

## **Los cibercriminales contra la propiedad intelectual ¿cambiar todo para que nada cambie?: del ánimo de lucro al de obtener beneficio económico directo o indirecto<sup>1</sup>**

Virgilio RODRÍGUEZ-VÁZQUEZ

Profesor Contratado Doctor (acred. Profesor Titular) de Derecho Penal

Universidade de Vigo

virxilio@uvigo.es

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación “Responsabilidad penal de personas físicas y jurídicas en el ámbito empresarial, económico, laboral y de los mercados (II)” (Referencia: DER2014-58546-R, Ministerio de Economía y Competitividad), del que es investigador principal el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares, así como también en el proyecto de investigación “Principios y garantías penales: sectores de riesgo” (Referencia: DER2016-76715-R, Ministerio de Ciencia e Innovación) del que es investigador principal el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel Díaz y García Conlledo, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León, y de cuyos equipos de trabajo formo parte.

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación del art. 270 CP, donde se tipifican los (ciber)delitos contra la propiedad intelectual, y más en concreto el elemento típico introducido por la LO 1/2015, de realizar la conducta “con ánimo de obtener beneficio económico directo o indirecto”, que sustituye al anterior “ánimo de lucro”, así como las posibles consecuencias prácticas de esta modificación. Para ello hago una breve exposición y análisis de las últimas estadísticas sobre cibercriminalidad en España. Explico el significado de “ánimo de lucro” y la aplicación del art. 270 CP por los Tribunales. Analizo la sustitución del “ánimo de lucro” como elemento subjetivo (específico) del injusto, por la expresión “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, así como los posibles significados de esta última expresión y sus consecuencias prácticas. Expongo mi opinión crítica sobre esta modificación legislativa y sobre la interpretación que los operadores jurídicos hacen del nuevo elemento subjetivo del injusto. La interpretación es continuista, por tanto, ambas formulaciones del elemento subjetivo del injusto se identifican con el lucro comercial. Yo no estoy de acuerdo en absoluto con dicha interpretación, por diferentes motivos que desarrollo en este trabajo.

**Palabras clave:** ciberdelitos, Derecho, internet, penal, propiedad, P2P.

**Abstract:** This paper analyses the regulation of art. 270 CP, where the (cyber)crimes against intellectual property are typified. Specifically, the legal element introduced by LO 1/2015 of carrying out the conduct “with the aim of obtaining direct or indirect economic benefit”, which replaces the previous expression “with the aim of profit”, as well as the possible practical consequences of this modification. For this I make a brief presentation and analysis of the latest statistics on cybercrime in Spain. I explain the meaning of “with the aim of profit” and the application of art. 270 CP by the Courts. I analyse the substitution of the expression “with the aim of profit” by the expression “with the aim of obtaining direct or indirect economic benefit” as a specific subjective element of the crime. Also, the possible meanings of this last expression and its practical consequences. I present my critical opinion on this legislative amendment and on the interpretation that legal operators make of the new subjective element of the crime. Their interpretation is continuity, in consequence both formulations of the subjective element of the crime (despite the change) are identified with commercial profit. I do not agree at all with this interpretation, for different reasons that I develop in this paper.

**Key words:** cybercrime, law, internet, criminal, property, P2P.

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Breve aproximación estadística a los ciberdelitos contra la propiedad intelectual y otras consideraciones. III. El “ánimo de lucro” y la interpretación del art. 270 CP antes de la reforma a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo. IV. La reforma de LO 1/2015 del CP, la inclusión del ánimo de obtener beneficio económico directo o indirecto. V. “Cambiar todo para que nada cambie”: críticas a la interpretación dominante del nuevo elemento subjetivo del injusto del art. 270 CP. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## I. Introducción

Uno de los retos a los que se enfrenta el Derecho en general y el Derecho penal en particular, es el de abordar adecuadamente los ciberdelitos que atentan contra la propiedad intelectual<sup>2</sup>. Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y, en concreto, las posibilidades que ofrece la Red, han permitido un acceso indiscriminado a obras protegidas por derechos de autor, en especial cuando se trata de creaciones musicales, audiovisuales o fotográficas, pero también, aunque en menor medida, literarias y científicas.

---

<sup>2</sup> “Ciberdelito” es un término que hace referencia a una generación de delitos vinculados a las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), caracterizados por la utilización de Internet bien como entorno en el que son atacados los propios sistemas de información y redes electrónicas, sus archivos o programas, o bien como medio comisivo de múltiples actividades ilícitas. En los ciberdelitos el centro de riesgo se sitúa en las propias redes electrónicas y en los sistemas de información interconectados, lo que supone un salto cualitativo y cuantitativo respecto a los que tradicionalmente se denominaban “delitos informáticos”. Estos últimos se caracterizaban por ser perpetrados en sistemas informáticos, en los que las redes, de ser utilizadas eventualmente, tienen por lo general una relevancia bastante limitada o secundaria para las características de la conducta delictiva. Sin embargo, los ciberdelitos giran alrededor de las redes telemáticas o electrónicas (abiertas, cerradas o de acceso restringido), siendo en estos casos los sistemas informáticos más instrumentales o secundarios para la comisión del delito. Esta nueva generación de delitos preocupa por realizarse a través de sistemas de información que están conectados en un ámbito de comunicación transnacional y universal, el ciberespacio. El término de “ciberdelito” es reconocido normativamente en el Derecho internacional, en concreto en el Convenio del Consejo de Europa sobre delincuencia, de 23 de noviembre de 2001, reconocido comúnmente como “Convenio de Budapest”, (ratificado por España el 20 de mayo de 2010), y en la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

Con la finalidad de prevenir conductas que vulneren los derechos de autor a través de las nuevas tecnologías aprovechando las posibilidades que ofrece Internet, el legislador español ha ido modificando el Código Penal (CP) a través de sucesivas reformas hasta llegar a la más reciente<sup>3</sup>, operada por Ley Orgánica (LO) 1/2015, de 30 de marzo, que realiza una transformación sustancial del art. 270 CP, aproximándolo todavía más al contenido de las disposiciones del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (TRLPI o LPI).

A pesar de esta constante revisión y actualización de los ciberdelitos contra la propiedad intelectual, parece que su regulación jurídicopenal nunca ha llegado a satisfacer suficientemente a los titulares de los bienes jurídicos protegidos por estos delitos, los autores de obras y creaciones dotadas de originalidad, cuyos derechos de explotación son susceptibles de amparo legal, o los cesionarios de esos derechos, que tradicionalmente han considerado insuficiente limitar la protección al ámbito civil, demandando su tipificación penal que, sin embargo, como

---

<sup>3</sup> La primera reforma en la materia se produce a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con la que se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, haciendo una minuciosa regulación de las conductas que atentan directa y gravemente contra la prestación de estos servicios, y castigando la manipulación de los equipos de telecomunicación, como en el caso de los teléfonos móviles. Con ello se trata de dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales; la segunda, de menor importancia en lo que al objeto de este delito se refiere, a través de LO 5/2010, de 22 de junio. Sobre las sucesivas reformas, véase, en profundidad, MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, Madrid, 2005, págs. 133 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de internet –estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-*, Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2007, págs. 86 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, *Derecho penal y Criminología*, Vol. 30, N.º 88, 2009, págs. 93-134, págs. 97 ss.; FARALDO CABANA, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 149 ss.; DE NOVA LABIÁN, Alberto, *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet (especial referencia a los sistemas de intercambio de archivos)*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 79 ss.; FLORES PRADA, Ignacio, *Criminalidad informática (aspectos sustantivos y procesales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 132 ss.; GÓMEZ RIVERO, M.ª del Carmen, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 104 ss.; TIRADO ESTRADA, Jesús José, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 1995)*, Comares, Granada, 2016, págs. 82 ss. Sobre la regulación anterior al CP 1995, véase, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 3, 1990, págs. 803-858, págs. 807 ss.

digo, no ha llegado a colmar sus expectativas<sup>4</sup>. Los operadores jurídicos se han venido quejando de la vaguedad del contenido del art. 270 CP y, sobre todo, de los problemas interpretativos que ciertos elementos típicos llevaban aparejados. Hasta tal punto esto es así que la Fiscalía General del Estado en al menos dos ocasiones ha tenido que emitir una regla de interpretación sobre dichos delitos, a través de la Circular 1/2006, de 5 de mayo de 2006, sobre delitos contra la propiedad intelectual tras la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, primero, y a través de la Circular 8/2015, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, después.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la regulación del art. 270 CP, donde se tipifican los ciberdelitos contra la propiedad intelectual, y más en concreto el elemento típico introducido por la LO 1/2015, de realizar la conducta “con ánimo de obtener beneficio económico directo o indirecto”, que sustituye al anterior “ánimo de lucro”, así como las posibles consecuencias prácticas de esta modificación. Para ello divido el trabajo en las siguientes partes. Tras una breve introducción, en la primera parte me ocupo de realizar una necesariamente breve exposición y análisis de las últimas estadísticas sobre cibercriminalidad en España, centrándome en los ciberdelitos contra la propiedad intelectual. En una segunda parte, explico el significado que hasta hace bien poco se otorgaba al elemento típico “ánimo de lucro” y en qué sentido determinaba la aplicación del art. 270 CP por los Tribunales. En la tercera parte, analizo el cambio legislativo de dicho artículo con la LO 1/2015, que consiste en la sustitución

---

<sup>4</sup> Véase MATA Y MARTÍN, Ricardo M., “Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal”, *Derecho penal y Criminología*, Vol. 28, N.º 85, 2007, págs. 55-80, págs. 67 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Cibercrimen. Los delitos cometidos a través de internet –estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-*, Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2007, pág. 99; FARALDO CABANA, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 158 s.; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 77; RANDO CASERMEIRO, Pablo, “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*, 17-03 (2015), págs. 1-47, págs. 22 ss.

del “ánimo de lucro” como elemento subjetivo (específico) del injusto<sup>5</sup>, por la expresión “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, así como los posibles significados de esta última expresión y sus consecuencias prácticas. En una cuarta parte, expongo mi opinión crítica y toma de postura sobre esta modificación legislativa y, en especial, sobre la interpretación que los operadores jurídicos hacen del nuevo elemento subjetivo del injusto. Finalmente, termino con unas conclusiones.

## II. Breve aproximación estadística a los ciberdelitos contra la propiedad intelectual y otras consideraciones

Los ciberdelitos en general constituyen una preocupación de primer orden en las sociedades modernas<sup>6</sup>. En España, las principales fuentes estadísticas muestran un progresivo incremento de los ciberdelitos cometidos en territorio bajo soberanía española. En este sentido, el Estudio sobre la Cibercriminalidad en España del año 2017, elaborado por la Secretaría de Estado de Seguridad, dependiente del Ministerio del Interior, señala que “la ciberdelincuencia, como fenómeno que va parejo al uso de las nuevas tecnologías, ha experimentado un crecimiento durante los últimos años, como consecuencia de un mayor uso por parte de la sociedad de todas las nuevas formas de conectividad tecnológica. Los ciberdelincuentes para perpetrar sus ilícitos penales, aprovechan tanto las vulnerabilidades de los sistemas informáticos, como la confianza de los usuarios de dichos sistemas. Es por ello, que el conocimiento de los riesgos asociados a las nuevas tecnologías, así como la puesta en funcionamiento de una cultura de la

---

<sup>5</sup> Sobre la evolución en la dogmática penal del concepto de los elementos subjetivos (específicos) del injusto, la terminología, funciones, y otras características, véase LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 222 ss.

<sup>6</sup> Sobre esta cuestión véase MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 33 ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal”, en: ROMEO CASABONA, Carlos María (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, págs. 1-42, págs. 1 ss. También, POSADA MAYA, Ricardo, “El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vól. 3, N.º 88, enero-junio 2017, págs. 72-112, págs. 72 ss.

ciberseguridad, redundará en atajar este fenómeno criminal”<sup>7</sup>. Así, este estudio indica que “en el periodo comprendido entre 2014 a 2017, como hecho irrefutable extraído de los resultados registrados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se constata el aumento de los delitos informáticos. De esta forma, podemos apreciar que, en 2017, se ha conocido un total de 81.307 hechos, lo que supone un 22,1% más con respecto al año anterior”<sup>8</sup>. Ahora bien, en relación con ciberdelitos contra la propiedad intelectual e industrial las cifras revelan una escasa actividad delictiva, pues representan un 0,1% del total de ciberdelitos (o, mejor, presuntos ciberdelitos) de los que llegan a conocer las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (en 2014 se conocen 183 hechos, en 2015, el número es de 167, en 2016, de 121 y en 2017, de 109)<sup>9</sup>. Por su parte, los datos estadísticos recogidos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2018, a partir de la información trasladada a la Unidad central de Criminalidad informática desde las Fiscalías provinciales sobre procedimientos/diligencias de investigación incoados en los distintos territorios por hechos ilícitos competencia de la especialidad, constatan que en el conjunto del Estado se incoaron en el año 2017 un total de 6.676 procedimientos judiciales por ciberdelitos; este dato supone un descenso del 16,91% respecto del año 2016, y todavía un descenso mayor, del 70,40% respecto del año 2015<sup>10</sup>. Sin embargo este descenso es pura apariencia, pues como advierte el propio Ministerio Fiscal “este resultado no puede interpretarse, en modo alguno, como una aminoración de la criminalidad en este ámbito, sino que deriva, como inevitable consecuencia, de la vigente redacción del art. 284.2.º LECrim, dada por LO 13/2015, de 5 de octubre, a cuyo tenor los atestados incoados por hechos ilícitos en los que no conste autor conocido han de conservarse en las dependencias policiales, sin ser

---

<sup>7</sup> Véase, AAVV, *Estudio sobre la Criminalidad en España*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, pág. 3.

<sup>8</sup> Véase, AAVV, *Estudio sobre la Criminalidad en España*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, pág. 32.

<sup>9</sup> Véase AAVV, *Estudio sobre la Criminalidad en España*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, pág. 37.

<sup>10</sup> Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno S. M., presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña María José Segarra Crespo*, Fiscalía General del estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pág. 732.

remitidos ni a los órganos judiciales ni al Ministerio Fiscal”<sup>11</sup>. El porcentaje más elevado de incoaciones corresponde a los delitos de estafa, que representan un 55,63% del total. Centrándonos en los cibercrimitos contra la propiedad intelectual, que la Memoria del Ministerio Fiscal denomina “delitos contra la propiedad intelectual a través de las TIC (arts. 270 y ss.)”, estos representan el 0,79% del total<sup>12</sup>. Nuevamente se constata que la importancia cuantitativa de los cibercrimitos contra la propiedad intelectual es muy escasa, lo que contrasta, sin embargo, con la alarma social que este tipo de conductas ha generado en los últimos años, podríamos decir en la última década o en el último lustro, siendo especialmente beligerantes y vehementes los pronunciamientos procedentes de los propios autores de obras artísticas, literarias, en menor medida de las científicas, y, sobre todo, de las sociedades gestoras de los derechos de autor de aquellos<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno S. M., presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña María José Segarra Crespo*, Fiscalía General del estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pág. 732.

<sup>12</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno S. M., presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña María José Segarra Crespo*, Fiscalía General del estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 737 ss.

<sup>13</sup> En este sentido, véase RANDO CASERMEIRO, Pablo, “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*, 17-03 (2015), págs. 1-47, págs. 24 ss., quien señala que “esos agentes que presionan para un endurecimiento de la legislación sobre la propiedad intelectual en general, y de los delitos contra la propiedad intelectual en especial, alegan básicamente tres problemáticas: Pérdidas económicas globales del sector de contenidos intelectuales. Los principales grupos de presión del sector suministran, para acreditar tal cosa, estimaciones sobre las pérdidas. Dichas estimaciones han conseguido tener más impacto y visibilidad gracias a la puesta en funcionamiento de un Observatorio de la Piratería, creado por una coalición de grupos de presión de la industria española, que tiene por objeto publicar informes anuales sobre el panorama de la propiedad intelectual en España, y que viene funcionando desde el año 2009 como tarde. El último informe disponible de dicho observatorio, correspondiente a 2013, fue elaborado por la empresa GfK para la Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos, según el cual el sector perdió 1.326 millones de euros a causa de la piratería, contabilizando películas, videojuegos, música y libros. (...) según el criterio de los grupos de presión, el Derecho penal de la propiedad intelectual se estima deficiente sobre todo por la falta de tipificación de dos formas de ataque que se consideran merecedoras de intervención penal: el intercambio de archivos P2P y el enlace a la descarga ilegal de obras intelectuales”.

### III. El “ánimo de lucro” y la interpretación del art. 270 CP antes de la reforma a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo

Cabe preguntarse por qué una tipificación penal tan prolija en materia de protección de los derechos de autor, sobre todo frente a la ciberdelincuencia, no aplaca la alarma suscitada desde determinados sectores, y no se traduce en un mayor número de denuncias, procedimientos incoados y sentencias condenatorias. Probablemente, la respuesta a esta cuestión no sea una sola, y habría que indagar en cuestiones criminológicas, victimológicas y, también, de naturaleza procesal. Pero en este trabajo me voy a centrar en un aspecto de Derecho penal sustantivo, y en concreto de Derecho positivo, pues mi hipótesis es que el escaso número de procesos penales y sentencias condenatorias por aplicación del art. 270 CP viene determinado fundamentalmente por la interpretación que desde ciertos operadores jurídicos se ha otorgado tradicionalmente al elemento subjetivo específico del injusto exigido por el citado artículo, el “ánimo de lucro”<sup>14</sup>.

El delito tipificado en el art. 270 CP, en la redacción dada por LO 15/2003, de 15 de noviembre, calificaba como delito la conducta de “quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica (...)”. Una de las cuestiones más debatidas era cómo se debía entender la expresión “ánimo de lucro” que, sin lugar a dudas, alineaba este tipo penal con los delitos patrimoniales, considerándose ya sin discusión que el bien jurídico protegido lo serían en todo caso los derechos de explotación económica sobre una obra por parte de su titular, que no tiene por qué ser necesariamente el autor (que en todo caso conservaría los derechos morales sobre aquella, susceptibles de protección a través de normas de Derecho civil)<sup>15</sup>. La interpretación de

---

<sup>14</sup> En este mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, pág. 23.

<sup>15</sup> Para un análisis en profundidad y en origen sobre la naturaleza de los derechos de autor protegidos penalmente, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Facs/Mes 3, 1990, págs. 803-858, págs. 803 ss.

la expresión “ánimo de lucro” se ha movido entre dos posiciones distintas. Una interpretación extensiva otorgaba a esta expresión, en los delitos contra la propiedad intelectual, el mismo significado, o muy próximo, al que se le atribuía en los delitos contra el patrimonio, como por ejemplo los clásicos de hurto, robo o estafas<sup>16</sup>. En estos delitos el actuar con ánimo de lucro se identificaba como todo acto que iba dirigido a obtener una ventaja patrimonial por parte del autor. En los delitos estrictamente patrimoniales, la jurisprudencia española todavía asumía y asume una interpretación más extensiva, de modo que cualquier ventaja o provecho, incluso la contemplativa, integra dicho elemento<sup>17</sup>. Otro sector doctrinal interpretaba este elemento en esos delitos de forma más restrictiva, considerando que ese ánimo debía identificarse solo con la finalidad de apropiación, de incorporar la cosa objeto del delito al propio patrimonio<sup>18</sup>. Al

---

<sup>16</sup> Véase SSTs 25-9-1986 (RJ 1986\4834); 10-6-1993 (RJ 1993\4868); 21-7-2006 (RJ\2006\8169); SAP Alicante 26-1-2004 (JUR 2004\195735); SAP Córdoba 12-6-2002 (ROJ 879/2002); SAP Madrid 2-7-2004 (JUR 2004\267758); SAP Vizcaya 27-9-2011 (ARP\2011\1213). En la doctrina, CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa/ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Cómo absolver a los “top manta”? Panorama jurisprudencial”, *InDret* 2/2007, págs. 1-15, págs. 8 s., señalan en primer lugar que una interpretación del ánimo de lucro como un ánimo comercial pareciera más acorde con lo que deberían ser las conductas tipificadas por los delitos contra la propiedad intelectual, pero a continuación señalan que “no es fácil interpretar el ánimo de lucro de una forma distinta a como se hace habitualmente en los delitos contra la propiedad en el CP”; GIL GIL, Alicia/MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos, “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* 2/2009, págs. 1-35, pág. 8; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2010, pág. 448; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet”, en: MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (dir.)/JAVATO MARTÍN, Antonio M. (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 197-232, pág. 225.

<sup>17</sup> Véase SSTs 15-11-1982 (ROJ 561/1982); 11-3-1983 (ROJ 1151/1983); 21-4-1989 (ROJ 12029/1989); 18-9-1998 (ROJ 5205/1998); 11-10-1999 (ROJ 6256/1999); 21-9-2000 (ROJ 9381/2000); 28-1-2005 (ROJ 411/2005).

<sup>18</sup> Véase, en este sentido, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *Sobre el objeto de tutela en los delitos patrimoniales de apoderamiento (hurto, robo, y hurto de uso de vehículos de motor)*, *InDret* 2/2016, págs. 1-23, pág. 17; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil”, *InDret* 2/2019, págs. 1-42, págs. 1 ss.

mismo tiempo, la mayor parte de los autores<sup>19</sup>, y por arrastre la propia jurisprudencia<sup>20</sup>, han advertido que el significado de la expresión “ánimo de lucro” que se manejaba en los delitos patrimoniales no era trasladable en idénticos términos a los delitos contra la propiedad intelectual, al tratarse de realidades distintas y, sobre todo, porque en materia de propiedad intelectual ya existía (y existe) una normativa en el ordenamiento civil que categoriza el derecho a la propiedad intelectual y le otorga una amplia protección. De manera tal que se corría el riesgo, con la traslación de la interpretación patrimonialista de la expresión, de no llegar a poder distinguir entre el tipo penal y las normas civiles. Por esta razón, vinculada sin duda a respetar los principio limitadores del *ius puniendi*, que a la vez son reglas intraoperativas de las relaciones de los distintos sectores del ordenamiento jurídico, la doctrina tiende a proponer un concepto restrictivo del ánimo de lucro del delito del art. 270 CP<sup>21</sup>, entendiéndolo solo como la intención de obtener una ventaja patrimonial significativa, excluyendo comportamientos que sólo implican el ahorro de la contraprestación debida al titular del derecho, sancionando, por tanto, exclusivamente los supuestos en los que se produce una explotación comercial indebida de aquellos derechos. Esta interpretación también parecía encontrar fundamento en el Derecho internacional, concretamente en el Convenio del Consejo de Europa sobre ciberdelincuencia,

---

<sup>19</sup> Véase FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Ciberdelincuencia. Los delitos cometidos a través de internet – estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-*, Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2007, pág. 99; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “El art. 270.3 CP: Breve historia de un despropósito”, *Eguzkilore*, n.º 21, diciembre 2007, págs. 81-93, pág. 90; PUENTE ABA, Luz María, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios en los delitos contra la propiedad intelectual”, *Revista penal*, n.º 21, enero 2008, págs. 103-112, pág. 105; FARALDO CABANA, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 174 s.; DE NOVA LABIÁN, Alberto, *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet (especial referencia a los sistemas de intercambio de archivos)*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 202 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 76; GÓMEZ RIVERO, M.ª del Carmen, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial: la tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 128 ss.; RODRÍGUEZ MORO, Luis, *Tutela penal de la propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, 412 ss.; Parece moverse en esta línea QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Internet y propiedad intelectual”, en: LÓPEZ ORTEGA, Juan José, *Internet y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 367-394, pág. 382.

<sup>20</sup> Véase, SAP Cáceres 9-6-2017 (JUR\2017\183617); SAP Cantabria 18-2-2008 (ARP\2008\262); SAP Barcelona 15-6-2004 (ROJ 7946/2004); SAP A Coruña 13-11-2006 (ROJ 2650/2006).

<sup>21</sup> Véase *supra*.

hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, conocido comúnmente como “Convenio de Budapest”, ratificado por España el 20 de mayo de 2010, en cuyo art. 10 se dispone que “cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las infracciones de la propiedad intelectual (...) cuando esos actos se cometan deliberadamente, a escala comercial y por medio de un sistema informático”. Ahora bien, esta interpretación no implicaba limitar la concurrencia del ánimo de lucro como elemento subjetivo específico del injusto a los casos de obtención de una contraprestación económica directa por parte del “consumidor” o del “usuario” por la obtención o el uso de un bien protegido por el derecho de propiedad intelectual puesto a disposición por un tercero sin la debida autorización. Por el contrario, se entendía que en dicha expresión cabía todo tipo de beneficio económico, eso sí, derivado de una actividad comercial o económica, pudiendo ser la contraprestación directa o cualquier otra fórmula de beneficio indirecto. Se podría señalar en este sentido la publicidad contratada por las páginas web de intercambios de archivos o de enlaces a través de *banners*, *pop-ups*, *pop-under*, videos, etc. Otra forma de conseguir beneficios es el “tráfico” de datos obtenidos legal o ilegalmente de los usuarios y consumidores de los sitios web de intercambio de archivos o de enlaces. En estos casos, la puesta a disposición ante una generalidad indeterminada de personas (comunicación pública) de bienes vulnerando los derechos de propiedad intelectual, constituye el reclamo para obtener una ganancia económica, y este modo de actuar es revelador del “ánimo de lucro”. Esta posición fue asumida plenamente en su momento por la propia Fiscalía General del Estado, que ya en su Circular 1/2006, señalaba que “el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad que hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el

patrimonio”<sup>22</sup>. Esta interpretación, claramente restrictiva, implicaba dejar fuera del tipo penal numerosísimas conductas, la mayoría llevadas a cabo por particulares, pero masivas, que ciertamente suponían una vulneración de los derechos de propiedad intelectual, que causaban un perjuicio patrimonial a los titulares de estos derechos, pero en las que no concurría ánimo de lucro, tal y como debía ser entendido, en opinión de la Fiscalía, este elemento<sup>23</sup>. Y así, “las conductas relacionadas con la utilización de nuevas tecnologías, para la comunicación u obtención de obras protegidas, tales como las de colocar en la Red o bajar de Internet, o las de intercambio de archivos a través del sistema P2P, sin perjuicio de poder constituir un ilícito civil, frente al que los titulares podrán ejercitar las correspondientes acciones en dicha vía, no reúnen, en principio, los requisitos para su incriminación penal si no concurren en ellas un ánimo de lucro comercial”<sup>24</sup>. Y es que existía una evidente preocupación de que una interpretación extensiva del ánimo de lucro diese lugar a una aplicación desbordada del tipo penal, que pasaría a englobar, como decía, numerosísimas conductas. Pero, además, también

---

<sup>22</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, Madrid, 2006, pág. 35.

<sup>23</sup> Una crítica a la interpretación del “ánimo de lucro” en la Circular 1/2006, se puede ver en TIRADO ESTRADA, Jesús José, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 1995)*, Comares, Granada, 2016, pág. 179, que advierte “sobre todos estos argumentos, a mi juicio, podía efectuarse una intensa crítica. En cuanto al principio de intervención mínima, lo cierto es que la propia Circular llegaba a emplear un criterio contradictorio. En efecto, mientras en la pág. 53 de la Circular, dentro de la parte destinada a los delitos relativos a la propiedad industrial, se afirmó que ‘El principio de intervención mínima del Derecho penal es un factor de selección para el legislador, pero no para el intérprete’; en la pág. 34, en referencia a los delitos relativos a la propiedad intelectual, asevera que la expansión continua del Derecho penal en esta materia, criminalizando todo comportamiento que infrinja formalmente los derechos de autor, así como a un amplio sector de la sociedad que utiliza los avances tecnológicos para acceder a las obras protegidas, es contraria al principio de intervención mínima, que rige en Derecho penal; lo que parece implicar un ejercicio de la selección por el intérprete que descarta para los delitos relativos a la propiedad industrial. Tampoco se revelaba muy consistente la afirmación sobre la distinta naturaleza de estos derechos y su demanda de una distinta valoración del elemento ánimo de lucro que la doctrina del Tribunal Supremo viene considerando en relación con los delitos patrimoniales, puesto que estos delitos están conceptualizados como delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y no se aportaba razón adicional más allá de la afirmación apodíctica que justificase el tratamiento diferenciado del ánimo de lucro como comercial más que por referencia a la equivalencia con los delitos relativos a la propiedad industrial y los instrumentos internacionales aludidos. Pero tampoco estos argumentos resultaban suficientemente sólidos (...). En consecuencia, cabe estimar que la Circular no podía añadir a la dicción legal del art. 270 CP la finalidad comercial o industrial con tan poca base en la misma medida en que no puede igualarse en otros elementos”.

<sup>24</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, Madrid, 2006, págs. 36 s.

como dejó apuntado, se intentaba buscar la coherencia entre la protección penal y la protección civil de los derechos de autor, alegando a favor de esta interpretación restrictiva, el principio de intervención mínima o *ultima ratio*, propio del Derecho penal. Así, la Fiscalía indicaba que “en todo este marco de las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, resulta necesario coordinar la protección de los derechos de los titulares frente a las conductas vulneradoras que utilizan dichas tecnologías, con los derechos de los usuarios de los servicios de la sociedad de la información, excluyendo del ámbito penal las conductas que si bien lesionan formalmente los derechos reconocidos a los titulares en la legislación específica sobre la materia, dicha lesión resulta ser de menor entidad, reservando la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de infracción más grave de los mismos, a los efectos de evitar un solapamiento de los ámbitos civil y penal de protección”<sup>25</sup>.

En conclusión, con la tipificación del delito contra la propiedad intelectual del art. 270 CP anterior a la reforma de LO 1/2015, se impuso en los Tribunales de justicia una interpretación restrictiva del elemento típico “ánimo de lucro”<sup>26</sup>, a raíz de la interpretación que del mismo dominó en la doctrina<sup>27</sup> y, sobre todo, de la posición adoptada al respecto por la Fiscalía General del Estado a través de la Circular 1/2006. Esto determinó una escasísima aplicación del citado artículo, pues ya de entrada la Fiscalía difícilmente iba a incoar procedimientos con base en el art. 270 CP, y aun habiendo acusación particular, no adhiriéndose el Ministerio Público al no apreciar ánimo de lucro, tampoco se podría llegar a iniciar tan siquiera el proceso judicial al no admitir a trámite el Juez dicha demanda. Esto explica que a pesar de generalizarse sobre todo a través del incremento exponencial de usuarios de Internet los accesos a obras artísticas, literarias y de otro tipo, protegidas por derechos de autor, fuesen escasísimas las denuncias presentadas o, en su caso, escasísimos los procedimientos incoados. Y mucho menos, por tanto, las sentencias (y, en su caso, condenatorias) que llegan a fallarse. Esta interpretación restrictiva

---

<sup>25</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, Madrid, 2006, pág. 35.

<sup>26</sup> Véase *supra*.

<sup>27</sup> Véase *supra*.

del elemento subjetivo específico del injusto, que dejaba fuera las actuaciones de los usuarios y consumidores, y que requería una actividad a escala comercial, incorporaba sin embargo la obtención de beneficios tanto directos como indirectos. Entre los primeros, los obtenidos a través de contraprestaciones económicas por parte de uno o varios usuarios por la “bajada” de un archivo o el “acceso” a un archivo, por ejemplo. Entre los segundos, los obtenidos fundamentalmente de la publicidad insertada en las páginas web de intercambio de archivos o de enlaces, como vía más frecuente de ingresos.

#### **IV. La reforma de LO 1/2015 del CP, la inclusión del ánimo de obtener beneficio económico directo o indirecto**

La situación pareciera cambiar radicalmente a partir de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. El art. 270 CP dispone: “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 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 (...)”.

Entre las diferentes novedades introducidas, destaca la substitución de la expresión “ánimo de lucro” por la expresión “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”. La LO 1/2015 señala en su exposición de motivos que “los delitos contra la propiedad intelectual (...) son objeto también de revisión en esta reforma, a fin de ofrecer una adecuada protección jurídico-penal, aunque sin olvidar que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación”. Pero a continuación señala que la substitución citada “pretende abarcar conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto”. Es cierto que el legislador se muestra parco y muy poco

elocuente a la hora de explicar los motivos de este cambio legislativo, en concreto en lo que se refiere a este elemento, pero desde luego lo que sin duda parece evidente es que el estado de cosas no se mantiene inalterado, y que la alteración se realiza en el sentido de ampliar el espectro del tipo penal, al menos por lo que a este elemento subjetivo se refiere. Al respecto, se debe interpretar, en mi opinión, con una finalidad más amplia que la identificada con el ánimo de lucro, englobando, por supuesto, también éste. Es decir, todas las conductas que tenían cabida en la redacción anterior del tipo penal del art. 270 CP, seguirán teniéndola con la actual regulación, pues “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto” abarca también, por supuesto, el ánimo de lucro tal y como era entendido históricamente en relación con los delitos contra la propiedad intelectual por doctrina, Fiscalía y jurisprudencia. Ahora bien, además de este significado, la intención del legislador es otra, pretende hacer, desde mi punto de vista, que el tipo penal vaya más allá, pudiendo llegar a abarcar conductas de usuarios y particulares que hasta ahora quedaban fuera del ámbito penal. De hecho, dicha modificación responde en buena medida a las presiones de los lobbies formados por los propios autores y por las sociedades de gestores de derechos de autor que han visto como la batería normativa que se ha venido lanzando y poniendo en circulación en esta última década -en materia administrativa, civil y penal- no ha sido capaz de frenar la sangría de los derechos de autor que se produce a través de las TIC y muy claramente a través de Internet, y en buena medida debido a las acciones de usuarios y particulares que mediante redes P2P<sup>28</sup>, páginas web de enlaces, visionado o escucha en *streaming*, y otras prácticas online, vulneran los derechos de autor<sup>29</sup>. En este sentido se expresa BARRIO ANDRÉS señalando que “la reforma de 2015 ha modificado el elemento

---

<sup>28</sup> Véase PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, pág. 5, señala “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”. También, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 70. Sobre las dudas acerca de la tipicidad de estas conductas, véase DE LA MATA BARRANCO, Norberto J./HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español”, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.)/DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (coord.), *Derecho penal informático*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 147-158, pág. 194.

<sup>29</sup> Véase *supra*.

subjetivo del tipo básico del delito, sustituyendo el ánimo de lucro por la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, tratando de esta manera de dar cabida a conductas que, con la interpretación que se vino haciendo de la redacción anterior, quedaban fuera de la protección penal, abarcando ahora conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto”<sup>30</sup>.

Sin embargo, la Fiscalía General del Estado no lo ha visto así, y a pesar de esta reforma se ha inclinado por un absoluto inmovilismo manteniéndose en la interpretación que venía acogiendo para la expresión “ánimo de lucro”, a pesar de parecer señalar lo contrario<sup>31</sup>. Para empezar, hay que advertir que la Circular 8/2015, de 21 de diciembre, confirma la interpretación del “ánimo de lucro” de la Circular 1/2006, de 5 de mayo, al señalar que en los procedimientos penales de

---

<sup>30</sup> Véase BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Delitos 2.0, Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, La Ley, Madrid, 2018, pág. 169; en el mismo sentido, BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, Reus, Madrid, 2017, pág. 123. Este autor continúa diciendo que “esta importante modificación requiere tres consideraciones adicionales. Con la alusión relativa al beneficio parece darse cobertura a la interpretación, defendida por un sector doctrinal minoritario, del ánimo de lucro como inclusivo del propósito de mero ahorro del precio de la obra lícita. Dicha construcción está dirigida sobre todo a lograr calificar como típicas las conductas de los usuarios de redes P2P, vulneración de la propiedad intelectual a través de páginas de enlaces, y también a la instalación del software sin el pago de la correspondiente licencia. En segundo lugar la mención del beneficio indirecto persigue la inclusión bajo el tipo de las conductas en las que el beneficio se consigue a través de la publicidad, que son las que de nuevo a raíz de las páginas web de enlaces han dado lugar a mayores dificultades de calificación bajo la redacción anterior. Pero no es éste el único supuesto posible de beneficio indirecto: por ejemplo, piénsese en quien vende al público equipos informáticos en los que incorpora programas sin adquirir su respectivas licencias, lo cual es una forma de incentivar esta o en la compensación recibida por una página web de enlaces de las empresas a las que cede bases de datos con las direcciones de correo electrónico o perfiles de los usuarios. Por último, la inclusión en el tipo del ánimo de obtener beneficios indirectos supone una notable expansión del alcance típico, y va a plantear nuevas dificultades interpretativas: el problema se trasladará ahora a calibrar si existe una conexión mínimamente suficiente entre la utilización de la obra o prestación y el beneficio proyectado como para poder sostener que éste deriva (siquiera indirectamente) de aquella, pues la apreciación como típicas de conexiones muy tenues corre el riesgo de expandir en exceso el ilícito penal a expensas del civil. Una interpretación amplia del concepto puede derivar, en suma, en una puerta abierta a la estimación como típico de los que deberían mantenerse como meros ilícito civiles”.

<sup>31</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, Madrid, 2006, págs. 13 ss., señala que “las dificultades que se vienen exponiendo para encajar la actividad de las páginas web de enlaces en las conductas tradicionalmente contempladas en el art. 270 CP son las que han motivado la modificación del propio precepto, no solo mediante la tipificación expresa en el art. 270.2 CP de este tipo de actuaciones, que facilitan el acceso a contenidos protegidos sin contar con la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, sino también con la modificación en el tipo básico (art. 270.1) del elemento subjetivo del tipo, la redefinición de las conductas típicas y la ampliación de los derechos objeto de protección”.

los que tengan conocimiento e intervengan la fiscalía que estuviesen en curso a la entrada en vigor la reforma del CP por LO 1/2015, de 30 de marzo, se debía tener en cuenta que “en él se integran no solo los beneficios directos sino también los indirectos que reporte o pueda reportar la actividad ilícita”<sup>32</sup>. Por lo tanto, lo primero que hay que indicar es que si ya en la expresión “ánimo de lucro” se daba cabida a cualquier tipo de beneficio económico directo o indirecto, en la nueva configuración del elemento subjetivo del tipo con más razón se dará continuidad a tal interpretación, porque es precisamente lo que se dice de forma expresa en la nueva redacción del delito. Pero, y esto es lo más relevante, la Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información, ha puesto de manifiesto que el beneficio económico hay que entenderlo siempre obtenido a escala comercial y, por tanto, alejado del mero ahorro en el precio por el disfrute de una obra, o reproducción de esta. Es decir, mantiene para el nuevo elemento subjetivo del injusto la misma interpretación que cuando éste se integraba por el “ánimo de lucro”. Tanto es así que apela al principio de intervención mínima o *ultima ratio* recogido en la Circular 1/2006, entonces para interpretar la expresión “ánimo de lucro”, ahora para interpretar la expresión que la substituye, “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”<sup>33</sup>. En este sentido, en la Circular 8/2015 se establece que “esta interpretación sigue siendo válida, no solo en atención a la normativa internacional mencionada [scil. considerando 14 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo y el art. 10 del Convenio de Budapest], sino también porque, a la vista de los términos utilizados por el Legislador para ampliar las conductas típicas, no cabe otra. La respuesta penal, por tanto, solo tendrá lugar cuando la acción se realice a través de una conducta cuyo fin sea la explotación de obras y prestaciones en orden a obtener beneficios económicos, sea de manera directa o indirecta; es decir, cuando el sujeto actúe con

---

<sup>32</sup> Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, Madrid, 2015, pág. 14.

<sup>33</sup> Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, Madrid, 2015, pág. 19.

ánimo de lucro comercial, entendido como intención de obtener un rendimiento económico, ganancia o ingreso”<sup>34</sup>.

## V. “Cambiar todo para que nada cambie”: críticas a la interpretación dominante del nuevo elemento subjetivo del injusto del art. 270 CP

Según la interpretación que del nuevo elemento subjetivo del injusto del art. 270 CP ha hecho la Fiscalía, pero también los Tribunales de Justicia, e incluso la doctrina, la modificación de dicho artículo a través de la LO 1/2015 es “gatopardista”<sup>35</sup>, pues planteándose aparentemente como una transformación sustancial de los delitos contra la propiedad intelectual, resulta que sólo altera la parte superficial de la estructura típica de aquel delito, manteniéndose inalterado su contenido, es decir, el sentido material de los elementos típicos y, por tanto, las consecuencias prácticas de su aplicación, esto es, las conductas que pueden quedar subsumidas en el citado artículo y ser calificadas como delito<sup>36</sup>. Este “cambiar todo para que nada cambie” es, en mi opinión, criticable e injustificado por las razones que expondré a continuación.

---

<sup>34</sup> Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, Madrid, 2015, pág. 19.

<sup>35</sup> Término que procede de la novela “El gatopardo” (1957) de Giuseppe Tomasi di Lampedusa y adaptada al cine en 1963 por Luchino Visconti. Narra la vida de Don Fabrizio Corbera, Príncipe de Salina, y su familia, entre 1860 y 1910, en Sicilia, y a través de este personaje, el cambio de época, el paso de un momento histórico dominado por la aristocracia, a otro momento histórico en donde la alta burguesía pasa a ocupar el poder económico y político. Pero a pesar de un cambio profundo, la realidad es bien distinta, pues las estructuras de poder no se modifican, la democracia es un puro espejismo, dominada por el fraude y el engaño, paradoja que se sintetiza en un diálogo del guión que dice “si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”. Se trata pues de poner de manifiesto una paradoja insostenible, por cuanto supone no ya de contradicción sino de burla del sistema jurídico, de la ciudadanía y de la propia democracia.

<sup>36</sup> El análisis que se hace en este trabajo se limita al elemento subjetivo del injusto, el ánimo requerido, y a este es aplicable la reflexión señalada, pero dicha reflexión es extensible a todo el tipo en su conjunto, porque lo mismo se puede decir respecto de la introducción en la descripción típica de la expresión “o de cualquier otro modo explote económicamente”. Donde sí se produce una alteración relevante y, por tanto, sí hay un cambio real es en la consecuencia jurídica prevista, que pasa de una “pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses” a una “pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

En primer lugar, lo primero que hay que señalar es que no se puede pretender pensar que no se produce cambio alguno en relación con la parte subjetiva del tipo del art. 270 CP cuando ya desde el punto de vista formal la modificación es tan evidente. Y aún a riesgo de poner de manifiesto lo evidente, creo necesario hacerlo así, señalando que en la redacción anterior el legislador utilizaba la expresión “con ánimo de lucro”, mientras que tras la reforma el legislador opta por poner en su lugar la expresión “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”. ¿Acaso estas dos expresiones son equivalentes? Y si lo fueran, entonces, ¿por qué se cambia y no se dejan las cosas como estaban?

En segundo lugar, pensar que ambas expresiones dicen lo mismo, que tienen igual significado, no es correcto porque no se corresponde con la voluntad del legislador y con el *telos* del nuevo tipo penal (lo cual no quiere decir que yo comparta esta opción político-criminal). La reforma operada por la LO 1/2015 en materia de delitos contra la propiedad intelectual no sólo pretende introducir precisiones técnicas en la redacción de los tipos penales, sino que tiene como finalidad extender e intensificar la respuesta penal en este ámbito. La intensificación salta a la vista a tenor del cambio introducido en el marco penal previsto, pasando de una pena de prisión de seis meses a dos años, a una pena de prisión de seis meses a cuatro años. La extensión, porque se amplía el número de acciones típicas, añadiéndose a las de reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente, 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, que más que una nueva conducta opera como una cláusula de cierre y abarca un número indefinido de conductas<sup>37</sup>. Pero la extensión también se busca con la modificación del elemento subjetivo, con la que se intenta ampliar el espectro de lo típico como de hecho señala expresamente el propio legislador al decir que “se añade, para reforzar así la

---

<sup>37</sup> En el mismo sentido, TIRADO ESTRADA, Jesús José, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 1995)*, Comares, Granada, 2016, págs. 108 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, págs. 11 s.; BARRIO ANDRÉS, M., *Delitos 2.0, Aspectos penales, procesales y de seguridad de los cibercriminales*, La Ley, Madrid, 2018, pág. 170; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Régimen jurídico, política criminal y realidad del ‘top manta’”, *InDret* 1/2018, págs. 1-37, pág. 16.

protección que se quiere brindar, la [scil. conducta] de explotar económicamente de cualquier otro modo una obra o prestación (...), 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”<sup>38</sup>. Esta idea de que el legislador quiere caminar hacia una extensión de la intervención penal en la materia se ve reforzada porque “se tipifican expresamente conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de las que derivan graves perjuicios: la facilitación de la realización de las conductas anteriores mediante la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlo; la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a las mismas (...); y, finalmente, la facilitación del acceso o localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas en internet en forma no autorizada”<sup>39</sup>, así como porque se amplían los objetos materiales sobre los que puede recaer la conducta típica, al incluir “las prestaciones”. Por lo tanto, a partir de aquí se puede deducir que la modificación del elemento subjetivo específico del injusto se hace por el legislador con la intención de abarcar más conductas que las que resultaban abarcadas por la expresión “ánimo de lucro”<sup>40</sup>. En este sentido, es interesante indagar en las pretensiones de los grupos de presión y agentes políticos con fuertes intereses a nivel internacional en la protección, también penal, de los derechos de propiedad intelectual, que podrían haber acabado marcando la agenda política en relación con la modificación de estos tipos penales, en particular, con el art. 270 CP. No se puede desconocer que entre el Anteproyecto de CP que el Gobierno aprueba el 11 de octubre de 2012, en el que no se recogían prácticamente cambios respecto al CP vigente entonces en materia de propiedad intelectual y el Proyecto de reforma de LO del CP aprobado el 20 de septiembre de 2013, se producen

---

<sup>38</sup> Véase LO 1/2015, de 30 de marzo, Exposición de Motivos XVII.

<sup>39</sup> Véase LO 1/2015, de 30 de marzo, Exposición de Motivos XVII.

<sup>40</sup> En este sentido, véase SAP Granada 23-2-2018 (ARP\2018\777). En sentido contrario, SAP Asturias 27-2-2019 (JUR\2019\108639); SAP Lleida 20-11-2018 (JUR\2019\80794).

cambios importantes, entre los que destaca, precisamente, la mención “al beneficio directo e indirecto”. Es reveladora la reflexión que hace RANDO CASERMEIRO indicando que “la nota de prensa de la Moncloa que acompaña a la aprobación del posterior proyecto se muestra tranquilizadora, apresurándose a explicar que no va a perseguirse penalmente a usuarios de redes P2P. (...) Sin embargo, hay algunos aspectos de la reforma que, más allá de las palabras, suscitan lógica inquietud, y por ello deben ser tenidos en cuenta. Para empezar, la mención ‘al beneficio directo e indirecto’ en los nuevos delitos contra la propiedad intelectual e industrial se amolda muy bien a las pretensiones políticocriminales que EE. UU. siempre tuvo para España, ya que ‘beneficio indirecto’ podría incluir lo que uno no paga por descargar obras pirateadas como usuario. Esto nos mete de lleno en el ámbito de la criminalización de la piratería doméstica. La alusión de los ‘beneficios directos o indirectos’ es precisamente una técnica de tipificación que EE. UU. viene exportando al mundo en sus acuerdos bilaterales de comercio, así como en el ya analizado TPP. Y allí, en esos acuerdos, sí se especifica que la ‘ganancia financiera indirecta’ incluye conductas cometidas sin ánimo comercial, esto es, la piratería común o doméstica. La nota que acompaña a la aprobación del proyecto nos proporciona un ejemplo: las ganancias por publicidad. Sin embargo, un ejemplo no es *a priori* suficiente para convencernos de que el nuevo tipo del art. 270.1 diga otra cosa diferente a la que, efectivamente, dice”<sup>41</sup>.

En tercer lugar, una interpretación sistemática de los apartados primero y segundo del art. 270 CP nos lleva, en mi opinión, a entender la expresión “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto” en un sentido necesariamente más amplio que el que encierra la expresión “ánimo de lucro”. Como se puede ver *supra* la Fiscalía optaba en su Circular 1/2006 por una interpretación restrictiva de la expresión “con ánimo de lucro”, identificándola con un ánimo de lucro comercial, es decir, con una intención de explotar económicamente y, por tanto, a escala, las obras y prestaciones en orden a obtener beneficios. Esta misma interpretación se

---

<sup>41</sup> Véase en profundidad RANDO CASERMEIRO, Pablo, “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*, 17-03 (2015), págs. 1-47, págs. 32 ss.

mantiene en la Circular 8/2015 para la expresión “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, dejando extramuros del Derecho penal el mero ahorro del precio por el disfrute de una obra o prestación (sea cual sea el ahorro del precio y, por tanto, no lo olvidemos, el perjuicio que se ocasione a terceros, habría que añadir). Para reforzar esta interpretación restrictiva, la Fiscalía se apoya en la cláusula de cierre introducida por la LO 1/2015 en la enumeración de las conductas típicas, en el apartado primero del art. 270 CP, considerando que esa exigencia de lucro comercial “resulta patente tras la incorporación al precepto de la expresión *o de cualquier otro modo explote económicamente*”<sup>42</sup>, que sería aplicable a todas las conductas enumeradas previamente en el tipo (reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente). Pues bien, en mi opinión resulta discutible que ese circunstancial “de cualquier otro modo explote económicamente” se aplique a los verbos típicos enumerados con antelación<sup>43</sup>, pero es que además en el apartado segundo del art. 270 CP<sup>44</sup> no se incorpora esta cláusula, por lo que no necesariamente se debe entender como una exigencia del tipo para todas

---

<sup>42</sup> Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, Madrid, 2015, pág. 20.

<sup>43</sup> Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, pág. 24, realiza una interpretación distinta a la aquí propuesta, para, sin embargo, fundamentar la misma consecuencia. Así, indica que “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 ‘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 concurría 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 lucro cesante”.

<sup>44</sup> Art. 270.2 CP: “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”.

las conductas señaladas. Atendiendo a la señalada interpretación sistemática, es necesario poner en relación el elemento subjetivo del tipo de los apartados primero y segundo del art. 270 CP, con el exigido en su apartado sexto, en el que sí se hace mención expresa a la “finalidad comercial”, así como con los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 y 274 CP), en los que se utiliza la fórmula “con fines industriales o comerciales”. El legislador hace referencia expresa al ánimo de explotación a escala comercial cuando quiere hacerlo, *sensu contrario*, no se puede entender comprendida en el tipo tal exigencia cuando el legislador no la introduce expresamente<sup>45</sup>.

En definitiva, el continuismo en la interpretación del nuevo elemento subjetivo específico del injusto, lleva a considerar que se excluyen del ámbito penal las conductas de los usuarios y consumidores que actúan como *uploaders* en la red, facilitando bien directamente o bien a través de páginas web de terceros obras o enlaces a dichas obras (o prestaciones) sin el consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas, cuando lo hacen sin intención de obtener una contraprestación económica en el sentido visto, como explotación económico-comercial. Así, el mero hecho de subir a la página web la obra protegida resultaría atípico, también las páginas web de enlaces creadas y mantenidas por los propios usuarios, sin publicidad, sin precio para acceder, ni otras vías de obtención de rendimientos económicos. Sin embargo, en mi opinión, estas conductas podrían hoy quedar abarcadas por el tenor literal del tipo del art. 270 CP, teniendo en cuenta todos los argumentos señalados anteriormente<sup>46</sup>. Estas conductas así realizadas pueden implicar ánimo de obtener un

---

<sup>45</sup> En este sentido, TIRADO ESTRADA, Jesús José, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 1995)*, Comares, Granada, 2016, pág. 178.

<sup>46</sup> De la misma opinión, RANDO CASERMEIRO, Pablo, “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*, 17-03 (2015), págs. 1-47, págs. 25 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, pág. 12; BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, Reus, Madrid, 2017, págs. 121 s.; el mismo, *Delitos 2.0, Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, La Ley, Madrid, 2018, pág. 169.

beneficio indirecto consistente en evitar pagar el precio de la obra o prestación<sup>47</sup>. Y los usuarios que sistemáticamente utilizan estas páginas para subir obras o prestaciones o que facilitan enlaces, obtienen un “gran ahorro”, tanto más cuanto mayor sea el número de obras o enlaces que a su vez ponen a disposición<sup>48</sup>. Ese beneficio privado conlleva un perjuicio para los titulares de los derechos que además se multiplica exponencialmente cuando las conductas referidas ni se hacen puntual ni esporádicamente ni por un solo usuario. En mi opinión, la finalidad del legislador y el *telos* de la norma es que estas conductas sean abarcadas por el tipo (lo cual, insisto, no quiere decir que yo comparta esa decisión), y, por lo tanto, que las acciones referidas (de *uploaders*, *downloaders*, usuarios de redes P2P, etc.) puedan ser juzgadas, subsumidas perfectamente en el art. 270 CP y dar lugar a fallos condenatorios. Esa posibilidad la ofrece hoy el art. 270 CP - según la interpretación que definiendo aquí, es la razón de ser de la reforma -, y sólo por una aplicación utilitarista del principio de oportunidad, acciones y hechos como los

---

<sup>47</sup> En el mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilo*, *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, pág. 12.

<sup>48</sup> En el mismo sentido en relación con los *uploaders*, PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilo*, *Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, pág. 25, señala que “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 ulteriores”. Cfr., si bien refiriéndose a la redacción anterior (“con ánimo de lucro”), FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 78 s., “en consecuencia, la conducta del usuario que ‘baja’ o ‘se descarga de la Red’ una obra, y obtiene ésta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro *no puede ser considerada penalmente típica*. Se incluyen en ese supuesto a los *usuarios de las redes P2P*, en las que se facilita el intercambio de archivos, pues el beneficio o utilidad obtenida consiste en el disfrute de la obra y su comercialización no encaja, como hemos visto, en el concepto estricto de ánimo de lucro. En efecto, tampoco conforman el ánimo de lucro a efectos del tipo, las ventajas por quien utiliza los programas para compartir archivos (P2P), los cuales bajo determinadas etiquetas (*Participation Level*), miden la participación del usuario y recompensan con una mayor prioridad en las *colas de descarga* a aquellos que han puesto más archivos a disposición de los demás. De este modo, cuanto más se comparte o a cuantos más usuarios se da acceso para descargar archivos, mayor es la prioridad en las colas de descarga. En este caso, se obtiene, por tanto, un indudable beneficio, concretado en las mayores posibilidades de obtención de otros archivos de un modo ilícito (son el pago correspondiente de los derechos de propiedad intelectual), circunstancia que –por las razones expuestas-, sin embargo, en ningún caso puede ser calificada como ‘ánimo de lucro’”.

referidos no se persiguen conforme al art. 270 CP, de momento<sup>49</sup>. En este mismo sentido, PÉREZ GONZÁLEZ advierte que “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. (...) Podemos 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”<sup>50</sup>.

En mi opinión, no hay base clara para hacer una interpretación restrictiva y continuista de la expresión “con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, indiferenciada de la interpretación que se hacía de la expresión “ánimo de lucro”. Primero, porque de ser equivalentes, no tiene sentido que el legislador las cambie. Segundo, porque el legislador, con la reforma del art. 270 CP, y en particular con la introducción de ese nuevo elemento subjetivo

---

<sup>49</sup> La posibilidad de que cambie el rumbo de la interpretación jurisprudencial del art. 270 CP es una posibilidad real, como lo pone de manifiesto el hecho de que este artículo ya en ocasiones pasadas ha sido objeto de interpretaciones radicalmente distintas, con consecuencias substancialmente diferentes. En este sentido, véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Régimen jurídico, política criminal y realidad del ‘top manta’”, *InDret* 1/2018, págs. 1-37, págs. 5 ss., acerca de la aplicación jurisprudencial del art. 270 tras la reforme operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, en relación con el llamado “top manta”.

<sup>50</sup> Véase, PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38, págs. 10, 13, y continúa diciendo, “nuestra hipótesis de trabajo pasa por considerar que es muy probable que esa sensibilidad político-criminal sobre las conductas de usuarios P2P cambie. Puede suceder, entonces –y no por casualidad-, que el entorno virtual en el que más patina la dogmática penal (...) 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 eficacia económica en la actualidad y, por eso mismo, como medio idóneo de generar daños en los derechos de explotación exclusiva de obras y prestaciones”. Más adelante, “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, va a volver la vista sobre la necesidad de criminalizar estas conductas”.

específico del injusto, tiene en mente ampliar el ámbito de la tipicidad, aunque intente disimularlo. Tercero, porque la modificación de los delitos contra los derechos de propiedad intelectual está motivada por intereses de importantes grupos de presión que buscan atajar conductas generalizadas en internet, como son los intercambios de archivos en redes P2P, las subidas de archivos a páginas web, o la puesta a disposición de una generalidad indeterminada de personas de enlaces de acceso a obras o prestaciones. Cuarto, porque una interpretación sistemática de los apartados primero y segundo del art. 270 CP lleva a pensar que la expresión “de cualquier otro modo explote económicamente” no tiene porqué condicionar la interpretación del elemento subjetivo específico del injusto en el sentido de limitarlo al ánimo comercial.

## VI. Conclusiones

1. Las principales fuentes estadísticas muestran un progresivo incremento de los ciberdelitos perpetrados en el Estado español. En este sentido, los documentos de referencia en la materia, como por ejemplo el Estudio sobre la Cibercriminalidad en España del año 2017, elaborado por la Secretaría de Estado de Seguridad, dependiente del Ministerio del Interior, pone de manifiesto un importante incremento, que además es sostenido en el tiempo, de los ciberdelitos. Por su parte, un análisis en detalle de las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado, también nos permite colegir esta conclusión.
2. Sin embargo, el número de ciberdelitos contra la propiedad intelectual es muy bajo, representando porcentajes ínfimos respecto de la totalidad. Este dato es llamativo, sobre todo a la vista de la alarma generada desde determinados sectores de actividad, especialmente las sociedades gestoras de derechos de autor, pero también grandes grupos empresariales titulares de derechos de explotación de obras artísticas, literarias, científicas, y prestaciones. También lo es teniendo en cuenta el desarrollo meteórico de las Tecnologías de la Información y Comunicación, así como el uso masivo de estas.
3. El escaso número de procedimientos incoados, y sobre todo de sentencias condenatorias conforme al art. 270 CP, puede tener múltiples y variadas razones. En mi opinión, la

fundamental tiene que ver con la interpretación que históricamente se ha hecho del elemento subjetivo del injusto del citado artículo, “ánimo de lucro”.

4. Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han interpretado el “ánimo de lucro” del art. 270 CP anterior a la reforma de LO 1/2015, en un sentido restrictivo, referido exclusivamente al “lucro comercial”, y dejando ex puertas del Derecho penal las acciones que buscaban un ahorro o un “no gasto” por parte del internauta, especialmente las conductas de los usuarios de las redes P2P, tanto *uploaders* como *downloaders*. Esta posición se vio reforzada por la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado.

5. El art. 270 CP experimenta una profunda modificación a través de la LO 1/2015. Entre las transformaciones introducidas por esta norma destaca el hecho de que se sustituye el elemento subjetivo del injusto, “ánimo de lucro”, por el nuevo “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”. Ante este cambio, sin embargo, la Fiscalía General del Estado se muestra inmovilista, como queda reflejado en la Circular 8/2015, y con ella la práctica totalidad de la jurisprudencia y la doctrina.

6. En mi opinión, este “todo cambia para que nada cambie” es totalmente criticable, por diversos motivos. En primer lugar, no se puede pretender que dos expresiones tan diferentes tengan el mismo significado, porque de ser así, el legislador no tenía por qué haberlas cambiado. En segundo lugar, atendiendo a la exposición de motivos de la LO 1/2015, así como a una interpretación del art. 270 CP tras la reforma, resulta evidente que la modificación de dicho artículo camina en un sentido expansivo, contradictorio con una interpretación restrictiva del elemento subjetivo del tipo. Es decir, esta interpretación del “nuevo ánimo”, restringiéndolo al “antiguo ánimo (comercial)” no se compadece con el *telos* del art. 270 CP. En tercer lugar, una interpretación sistemática de los apartados uno y dos del art. 270 CP, también con el apartado seis, pero también con los delitos contra la propiedad industrial, nos lleva a considerar que el elemento subjetivo del injusto no se limita al lucro comercial.

7. En mi opinión, el art. 270 CP, tras la reforma por LO 1/2015, tipifica las conductas de los usuarios de las redes P2P, aquellos que suben y bajan archivos a/de páginas web o que ponen a

disposición de una pluralidad indeterminada de personas enlaces a obras o prestaciones sujetas a derechos de propiedad sin contar con autorización para ello.

8. El hecho de que estas formas de usar las TIC no sean objeto de persecución penal, por parte del Ministerio Fiscal, por ejemplo, hay que buscarlas en otras distintas a las de índole estrictamente legal, pues, insisto, hoy quedan, en mi opinión, abarcadas por el art. 270 CP. Son razones de carácter político-criminal, o de oportunidad, de dudosa validez jurídica y, yo diría, democrática las que motivan este estado de cosas.

9. Consecuentemente, cuando se considere “oportuno” perseguir las conductas referidas, no será necesario llevar a cabo ninguna modificación legal.

10. Por todo lo anterior, podemos decir que, en materia de ciberdelitos contra la propiedad intelectual, es decir, la tipificada en el art. 270 CP, después de la reforma por LO 1/2015, todo cambió para que nada haya cambiado... o tal vez sí.

## VII. Bibliografía

AAVV, *Estudio sobre la Criminalidad en España*, Ministerio del Interior, Madrid, 2017.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *Derecho penal económico*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 2010, pág. 448.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, Reus, Madrid, 2017.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, *Delitos 2.0, Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*, La Ley, Madrid, 2018.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, “Sobre el objeto de tutela en los delitos patrimoniales de apoderamiento (hurto, robo, y hurto de uso de vehículos de motor)”, *InDret* 2/2016, págs. 1-23, pág. 17.

CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa/ROBLES PLANAS, Ricardo, “¿Cómo absolver a los “top manta”? Panorama jurisprudencial”, *InDret* 2/2007, págs. 1-15.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “La intencionalidad como criterio de distinción entre la estafa y el ilícito civil”, *InDret* 2/2019, págs. 1-42.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J./HERNÁNDEZ DÍAZ, Leyre, “Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español”, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (dir.)/DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. (coord.), *Derecho penal informático*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010, págs. 147-158

DE NOVA LABIÁN, Alberto, *Delitos contra la propiedad intelectual en el ámbito de internet (especial referencia a los sistemas de intercambio de archivos)*, Dykinson, Madrid, 2010.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc/Mes 3, 1990, págs. 803-858.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España”, *Derecho penal y Criminología*, Vol. 30, N.º 88, 2009, págs. 93-134.

FARALDO CABANA, Patricia, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Ciberdelitos. Los delitos cometidos a través de internet –estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual, daños informáticos, delitos contra la intimidad y otros delitos en la Red-*, Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Derecho penal e internet. Especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003*, Madrid, 2006.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 8/2015, de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015*, Madrid, 2015.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria elevada al Gobierno S. M., presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña María José Segarra Crespo*, Fiscalía General del estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.

FLORES PRADA, Ignacio, *Criminalidad informática (aspectos sustantivos y procesales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GIL GIL, Alicia/MARTÍN FERNÁNDEZ, Carlos, “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* 2/2009, págs. 1-35.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “El art. 270.3 CP: Breve historia de un despropósito”, *Eguzkilore*, n.º 21, diciembre 2007, págs. 81-93.

GÓMEZ RIVERO, M.<sup>a</sup> del Carmen, *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*, Tirant lo Blanch, 2012.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet”, en: MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (dir.)/JAVATO MARTÍN, Antonio M. (coord.), *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 197-232.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, “La venta ambulante en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Régimen jurídico, política criminal y realidad del ‘top manta’”, *InDret* 1/2018, págs. 1-37.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M., “Propiedad intelectual digital: responsabilidad penal”, *Derecho penal y Criminología*, Vol. 28, N.º 85, 2007, págs. 55-80.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, Fundación Autor, Madrid, 2005.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Sergio, “Protección penal de la propiedad intelectual en entornos P2P y riesgo de ofuscamiento de la norma”, *e-Eguzkilore, Revista Electrónica de Ciencias Criminológicas*, n.º 3, 2018, págs. 1-38.
- POSADA MAYA, Ricardo, “El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 3, N.º 88, enero-junio 2017, págs. 72-112.
- PUENTE ABA, Luz María, “El ánimo de lucro y el perjuicio como elementos necesarios en los delitos contra la propiedad intelectual”, *Revista penal*, n.º 21, enero 2008, págs. 103-112.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Internet y propiedad intelectual”, en: LÓPEZ ORTEGA, Juan José, *Internet y Derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 367-394.
- RANDO CASERMEIRO, Pablo, “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*, 17-03 (2015), págs. 1-47.

RODRÍGUEZ MORO, Luis, Tutela penal de la propiedad intelectual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

ROMEO CASABONA, Carlos María, “De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal”, en: ROMEO CASABONA, Carlos María (coord.), *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Comares, Granada, 2006, págs. 1-42.

TIRADO ESTRADA, Jesús José, *La protección penal de la propiedad intelectual en la era digital (Análisis tras la reforma del Código Penal de 1995)*, Comares, Granada, 2016.