

PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN ENTORNOS P2P Y RIESGO DE OFUSCAMIENTO DE LA NORMA

Sergio Pérez González
Prof. Dr. Contratado interino Derecho Penal
Universidad de la Rioja

Resumen

Los sistemas P2P han adquirido en los últimos años una importancia extraordinaria entre los usuarios que comparten obras protegidas por derechos de explotación en exclusiva. El Código penal ha seguido el sentido que le marca la legislación civil, y pretende proteger los derechos de explotación en exclusiva impidiendo por todos los medios el pirateo de las obras protegidas. Con la intención de castigar a quienes se enriquecen con el negocio del pirateo, la ampliación típica de la última reforma penal sería capaz, también, de criminalizar las conductas de los sujetos usuarios P2P. La doctrina y la jurisprudencia vienen considerando que, en esos entornos comunicativos, no se da el ánimo económico, pero esta es una perspectiva coyuntural. Ante el riesgo de que se active una criminalización de las conductas de los usuarios de redes P2P, el artículo propone algunas hipótesis para evitar su punibilidad, basadas en las características especiales de estos escenarios criminológicos. Pone la atención, para ello, en las peculiaridades que se dan en estos contextos en las relaciones de causalidad, en los objetos materiales y, sobre todo, en la adecuación social de las conductas.

Abstract

P2P systems have recently acquired an extraordinary relevance among users who share works protected by intellectual property rights. The Criminal Code has followed the meaning set by civil legislation, and aims to protect copyrights by preventing piracy by all means. With the intention of punishing those who are enriched by the piracy business, the extension of the latest criminal reform would also be able to criminalize the behavior of P2P users. The doctrine and jurisprudence are considering that, in these communicative environments, the economic mood is not given. But this is a conjunctural perspective. Given the risk of criminalization of the behavior of P2P network users, the article proposes some hypotheses to avoid punishability, based on the special characteristics of these criminological scenarios. It puts the attention, for it, in the peculiarities that occur in these contexts in the relations of causality, in the material objects and, mainly, in the social adaptation of the conducts.

Introducción

Las notas que proponemos a continuación no son herramientas resolutorias de un problema concreto. Inversamente, podemos considerarlas una problematización de la solución legislativa que aportase la reforma del artículo 270 del Código Penal en el año 2015. En ella, parecía traslucir la intención por evitar las circunvalaciones tecnológicas aprovechadas para el pirateo de obras protegidas¹. Y así, partiendo de esta expansión típica, proponemos, en un ejercicio de *concernismo* jurídico², una situación distópica próxima que dificultaría la aplicación racional de aquella norma penal; una situación en la que los sujetos usuarios de redes P2P fueran, sistemáticamente, responsables penales. Para exponer la problemática y, sucesivamente, apuntar una estabilidad en la eficacia de la norma, proponemos un itinerario en cuatro bloques: en primer lugar (§1), planteamos en el plano teórico las dificultades de adaptación de la dogmática penal –y una teoría jurídica del delito garantista– con la complejidad alcanzada por los protocolos comunicativos de las redes P2P. Posteriormente (§2), lanzamos la hipótesis por la que el contexto comunicativo P2P será, próximamente, un escenario criminológico central, dada la potencia comunicativa de estos protocolos. A continuación (§3), analizamos el modo en que los elementos objetivos y subjetivos previstos en la tipicidad actual pueden abarcar las relaciones comunicativas en redes P2P que afecten a obras y prestaciones protegidas. Por último (§4), y frente a esta posibilidad, argumentamos sobre una escapatoria a la punibilidad de las conductas de usuarios P2P, fundamentada en la fragilidad de la imputación objetiva o, en su caso, en la adecuación social de tales

¹ “A la conducta típica actual consistente en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, se añade, para reforzar así la protección que se quiere brindar, la de explotar económicamente de cualquier otro modo una obra o prestación protegida sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, sustituyéndose, además, el elemento subjetivo «ánimo de lucro» por el de «ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto», con el que se pretende abarcar conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto”. (Del preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal).

² El XI Seminario Cine y Derecho de la Universidad de La Rioja propuso el tema *Concernismo y derecho ficción* para abordar las preocupaciones jurídicas derivadas de “ficciones que están a la vuelta de la esquina; futuros que son variaciones estiradas del presente; supuestos tan inquietantes como cercanos que ponen en cuarentena el sentido normativo de nuestro sistema jurídico”. En cierto modo, este artículo se enmarca en aquellas intenciones especulativas, que no dejan de ser las que marcan una *sociedad del riesgo*, también jurídico.

comportamientos. Este podría ser un modo para espantar el riesgo de ofuscamiento de una norma que ha ampliado peligrosamente su ámbito de aplicación.

1. La complejidad comunicativa tecnológica desafía a la dogmática penal

Las posibilidades comunicativas en las sociedades actuales responden, entre otras causas, a una carrera de tecnologización constante. De este modo, el uso de herramientas complejas, tanto para actuar como para comunicar, va marcando desafíos a las pretensiones descriptivas del derecho, que debe conceptualizar con sus categorías propias –y bajo el riesgo de la obsolescencia– distinciones renovadas de lo real.

La proliferación social de las comunicaciones informáticas no implica, en esta clave, una ruptura de la dinámica adaptativa histórica del derecho: las innovaciones que se producen desde hace décadas se transforman en retos interpretativos, en encajes de lo nuevo en las viejas formas jurídicas. En realidad, el uso de cualquier aparato con un cierto grado de sofisticación genera controversia en su volcado a lo jurídico.

Sin embargo, podemos notar en el ámbito informático una cierta agudización en las exigencias de esta dinámica adaptativa. Sucede con las herramientas informáticas que –por su capacidad de integrar programación –esto es, acciones o comunicaciones prefabricadas³ que se activan con el hacer de un tercero– resultan especialmente enmarañadas a ojos del derecho y, más aún, a ojos del derecho penal. Cualquier sistema operativo –incorporado a cualquiera de nuestros dispositivos rutinarios– automatiza acciones que dependen, en parte, del hacer del usuario que, con una primera acción volitiva, activa un protocolo comunicativo con consecuencias, en principio, extrañas⁴

³ Si nos servimos de la terminología económica clásica, podríamos hablar de la tecnología como *trabajo muerto* –realizado por otros sujetos y ya amortizado– incorporado al *trabajo vivo* de quienes trabajan de hecho. Si un sujeto usa un puñal para agredir a otro, en esa relación interviene pasivamente el *trabajo muerto* de quien hizo el puñal. Evidentemente, esa implicación material de quien hizo el arma no se identifica con una implicación normativa.

⁴ Como decía el escritor británico de ciencia ficción, Arthur C. Clarke, “toda tecnología suficientemente avanzada es indistinguible de la magia”; y si la magia es, por definición, la ausencia de relación de causalidad, las implicaciones penales son evidentes. Este mundo de relaciones un tanto mágicas sería el “ciberespacio virtual, tal y como lo concibiera William Gibson, al haberse configurado de forma paralela al mundo físico un espacio comunicativo e interactivo que, especialmente en la última década del siglo XX, ha modificado las relaciones económicas, políticas, sociales y, muy especialmente, las personales” (Barrio Andrés 2017, 9).

pero determinantes⁵: algunas más evidentes y deseadas; otras veladas y no queridas.

La programación, por tanto, complica una distinción diáfana de sujetos, acciones y resultados; y esto puede ser así en cualquier circuito cerrado. Las programaciones en sistemas cerrados, sin embargo, no suelen sorprender al sujeto actor, que actúa con expectativas ciertas en su relación con la herramienta programada. Sin embargo, cuando la herramienta programada está en red, la trascendencia de nuestras acciones se abre a imprevisiones mayores.⁶

Originalmente, la lógica de los sistemas en red de comunicación de datos –internet– seguía un sentido unívoco servidor/cliente, de tal modo que a los efectos de asignación de roles el cliente era un sujeto pasivo sin apenas acciones positivas (petición de datos). Las implementaciones tecnológicas fueron posibilitando paulatinamente diversos protocolos comunicativos en los que el cliente (quien maneja un *terminal*, en su sentido literal) interactuara con el servidor, de tal modo que las comunicaciones del servidor estuvieran cada vez más condicionadas por las acciones del cliente.⁷ Esta tendencia de interacción conduciría, en último término a una indistinción misma de los roles de servidor y cliente, de tal modo que un programa que prevé la interacción comunicativa de datos en el que todos los usuarios son, a la vez, servidores y clientes, es conocido como red *peer to peer* o entre pares.⁸

⁵ Decía Lessig (2006) –con una expresión ya convertida en lema– que el código es la ley (*Code is Law*). Y con ello significaba que las estructuras regulativas dispuestas por el desarrollo tecnológico marcan las pautas de los individuos con mucha más precisión que la ley vertical de viejo cuño. En esa lógica se inserta el *soft Law* o legislación que pretende condicionar la vida de los sujetos destinatarios no ya a partir de una comunicación abierta con ellos, sino a través del condicionamiento de sus posibilidades de acción: puede limitarse la velocidad en una carretera con un mandato vertical con forma de señal (prohibido conducir a más de 40kms por hora, por ejemplo) o mediante la disposición de badenes que impiden circular, por condicionamientos materiales, a más de cierta velocidad, aunque formalmente no esté prohibido. En internet, si vale el parangón, nuestro comportamiento queda mucho más determinado por los badenes (*soft Law*) que por las señales verticales (*hard Law*).

⁶ Puede consultarse, sobre algunas características generales de los sistemas de almacenamiento y telecomunicación, así como sobre la problemática que se le deriva jurídico-penalmente, Aboso (2017). También Barrio Andrés (2017, 33 y ss.).

⁷ Un ejemplo de esta dialéctica puede encontrarse en la tensión elaborativa de Wikipedia: frente al enciclopedismo moderno, se erige como una enciclopedia post que actualiza significados por sujetos usuarios. En su intento por seguir marcando cierta estabilidad en un entorno 2.0 y para evitar el riesgo de frivolidad en sus definiciones, ha debido marcar ciertos criterios que salvaguarden el rigor científico, siendo acusada, así, de academicismo.

⁸ La sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª, nº 2/2016, define así los diferentes tipos de redes: “Las redes P2P híbridas, semicentralizadas o mixtas. En este tipo de red, se puede observar la interacción entre un servidor central que sirve como concentrador o hub y administra los recursos de banda ancha, enrutamientos y comunicación entre nodos, pero sin saber la identidad de cada nodo y sin

Desde el punto de vista tecnológico, las ventajas que ofrece este modo de comunicación tecnologizada son muchas: los problemas de ancho banda relacionados con el acceso a un determinado servidor se transforman, en este contexto, en una virtud, ya que cuantos más usuarios convergen, más se amplía la capacidad de *servir* datos. Además, el sistema comunicativo no queda tan expuesto a *caídas* del servidor, ya que siempre hay otros servidores de los que seguir obteniendo datos.⁹

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, estas arquitecturas programadas, abiertas y entre pares representan problemas de ajuste conceptual inéditos. Más aún en el ámbito del derecho penal. Porque la arquitectura de relación electrónica en red entre pares dispone posibilidades de comunicación/acción e interacción que introducen factores inusuales. Y es que esas relaciones están posibilitadas por acciones previas de otros (programadores) y, además, activan no ya solo protocolos automatizados, sino acciones coetáneas de otros sujetos, que actuarán en conjunción.

En esta tesitura, la dogmática penal debe afrontar diversos niveles de inadaptación entre las descripciones criminológicas y la epistemología penal al uso¹⁰. Porque los conceptos informáticos que distinguen esta nueva realidad traen al plano criminológico disciplinas históricamente ajenas al derecho penal. Además, el “esclarecimiento del delito”¹¹ se

almacenar información alguna, por lo que el servidor no comparte archivos de ningún tipo a ningún nodo (...) Redes P2P «puras» o totalmente descentralizadas. Las redes P2P de este tipo son las más comunes, siendo las más versátiles al no requerir de un gestionamiento central de ningún tipo, lo que permite una reducción de la necesidad de usar un servidor central, por lo que se opta por los mismos usuarios como nodos de esas conexiones y también como almacenadores de esa información. Todas las comunicaciones son directamente de usuario a usuario con ayuda de un nodo (que es otro usuario) quien permite enlazar esas comunicaciones”.

⁹ Más allá de nuestra esquemática presentación de esta tecnología, pueden consultarse las actas del 11 Congreso internacional *Advances on P2P, Parallel, Grid, Cloud and Internet Computing* (Xhafa 2016), para conocer las últimas funcionalidades y aplicaciones en la estrategia comunicativa de las redes P2P. Puede resultar instructivo, en un nivel de usuario, el manual para el conocimiento y manejo de las redes P2P escrito por Millán Tejedor (2008).

¹⁰ No adscribimos este análisis a la epistemología de una escuela de derecho penal en concreto, pero asumimos que el Código penal español y, en general, nuestro sistema penal, se encuadra en una perspectiva dogmática legataria de los postulados clásicos, abierta a consideraciones político-criminales y con implicaciones finalistas que impregnan nuestra norma de implicaciones subjetivas. En los elementos típicos resultantes cristaliza lo que aquí concebimos como epistemología penal, esto es, la pauta de interpretación del mundo exterior por un sistema relativamente cerrado, dogmático, que reconoce *sujetos, acciones, resultados diferenciados, objetos materiales, elementos subjetivos, etc.*

¹¹ Utilizamos la expresión de Herzog (2000) para señalar un estadio en la “dialéctica del esclarecimiento del delito”. De la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén (2010, 89) señalan que se trata de las “dificultades de averiguación y comprobación de los hechos”, sustanciadas en la complejidad de determinar las “huellas electrónicas”. Puede consultarse también de la Mata Barranco (2010, 27-28). Una descripción del entorno criminológico de sistemas informáticos e internet puede consultarse en Serrano

abre a un horizonte forense indeterminado. Resulta complejo, entonces, distinguir nítidamente a un sujeto íntegro, individual, que actúa; resulta complejo distinguir sus acciones propias en esta maraña relacional; es complicado relacionar esas acciones con los resultados requeridos por la norma; resulta complejo, incluso, identificar el objeto material en un entorno de comunicación que opera con datos, o sea, con objetos desestructurados; es especialmente oscuro el análisis de los elementos subjetivos, aquellos que se desarrollan en el interior de un sujeto que activa protocolos complejos con movimientos sencillos...

En esos *no-lugares* que refieren de la Cuesta Arzamendi y San Juan Guillén (2010, 57), el sujeto ideal de la Ilustración –ideal a ojos de los apriorismos jurídicos clásicos– ya no es funcional; intentar reconocer su incolumidad en la red –proyectar su imagen jurídica clásica en la realidad de internet– solo puede hacerse normativizándolo, es decir, reconociéndolo en haces de funciones y comunicaciones dispersas para, posteriormente, reconstruirlo argumentalmente en enterezas reconocibles. Aún más cuando el sujeto queda articulado a través de la tecnología de horizontalidad radical entre pares. Y es que nuestras categorías dogmáticas están construidas sobre sólidos fundamentos ético-figurativos, de tal modo que la criminología clásica ha focalizado históricamente su atención en escenarios en los que los sujetos se relacionan directamente¹². La comunicación a distancia que procura internet extrae a los sujetos de estos escenarios *teatrales* en los que la calibración ética resulta tan palpable, de modo que las consideraciones sobre su relevancia penal pasan por filtros técnicos y periciales que, en cierto modo, sea cual sea el daño al bien jurídico, modulan la gravedad de la acción. Digamos, entonces, que, en estos nuevos escenarios, el derecho se enfrenta al reto de buscar las trazas de lo humano (identidad, voluntad, acción, conocimiento, culpa...)

Ferrer (2016). Hacemos, del mismo modo, extensibles al contexto P2P los “dos problemas particulares de cara a la persecución de los delitos informáticos” que Pérez Machío (2010, 247 y ss.) localiza en la jurisdicción competente y la ley aplicable, así como en la responsabilidad de los prestadores de servicios por hechos ajenos. Sucede, sin embargo, que en el entorno P2P el concepto de prestador de servicios redobla su complejidad.

¹² Vale aquí la apreciación de Durkheim, cuando señalaba que, a efectos materiales, es más dañoso un golpe bursátil que un homicidio aislado; y, sin embargo, el quebranto descarnado de la norma ética en el delito contra la vida siempre es más gravosa, a ojos del derecho penal, que la causación indirecta de la pobreza o aun de la muerte de muchas personas. (Durkheim [1893] 1967, 69). Los delitos nucleares se enmarcan en estos escenarios de relaciones directas entre individuos, entre sus cuerpos mismos.

encriptados en los automatismos de la robótica¹³. Y, en esta labor, el derecho penal incorpora más límites dogmáticos que ninguna otra rama de conocimiento jurídico.¹⁴

Las descripciones más exitosas de la sociología y la filosofía en las últimas décadas extraen al sujeto de su nitidez ideal –como sujeto incólume sobre el que proyectar límites y juicios– para pasar a describirlo en clave comunicativa, como *constructo* y, por ello, variable dependiente de los flujos comunicativos que le cruzan y determinan.¹⁵ Quizá estas teorías están en disposición de describir con mucha más fineza y eficacia la realidad de una sociedad *en red*, pero lo cierto es que estas claves descriptivas tienen un encaje limitado en los presupuestos filosóficos del derecho penal¹⁶. Por eso, la complejidad relacional dispuesta por internet distorsiona notablemente la conceptualización penal, al punto que las contorsiones dogmáticas nos llevan a un escenario novedoso, a un estadio del sistema penal que, en busca de cierta eficacia social, corre el riesgo de desligarse de sus principios más garantistas. Eso que aquí caracterizamos como el ofuscamiento mismo de la norma.

¹³ Puede consultarse, sobre este asunto, Quintero Olivares (2017), sobre todo a propósito de la responsabilidad del programador y del usuario de máquinas, robots, drones... y en relación con resultados gravosos. Resulta especialmente interesante su apreciación sobre la insuficiencia de invocar el principio de precaución como causa de imputación penal, sin perjuicio de que sirva como fundamento del control administrativo.

¹⁴ Hernández Díaz (2010, 32-33) apunta algunas consideraciones doctrinales por autonomizar el “derecho informático” como tal, que sería recorrido entonces por lógicas civiles, administrativas y penales. Las dificultades, sin embargo, serían muchas, de tal modo que la autora concluye que cabe una “criminología informática”, pero que es más difícil identificar bienes jurídicos informáticos en sí. Podemos hablar, en un sentido general, del “Derecho penal informático”, pero, como señala De la Mata Barranco (2010, 23), la vinculación a esta división del derecho penal pueden marcarlo diversas variables, como el medio comisivo, sin que deba notarse la afectación a un bien jurídico específicamente informático. Así, de la Mata Barranco (2010, 192) clasifica los delitos contra la propiedad intelectual como “delitos contra la gestión de derechos digitales” dentro de los “delitos cometidos a través de sistemas informáticos”. En definitiva, en este campo el legislador debe, por un lado, valorar la inclusión de modificaciones que puedan permitir subsunciones complejas y, por otro lado, debe valorar la creación de nuevos preceptos capaces de proteger nuevos bienes jurídicos que nacen de la peculiaridad informática como tal (De la Mata Barranco 2010, 24 y ss.).

¹⁵ Teubner (1989) relaciona los tres grandes proyectos analíticos que, durante el siglo XX, han ensayado sobre las escapatorias a la filosofía jurídica del sujeto: la teoría del discurso, la teoría de la autopoiesis y el post-estructuralismo, representadas por Habermas, Luhmann y Foucault, respectivamente.

¹⁶ Limitado por aquello que notaba Hassemer (1999, 8 y 18) y que resume perfectamente los límites en la expansión del derecho penal compartidos por la mayor parte de la doctrina: “El *derecho penal se legitima* precisamente en la medida en que formaliza el control social (...). El ciudadano no queda, pues, funcionalizado en aras del Estado, sino que es el Estado el que se funcionaliza al servicio del ciudadano”.

2. El entorno P2P como próximo escenario criminológico

El derecho penal se ha internado paulatinamente en algunos de los escenarios complejos caracterizados *supra*¹⁷. Esas incursiones han sido a veces cautas, a veces atolondradas, pero siempre orbitando unos mínimos garantistas. Si concretamos el diagnóstico en las coordenadas que señalan nuestro objeto de estudio, nos encontramos con una situación un tanto paradójica: Nuestro Código penal parece asumir, en sus previsiones, la posibilidad de que se lesionen los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual a través de redes P2P, pero nunca hasta ahora se ha castigado penalmente la conducta de un usuario P2P por un delito relativo a la propiedad intelectual.

Los motivos de esta inaplicación de la norma en estos entornos son variados. Desde un punto de vista dogmático, podríamos decir que el delito previsto en el art. 270 CP no puede realizarse mediante un uso rutinario de las redes P2P: tanto la Fiscalía General del Estado –en sendas circulares (1/2006 y 8/2015), como el propio Ministerio de Justicia¹⁸ consideran que las conductas previstas en el art.270 CP no pueden cometerse por sujetos usuarios P2P en tanto que en ellos no concurre el ánimo de lucro o, posteriormente, tras la reforma de 2015, el ánimo de beneficio económico. Sin embargo, parece más convincente en este punto vincular la inaplicación de la norma con los argumentos político-criminales que parecen discurrir subrepticios. Y es que la posición político-criminal que anima la impunidad de estas conductas parece estar orientada, sobre todo, por el alto grado de impopularidad que acarrearía lo contrario. Se produce, entonces, una conjunción entre los efectos contraproducentes en la aplicación expansiva del art.270 CP y las contrariedades que, desde el punto de vista dogmático, se producirían, de tal modo que, sistemáticamente, no se persiguen las conductas de compartimentación de contenidos protegidos por usuarios de redes P2P. Podemos

¹⁷ “El denominado factor espacio-tiempo (...) atribuye a esta realidad una naturaleza transfronteriza, caracterizada por la existencia de una clara separación entre autor y víctima, entre acción y resultado o entre autor y escena del crimen” (de la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén 2010, 91). Miró Llinares (2011) dibuja con precisión el escenario de “la oportunidad criminal en el ciberespacio”; sin embargo, pone el acento sobre las acciones cotidianas de la víctima que componen, paralelamente, este nuevo espacio para el crimen y que, para el delito que nos ocupa, pierden relevancia.

¹⁸ A propósito del Proyecto de Ley de reforma del Código Penal de 2013, sustanciado en la reforma de 2015, una nota de prensa del Ministerio de Justicia decía textualmente: “En ningún caso se actuará contra usuarios o buscadores neutrales, ni contra los programas P2P que permiten compartir contenidos” (https://elpais.com/cultura/2013/09/20/actualidad/1379704980_231370.html, fecha de consulta: 4 de febrero de 2018)

interpretar, entonces, la relación actual del Código penal con los usuarios P2P como una suerte de equilibrio pacífico, como una toma de posiciones punitivas –aún contenidas en su alcance interpretativo– pero que, potencialmente, pueden afectarles en tanto que las valoraciones político-criminales varíen. Y es que el art.270 CP se caracteriza por una altísima flexibilidad, muy apropiada ante la realidad criminológica que atiende.¹⁹

Nuestra hipótesis de trabajo pasa por considerar que es muy probable que esa sensibilidad político-criminal sobre las conductas de usuarios P2P cambie²⁰. Puede suceder, entonces –y no por casualidad–, que el entorno virtual en el que más patina la dogmática penal (como veíamos *supra*) sea el que más relevancia criminológica alcance en los próximos años. Porque las características que señalábamos de las redes P2P son, precisamente, las que facilitan la comunicación, la reproducción de contenidos y la prestación de servicios agrupados en datos.

Así es que podemos colegir la previsible expansión de los protocolos P2P como método masivo de compartir contenidos digitales precisamente porque estandariza la colaboración radical, que es la clave de cualquier actividad sometida a la eficiencia económica en la actualidad²¹ y, por eso mismo, como medio idóneo de generar daños en los derechos de explotación exclusiva de obras y prestaciones. En esta lógica, es evidente que el interés por evitar estas conductas ha requerido una atención jurídica especial en los últimos años, pero el refinamiento de la eficacia en el ámbito de las redes

¹⁹ La fineza con que el funcionalismo político-criminal condiciona el redactado de estos delitos nos lleva a notar una cierta tendencia *actuarialista* en esta estrategia punitiva, ya que el modo de perfilar los potenciales sujetos activos y, sobre todo, de destipificar a otros, resulta muy evidente: la expresión introducida en el art. 270.2 CP (“facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual”) es un modo palmario de penalizar las conductas de quienes disponían *links* a contenidos alojados en servidores ajenos y, paralelamente, evitar la tipicidad en la conducta de los buscadores que indexan contenidos descargables ilícitamente, es decir, un modo de evitar la tipicidad de la conducta de Google.

²⁰ Eso que Gómez Rivero (2012, 316) caracteriza como “miedo a la multiplicación de estos delitos”.

²¹ La eficacia funcional de la desestructuración del sujeto está sucediendo en muy diversos planos: probablemente sea paradigmático el plano laboral, donde las biografías del sujeto trabajador quedan quebradas por las nuevas maneras del ciclo (re)productivo (Pérez González 2018, 86-87). Así es que hay una suerte de paralelismo entre los nuevos empleos, circunscritos a las estructuras empresariales actuales más rampantes, y la colaboración laboral entre pares. Google, Facebook, Microsoft o Amazon, por ejemplo, despliegan su potencial capitalizador a partir de la puesta en común del producto inmaterial de muchos sujetos (Botsman y Rogers 2010). La disputa empresarial en clave de toma de posición está sucediendo, sobre todo, en torno a la adquisición de derechos de explotación; sobre obras, pero no solo: patentes, modelos de utilidad o, sobre todo, datos. Los datos son hoy el fundamento sobre el que se construyen estas empresas con mayor capacidad capitalizadora del mercado; y la *apropiabilidad* de los datos es, por tanto, pieza central para determinada concepción del orden económico.

P2P aún tiene un amplio margen de maniobra que probablemente se agudizará cuando este tipo de tecnología monopolice los resultados lesivos que procura evitar el art.270 CP.

Hasta el momento, los tempos y las modulaciones en que el derecho ha enfrentado estas exigencias de protección han sido diversos²². En nuestro horizonte de análisis, la diferenciación más evidente se refleja en los ritmos descompasados con que Estados Unidos y la Unión Europea gestionan la protección de la propiedad intelectual²³. Si concretamos estas dinámicas generales en el ámbito penal y a propósito de las redes P2P, estas diferencias se traducen, como nota Rando Casermeiro (2015, 37 y ss.), en la presión ejercida desde Estados Unidos para elevar la protección de la propiedad intelectual, incumbiendo incluso al usuario individual.²⁴

En la Unión Europea, la necesidad de armonizar la reprobación penal por infracción de los derechos de explotación en exclusiva sobre obras y prestaciones está detrás de las reformas implementadas en nuestro Código penal²⁵. El resultado final, sustanciado en el art.270 CP²⁶, puede comprenderse mejor desde una perspectiva evolutiva de las

²² Puede consultarse una genealogía completa en Miró Llinares (2003, 31 y ss.)

²³ En general, podemos referir la expresión *intellectual property* como sustanciadora de la propiedad inmaterial (Rando Casermeiro 2015, 22). Gómez Rivero (2012, 72-73) confronta las ventajas e inconvenientes de referir “propiedad intelectual” y “derechos de autor”, ya que estos últimos engloban la dimensión moral de la autoría y, por tanto, tendrían una especial relevancia como delimitador del bien jurídico protegido. Sobre la diferencia conceptual entre el sistema *copyright* y los “derechos de autor” desde una perspectiva histórica y comparada, puede consultarse Miró Llinares (2003, 96 y ss.).

²⁴ Nota Rando Casermeiro (2015, 37) que la expresión “beneficio directo o indirecto” introducido en la última reforma del art.270 CP es una expresión “que EEUU viene exportando al mundo en sus acuerdos bilaterales de comercio”. Además –y a propósito de la Circular 1/2006 de la Fiscalía, que evitaba verificar el ánimo de lucro del tipo penal en los usuarios de redes P2P– Estados Unidos, “al sacarnos de las ‘listas negras’ de ‘países piratas’ que confecciona su departamento comercial, nos despedía con una reprimenda dirigida precisamente a esa Circular, y más precisamente a la parte en la que se ‘descriminalizaba’ el P2P” (Rando Casermeiro 2015, 38). De la Mata Barranco (2015, 105) señala, además, que el legislador español, en la reforma de 2015, ha ido más allá de lo requerido por la normativa europea.

²⁵ Puede consultarse una genealogía de la normativa europea que conduce a la tutela penal de los delitos contra la propiedad intelectual en nuestro Código en de la Mata Barranco (2015, 102 y ss.); en un sentido más amplio de la normativa internacional para combatir la cibercriminalidad, puede consultarse de la Mata Barranco y Pérez Machío (2010, 123 y ss.).

²⁶ Artículo 270. 1. *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

sucesivas reformas que, al margen de que pueda informar un sentido interpretativo del tipo, refiere sin duda una tendencia político-criminal expansiva.

En este sentido, los síntomas en la redacción del art.270 CP que evidencian esta atención hacia las redes P2P son dos: [a] por un lado, la ampliación de la conducta típica; y es que la vieja redacción, basada en lo previsto por la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)²⁷, recogía las acciones de “reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente”. La última reforma introdujo una nueva acción típica como corolario desestructurador de la clasificación taxativa previa. Y es que el Código penal prevé ahora como conducta punible, además de las expresamente recogidas como ilícitas por la LPI, la de “explotar económicamente de cualquier modo”. De este modo, el Código penal puede ser más expansivo que la LPI misma en cuanto a la apreciación de la acción ilícita, que, con su último elemento clasificatorio, incorpora potencialmente las conductas más recónditas. [b] Por otro lado, la reforma de 2015 sustituyó el elemento subjetivo “ánimo de lucro” por el de “ánimo de beneficio económico directo o indirecto”; la inclusión del último calificativo podría acoger, también, cualquier medio idóneo para que el sujeto activo procure incluso el lucro cesante; y esto sucede a menudo en el caso de sujetos usuarios P2P (como analizamos *infra*).

Tal y como señala Rando Casermeiro (2015, 25-26), esta potencia expansiva de la norma evita su riesgo de impopularidad agarrada a cierto discurso político que señala como objetivo de la punibilidad a tramas organizadas. Pero frente a esa intención discursiva, la tipificación elegida parece no cribar la casuística con suficiente sutileza, al punto que la evolución de las reformas ensancha los límites de las conductas típicas. Por esta razón, la amenaza penal sobre usuarios P2P cada vez es más cierta. De hecho, en el ámbito mercantil, la implicación de los usuarios P2P en conductas ilícitas ya empieza a hacerse un hueco en el escenario jurisprudencial. Así, la sentencia del Juzgado de lo

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

²⁷ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

mercantil nº 1 de Donostia, nº 239/17, es la primera sentencia que se ocupa en España de la ilicitud de la conducta de un usuario P2P. Y ese pistoletazo de salida lo es también el de estas notas.

Si la afectación a la propiedad intelectual, como parece evidenciarse cada vez más, queda monopolizada por los protocolos P2P, parece lógico pensar que, tanto las próximas reformas, como la interpretación de lo ya tipificado, van a volver la vista sobre la necesidad de criminalizar estas conductas. Entonces eclosionará con fuerza la polémica dogmática. El encaje de estas complejidades en una teoría del delito garantista resulta, sin duda, dificultoso, de tal modo que, en lo que sigue, pretendemos cruzar las nuevas realidades forjadas en entornos P2P con los elementos jurídico-penales que más pueden resentirse ante aquellas. A partir de ese análisis, pretendemos apuntar el riesgo de contradicciones y ofuscamiento normativo que se estaría generando.

3. Hipótesis sobre la funcionalidad del art. 270 CP en entornos P2P

De lo dicho hasta aquí podemos colegir que el legislador penal debe enfrentar un campo de posibilidades difícilmente subsumible a una descripción típica naturalística, ya que, como notábamos antes, el código (*Code*), la programación, el algoritmo de relación que gestiona las opciones, es la norma social en el terreno de la comunicación computacional.

Las estrategias normativistas aplicadas a nuestro sistema penal son variadas. En cualquier caso, queremos notar aquí que las tácticas legislativas empleadas para ello (el uso de elementos normativos, de normas penales en blanco, de tipos de peligro abstracto que tienden hacia una suerte de responsabilidad objetiva –incluso, en ocasiones, de determinados perfiles criminológicos subjetivos–) no dejan de ser ejercicios de normativismo moderado que siempre, en último término, debe atender a la realidad empírica y a las circunstancias subjetivas del sujeto.²⁸ Y, en esa condición innegociable que es esencial en nuestro sistema punitivo, pretendemos analizar el margen de aplicación razonable o, por el contrario, de ofuscamiento de la norma penal.

²⁸ Puede consultarse sobre este asunto la lúcida interpretación sobre los límites del normativismo que propone Mir Puig (2005). Un relato sobre la tensión entre normativismos –moderado y radical– puede valorarse en Pérez González (2018, 202 y ss.).

La exigencia de eficacia de la norma²⁹, por tanto, lleva al legislador a introducir técnicas normativistas capaces de captar el daño material que, efectivamente, puede causarse mediante estos protocolos complejos. La manera más adecuada para ello ha sido introducir elementos desarrollados en otras normas (evitando la técnica de la norma penal en blanco) con un reflejo inmediato en la legislación civil que, de modo más preciso, recoge los cauces para lesionar los intereses de los titulares de los derechos de explotación en exclusiva de la propiedad intelectual³⁰.

Es así como el Código penal, ante la ineficacia de tipificar las conductas al modo naturalístico (imaginemos la inoperancia, en este campo, de expresiones relativamente mundanas y comprensibles para observadores legos como *llevarse* o *sustraer*, por ejemplo), se sirve de expresiones normativizadas como *reproducir*, *comunicar públicamente*, *obra o prestación literaria, artística o científica*, etc...³¹ De este modo, el Código penal convierte en bien jurídico el interés particular defendido en la norma civil³².

Y, sin embargo, el uso de estas expresiones –la normatividad que enclaustran–, como veremos en lo que sigue, sigue sin parecer suficiente como para empastar las grietas que se revelan entre la tipicidad penal y la realidad computacional³³. Eso es lo que valoramos a continuación:

²⁹ Con Atienza (1997, 36-38), referimos, en un sentido general, la eficacia de la norma como grado de cumplimiento por parte de sus destinatarios; y la eficacia social (o efectividad), como grado de cumplimiento de los objetivos sociales.

³⁰ Y es que “el punto de partida de la intervención penal (es) la legislación sobre propiedad intelectual” (Gómez Rivero 2012, 93).

³¹ Mir Puig (2005, 8 y ss.) echa mano de Searle para distinguir entre “hechos físicos”, “hechos sociales simples” y “hechos institucionales”. La conceptualización de *descargar* en una red P2P debe atender a una serie de protocolos sociales previos (la ajenuidad de la obra, la construcción de la vía de descarga, etc.) que, sin duda, enmarcan estos hechos entre los terceros. La intensidad normativa de su concepción es, entonces, notable.

³² Y así la protección penal se incardina en el criterio de la *ultima ratio*, tal y como argumenta el preámbulo mismo de la última reforma: “(...) ofrecer una adecuada protección jurídico-penal, aunque sin olvidar que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia”.

³³ Un análisis de los distintos elementos típicos del art. 270 CP puede consultarse en Tirado Estrada (2016) o Martínez-Buján (2015, 193 y ss.); nuestro análisis, sin embargo, toma por base criminológica el caso concreto del intercambio en redes P2P, de modo que modulamos en tal sentido las valoraciones mayoritarias de la doctrina.

3.1. Sujetos y acciones

Proponemos una primera encrucijada de conceptos en nuestro itinerario en la que deben encontrarse abstracciones penales y realidades concretas: por un lado, las abstracciones penales del sujeto activo y la acción y, por otro lado, la realidad concreta y compleja de los entornos P2P, donde los sujetos son muchos, interconectados, y las acciones quedan encriptadas en programaciones.³⁴

De lo expuesto *supra*, deducimos que un sujeto usuario de P2P puede adoptar dos roles sin desdoblarse necesariamente su conducta en acciones diversas: en primer lugar, podemos conceptualizar la posición del usuario como *downloader*, es decir, quien descarga obras protegidas; y, en segundo lugar, el mismo usuario, sin realizar conductas ulteriores, desarrolla también la función de *uploader*, o sea, quien *sube* o dispone obras protegidas a otros³⁵. En ambos casos, la acción volitiva cristaliza en una serie de selecciones y ejecuciones de archivos que, en el entorno de los sistemas operativos más comunes, se concreta en unos *clicks* que activan el protocolo de compartimentación del programa P2P instalado u *online*.

En el primer caso (dimensión *downloader* de la conducta) la acción natural del *click* parece encajar en la previsión típica de *reproducir*; y es que, al hacer *click*, el usuario está activando un programa para fijar parte de la obra y, así, obtener una copia (sin perjuicio de un análisis más preciso sobre la relación de causalidad y el objeto material, que abordamos *infra*). Podemos pensar en casos en los que esto no sea así: En la retransmisión de eventos deportivos en *streaming*, por ejemplo, no se obtiene una copia de una obra, pero, en cualquier caso, el usuario seguiría activando un modo de fijar

³⁴ En el ámbito forense, las complejidades son muchas y, sin duda, exigen un esfuerzo dogmático de adaptación: Así, por ejemplo: ¿puede identificarse al sujeto a partir de una IP? ¿Y si la IP es dinámica? ¿Puede determinarse el dispositivo que tenía asignada una IP dinámica en un momento concreto? ¿Y si son varios los sujetos que usan ese dispositivo? Si, como sucede en los sistemas P2P, se produce una conexión a un servidor con IP fija que facilita las direcciones IP de otros sujetos usuarios P2P, ¿es esa IP fija la que señala al sujeto que comunica? Evidentemente, las decisiones jurisprudenciales van perfilando las respuestas a estas preguntas, pero no es menos evidente que, desde una perspectiva penal garantista, la indeterminación que se deriva de estos interrogantes apuntaría a evitar la punibilidad. Puede consultarse un análisis sobre estas cuestiones, sobre todo en relación con el rastreo de IPs realizadas por servidores intermedios en la compartimentación, su encaje con la licitud de la prueba y el deber de conservación de datos de los proveedores en de Nova Labián (2010, 110 y ss.). Véase también Gómez Rivero (2012, 305, nt. 371).

³⁵ Sobre estos roles y la asignación de funciones, puede consultarse de Nova Labián (2010, 246).

provisionalmente datos para procurar su comunicación, es decir, seguiría *reproduciendo* como actividad típica.³⁶

Si hubiera algún resquicio en la subsunción de alguna situación –sobre todo en los casos de reproducción por *streaming*– en la conducta de reproducción, este queda sellado por la reforma de 2015, ya que amplía los supuestos típicos de la acción, como notábamos *supra*, y, en una previsión que sacrifica la taxatividad debida, propone explotar económicamente “de cualquier otro modo”. Y la conducta de obtener una prestación por *streaming* cabe en *cualquier otro modo*, que es una manera de identificar, por analogía *in malam partem*, las conductas precisadas expresamente en el tipo con cualesquiera otras parecidas. Es decir, si la compartimentación P2P en *streaming* –por corrientes de datos– no encaja en la conducta de *fijar* exigida por el contenido normativo civil del verbo *reproducir*, entonces podrá encajar en cualquier otro modo que comparta esos fines, que debemos considerar, en cualquier caso, de explotación económica.

Por otro lado, y respecto a la conducta del sujeto usuario de P2P en su vertiente *uploader*, debemos señalar que, técnicamente, su acción natural no se identifica con el *clic* que activa la petición de datos para descargar, sino con la mera ejecución del programa P2P. Así es que su conducta no consiste en suministrar o *distribuir*, ya que en su acción no necesariamente se inicia una subida de datos con destino a otro. Con su acción, el *uploader* pone a disposición de otros usuarios algunos archivos, es decir, estaría *comunicando públicamente*³⁷. Y es que la jurisprudencia, de manera indirecta, ya ha catalogado esta acción como de “comunicación pública”: lo ha hecho a propósito de quienes disponían obras completas para ser descargadas en un servidor.³⁸ Técnicamente,

³⁶ Art.18 LPI: “Reproducción. Se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”.

³⁷ Art.20 LPI: “Comunicación pública. 1. Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo”.

³⁸ La diatriba doctrinal y jurisprudencial ha rondado, en los ámbitos mercantil y penal, el alcance de la acción típica en relación con la puesta a disposición de obras en servidores o, en su caso, la puesta a disposición de enlaces a protocolos P2P. En ese campo de gestores de contenidos o de índices de contenidos (y no en el de usuarios P2P como potenciales sujetos activos) las discusiones doctrinales se ocupaban del alcance de la previsión de conductas específicas de “comunicación pública”, etc. en acciones de alojar o enlazar. Valga, para ejemplificar estas disputas, el llamado caso Sharemula (auto de la Audiencia Provincial de Madrid de septiembre de 2008 en el que se confirma el sobreseimiento libre

la conducta del *uploader* no es muy distinta. Sin embargo, no sería *comunicación pública* tal conducta si ponemos el acento diferenciador en que el *uploader* no dispone la posibilidad de acceso sin límite (como sucede con quien cuelga contenidos en un servidor con forma de página web), pero, a efectos de la definición de la LPI, vale con permitir el acceso “a una pluralidad de personas”, sin que puedan quedar amparados ya por la copia privada aquellos a quienes se permite, positivamente, el acceso (teniendo en cuenta, además, que ese acceso selectivo estaría en manos del protocolo P2P, y no de la voluntad directa del *uploader*).³⁹

Difiere también la dimensión de su *negocio*. No es polémico notar el componente económico en las webs de descarga directa. Podría ser más polémico señalar ese mismo componente en la comunicación pública realizada por el *uploader*. Sin embargo, mediante una interpretación lingüística coherente del tipo, cuando se alude a “cualquier otro modo de explotación económica” se señala, indirectamente, el componente económico implícito en las acciones tasadas, incluida la de comunicación pública. Y, como la comunicación pública queda definida con precisión en la LPI, parecería lógico, también, que la mera comunicación pública de obras protegidas es, necesariamente, una conducta de explotación económica.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su interpretación del art. 3.1 de la Directiva 2001/29, ha exigido en diversas sentencias varias circunstancias a la conducta de *comunicación pública* que parecerían dejar fuera la conducta del *uploader*,

que realizó en 2007 el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid), aunque problematizado de nuevo en 2017 por la sección número 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en propiedad intelectual, que rectifica en parte, y desde una perspectiva civil, los posicionamientos penales previos. Véase también de Nova Labián (2010, 250-251). No había, por tanto, uniformidad jurisprudencial a la hora de considerar la existencia de *comunicación pública* en el caso de los facilitadores de enlaces a páginas de descarga o aun a protocolos P2P, ya que estos sujetos no poseían técnicamente las obras protegidas y, por tanto, su responsabilidad se relaciona con la regulación de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Recientemente, la sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo penal, sección 2ª, nº 2/2016, señala, a propósito del caso Youkioske, que el “P2P nace como un intercambiador directo de recursos sin un control central definido; pero el problema surge cuando ese intercambio solidario de contenidos ya no se realiza entre usuarios, sino que se convierten en una exposición y comunicación pública en una página web que se convierte en un auténtico mercado”. En cualquier caso, y para hacer tabla rasa de la heterogeneidad jurisprudencial, parece dirigido a estos casos, como veíamos *supra*, la ampliación típica del art. 270.2 CP, a propósito de quien “facilite de modo activo (...) el acceso o la localización”.

³⁹ En general, nuestra opinión sobre las conductas de *uploader* y *downloader* es la misma que la elaborada por Rodríguez Moro (2010, 937).

en tanto que conectaría la dimensión del negocio con un determinado concepto de *público*: “el concepto de 'público' se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas”⁴⁰. En la medida en que no hay una disposición incontrolada al público, sino que, técnicamente, hay una habilitación individualizada a cada sujeto *downloader*, la conducta del *uploader* no podría ser *comunicación pública*.

A pesar de ello, la conducta del *uploader* podría seguir siendo típica al quedar englobada por la ampliación del art. 270.2 CP. Porque en ese hacer de quien dispone individualizadamente, se facilita “de un modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico el acceso o la localización en internet” de la obra protegida; salvo que el alojamiento protocolario del sistema P2P encaje en la causa de atipicidad de neutralidad o tratamiento técnico.⁴¹

Pero debe notarse, además, que, al margen de esta hipotética conducta delictiva del *uploader*, queda pendiente el análisis de sus actos en relación con la conducta del *downloader* que *reproduce*⁴². Y es que la conducta de reproducción no sería posible –no alcanzaría su ínsito resultado lesivo– sin la previa acción del *uploader*, de tal modo que, bien por participación, bien por autoría accesoria o incluso por coautoría⁴³, quien pone a disposición una obra está posibilitando la reproducción de la misma.

⁴⁰ Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, ap. 32.

⁴¹ Si atendemos a otra tipología delictiva (delitos de difusión de la pornografía infantil) que puede realizarse con el mismo medio tecnológico de las redes P2P, concluiríamos que la tipicidad del comportamiento del *uploader* es incuestionable, ya que son varias las sentencias que apuntan a la responsabilidad de quien aloja contenidos en carpetas compartimentadas a propósito de las conductas típicas previstas en el art. 189.1.b) CP.

⁴² Se concretan en este supuesto las hipótesis de Pérez Machío (2010, 267) sobre la “exigencia de responsabilidad penal del prestador de servicios de internet a título de partícipe”; y es que, en este caso, el *uploader* estaría, en cierto sentido, ofreciendo un servicio. Si bien no se trata el de prestador genérico de habilitación de la conexión, puede parangonarse en algunos aspectos de participación y extensión del conocimiento de la antijuridicidad.

⁴³ Debería analizarse, en concreto, el mejor modo de conceptualizar la función del *uploader* en relación con la conducta del *downloader*: ¿son actos contributivos autónomos pero no típicos?, ¿son de fácil reemplazo?, ¿son actos derivados de un previo acuerdo y un plan común?, ¿son actos típicos pero no forman parte de un plan común? En cualquier caso, si validamos la opción por la que *uploader* estaría cometiendo un acto de comunicación pública, lo lógico sería agotar en esa conducta su fundamento de punibilidad.

Ante este panorama delictivo al que invita la previsión actual de acciones típicas, el análisis sobre la concurrencia de delitos se hace inabordable⁴⁴. De hecho, la acción de petición de descarga de un *downloader* pondría en macha la cooperación (o complicidad, ya que por lo general resulta de fácil reemplazo) cuando no la coautoría de varios *uploaders*, de tal modo que, cada vez que se cometiera un delito de este tipo en este entorno de compartimentación, las responsabilidades subjetivas se ampliarían notablemente.

3.2. Objeto material

La verificación del objeto material como elemento integrante del tipo de injusto pasaba, hasta la reforma de la LPI de 2014⁴⁵, por la consideración de la obra objeto de la acción como copia privada lícita. En tal caso, el componente normativo implícito en la literalidad del Código impedía considerar la consumación delictiva.

Sin embargo, la copia privada queda limitada desde 2014 por razón de “que la reproducción se realice a partir de una fuente lícita” (art. 31.2.b LPI). De este modo, no parece que esta pueda ser una causa de destipificación, ya que lo que un *downloader* obtiene es la copia de la copia. En realidad, no necesariamente la obra dispuesta es una copia, pero, si atendemos al protocolo P2P, suele serlo, ya que, por lo general, se comparte lo previamente descargado, es decir, lo previamente reproducido, que ya nunca podría volver a reproducirse en el marco de la copia privada.⁴⁶

La conducta del *uploader*, sin embargo, al no ser de reproducción, no está vinculada a la ilicitud de la copia manejada. Así es que la puesta a disposición (comunicación pública)

⁴⁴ Más allá de las peculiaridades del entorno P2P, que subliman esta cuestión, sucede lo que de la Cuesta Arzamendi, Pérez Machío y San Juan Guillén (2010, 85) apuntan sobre los delitos informáticos: la tensión entre el delito continuado y el concurso en los casos de repetición y automatización del hecho. Gómez Rivero (2012, 321) señala sobre esta cuestión que debe valorarse si se trata “de una misma línea de progresión en la lesión del bien jurídico” para delimitar si estamos ante un delito o varios.

⁴⁵ Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁶ Podemos pensar, incluso, en la posibilidad de que el objeto material descrito en la norma penal es suficientemente autónomo de la LPI y, por tanto, más amplio que el descrito en esta, de tal modo que la copia de una obra original también puede considerarse objeto material del delito, aun siendo legal en el ámbito civil. Simón Altaba (2014, 201) contempla también esta posibilidad, que deshecha por contradictoria con el principio de intervención mínima. Lo más lógico, entonces, es remitirse a la “vía interpretativa clasificatoria que ofrece la LPI”.

del original mismo (o de una copia lícita) encaja en el tipo, bastando, por tanto, la ausencia de autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Debe considerarse, por otro lado, una cuestión derivada de la posibilidad de dissociar el objeto material y que puede proyectarse, paralelamente, en la apreciación de delitos diversos. Y es que el sujeto usuario P2P, en su función de *downloader* o de *uploader*, *reproduce* o *comunica públicamente*, por lo general, varias obras protegidas (a veces cientos). Y no solo: técnicamente, la comunicación concreta se sustancia en flujos de datos dissociables que contienen partes de la obra, a su vez, distinguibles. De este modo, cada usuario cometería delitos diversos si comparte partes diversas de la obra. Una perspectiva restrictiva en este punto nos llevaría a reivindicar que se trata de un bien jurídico de carácter colectivo⁴⁷ y, por tanto, a pesar de las identidades que mantiene con la LPI, no habría delitos diversos por razón de sujetos pasivos afectados, sino uno solo por afectar al bien jurídico común de la propiedad intelectual. En este sentido, solo habría un delito por muchas obras o partes de obras que conformen el objeto concreto del delito. En cualquier caso, la literalidad del tipo soporta una interpretación extensiva que conecte la lesividad concreta con cada objeto material o sujeto pasivo individualizadamente afectado. Las consecuencias de esta segunda interpretación serían insoportables por desproporcionadas.

Por otro lado, y a propósito de la compartimentación P2P por *streaming*, como veíamos *supra*, las prestaciones son también objeto material del tipo. Sin embargo, y a efectos de rastrear hipotéticas atipicidades, queda la duda sobre la concurrencia de los calificativos vinculados a tales prestaciones: prestación literaria, artística o científica (¿son los partidos de fútbol una prestación *artística*?⁴⁸). En este punto, y a pesar de que la inclusión de este objeto material en la reforma de 2015 parece responder a una presión para criminalizar el pirateo de las retransmisiones deportivas, la persistencia del

⁴⁷ Sobre la relación entre el bien jurídico de naturaleza individual sustanciado en el patrimonio del sujeto pasivo y su trascendencia funcional, social, derivada de una interpretación sistemática por su integración de este delito entre los delitos socio-económicos, puede consultarse Miró Llinares (2003, 85 y ss.; 192 y ss.) y, sintéticamente, Martínez-Buján (2015, 193).

⁴⁸ Los derechos de explotación del fútbol sí son titularizables en exclusiva, como es notorio, pero su volcado al Código penal queda, en este caso, condicionado por su carácter artístico, que podría interpretarse restrictivamente en el ámbito penal. Martínez-Buján (2015, 194) concluye que las prestaciones no deberían ir calificadas del mismo modo que las obras.

legislador por vincularla a su dimensión artística podría dejar fuera del tipo tales conductas por razón del objeto material, que no por la acción, como veíamos antes.

3.3. En perjuicio de tercero

La doctrina discute sobre el sentido de este elemento.⁴⁹ Si, por un lado, se considera que se trata de un elemento subjetivo, debería requerirse que la conducta del usuario de redes P2P fuera realizada con el ánimo de afectar económicamente al sujeto pasivo, es decir, al titular de los derechos de propiedad intelectual. Si así fuera, debe notarse que este ánimo de perjuicio solo podría ser indirecto –en relación con el lucro cesante⁵⁰– ya que la conducta de reproducción o de comunicación pública –debido al carácter digital del objeto material en esta versión comisiva del delito– no debería implicar, en principio, una intención directa de perjudicar a nadie.

Si comprendemos el “perjuicio económico” en un sentido económico, “la conducta será delictiva cuando sea idónea para producir un perjuicio a un tercero” (Martínez-Buján Pérez 2015, 198). Y, si tal perjuicio objetivo puede derivarse del lucro cesante, entonces podemos pensar en que la conducta del *downloader* podría encajar en el tipo. Deberíamos plantearnos, entonces, si la descarga desincentiva la compra o si, por el contrario, al no poder deducir necesariamente que la descarga sustituya a una compra, no podría validarse la idoneidad para producir perjuicio en terceros en el caso de usuarios P2P, como apunta Gómez Rivero (2012, 314 y ss.).

La conducta del *uploader*, sin embargo, no colma, *prima facie*, este requisito típico, ya que la puesta a disposición en la carpeta de compartimentación no parece suficiente como para notar objetivamente un perjuicio. Nota, sin embargo, Martínez-Buján (2015, 198), que de esta interpretación se deduciría que ninguna conducta que no materializa la lesión patrimonial podría ser, entonces, en perjuicio de tercero (como el almacenamiento del art. 270.5 CP), por lo que no debe descartarse, en virtud de una lectura coherente del tipo, que también el *uploader*, al alojar determinados archivos en las carpetas compartimentadas, estuviera actuando en perjuicio de tercero.

⁴⁹ Martínez Buján (2015, 198) sintetiza las valoraciones doctrinales en este sentido.

⁵⁰ Puede verse, sobre esto, Puente Aba (2008).

Cuestión añadida a estas especulaciones es la de las cantidades de reproducciones que serían necesarias para verificar este elemento relativo al perjuicio de tercero⁵¹. Porque no parece lógico reducir el perjuicio –si nos adscribimos a la tesis según la cual el bien jurídico excede lo meramente patrimonial– a la reproducción de una sola obra. Y si se diera, como suele darse en este contexto, la reproducción de muchas obras de diferentes titulares de la propiedad intelectual, solo podríamos considerar que el elemento se cumple asumiendo la teoría de los daños cumulativos. Es decir, una suerte de autoría accesoria *ex ante* por la que, aunque una sola conducta no colma la exigencia del perjuicio de tercero, tal conducta incorpora la presunción respecto de conductas similares de otros sujetos activos, de tal modo que en esas coordenadas se completaría cuantitativamente la exigencia del perjuicio, aun siendo el sujeto activo un particular y el sujeto pasivo una gran empresa.⁵²

3.4. Dolo y ánimo de beneficio económico directo o indirecto

El dolo por la realización de los elementos del tipo concurre, por lo visto hasta aquí, sobre la conducta del *downloader*, ya que si no fuera por ese interés en obtener una copia de la obra (o en obtener la prestación en tiempo real), la *acción natural* de hacer *click* no se habría producido. Es mucho más dudoso que la acción sea dolosa en relación con la acción del *uploader*, en tanto que esa dimensión se activa sin que sea lógico presuponer un interés concreto del actor, de tal modo que la acción típica a la que se asimila esa conducta concreta (nosotros la hemos catalogado como *comunicación pública*) solo podría verificarse como antijurídica subjetivamente mediante una intensificación de la prueba que lo acredite (voluntad específica por compartir) o, si acaso, por dolo de segundo grado o aun eventual (mero conocimiento o representación hipotética de la compartición).

No parecería adecuado, en todo caso, dejar fuera a quienes no conocen el mecanismo que activa su acción, es decir, lo que la acción de buscar y abrir un protocolo P2P (por torrent o por hash de sopcast o acestream) implican, ya que el dolo no tiene por qué

⁵¹ No parecería una mala solución la fijación de una cuantía mínima, como proponen Gil Gil y Martín Fernández (2009, 20).

⁵² Gómez Rivero (2012, 316-317) refiere el principio de acumulación como “denostado”, ya que las afrontas que supone al principio de responsabilidad subjetiva parecen insalvables.

abarcar el itinerario técnico de la relación de causalidad, bastando, como veremos *infra*, la imputación objetiva del resultado a la acción inicial.⁵³

Debe concurrir también el dolo sobre el objeto material y la ausencia del consentimiento del titular del derecho de explotación en exclusiva. En este sentido, la única particularidad que implica la realización de los hechos en un entorno P2P pasa por conocer el carácter protegido de la obra, de tal modo que puede suceder que el *downloader* intente descargarse una obra titulada de un modo incorrecto en la compartimentación; pero este error no tendría relevancia típica si la obra efectivamente descargada también estuviera protegida, aunque no fuera la deseada por el sujeto activo.⁵⁴

Pero, sin abandonar el ámbito de los elementos subjetivos, el cortafuego de punibilidad que ha funcionado hasta ahora ante la virtualidad punitiva del tipo ha sido la de la exigencia de elementos subjetivos específicos relacionados con el orden socio-económico: “ánimo de lucro” y, tras la reforma de 2015, “ánimo de beneficio económico directo o indirecto”.

Las propias indicaciones de la Fiscalía en la Circular 8/2015 desbarataban una hipotética interpretación de la tipicidad que concibiese como delictiva la acción de los usuarios P2P, con fundamento en la ausencia de elemento subjetivo: “no cabe encajar estos comportamientos en el tipo penal del art. 270 CP, tanto en el derogado como en el actualmente vigente, debido a la ausencia de ánimo de obtener beneficio económico, sea

⁵³ No parece que este supuesto pudiera encajar en el error sobre el tipo, en la medida en que se yerra no sobre elementos con relevancia en el tipo, sino en la precisión técnica que, de una forma u otra, seguiría encajando en el tipo.

⁵⁴ Podemos considerar la posibilidad de imputación de los sujetos que elaboran los servidores de trackers de torrents, como propone de Nova Labián (2010, 248), de tal modo que su conducta ya podría quedar englobada por la facilitación prevista en el art. 270.2 CP (previsión que no existía cuando de Nova Labián valoraba tal posibilidad). Quedarían implicados como autores mediatos, en la medida en que los autores materiales que suben y descargan no incorporasen el elemento subjetivo del ánimo de beneficio económico. Sin embargo, tanto el dolo de los facilitadores como de los alojadores en su relación con el carácter protegido de las obras *subidas* por otros podría ser insuficiente: y es que la punibilidad de los gestores de contenidos parece resquebrajarse ante las novedades tecnológicas que encriptan sistemáticamente los archivos subidos por usuarios, más allá de lo que pueda exigir la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (el ejemplo paradigmático es Mega, sucesor de Megaupload). De este modo, podría no validarse siquiera el dolo eventual en la medida en que muchos de los archivos subidos a estos servidores no son obras protegidas, algo que no pueden alegar los usuarios finales del P2P y que puede ser otro motivo para volver la mirada a su criminalización. Más aún cuando la mayor parte de software P2P exige al usuario que lo instala el respeto de las leyes de propiedad intelectual (de Nova Labián 2010, 246).

directo o indirecto. Solo sería apreciable una intención de conseguir el ahorro de la contraprestación o cualquier otra ventaja personal que no es equiparable al elemento subjetivo exigido, máxime cuando no se realiza en el marco de una actividad económica, ni siquiera rudimentaria” (p.25).

Sin embargo, esta interpretación de la atipicidad no espanta el riesgo de punibilidad, ya que, como notábamos más arriba, si la interpretación de la Fiscalía respondiera a una estrategia político-criminal, esta podría variar sin esfuerzos legislativos en cualquier momento. De hecho, una opción interpretativa que se agarre a la unidad lingüística y sistemática del precepto podría reconocer que la expresión “de cualquier otro modo explote económicamente” queda conectada con las conductas de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública, ya que el tipo, implícitamente, está considerando que estas son conductas que explotan económicamente, *per se*; si no, la clasificación de acciones no referiría, en último lugar, “de cualquier otro modo”; y es que la hipótesis más razonable nos lleva a pensar que los modos expresos (reproducir, etc.) son también maneras de explotar económicamente. Si damos por buena esta premisa, debemos considerar que el ánimo de “beneficio económico” que recoge el mismo precepto debería interpretarse con los mismos criterios sobre el perfil de *lo económico*, de tal modo que, reduciendo la complejidad de la literalidad típica, podemos concluir que cualquier acción prevista en el tipo es económica y, por tanto, si concurriese el dolo sobre la misma, concurriría el elemento subjetivo económico. De este modo, la obtención del beneficio indirecto parece, en estos parámetros, un ánimo verificable aun por cauces de idoneidad enrevesada, como el lucro cesante⁵⁵.

Pero estas apreciaciones sobre “el ánimo de beneficio económico” son aplicables, en todo caso, a la conducta de reproducción del *downloader*. Si analizamos la dimensión *uploader* del sujeto usuario P2P, debe hacerse una primera precisión que, de no

⁵⁵ En una argumentación inversa, vemos cómo doctrina y jurisprudencia, antes de la reforma de 2015, consideraban que el “ánimo de lucro” no podía ser considerando como el lucro derivado del no gastar (sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria nº 40/2008). Así, el ánimo de lucro debía concretarse en la intención de obtener una “ventaja económica directa o inmediata” (Gómez Rivero 2012, 311); cuando la reforma de 2015 propone la expresión “directo o indirecto”, la interpretación doctrinal dominante se desmorona como fundamento de atipicidad, ya que el usuario P2P tiene intención de obtener beneficio indirecto al no gastar. Así también, por interpretación político-criminal, deberíamos entrever el ánimo de beneficio indirecto en la inclusión de publicidad en las webs de enlaces o descarga directa, como adelantaba ya de Nova Labián (2010, 249); véase también Martínez Buján (2015, 197).

verificarse, evitaría su impunidad a todas luces: solo puede validarse la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de beneficio económico si comprendemos en ello un modo indirecto de optimizar sus posibilidades de descarga al *subir* contenidos. Es decir, la conducta *uploader* solo sería típica si, en ese disponer contenidos, el sujeto pretende beneficiarse económicamente mediante descargas posteriores. Si no verificamos esta opción, la comunicación pública del *uploader* no sería típica y, por tanto, su acción solo sería reprochable si se pusiera en relación con la acción del *downloader* (como veíamos *supra*).

4. Hipótesis sobre una escapatoria de punibilidad

4.1. Relación de causalidad e imputación objetiva

Hemos visto que el escenario criminológico en el que nos encontramos procura acciones típicas altamente normativizadas. Así, sucede en la realidad empírica que las etapas materiales en las que podemos dividir el desarrollo de la acción normativa son descomponibles, de tal modo que podemos atender a la relación de causalidad material entre esas etapas.

Para ello, debe verificarse el desarrollo de la acción en el caso de los delitos de mera actividad (comunicación pública o facilitar el acceso) o, en el caso de un hipotético resultado final (la copia ilícita reproducida), debe verificarse la causalidad material con tal resultado. Es decir, deben confrontarse todas esas etapas materiales de realización de la acción para, posteriormente, imputarlas objetivamente a un sujeto o sujetos.⁵⁶

Si recogemos nuestra breve explicación acerca del funcionamiento de las redes P2P *supra*, verificaríamos que la relación de causalidad sigue las pautas siguientes: por un lado, en el marco de la conducta del *downloader*, la acción del *clic* debe activar la petición de datos para descargar en el propio espacio de almacenaje (en relación con algunas variantes de redes P2P, debemos notar que algunas pasan por facilitar una conexión a un servidor con IP fija que facilite las IPs dinámicas de otros sujetos usuarios P2P). Cuando el usuario *uploader* recibe la petición de datos, automáticamente

⁵⁶ Se trata de un “presupuesto mínimo” previo a la responsabilidad, derivado del “*principio de causalidad*” (Muñoz Conde 2015, 240). Así es que esta categoría nos sirve para deslindar la tecnología de la magia, como exponíamos *supra*.

el protocolo P2P abre el acceso a un espacio de almacenaje determinado, sin que pueda considerarse, como veíamos *supra*, que se dé una acción positiva de trasladar datos al peticionario por parte del *uploader*. A través de ese acceso concedido automáticamente, el sujeto usuario *downloader* descarga datos como porciones de una obra o prestación. Y esta sería una relación de causalidad protocolizada y regular, validada por la disciplina forense respectiva (la informática). El problema, sin embargo, radica en que la relación de causalidad pueda quedar demostrada en un nivel de elementalidad del que quepa deducir las implicaciones jurídicas de la imputación.⁵⁷ Esto es, debe poder colegirse de la pericial informática que, efectivamente, una determinada reproducción lo es de unos determinados archivos. Porque, más allá de que el resultado final sea una copia de una obra protegida, lo cierto es que esa copia debe serlo al margen de la copia privada, para lo que deberían identificarse fehacientemente los archivos originarios o, al menos, uno de ellos, que dé cuerpo a la conducta de reproducción de una parte de la obra protegida.

Solo partiendo de esta reconstrucción cierta del proceso de compartimentación podemos verificar la conducta de la reproducción. Pero no solo. La mera confirmación de las etapas materiales no parece suficiente como para deducir una imputación del resultado a la acción de un sujeto.⁵⁸

En este sentido, es relevante en el escenario que nos ocupa valorar si en la conducta del usuario de redes P2P se está creando “un riesgo no permitido” (Muñoz Conde 2015, 244). La valoración sobre este ámbito de lo permitido se traslada a la previsión objetiva del resultado a partir de la acción; y esta previsión objetiva puede derivarse al análisis probabilístico, pero también a la existencia de un conocimiento suficientemente extendido en el plano social⁵⁹ que, en nuestro caso, asuma que, quien se instala o pone

⁵⁷ “Se infringe el principio in dubio pro reo cuando se afirma que se desconoce cómo se han producido los hechos, pero que puede imputarse objetivamente el resultado porque ‘hipotéticamente pudo ser de esa forma’” (Corcoy Bidasolo 2015, 14).

⁵⁸ “Las teorías de la causalidad, en sus distintas vertientes, se han venido completando con criterios normativos, coincidentes en su mayor parte con los de la *teoría de la imputación objetiva* elaborada en Alemania por Claus Roxin” (Muñoz Conde 2015, 243).

⁵⁹ Cabría, incluso, plantear si hacemos depender la imputación objetiva de criterios estadísticos o de una valoración del conocimiento. La STS de 19 de octubre de 2000 requiere la previsibilidad del resultado a partir de esa acción determinada.

en marcha de cualquier otro modo un protocolo P2P, puede generar el perjuicio o el resultado lesivo.

Si la respuesta fuera negativa y no considerásemos la existencia de una conciencia social sobre la funcionalidad de estos métodos de compartición, podría seguir habiendo imputación objetiva para aquellos sujetos cuyos conocimientos excedan los conocimientos medios. Es decir, podemos considerar que, aun no verificándose, en general, la imputación objetiva, es probable que pueda verificarse específicamente para aquellos sujetos que usan esta tecnología. Es decir, en el mero uso de las redes P2P se constataría un conocimiento especializado que haría imputable objetivamente el resultado a la acción de esos sujetos concretos.

La imputación objetiva de la acción del *uploader*, sin embargo, sería diversa: no actúa, como notábamos más arriba, a partir de una petición de descarga, sino que lo hace en el mero ejecutar el programa P2P. La relación de causalidad aquí exige que ejecute la aplicación en unas condiciones determinadas, que pasan por almacenar archivos concretos en espacios concretos compartidos con otros usuarios (o al revés: el usuario puede no tener ningún archivo compartido, de tal modo que la acción que inicia la conducta típica no sería la ejecución del programa, sino disponer los archivos en una zona de compartición). Y en esa acción, el automatismo del protocolo P2P hace que la imputación objetiva del perjuicio o del resultado sea más compleja, ya que un sujeto que se haya descargado algo en alguna ocasión ya ha almacenado automáticamente ese contenido en un espacio de compartimentación, de tal modo que sería más exigente la verificación de la imputación objetiva misma en tanto que el proceso está encriptado en una programación *oculta*.

4.2. Adecuación social

En este enredo, sin embargo, parece muy apropiada la consideración de Feijoo Sánchez (2016, 55-56) al señalar que la imputación objetiva no debe entenderse “meramente como una teoría de imputación de resultados, sino una teoría global y normativizadora del tipo”. De este modo, “el riesgo permitido” no depende de la “probabilidad”, sino que es “la configuración normativa de la sociedad la que configura la permisión de riesgos”. Así, Rueda Martín (2002, 130-131) señala que la teoría de la imputación

objetiva puede, a su vez, perfeccionarse si atendemos a parámetros de valoración subjetiva de la conducta que sí incorpora la teoría de la adecuación social de Welzel⁶⁰. De esta manera, frente a las teorías despersonalizadas de la imputación objetiva, que pretenderían validar (o no) la adecuación social de un comportamiento según criterios estadísticos (o de proyección sobre un pensamiento socialmente estandarizado), cabría manejar la variable de la voluntad a propósito de acciones dolosas⁶¹. Y es que en esa línea debería valorarse la hipótesis por la que una conducta dolosa –en nuestro caso, hacer clic para descargar una obra, que no necesariamente implica un conocimiento especializado– podría no ser punible en tanto que adecuada socialmente.

El encaje de la *adecuación social* como categoría dogmática de nuestra teoría del delito es, de suyo, una cuestión espinosa⁶². Si bien no hay un fundamento legal explícito en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina lo ha encajado de manera heterogénea en diversas categorías dogmáticas, que llevan a esta institución de la atipicidad a la antijuridicidad.

En el entorno informático que sirve de marco a nuestro estudio, podemos valorar una hipotética causa de adecuación social de las descargas en tanto que insignificantes⁶³. En realidad, esta hipótesis ya la hemos analizado a propósito de la necesidad típica del “perjuicio de tercero”, exigida en el art. 270 CP; de este modo, no sería oportuno trasladar la insignificancia a esta categoría, ya que la causa de atipicidad estaría motivada por la ausencia de aquel requisito típico y no por la eficacia de la adecuación social como categoría argumentativa⁶⁴.

⁶⁰ Ya en sus *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal* Welzel (2004, reedición de las *Abhandlungen* de 1975) trata esta cuestión a propósito de las relaciones entre derecho natural y positivismo jurídico, entre ética, conciencia, poder y derecho. Véase, sobre el concepto de adecuación social en Welzel, el extraordinario trabajo de Cancio Meliá (1993).

⁶¹ Puede consultarse también, en este sentido, Rueda Martín (2001)

⁶² Roldán Barbero (1992) ofrece una interesante panorámica sobre las posibilidades aparejadas a esta perspectiva. También han sido centrales para apoyar nuestros argumentos las valoraciones de Cancio Meliá (1993) y Eser (2002), basadas en buena parte, a su vez, en las de Welzel y Roxin.

⁶³ Eser (2002, 456 y ss.) calibra el concepto de insignificancia a propósito de la gratificación en un hipotético delito de cohecho.

⁶⁴ Y si sirve como categoría argumentativa, la adecuación social contraería notablemente la posibilidad de apreciar este elemento típico, así como el elemento subjetivo del “ánimo de beneficio económico” en el sentido que apunta Feijoo Sánchez (2016, 62): “Se trata siempre de un instituto para determinar la conducta típica que tiene efectos restrictivos y no efectos expansivos”.

Pero no necesariamente debe concurrir la insignificancia de la descarga para poder apreciar en la conducta misma una adecuación social con relevancia en la reprobación penal. Así –en el sentido general en que la pergeñase Welzel –, “quedan fuera del concepto de injusto aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido” –según la traducción de Cancio Meliá (1993, 698)–. Estaríamos, entonces, proyectando la *adecuación social* sobre la tipicidad misma, en tanto que una interpretación dinámica de los elementos típicos (pensemos, para nuestro caso, en la *reproducción* que realiza el *downloader*), evita la estaticidad de un tipo de injusto que, por su normativismo, exige recoger referencias sobre lo socialmente aprobado.⁶⁵ Esta es la teoría a la que parece auparse la interpretación de la sentencia del Juzgado de lo penal nº 3 de Santander, nº 309/2006, de 14 de julio, al pronunciarse sobre el castigo de las conductas de usuarios que comparten copias: “implicaría una criminalización de comportamientos socialmente admitidos y además muy extendidos”.⁶⁶

Otras interpretaciones sobre el contenido de la *adecuación social*, sin embargo, la condicionan al requisito añadido de la utilidad social.⁶⁷ Lo relevante, a efectos de este presupuesto en el encaje de la adecuación social, es que podemos imaginar que el sujeto usuario de redes P2P no aprueba –como podría suceder con cualquier otro comportamiento delictivo– su interés concreto, su ganancia específica, derivada de la afectación al bien jurídico, sino que el perfil de sujeto activo aprueba el interés general

⁶⁵ Eser (2002, 459 y ss.) recoge sumariamente las teorías que, desde Welzel, apuntalan esta modulación de la tipicidad desde criterios sociales. En un escenario doctrinal más cercano, Muñoz Conde (2015, 269-270) recoge una proyección parecida de la *adecuación social* que serviría para interpretar restrictivamente algunos elementos típicos. De la misma opinión –y especialmente en el ámbito del derecho penal económico, que aquí es central– es Feijoo Sánchez (2016, 53 y 58). Así, debe señalarse “la utilidad de la teoría (de la imputación objetiva) para los delitos económicos y cómo deben resolver con criterios normativos problemas que tradicionalmente se pretendían resolver mediante referencia a los *animi* o intenciones de los sujetos” (Feijoo Sánchez 2016, 57).

⁶⁶ Véase, para valorar esta interpretación en concreto, Gómez Rivero (2012, 315).

⁶⁷ Eser (2002, 461) recoge de Karl Peters esta variante. Así, también, Rueda Martín (2002, 129-130): “La adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo (...) se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses (...). La adecuación social se refiere a unas valoraciones que hay que precisar en el ámbito de la valoración del resultado, que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social”.

en el acceso a las obras y prestaciones, y que lo considera más intenso y legítimo que el interés sustanciado en los titulares de los derechos de explotación. Es necesario reseñar que no bastaría con el mero juicio de legitimidad de una conducta potencialmente delictiva (algo que, por ejemplo, podría considerarse a propósito de los más gravosos crímenes); esto es, el sujeto activo no solo legitima su conducta conforme a su juicio de legitimidad, sino que lo vehiculiza en una tendencia social que comparte sus mismos parámetros valorativos⁶⁸. De esta manera, no estaríamos solo ante sujetos convencidos de la legitimidad de su conducta por la utilidad social que se le deriva, sino ante sujetos convencidos de que su juicio de legitimidad está compartido socialmente porque la conducta está bien valorada por su contribución social. Y esta compartimentación del juicio de legitimidad, como señalábamos, deberá estar refrendado objetivamente (ya que la adecuación social no puede operar como elemento del tipo sobre el que quepa error de apreciación).

En esta clave, el resultado de la compartimentación por pares habilita unas posibilidades de acceso a la cultura que pueden valorarse positivamente desde la perspectiva de la materialización de derechos subjetivos, de tal modo que el componente social sustanciado en términos individuales debe valorarse conforme a un escenario concreto: el sujeto usuario de P2P inflige un daño relativo al patrimonio del titular de derechos de explotación en exclusiva (valorable según la econometría correspondiente al caso: no sería lo mismo obtener un disco de una gran discográfica que el de una joven promesa independiente que autoedita), mientras que el beneficio personal de integración y participación social obtenido jugaría su función en la categoría de la adecuación social. Por otro lado, cabe la consideración de que la *adecuación social* deba apreciarse no ya como causa de atipicidad, sino como causa de antijuridicidad.⁶⁹ Esto nos lleva a especular sobre la naturaleza misma del bien jurídico a proteger, de tal modo que la hipótesis se sustenta en considerarlo no ya como *cosa protegible* y, por tanto, como cosa que puede sufrir un daño medible, sino como función; es decir, conceptualizar el bien

⁶⁸ Estos parámetros valorativos distinguen, también, de los que verifican la concurrencia de una causa de justificación a propósito de un estado de necesidad. Porque, sin duda, las conductas que aquí traemos no tendrían encaje en tal supuesto, en tanto que esa cierta *utilidad social* no podría identificarse con un bien jurídico merecedor de protección por sí mismo.

⁶⁹ Así rescata Cancio Meliá (1993,701) la *adecuación social* como causa de justificación en una segunda fase en la obra de Welzel.

jurídico en su dimensión funcional y social⁷⁰; así, una pauta definitoria del bien jurídico –al margen de naturalezas permanentes– pasa por referirlo necesariamente a la consideración que se tenga mayoritariamente del mismo. De este modo, no puede afectarse al bien jurídico protegido por el art.270 CP si se hace mediante acciones socialmente aceptadas, ya que entonces, si se afecta a un patrimonio con esas acciones, ese patrimonio no formaría parte del bien jurídico protegido y rotulado bajo la propiedad intelectual.

Pero estas hipótesis están sujetas a muchas consideraciones que pueden ponerlas en cuarentena, como las críticas históricas que relaciona Eser (2002, 462 y ss.) y que son, por otro lado, muy pertinentes en nuestro estudio. Y es que los parámetros de *adecuación* son volátiles en las sociedades modernas, de tal modo que la atención a esta categoría sería un motivo de inseguridad jurídica. Más aún podemos considerar esta crítica si entendemos que las rutinas sociales en entornos tecnológicos cambian con una celeridad inédita.⁷¹

Otro flanco abierto a la crítica pasa por considerar que el legislador pretendiera, precisamente, criminalizar una conducta socialmente extendida (Eser 2002, 471), como la descarga en entornos P2P. La cuestión pasa a ser si puede seguir funcionando la adecuación social como causa de atipicidad o justificación. Si la respuesta es negativa – es decir, si la *adecuación social* no implica esta despenalización que apuntamos–, el riesgo de que la norma penal sea quebrantada sistemáticamente por millones de personas nos hace pensar en la naturaleza misma del derecho penal y en su relación con los principios clásicos de intervención mínima, proporcionalidad y fragmentariedad⁷². El riesgo, en definitiva, de ofuscamiento de la norma penal.

5. Conclusión: el ofuscamiento de la norma

El ciberespacio es un lugar extraño para el derecho penal. Una teoría jurídica del delito garantista, que debe prever sujetos y acciones de modo diáfano y preciso, se encuentra

⁷⁰ Nos resultan especialmente clarividentes para comprender esta funcionalización del bien jurídico las notas de Gracia Martín (2010, 54 y ss.).

⁷¹ “Los amplios márgenes de libertad y capacidad de innovación que son precisos para el desarrollo de actividades económicas hacen que este instituto ocupe un lugar relevante precisamente en el ámbito de la delincuencia económica” (Feijoo Sánchez 2016, 58).

⁷² A una conclusión parecida llega Gómez Rivero (2012, 316).

con modulaciones del espacio-tiempo que, en el ámbito de internet, le hacen proceder con dificultades epistemológicas de primer orden. En el contexto comunicacional de las redes P2P, estas dificultades se subliman.

De este modo, las posibilidades de aplicación de la norma penal en el contexto criminológico señalado siempre se han vinculado a una intensa normativización de sus elementos, que deben integrar la carga valorativa de los intereses tutelados por leyes civiles para apuntar la antijuridicidad de los comportamientos y, así, procurar que los conceptos implicados sean capaces de integrar los recovecos materiales que caracterizan el contexto P2P.

Al tratar de proteger la propiedad intelectual en estos escenarios, los elementos típicos del art. 270 CP se enfrentan al reto de recoger la acción de sujetos esquivos, que actúan mediante un hacer naturalístico simple y que, sin embargo, activan programaciones complejas; un hacer que interpela a otros muchos sujetos y que, a su vez, activan subsiguientes protocolos comunicativos. El desarrollo material y la relación de causalidad de estas secuencias lógicas es difícilmente rastreable, así como compleja resulta la integridad de un objeto material (la obra o prestación protegida) disociable en corrientes de datos a efectos informáticos.

A pesar de ello, el Código penal parece estar en disposición de apuntar la antijuridicidad de esas prácticas. La estrategia normativista y la ampliación típica llevada a cabo en la última reforma dejan abierta la posibilidad de subsumir las conductas de los sujetos usuarios P2P en las previsiones reprobatorias. Frente a la estrategia de contención de su aplicación actual, basada en una interpretación restrictiva del elemento subjetivo específico, podemos proyectar que *facilitar* como verbo impreciso y maleable, así como el *ánimo de obtención de beneficio económico indirecto* puedan ser elementos que integren las conductas de los usuarios P2P. Su criminalización, sin embargo, resultaría impopular.

Lo perturbador, entonces, es que las opacas valoraciones de la política criminal varíen y, con esta misma tipicidad, o aun con una más evolucionada, se criminalicen las conductas de los usuarios P2P al reproducir y/o comunicar públicamente obras protegidas.

Como alternativa a esta dinámica potencial, hemos propuesto –además de las ya sostenidas por Fiscalía y, en general, por doctrina y jurisprudencia respecto al elemento subjetivo– interpretaciones restrictivas en la verificación de la relación de causalidad y del objeto material (cuyas complejidades se internan en los protocolos comunicativos de las redes P2P). Sin embargo, en último término, y para evitar una hipotética desmesura en la aplicación de la norma penal, proponemos un límite dogmático a una suerte de punibilidad sistemática cuyas consecuencias serían inciertas: la categoría de la adecuación social parece advertirse como la estrategia dogmática más rotunda frente al posible exceso aplicativo de la norma penal: la adecuación social tanto como causa de atipicidad, en tanto que herramienta capaz de restringir el alcance de los elementos típicos a partir de un comportamiento social aceptado. O la adecuación social como causa de antijuridicidad, en tanto que el bien jurídico protegido por el art. 270 CP no podría hacer suyas las lesiones derivadas de una práctica tan extendida que marcan el sentido de lo protegible por el derecho penal, al margen de los intereses civiles.

Si nuestras hipótesis de atipicidad o antijuridicidad en este ámbito no fuesen oportunas, la norma penal correría el riesgo de aplicarse con tanta intensidad y extensión que quedaría ofuscada, desreferenciada en cualquier parámetro racional de eficacia. Un escenario distópico en el que el derecho penal reprobaría las rutinas mismas de parte de su población.

Bibliografía

- ABOSO, G. E. (2017): *Derecho penal cibernético*, Montevideo-Buenos Aires: B de F
- ATIENZA, M. (1997): *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas
- BARRIO ANDRÉS, M. (2017): *Ciberdelitos: amenazas criminales del ciberespacio*, Madrid: Reus
- BOTSMAN, R. Y ROGERS R. (2010): *What's Mine Is Yours. The Rise of Collaborative Consumption*, New York: Harper Collins
- CANCIO MELIÁ, M. (1993): “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, Fasc/Mes 2, págs. 697-730
- CORCOY BIDASOLO, M. (2015): “Eficacia de la imputación ‘objetiva’. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales”, *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 68, págs. 13-32
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y SAN JUAN GUILLÉN, C. (2010): “La cibercriminalidad: interés y necesidad de estudio. Percepción de seguridad e inseguridad”, en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.) y De la Mata Barranco, N.J., *Derecho penal informático*, Cizur Menor: Civitas, págs. 57-78.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHÍO, A.I. y SAN JUAN GUILLÉN, C. (2010): “Aproximaciones criminológicas a la realidad de los ciberdelitos”, en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.) y De la Mata Barranco, N.J., *Derecho penal informático*, Cizur Menor: Civitas, págs. 79-97.
- DURKHEIM, E. ([1893] (1967): *De la división del trabajo social*, trad. David Maldavsky, Buenos Aires: Schapire
- ESER, A. (2002): “‘La adecuación social’: ¿Figura legal superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales”, *Revista de Derecho penal*, nº 1, págs. 453-473
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (2016): *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*, Montevideo-Buenos Aires: B de F.

GIL GIL, A. y MARTÍN FERNÁNDEZ, C. (2009): “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”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2

GÓMEZ LANZ, J. (2002): “Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes ‘peer-to-peer’. Algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, nº. 51, págs. 34-63

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

GRACIA MARTÍN, L. (2010): “La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)”, *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 3, págs. 27-72

HAAS, V. (2016): “La doctrina penal de la imputación objetiva”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, págs. 1-32

HASSEMER, W. (1999): *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde y M.M. Pita Díaz, Santa Fe de Bogotá: Temis

HERZOG, F. (2000): “Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. E. Íñigo Corroza, N. Pastor Muñoz y R. Ragués i Vallés, Granada: Comares, págs. 41-62

JAKOBS, G. (2003): *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas

LESSIG, L. (2006): *Code 2.0*, New York: Basic Books

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2015): *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch

DE LA MATA BARRANCO, N. (2015): *Derecho penal europeo y legislación española: reformas del Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch

DE LA MATA BARRANCO, N. y PÉREZ MACHÍO, A.I. (2010): “La normativa internacional para la lucha contra la cibercriminalidad como referente de la regulación penal española”, en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.) y De la Mata Barranco, N.J., *Derecho penal informático*, Cizur Menor: Civitas, págs. 123-145.

DE LA MATA BARRANCO, N. y HERNÁNDEZ DÍAZ, L. (2010): “Los delitos vinculados a la informática en el derecho penal español”, en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.) y De la Mata Barranco, N.J., *Derecho penal informático*, Cizur Menor: Civitas, págs. 159-200.

MIR PUIG, S. (2005): “Límites del normativismo en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7-18, págs. 1-24

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

MIRÓ LLINARES, F. (2011): “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº13-07, págs. 1-55

MIRÓ LLINARES, F. (2012): “Cibercriminalidad y responsabilidad de los prestadores de servicios a la luz de la normativa europea y de su interpretación por los Tribunales españoles”, en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S., *Garantías constitucionales y derecho penal europeo*, Madrid: Marcial Pons, págs. 561-583

MIRÓ LLINARES, F., (2013): *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid: Marcial Pons

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2015): *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch

NOVA LABIÁN, A.J. (2010): *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet*, Madrid: Dykinson

PÉREZ MACHÍO, A.I. (2010): “Dos problemas particulares de cara a la persecución de los delitos informáticos”, en De la Cuesta Arzamendi, J.L. (dir.) y De la Mata Barranco, N.J., *Derecho penal informático*, Cizur Menor: Civitas, págs. 247-278.

- PÉREZ GONZÁLEZ, S. (2018): *Desestructuración laboral y protección penal del empleo. Una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, Madrid: Iustel.
- PUENTE ABA, L.M. (2008): “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios de los delitos contra la propiedad intelectual”, *Revista penal*, nº21, Salamanca, págs. 102-112
- QUINTERO OLIVARES, G. (2017): “La robótica ante el derecho penal: el vacío de respuesta jurídica a las desviaciones incontroladas”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, nº 1, págs. 1-23
- RANDO CASERMEIRO, P. (2015): “La influencia de los grupos de presión en la política criminal de la propiedad intelectual: aspectos globales y nacionales”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 17-03, págs. 1-47
- RODRÍGUEZ MORO, L. (2010): “Las redes de intercambio de archivos P2P y las páginas con enlaces a ellas. Legalidad y valoración tras una década de siglo XXI a partir de la sentencia 67/10 del Juzgado de lo mercantil nº7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 14, págs. 931-938
- (2012): *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Valencia: Tirant lo Blanch
- ROLDÁN BARBERO, H. (1992): *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba: Servicio de publicaciones de la Universidad
- ROXIN, C. (1997): *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, trad. D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid: Civitas
- (1998): *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, prólogo de Manuel Cobo del Real, Madrid: Marcial Pons
- (2013): “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, trad. M. Cancio Meliá, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01, págs. 1-27

- RUEDA MARTÍN, M.A. (2001): *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción: (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona : J. M. Bosch
- (2002): “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”, *Revista penal*, nº 9, págs. 122-133
- SERRANO FERRER, M.P. (2016): *El reflejo de las nuevas tecnologías en el derecho penal y otros destellos*, Pamplona: Aranzadi
- SIMÓN ALTABA, M. (2014): “La extraña pareja: la difícil convivencia entre la propiedad intelectual y el derecho penal”, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, nº 2, págs. 199-228
- TARAZONA SEPÚLVEDA, L.A. (2002): “Disquisiciones sobre la *técnica* y la *tecnología*: en busca de su fundamentación”, *Ingeniería y Desarrollo. Universidad del Norte*, 11, págs. 122-142
- TEUBNER, G. (1989): “El derecho como sujeto epistémico. Hacia una epistemología constructivista del derecho”, *Doxa, cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 25, Edición electrónica: Espagrafic, págs. 1-88
- TIRADO ESTRADA, J.J. (2016): *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital: análisis tras la reforma del Código Penal de 2015*, Granada: Comares
- WELZEL, H. (2004): *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, intr. Gonzalo Fernández, Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- XHAFA, F. et al. (eds.) (2017): *Advances on P2P, parallel, grid, cloud and internet computing [Recurs electrònic] : Proceedings of the 11th International Conference on P2P, Parallel, Grid, Cloud and Internet Computing (3PGCIC2016) November 57, 2016, Soonchunhyang University, Asan, Korea*, Springer