en un determinado lenguaje informático y puesto que posee un código-fuente en el que está escrita y un código-objeto, debe considerarse como un programa de ordenador.

15 “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* n.º 13 (2004), pp. 94-95. También MÉNDEZ REBOLLAL asume un contenido puramente negativo de la mención legal, pues “original es lo no copiado”: “Delitos contra la propiedad intelectual relativos a programas de ordenador. Aspectos prácticos”, cit., p. 26.

16 *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, 2005, p. 176.

IV. LAS CONDUCTAS PUNIBLES CONTRA LA PROPIEDAD INTELLECTUAL REALIZADAS SOBRE SOFTWARE

Las conductas concretas sobre programas de ordenador que constituyan delito dependerán de lo tipificado en cada legislación penal. El Convenio de Cibercrimen de 2001¹⁷ propone entonces en esta materia varias infracciones que deberán ser incorporadas a las legislaciones nacionales. La propiedad intelectual y los derechos conexos son objeto de protección penal mediante lo dispuesto en el art. 10 de la Convención. Se pretende incriminar los atentados a la propiedad intelectual y derechos conexos definidos en los acuerdos internacionales cometidos deliberadamente, a escala comercial y por medio de sistemas informáticos.

1. El sistema español de delitos relativos a la propiedad intelectual y sus requisitos generales

Las conductas penalmente relevantes desde el ángulo de la protección de la propiedad intelectual de los programas de ordenador son las de plagio, reproducción, distribución o comunicación pública, a las que además las legislaciones pueden añadir la necesidad de ciertas características generales para todas las conductas, como en el caso español, siempre que se realicen con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero.

El ánimo de lucro, como dirección subjetiva que necesariamente debe guiar el comportamiento del autor, puede ser entendido de diversas maneras. La primera, más restrictiva, vincula tal elemento a la búsqueda por el autor de un enriquecimiento con la realización del comportamiento, ventajas de tipo patrimonial que se pueden alcanzar a través del mismo objeto material del delito. La segunda opción mantiene un concepto sumamente amplio que permite extender el mismo a cualquier tipo de ventaja perseguida por el autor.

Se advierte respecto a este elemento subjetivo en los trabajos científicos y en los documentos institucionales una tendencia a identificarlo con la voluntad de comercializar la obra. Con las directivas europeas y el Convenio de Cibercrimen se propende a conectar la ilicitud del comportamiento a la búsqueda de una actividad comercial por parte del sujeto activo. Ya SEMINARA¹⁸ indica la mayoritaria orientación fundamental

17 Cfr. MATA Y MARTÍN, R.M. "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen", *Temas de direito da informática e da Internet*, Coimbra Editora, 2004, p. 209. Complementariamente, pero desde un punto de vista diverso al de la propiedad intelectual, el Convenio en el ámbito relacionado con el acceso ilegal, la interceptación ilegal, los atentados a la integridad de los datos y a la integridad del sistema, prevé el castigo de la producción, venta, obtención mediante utilización, importación, difusión u otras formas de puesta a disposición de dispositivos, incluidos los programas informáticos, concebidos principalmente o adaptados para una de las infracciones antes mencionadas (art. 6.1 ai).

18 "La piratería su Internet e il diritto penale", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* 1,2 (1997), pp. 74 y ss.

de la lesividad de los hechos punibles vinculados a la protección de la propiedad intelectual construida no sólo en referencia a los intereses de los titulares de los derechos sino también para el conjunto del ordenamiento jurídico. Con ello se pone de relieve la dimensión empresarial y comercial que alcanzan estas conductas y se puede considerar coherente la exigencia subjetiva para el autor de perseguir fines comerciales. En trabajos anteriores se ha podido constatar la necesidad de operar con un concepto no extensivo de ánimo de lucro y la adecuación de la orientación comercial en la tipificación penal¹⁹. También MIRÓ señala que este elemento “exige al sujeto la voluntad de comercializar la obra”, pues la reproducción en sí misma de la obra no sería lesiva de los derechos de propiedad intelectual, sino que únicamente los pondría en peligro. Sólo existe lesión de tales intereses “cuando se niega la exclusiva de explotación en el comercio (cuando se comercializa la obra)”. Todo ello hace que este autor considere “atípicas todas las reproducciones no unidas a una voluntad de perjuicio o voluntad de comercialización”²⁰.

El elemento de que el sujeto activo lleve a cabo su conducta en perjuicio de tercero también resulta de obligada concurrencia. Ahora, nos encontramos nuevamente con el problema de su determinación, que requiere bien que se dé referencia a una naturaleza objetiva del elemento o bien que sea entendido desde una perspectiva subjetiva²¹. En sentido subjetivo se entiende este elemento como tendencia interna del autor que dirige su comportamiento a provocar determinados efectos desfavorables. De otra manera, en sentido objetivo, se representa como idoneidad material de la conducta para causar perjuicios a los titulares de los derechos.

2. Los ataques a los derechos morales del autor: el plagio

a. La enumeración de las particulares facultades del autor afectadas por los comportamientos vulneradores de los derechos morales sobre una obra se encuentra recogida en el art 14 TRLPI y textos semejantes de las legislaciones sobre propiedad intelectual en los distintos países.

Fundamentalmente se protege la paternidad (derecho a exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra), la integridad, el respeto a la esencia y contenido de la obra (impedir cualquier deformación, modificación, alteración de la obra en perjuicio de sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación) y el derecho de divulgación (decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma, determinar si tal divulgación ha

19 Cfr. MATA Y MARTÍN, R. M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, t. I, Valencia, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 2003, pp. 54 y ss. Reproducido en MATA Y MARTÍN, R.M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 143 y ss.

20 “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* n.º 13 (2004), p. 98.

21 MATA Y MARTÍN. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp.134 y ss.

de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente, posibilidad de retirar la obra del comercio por cambio de sus convicciones intelectuales o morales). Sin embargo la declaración de estos contenidos morales en el ámbito privado no quiere decir que todos ellos encuentren reflejo en la protección penal del mismo objeto.

Las infracciones referentes a estos derechos morales sobre la obra, en el ámbito jurídico-penal, vienen constituidas por el comportamiento de plagio. Los requisitos del comportamiento punible de plagio vienen definidos por la exteriorización como propia de una obra que posea similares características a la original. La exteriorización consiste en la difusión de carácter público de la obra en cualquier modo. Es necesaria además la manifiesta similitud con la forma de presentación de las ideas y contenidos en la obra original. Sin embargo no cualquier similitud o parecido entre las obras integra este requisito del tipo penal. Por eso no es la mera falta de originalidad de la obra sino la usurpación de la obra mediante la presentación de otra con identidad sustancial.

b. La posibilidad de plagio está condicionada a la declaración legal de quien se considera autor del programa. En definitiva es necesario en este terreno remitirse a la atribución legal de la autoría de los programas y a la particular delimitación de los derechos de explotación, de manera que quien sea considerado legalmente como autor no podrá, en principio, resultar autor de un plagio o, inversamente, el responsable de un plagio no puede ser nunca el autor de la obra de acuerdo a las particulares previsiones legales sobre la titularidad de los derechos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que según la legislación privada no constituye plagio la realización de versiones sucesivas de un programa por el cesionario de los derechos de explotación, salvo que mediara pacto en contrario. Efectivamente el art 100 TRLPI señala: “El autor, salvo pacto en contrario, no podrá oponerse a que el cesionario titular de los derechos de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo”. De forma que por expresa mención legal no podrá considerarse autor de un plagio a quien con autorización del titular de los derechos de explotación realiza una versión sucesiva aun sin contar con la conformidad del autor del programa originario.

Los derechos de explotación se atribuyen al empresario si se ha creado el programa por un empleado en una relación laboral asalariada. Lo anterior posibilita un conflicto entre el autor material y el titular de los derechos. Hemos señalado que quien cabe considerar autor del programa no puede ser calificado como responsable de un plagio sobre el mismo programa. Sin embargo el particular régimen de titularidad de los derechos en el ámbito de los programas de ordenador puede hacer conflictiva la situación entre el autor material y el titular de los derechos. Un problema singular hace mención a la posible coincidencia entre autor de la obra y autor de un delito relativo a la propiedad intelectual: ¿puede el autor material de un programa de ordenador ser considerado como autor de un delito de plagio sobre el mismo programa? Como se ha dicho, debido a la singular configuración legal de los derechos de autor para los programas informáticos,

ésta puede conducir a una situación paradójica en la que el autor material sea considerado como ejecutor de un hecho de plagio.

Precisamente alguna de estas circunstancias se plantea en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de junio de 1998. En este supuesto un informático al servicio de una empresa interviene junto con otro programador en la creación y desarrollo del programa *GQ* de control de calidad. Antes de dejar de prestar servicios en la empresa efectúa una copia del código fuente y de la aplicación del mencionado programa. Posteriormente crea una nueva empresa que aprovecha el mencionado programa y efectúa pequeñas modificaciones sobre el mismo. El Tribunal entiende cometido un plagio con irrelevantes modificaciones. El acusado señala que siendo titular de una parte del derecho de propiedad intelectual, no cabe entender su conducta como plagiaría. El Tribunal responde que el programa fue creado en virtud de una relación laboral con una empresa, a la cual se ha de entender transmitido el derecho de explotación de la obra... sin que tenga relevancia el derecho moral del autor. Esta desconcertante consecuencia está vinculada a las previsiones normativas destinadas a los programas de ordenador, máxime cuando se están otorgando facultades especiales a los titulares de los derechos de explotación que parecen colisionar con los derechos morales del autor, que desde el punto de vista general de la tutela de la propiedad intelectual tienen un carácter irrenunciable e inalienable (art. 14 TRLPI).

3. La conducta punible de reproducción

a. La reproducción, primera de las conductas punibles mencionadas, 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 (art. 18 TRLPI). Ya en el ámbito particular de la regulación privada de los programas de ordenador, esta obliga a obtener autorización para “La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria” (art. 99 TRLPI).

Es tradicional la vinculación entre reproducción y obtención de copias mediante la fijación de la misma en un soporte. Señala SEMINARA²², en este sentido, cómo el término reproducción está originalmente referido a la multiplicación de la obra en copias materiales. Así un primer aspecto decisivo para la solución de algunos supuestos problemáticos es el de si esta reproducción exige la obtención efectiva de copias del programa en el sentido tradicional de copia material. Lo determinante será la concreta formulación legal de la conducta de reproducción. Ya hemos visto cómo el art 18 TRLPI no exige la copia material. La regulación específica para los programas de ordenador en realidad no define la reproducción para este caso, sino que de una forma deliberadamente amplia se limita a admitir la realizada “por cualquier medio y bajo cualquier

22 “La piratería su Internet e il diritto penale”, cit., p. 87.

forma". De esta manera la regulación legal no impone límites con base en la exigencia de determinados soportes materiales al concepto de reproducción.

Con estos presupuestos la modalidad de reproducción parece requerir únicamente la fijación de la obra en un determinado medio que la haga accesible y haga posible la obtención de copias, pero no necesariamente que se generen estas, en el sentido de fijación en un soporte material. No siendo necesaria la copia en sentido estricto, para el caso de los programas de ordenador dada su característica inmaterialidad, sin embargo, deberá precisarse como mínimo la fijación del programa en un medio de forma estable de manera que se pudieran obtener copias –potencialmente–. Se produce así un tránsito a una noción de copia no perceptible por los sentidos ante la irrupción de las nuevas tecnologías cuyo funcionamiento no exige tal materialización.

Precisamente para tratar de adaptar el sistema de protección de los derechos de autor a la tecnología digital se ha aprobado la Directiva europea 2001/29/CE sobre armonización de los derechos de autor y conexos en la sociedad de la información. Entre otros muchos aspectos establece el concepto de reproducción para este nuevo contexto tecnológico (art. 2) que incluye todas las copias que se realizan como parte de una transmisión a través de las redes digitales. Se suele aceptar en todos estos casos la existencia de una auténtica reproducción, de forma más clara cuando se produce una adaptación legislativa, como ha sucedido en España de manera que el art 18 TRLPI (ref. 7 de julio de 2006) ahora no reclama la fijación en soporte alguno sino que es suficiente "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella que permita su comunicación o la obtención de copias".

b. La obtención de una copia ilícita puede realizarse mediante la introducción ilícita del programa directamente en el ordenador, o bien se puede conseguir a través del acceso al mismo entre ordenadores conectados en red. Pero como se ha mencionado, la obtención de ficheros con programas tutelados por los derechos de autor mediante el acceso remoto que permiten las redes informáticas, sin contar con la previa licencia del titular, es cada vez más frecuente. Este tipo de situaciones en realidad presenta dos caras, de manera que puede analizarse desde el punto de vista del oferente del programa y también desde el ángulo del receptor del programa.

Desde el punto de vista del posible receptor del programa a través de una red, el asunto decisivo será la determinación de si la conducta supone una reproducción del programa. Un usuario puede acceder a programas sin licencia de formas muy variadas, como a través de páginas web o mediante FTP, o recurriendo a programas para compartir archivos en la red que facilitan el acceso al disco duro de otros usuarios e, incluso, se puede acceder al programa sin descargarlo en el propio servidor o *PC* y únicamente ejecutándolo.

Respecto a este tipo de situaciones algunos autores (como FERNÁNDEZ TERUELO²³) admiten únicamente la modalidad de reproducción cuando, una vez ofrecidos los materiales a través de internet (página web, correo electrónico, *newsgroups*, FTPS) y una vez alcanzado un acuerdo, se envían los archivos por correo tradicional, pues en este caso sí que existiría una duplicación de ejemplares, es decir, la reproducción de las obras protegidas en un determinado *corpus mechanicum*. Pero, como indica SEMINARA²⁴, la duplicación o reproducción del programa se producirá cuando el contenido resulta abusivamente cargado en una computadora o en un servidor y así adquiere autonomía respecto a la copia original, sin que sea necesario ningún acto más para perfeccionar el delito mencionado. Naturalmente, que pueda hablarse de reproducción no evita que todavía deba comprobarse la presencia del resto de elementos que requiere el tipo del art 270.

También cabe analizar la conducta en relación a la puesta en línea de un programa en un sitio de internet para la posible copia de quienes tengan acceso al mismo. Es decir, estamos haciendo referencia en este momento exclusivamente a la mera puesta en línea de un programa sin contar con la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual de forma que resulte accesible a terceros. Este punto lo estudiamos desde el punto de vista de quien coloca en la red el programa. Tal hecho ha sido castigado en Francia como supuesto de reproducción en tres ocasiones diferentes al situarse en internet obras de varios artistas haciéndolas potencialmente accesibles al público, aun cuando no hubiera tenido ninguna visita, lo que se entiende como reproducción pública ya constituida. Resulta, sin embargo, muy complejo admitir como reproducción este supuesto, desde luego no como hecho consumado, en el sentido de programa cargado en el ordenador propio o en el servidor. No parece concurrir en este supuesto esa característica autonomía entre la copia y el programa del que procede, pues únicamente estaría presente una diferenciación funcional a los efectos de hacer accesible el archivo en la red. Ello naturalmente con independencia del origen último de la copia de la que se ha servido para situarla en internet. Únicamente podría verse aquí un acto preparatorio que, a falta de incriminación expresa, resulta impune.

c. Por otra parte, la mera ejecución del programa no resulta penalmente relevante desde esta perspectiva, en el sentido de mero uso del programa, sin transferencia estable del mismo. Es cierto que la utilización en línea de un programa o de una obra conlleva ciertas reproducciones en sentido técnico, pero estas se apartan del sentido que hemos visto anteriormente para la modalidad de reproducción como infracción a los derechos de autor sobre una obra. En realidad para este supuesto de mera utilización in consentida del programa se detecta un cierto desajuste entre las facultades otorgadas

23 “Respuesta penal frente a la piratería en Internet: subsunción típica y criterios de imputación objetiva de los ISPs”, *Revista de Derecho Penal* n.º 8/2003, pp. 41-44.

24 “La piratería su Internet e il diritto penale”, cit., pp. 80-1.

al usuario mediante la licencia de software y las conductas infractoras, al menos desde el punto de vista penal.

Así, la adquisición de una licencia de software otorga al usuario la capacidad legítima de utilización del programa en ciertas condiciones, pero conservando el cedente la propiedad sobre el programa. Las conductas infractoras a estos derechos concedidos, en el terreno del ilícito penal que es el que corresponde analizar en este lugar, no se refieren en momento alguno al uso no autorizado en modalidad no amparada por la licencia o simplemente por la ausencia total de licencia para un determinado usuario. Las infracciones penalmente relevantes en el ámbito de la propiedad intelectual o de los derechos de autor consisten –como se ha venido mencionando– en la reproducción, plagio, distribución o comunicación de una obra, lo que en ningún caso cabe identificar con la mera utilización no consentida de un programa informático.

Otra cosa será lo que se pueda decir desde el punto de vista de la conducta del oferente del programa en cuanto posible distribución, en el sentido de puesta a disposición del público o bien de la modalidad de comunicación pública, respecto a la posibilidad de acceso a la obra a una pluralidad de sujetos. La evaluación del supuesto se complica con la creación del nuevo derecho de puesta a disposición del público de la obra por procedimientos alámbricos o inalámbricos (puesta a disposición interactiva en redes), que resulta necesario analizar para este caso. Para el usuario de la red queda descartada, como se ha dicho, la posible reproducción pues en realidad únicamente se tiene acceso al programa a efectos funcionales, pudiendo obtener del mismo las tareas y resultados para los que está diseñado, sin que en momento alguno se produzca una transferencia estable del mismo que se independice del programa colocado en la red, de manera que le será imposible un uso posterior del mismo sin un nuevo acceso remoto al mismo a éste. Cuando únicamente se procede a ejecutar el programa sin utilizar ningún espacio del disco duro propio y no se crea por tanto un fichero propio, no se puede hablar entonces de reproducción al no crearse nada distinto del archivo colgado en la red.

d. Es necesario tener en cuenta, a la hora de abordar la posible responsabilidad sobre la base de una reproducción de la obra, que existen reproducciones admitidas en la regulación de Derecho privado. Ya se ha mencionado cómo con carácter general resulta necesaria la autorización del titular de los derechos de explotación para cualquier tipo de reproducción, total o parcial, permanente o transitoria, por cualquier medio que se realice y bajo cualquier forma.

Sin embargo, la reproducción de obras queda ya excluida como hecho ilícito en la regulación privada en determinados casos. Esto es lo que sucede con las reproducciones provisionales que sean transitorias o accesorias y que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico destinado a facilitar una transmisión a través de un intermediario o un uso lícito y que carezcan de significación económica independiente (art. 5.1).

Es decir, se excluyen de los comportamientos ilícitos aquellas copias necesarias desde el punto de vista técnico para realizar una transmisión y que no poseen por tanto un sentido equivalente al tradicional de copia ilícita. “Con lo cual, se excluye a las copias caché (tanto por parte de los usuarios como de los IPS intermediarios), como a las copias que se realizan en la memoria RAM del ordenador al hojear (*browsing*) páginas web”²⁵. Así no se comprende la reproducción llevada a cabo cuando sea necesaria para la utilización del programa por parte del usuario legítimo (art. 100.1 TRLPI), ni la copia de seguridad cuya práctica no se podrá impedir en contrato en cuanto resulte necesaria para la utilización del programa (art. 100.2 TRLPI). Tampoco resulta ilícita la reproducción del código y la traducción de su forma para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa (art. 100.5 TRLPI)²⁶.

Por tanto carecen igualmente de relevancia penal estos comportamientos que ni siquiera la tienen en vía civil. En sentido semejante, la OMPI admite la copia de un programa cuando sea indispensable para la utilización del mismo, con fines de archivo (para sustituir a la copia legítima cuando ésta ya no pueda ser utilizada por daño o pérdida), la copia de seguridad, e igualmente resulta lícita la introducción del programa en la memoria interna del aparato a efectos exclusivos de uso personal.

e. De especial importancia resulta la relevancia penal de la copia para uso privado de programas de ordenador dada la particularidad de su regulación. Problema de no escasa complejidad se presenta respecto de estas reproducciones de programas de ordenador. Sabemos que como uno de los límites generales a las facultades de explotación de los titulares de los derechos de autor o cesionarios, tradicionalmente se ha mantenido el de la copia para uso privado. Sin embargo nos encontramos con que la propia regulación civil excluye de este régimen general el caso de las copias privadas de los programas de ordenador. El art. 99 a) TRLPI incluye la reproducción total o parcial, incluso para uso personal, como contenido de los derechos de explotación del autor del programa de ordenador.

Sin embargo lo que verdaderamente importa ahora son las consecuencias para la responsabilidad penal²⁷. Conforme a la regulación vigente, desde 1987, la situación legislativa

25 XALABADER PLANTADA, R. “Infracciones de propiedad intelectual. La Digital Millenium Copyright Act de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre Derechos de autor en la Sociedad de la Información”, en *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial IX* (2002), p. 149.

26 MIRÓ señala que en los casos de adquisición de un programa que se carga en diferentes ordenadores, en una *empresa, institución para un mismo usuario* doméstico, incumpléndose las condiciones de la licencia, difícilmente podría reputarse conducta delictiva si no está destinado a una posterior comercialización al carecer de ánimo de lucro como elemento del tipo: *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación autor 2005, cit., p. 198.

27 En otros ordenamientos jurídicos la conducta de copia para uso propio e incluso la entrega a terceros con la misma finalidad, como sucede en Austria, resulta impune. Cfr. JAVATO MARTÍN, A. “La protección penal del consumidor en comercio electrónico en el derecho austríaco”, *Cuadernos de Política*

ya no responde a la de las normas penales en blanco. El propio Código señala ahora las conductas penalmente relevantes, aun cuando resulte necesario tomar como punto de partida las nociones civiles, pues en esa sede es donde nace y se construyen las categorías jurídicas de la propiedad intelectual. Por ello, todavía es posible efectuar sobre ellas consideraciones jurídico penales relativas a la misión genérica que se asigna el conjunto del Derecho penal y al sentido concreto de la regulación penal de la propiedad intelectual, siempre, naturalmente, con los límites que imponga el precepto penal.

Desde la perspectiva general del Derecho penal puede señalarse, de acuerdo al principio de subsidiariedad, que considerar incluida de forma automática en el tipo la mera copia de un programa es poco adecuado, si resultan suficientes para restablecer el Derecho, como en principio parece, los medios, menos gravosos para las personas, como el Derecho civil. También dentro de esta misma área general puede entenderse que en realidad estos hechos relativos a una copia para simple uso privado no representan el umbral mínimo de gravedad que exige el principio de fragmentariedad, conforme al cual no cualquier hecho lesivo para un determinado interés relevante para el Derecho (bien jurídico) tiene cabida en la regulación penal, sino exclusivamente aquellos especialmente lesivos y graves.

En cuanto a aspectos relativos a la concreta incriminación, no deja de ser asombroso que la copia privada en general, para el resto de obras amparadas, no resulte ilícita, ni si siquiera civilmente, y la de software pudiera llegar a constituir delito. El argumento a mi modo de ver definitivo viene dado por las condiciones concretas de la regulación penal. El nuevo Código Penal de 1995 introduce como requisitos generales para la persecución penal de estos hechos que el autor actúe en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro, elementos que no se actualizan en todos los casos de realización de una copia privada de programa de ordenador.

El elemento del ánimo de lucro resulta decisivo para supuestos como los de la llamada piratería altruista en los que el sujeto proporciona en internet obras protegidas sin ningún género de pago o compensación económica (pese a las dificultades que genera la aplicación de conceptos extensivos de ánimo de lucro, que no resultan aceptables en una cabal comprensión del elemento)²⁸. Otro elemento del tipo de las infracciones relativas a la propiedad intelectual es la actuación en perjuicio de terceros, que se impone como

Criminal 90 (2006), p. 76. La problemática de esta copia para uso privado en la legislación portuguesa, en DE OLIVEIRA ASCENSAO, J. *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Ed. Almedina, 2001, p. 278.

28 MIRÓ indica la evidencia de las distintas intenciones con las que se puede realizar el hecho, así como la necesidad de distinguir también entre los titulares de una página web y los usuarios del sistema. Para estos últimos entiende que no obtienen ningún beneficio por la actividad de intercambio de obras en la red y que el ahorro del precio no se puede equiparar tampoco a la consecución de un lucro, pues de otra manera confundiríamos el ámbito propio de los hechos delictivos con el del ilícito civil: *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, cit., pp. 180 y ss.

exigencia general para todas las modalidades delictivas. También desde la óptica del bien jurídico protegido se señala el adecuado tratamiento de estas conductas si se estima no concurre la lesividad propia de estas infracciones (dimensión empresarial, ataque a los intereses de los consumidores, dependiendo de la ubicación sistemática).

La consumación de la modalidad de reproducción se producirá con la mera obtención de las copias, en el sentido que venimos viendo propio de los programas de ordenador, es decir, sin que se prece una nueva incorporación de la obra a un soporte material, cuando el contenido de la obra tutelada se carga abusivamente en la memoria de una computadora o de un servidor y así adquiere autonomía respecto a la copia original. Por ello la perfección del delito no exige que se avance más en la cadena comercial (distribución, venta).

4. La conducta penal de distribución

En algunas legislaciones (como la española, precisamente tras su actualización en el año 2006 para las nuevas tecnologías) la noción genérica de distribución sigue exigiendo la fijación de la misma en un soporte tangible. Según lo dispuesto en el art 19.1 LPI, cabe entenderla como “puesta a disposición del público del original o de copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”.

El TRLPI, sin entrar en su contenido, somete a autorización “Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa original o de sus copias” (art. 99 c), por lo que tal acción constituye un ilícito civil. El primer problema por tanto lo constituye la exigencia de fijación en un soporte tangible, sin el cual no existe distribución de la obra que pudiera, en su caso, generar responsabilidad penal. Dependerá de la regulación de Derecho privado y de las precisiones del tipo penal. Si se exige fijación en soporte tangible deberá excluirse la posible responsabilidad penal por distribución en línea.

Algún matiz de interés podemos apreciar en el ámbito de la mera oferta. La puesta a disposición consistiría en colocar al alcance de los destinatarios, ofrecimiento o puesta en circulación. Así nos encontramos con ofertas de software a través de los periódicos o de otros medios publicitarios.

Desde el tratamiento penal general de las conductas, la mera oferta u ofrecimiento del software constituye en realidad un acto previo de la conducta típica de distribución. Es decir, por su naturaleza, la mera exposición pública de la posibilidad de conseguir determinados objetos se sitúa como un antecedente material necesario para la posterior y efectiva distribución, pero que todavía no implica la realización de tal conducta típica. Incluso la práctica habitual de este tipo de negocios ilícitos se desarrolla de manera que mientras el distribuidor no recibe un pedido efectivo no lleva a cabo la reproducción del software. Por todo ello, puede decirse que para el Derecho penal la mera oferta no constituye la realización de la conducta típica de distribución, sino que resulta preciso

que se produzca de manera efectiva el envío de la mercancía (oferta fuera de línea) o la descarga del programa (en el supuesto on-line), aun cuando no sería ya necesaria la recepción real del mismo. La consumación de esta modalidad se produciría una vez iniciado el envío, por cualquier medio, sin que fuera precisa una recepción efectiva del mismo.

5. Comunicación pública de la obra como hecho punible

a. Consiste en la realización de cualquier tipo de actividad que permita el acceso a la obra de una pluralidad de personas sin que medie una distribución material de ejemplares para las mismas. Se debe producir por tanto un acceso a la obra por un conjunto indeterminado de personas, mediante un comportamiento que lo haga posible de manera directa o indirecta, sin que además exista entrega material de la obra. Se excluye la ilicitud de la conducta ya desde la perspectiva civil cuando la comunicación tiene lugar en ámbitos restringidos como el doméstico no integrado o conectado a una red.

Este concepto civil que se toma como punto de partida se encuentra en el art 20.1 del TRLPI: “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. Dentro de los múltiples supuestos considerados expresamente de comunicación pública y enumerados en la regulación se encuentra “La transmisión, de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono” (Lit. e art. 20.2 TRLPI). Por otra parte el, número segundo de ese mismo precepto, en su letra i), incluye como específico acto de comunicación pública “la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija”, lo que puede –en su caso– tener trascendencia a la hora de su posible inclusión entre los hechos abarcables por la regulación penal.

b. La conducta de comunicación pública penalmente relevante de un programa de ordenador puede realizarse a través de una red de computadoras (internet). En estos supuestos, debido al requisito de que tal modalidad suponga el acceso al programa de una pluralidad de sujetos, la concurrencia o no del hecho ilícito dependerá fundamentalmente del tipo de comunicación adoptada entre las distintas alternativas que permite la red.

Cuando el modo de comunicación empleado dé lugar o permita un acceso de una pluralidad de personas podremos estar ante un supuesto de comunicación pública. Cuando el programa se incluye en la red mediante las páginas web, *newsgroups*, *mailing-list*, casos en los que la difusión se dirige a un número indefinido de personas, podemos calificar estos hechos como de comunicación pública. Si el medio escogido no proporciona la posibilidad de la toma de contacto a un número potencialmente significativo e indeterminado de personas no cabrá hablar de comunicación pública en cuanto infracción a los derechos de autor de un determinado programa informático. Así, en principio, el

envío por correo electrónico de un programa no puede calificarse como comunicación pública pues se trata de un medio destinado a la comunicación reservada y entre personas determinadas. No obstante pudieran presentarse supuestos problemáticos en los que el número de destinatarios fuera significativo.

La consumación de esta modalidad se producirá en el momento en el que alguno de los posibles destinatarios llega a tener noticia a través del medio por el que se difunde de la accesibilidad de la obra, es decir, en el momento en el que la noticia llega a ser percibida por el destinatario. En el caso del correo electrónico, como ejemplo, cuando el destinatario recibe el mensaje.

V. CONDUCTAS COMPLEMENTARIAS

Un problema previo y de gran alcance para estas conductas que hemos llamado complementarias, pues como se verá no guardan relación de dependencia con el tipo básico sino que poseen un sentido diverso, es el de si debe entenderse que exigen igualmente los dos presupuestos generales del tipo básico: el ánimo de lucro y la actuación en perjuicio de otro. Algún autor señala que “ambos elementos deben estar presentes para reputar como delictivas estas conductas. Ésta es la única interpretación posible coherente con el principio de intervención mínima y con la propia lógica de estos comportamientos delictivos que son simples actos preparatorios anteriores a los realmente lesivos de los intereses de los autores, editores, etc.”²⁹. Tiene mucha razón el citado autor cuando esgrime que una aplicación del precepto coherente con el principio de intervención mínima haría plausible el requerimiento de al menos los mismos requisitos que para el tipo básico. O más aún las exigencias podrían ser mayores tratándose de hechos que anticipan la tutela penal a momentos previos a la lesión del bien jurídico propiedad intelectual e incluso de un riesgo efectivo para la misma. Pero precisamente esta diferente forma de afección al bien jurídico y que realmente el objeto no es la propiedad intelectual sino que se protegen los dispositivos que tecnológicamente resguardan la obra o los derechos de distribución geográfica de la obra, hace ver que el sentido jurídico de estos tipos penales es bien diverso.

1. La distribución en sentido amplio

Algunas legislaciones (como la española) hacen referencia particularizada a los supuestos de importación, exportación y almacenaje de manera separada, vinculadas especial de manera aunque no explícitamente al caso de los fonogramas³⁰. En este contexto las modalidades de importación, exportación y almacenaje concretan unos

29 MIRÓ LLINARES. *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, cit., p. 200.

30 Cfr. MORENO Y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, pp. 2 y ss.

supuestos de distribución no autorizada en los que se rebasan las fronteras nacionales. Están implicados por tanto los límites espaciales sobre los que se haya autorizado la distribución de la obra y la tutela de los derechos de autor que también están vinculados a un determinado ámbito geográfico.

También en este ámbito la existencia de redes de comunicación que permiten canalizar electrónicamente un programa facilita la comisión de hechos ilícitos. La distribución de programas a través de redes internacionales –de un ordenador a otro rebasando fronteras nacionales– dará lugar a las conductas típicas de importación y exportación. Se constata en la práctica actual la importación masiva de programas adquiridos legalmente en países extracomunitarios pero sin la autorización del licenciatario nacional. En este ámbito se proyectan de manera específica problemas de protección de autores extranjeros no comunitarios de la normativa civil, dado que la tutela de los derechos de autor en principio tienen una base territorial, un ámbito geográfico de eficacia previsto en su regulación privada.

De manera que estos supuestos de importación, exportación y almacenamiento hacen referencia a estas actividades comerciales de carácter internacional sobre obras tuteladas, en las cuales el sujeto posee los derechos de distribución pero se produce un exceso en cuanto al ámbito territorial de validez de los mismos. En realidad se estima que si la copia es ilícita en el país de origen la acción sería ya punible en relación a la modalidad de reproducción.

El Código lo que hace entonces es incriminar incluso las operaciones comerciales referidas a copias legales en origen (también las ilegales), e introducidas en España –mediante internet o mediante copias físicas, pues nada especifica el supuesto y no cabe establecer limitaciones al respecto–, al no estar cubierto el nuevo ámbito geográfico por los derechos de autor. Se trata por tanto de supuestos de distribución de programas que pueden no ser piratas, sino al contrario, legítimos en origen, pero cuyo comercio internacional no se encuentra respaldado por el consentimiento del titular de los derechos de explotación del país de destino o de origen. Por ello las reservas para la aplicación del precepto por parte de la doctrina y de los tribunales son de gran calado³¹.

2. Infracciones relativas a los dispositivos de protección

El número tercero del art 270 castiga un supuesto peculiar: la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la

31 Sobre este supuesto MATA Y MARTÍN, R. M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 39 y ss. MATA Y MARTÍN. “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, cit., pp. 300 y ss. MATA Y MARTÍN. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 123 y ss.

supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador –inicialmente–³². Después se extenderá a todo tipo de obras. El origen de la incriminación de esta conducta resulta también peculiar. Esta conducta, tiene su base en la pretensión de las instancias comunitarias de dotar de especial protección a los elementos lógicos de los sistemas informáticos, proponiéndose la sanción de estas conductas a los países miembros en la Directiva Comunitaria de 14 del mayo de 1991 (91/250/CEE)³³. En realidad el texto de la Directiva mencionada no imponía el establecimiento de sanciones penales para estos casos, pero sí una tutela jurídica adecuada. En este sentido MIRÓ considera que se trata de una incriminación innecesaria, pues señala que al no corresponderse con la Directiva comunitaria e ir más allá de lo previsto en la misma, “puede considerarse como una trasposición ampliada”, que sanciona unas conductas que no son “lesivas ni tan siquiera peligrosas para el objeto jurídico de protección”³⁴. El que se iniciara una incriminación respecto a estos dispositivos únicamente para los programas de ordenador se explicaría también puesto que “cuando se aprueba la citada directiva eran casi únicamente los programas de ordenador los que tenían dispositivos de protección de carácter lógico”³⁵.

Esta orientación ha trascendido las fronteras europeas, de forma que en E U la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (DMCA) ha incluido como infracción la neutralización de las medidas técnicas que protegen la obra, equiparando la simple difusión de informaciones o de productos a la efectiva neutralización. En realidad en la mencionada *Digital Millenium Copyright Act* la elusión de medidas anticopia por parte de los usuarios no queda prohibida. Se trata de permitir que el público pueda realizar copias en circunstancias que quedan cubiertas por la doctrina del *fair use* (copias de uso privado). No sucede lo mismo con el mero acceso que no se considera cubierto por los derechos de autor y por tanto tampoco son aplicables las limitaciones a los mismos. En Europa, la Directiva sobre armonización de derechos de autor y conexos en la sociedad de la información, no prevé en su articulado casos en los que resulte lícita la elusión de estas medidas tecnológicas, pero puede entenderse que resultando lícita la copia privada de una obra tutelada por los derechos de autor y protegida mediante alguna medida tecnológica, pueda también realizarse lícitamente la elusión de tales medidas desde la perspectiva de la copia de uso personal.

32 Sobre este supuesto MATA Y MARTÍN. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 43-4. MATA Y MARTÍN, R.M. “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos”, cit., 2006, pp. 303 y ss. MATA Y MARTÍN, R.M. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 128 y ss.

33 Lo que lleva a otro ordenamientos jurídicos, como el suizo, a incorporar estas conductas punibles: cfr. “La tutela penal del consumidor en el comercio electrónico en el derecho suizo”, *Revista Electronica de Ciencia Penal y Criminología* 07-12 (2005), p. 3.

34 MIRÓ LLINARES. “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, cit., pp. 99-100.

35 *Ibíd.*, p. 99.

Sin embargo, para el caso de los programas de ordenador sabemos que no cuentan con la posibilidad de copias lícitas para uso personal –salvo las de seguridad y otras de carácter puramente técnico–, por lo que no cabe plantear de la misma manera la hipótesis de elusión de las medidas tecnológicas.

Este hecho delictivo representa por distintos motivos una modalidad de comportamiento punible de carácter excepcional. Para empezar, en realidad ahora el legislador ya no toma como objeto material una obra literaria, artística o científica sino tales dispositivos técnicos de protección de la obra. No es posible identificar la acción dirigida sobre estos dispositivos con una infracción de los derechos de autor.

Aún así supone el adelantamiento de la protección penal a conductas que no se refieren siquiera al empleo o utilización de estos mecanismos, sino a su mera fabricación, puesta en circulación o tenencia, es decir a momentos siempre previos a lesión alguna de la propiedad intelectual. Se trataría de una modalidad que constituye únicamente un peligro abstracto para la tutela penal de propiedad intelectual, difícil de justificar desde el ángulo del principio de lesividad que preside la construcción del Derecho penal.

Por otra parte esta prohibición inicialmente poseía una mayor amplitud que el ilícito civil (Lit. c art. 102 LPI), lo que resultaba incoherente con la relación característica entre ambos tipos de ilícitos. No resultaba acertada la regulación penal superando el radio de acción del ilícito civil al abarcar tanto tenencia como puesta en circulación y fabricación, este último supuesto no previsto en la regulación del TRLPI de este tipo de desprotectores. Sin embargo la reforma de 7 del julio de 2006 de la Ley de Propiedad Intelectual ha procedido a ampliar el ámbito de los ilícitos civiles en este ámbito al incluir la fabricación también. El resultado es que sin bien el ámbito de prohibición de la norma penal ya no resulta más amplio que el ilícito civil, ahora ambas infracciones coinciden, lo cual tampoco resulta satisfactorio desde el punto de vista general de las relaciones que deben presidir uno y otro órdenes jurídicos.

Pero lo cierto es que además el tipo penal sigue sin reclamar el fin comercial que debe guiar al autor de los hechos, que sí se exige en la legislación civil, con el consiguiente ensanchamiento de la zona punible. La infracción privada exige expresamente que la puesta en circulación o tenencia de estos instrumentos lo sea “con fines comerciales”, como lo hace la Directiva comunitaria 2001/29/CE sobre armonización de los derechos de autor y conexos en la sociedad de la información (art. 6). Resulta incongruente elevar el nivel de exigencia para la infracción más leve (ilícito privado) e imponer menores requisitos en el ámbito sancionatorio más grave (Derecho penal).

En todo caso sí parece exigible para la aplicación del supuesto, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art 270 C.P., que el medio técnico desprotector de programas posea como única y exclusiva finalidad la de eliminar o evitar los dispositivos de segu-

ridad del programa³⁶. Como consecuencia de esta exigencia típica, deberán excluirse de los comportamientos abarcados por la conminación penal aquellos que, además, posean otras funciones o aplicaciones.

A MODO DE CONCLUSIÓN

El futuro de la regulación penal de la propiedad intelectual y de los programas de ordenador presenta una necesidad de mayor reflexión y maduración sobre su papel en este ámbito. En todos estos ámbitos de presente y de futuro para la propiedad intelectual sobre los programas informáticos y para las obras en general se detecta la preocupación por los retos que las nuevas tecnologías traen para los derechos de autor. Nos encontramos ante una situación de tensión entre las facilidades que los nuevos medios tecnológicos aportan, haciendo mucho más sencillo el acceso a los contenidos tutelados y, por otra parte, la tutela efectiva de los derechos de autor.

Por todo ello no resulta fácil encontrar un punto de equilibrio –técnico y jurídico– en el que también se respeten los intereses legítimos de autores y titulares de los derechos, a su vez ponderando adecuadamente –sin necesidad de relegarlos para conseguir los objetivos anteriores– los derechos e intereses razonables de usuarios y consumidores.

En particular, el Derecho penal en este territorio está sometido a una doble tensión, entre quienes se aferran cada vez más al sistema penal ante las dificultades reales para el respeto a los derechos de autor en la sociedad del conocimiento, pretendiendo la solución a estas nuevas realidades en buena medida ampliando y endureciendo la respuesta penal y, por otra parte, los que pretenden encontrar en las oportunidades de las tecnologías de la información una posibilidad ilimitada de acceso al conocimiento.

Lo que se puede decir desde el punto de vista penal es que este sector del ordenamiento jurídico puede cooperar al respeto a los derechos de autor sobre programas de ordenador y otra clase de obras protegidas para los casos más graves, pero sin que ello suponga el traslado automático de todas las necesidades de tutela de los derechos de autor (especialmente los aspectos vinculados a las nuevas tecnologías) a la regulación

36 Ya indicado así en GÓMEZ MARTÍN, V. “Desprotección de programas informáticos y delitos de empujamiento”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-16 (2002), en especial p. 26, en [<http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf>]. El autor confirma esta interpretación restrictiva como opción compartida por la gran mayoría de la doctrina. También en MATA Y MARTÍN. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., p. 44. De igual manera en MATA Y MARTÍN. “Perspectivas sobre la protección penal del software”, cit., pp. 130-1. Contra esta opinión, MIRÓ entiende que “el código no relaciona la especificidad del destino con el medio, sino con las conductas de fabricación, puesta en circulación y tenencia, ya que utiliza el femenino (destinada) y no el masculino que sería el que permitiría relacionar ‘medio’ con el complemento modal utilizado por el legislador”. “La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, cit., p. 100.

penal. De otro modo se corre el riesgo cierto de configurar en este terreno un exceso de punición.

