

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXVI

■ Núm. 2143

■ Junio de 2012



ESTUDIO DOCTRINAL

**LA ADQUISICIÓN DE COPIAS ILEGALMENTE OBTENIDAS DE MÚSICA,
PELÍCULAS, PROGRAMAS INFORMÁTICOS Y VIDEOJUEGOS Y EL
DELITO DE RECEPCIÓN.**

MARÍA DOLORES MARTÍNEZ PÉREZ



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-12-001-1

www.mjusticia.es/bmj

LA ADQUISICIÓN DE COPIAS ILEGALMENTE OBTENIDAS DE MÚSICA, PELÍCULAS, PROGRAMAS INFORMÁTICOS Y VIDEOJUEGOS Y EL DELITO DE RECEPCIÓN.*

MARÍA DOLORES MARTÍNEZ PÉREZ.

Abogado. Doctora en Derecho. Profesora Sustituta Interina de la Universidad de Almería.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los problemas producidos por la piratería y las consecuencias que produce en el ámbito de la propiedad intelectual para después analizar detenidamente si la adquisición de copias ilegalmente obtenidas de bienes tutelados por los derechos de propiedad intelectual puede ser constitutiva de un delito de receptación.

ABSTRACT

This paper aims to examine the problems caused by piracy and the impact it has on the field of intellectual property and then carefully consider whether the acquisition of illegally obtained copies of goods protected by intellectual property rights may constitute a crime of receiving stolen.

PALABRAS CLAVE

Propiedad intelectual-Bien jurídico-Delito de receptación.

KEY WORDS

Intellectual property-Legal good-Felony on receiving stolen.

* Fecha de recepción: 3-12-2011. Fecha de aceptación: 23-01-2012

SUMARIO

Introducción

I. El fenómeno criminal de la piratería y los daños que produce.

1. La problemática de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

A) La rúbrica de la sección 1ª del capítulo XI del título XIII del libro II del código penal.

B) Fundamento constitucional de la propiedad intelectual.

C) El contenido del bien jurídico penal de la propiedad intelectual.

II. La posible sanción penal de la adquisición de copias ilegales de obras sujetas a derechos de propiedad intelectual mediante el delito de receptación.

1. Una cuestión previa: el bien jurídico protegido por el delito de receptación.

2. Requisitos típicos.

A) Previa existencia de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Especial referencia a la ubicación sistemática de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

B) Conocimiento de su comisión.

C) Falta de intervención en el delito previo como autor o cómplice.

D) Concurrencia de ánimo de lucro en el sujeto activo.

E) Actuar conforme a lo establecido por este precepto.

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

La obtención ilegal de música, películas y videojuegos alcanza en nuestro país unas dimensiones que sobrepasan los límites de una manifestación sectorial para convertirse en un verdadero fenómeno social. Los factores que han dado lugar a un incremento de la piratería son múltiples.

El desarrollo tecnológico facilita enormemente el fotocopiado y las grabaciones digitales de audio y vídeo en CDs y DVDs, convirtiéndose en actividades masivas. En la actualidad cualquier ciudadano tiene acceso a estos avances informáticos y técnicos cuyo uso hasta hace unos años estaba limitado a sectores muy concretos y especializados de la industria audiovisual.

La reducción del precio de estos equipos, que hoy en día están al alcance de cualquier ciudadano medio, ha provocado su adquisición generalizada. Ahora mismo, la compra, verbigracia, de un ordenador, no se concibe sin que éste lleve incorporado una unidad de grabación digital, algo que hace una década, o incluso menos, era impensable.

Estas dos circunstancias han provocado que cualquier ciudadano pueda realizar copias digitales. Antes de la digitalización de música y películas, se realizaban copias pero mediante tecnología analógica (casetes y videocasetes). Aunque el coste de su realización mediante este sistema era menor que la adquisición del original, la calidad de la copia era inferior y el proceso de copiado más laborioso. Estos inconvenientes obstaculizaban que esta actividad se universalizase, por lo que su existencia no constituía un peligro para la industria audiovisual.

Pero la digitalización permite la obtención de copias idénticas, con la misma calidad que los originales y con un coste mucho menor. Este procedimiento, limitado hasta hace poco tiempo a obras audiovisuales, ha proliferado también en el sector de los programas informáticos o software, que pueden someterse igualmente a este procedimiento.

También ha influido el rápido desarrollo de Internet, que ha surgido en dos vertientes. Por un lado se ha producido un aumento de los contenidos que ofrece, entre los que se incluyen las obras artísticas, literarias o científicas. Por otro lado, se ha generalizado su acceso. La mejora de las infraestructuras y la reducción de los costes de conexión a la Red (p.ej. mediante las denominadas “tarifas planas”) conllevan un veloz crecimiento del número de usuarios de este servicio. La unión de estos dos factores implica, en el ámbito de las obras sujetas a los derechos de propiedad intelectual, la desaparición de los mercados locales que pasan a convertirse en un único mercado mundial.

Este contexto, de grandes y rápidos cambios tecnológicos, económicos y sociales, ha tenido una enorme repercusión en la industria del sector audiovisual y de los programas informáticos.

Estos avances han dado lugar a nuevos sectores de mercado de los que obtener mayores ingresos y una repercusión más elevada de este tipo de creaciones, pero también ha aumentado el número de actividades que pueden lesionar los derechos sobre estas obras y cuya dañosidad es mucho mayor.

El análisis desde el Derecho Penal de la conducta del adquirente de estas obras en el “top manta”, concretamente su posible sanción mediante el delito de receptación tipificado en el artículo 298 y siguientes del Código Penal, constituye el núcleo central y objetivo de este trabajo. Y es que este entramado criminal que culmina con la venta callejera de obras “piratas”, que ha sido calificado por la jurisprudencia de “*larga cadena delictiva*”, se realiza mediante un largo proceso. En la mayor parte de los casos, mediante redes de delincuentes cuyos miembros tienen perfectamente diferenciadas las tareas. El desarrollo es el siguiente. Comienza con la adquisición de las obras originales y su traslado al lugar donde se encuentran los equipos informáticos necesarios para realizar las copias (ordenadores, impresoras, CDs vírgenes, programas o instrucciones para eliminar los dispositivos anticopia, etc.). Se realizan copias de forma masiva y una vez elaboradas se trasladan a un almacén o nave donde son vendidas a individuos, en muchos casos ciudadanos extranjeros desempleados asentados en nuestro país, que se encargan de ofertarlos al público en las populares “mantas”. Resulta curioso observar como este sistema, que es el habitual para la venta de música y películas, se simplifica bastante cuando el producto ofertado son videojuegos y programas informáticos. En muchos de estos supuestos este sistema se reduce y se efectúa tan solo por una o dos personas, normalmente con conocimientos informáticos, que se encargan ellas mismas de hacerse con los originales, copiarlos, almacenarlos y venderlos. Estas conductas son constitutivas de un delito contra la propiedad intelectual tipificado en el artículo 270 del Código Penal.

Pues bien, lo que se va a analizar y estudiar en el presente trabajo es si esta “larga cadena delictiva” finaliza en el adquirente de estos productos, cuya acción también puede adjetivarse como delictiva y sancionarse como constitutivo de un delito de receptación, o por el contrario su carácter criminal termina con la venta al público de las copias piratas, sin que su adquisición puede adjetivarse como delictiva.

¹ Vid. SAP de Alicante de 20 de abril de 2005 (JUR 2005,164656).

Pero antes considero que es imprescindible analizar los daños que genera la piratería y los instrumentos no penales que pueden emplearse para intentar eliminarla. Además se efectuará un somero estudio de los principales problemas de los delitos contra la propiedad intelectual, puesto que algunas de las cuestiones que se estudian tienen importantes consecuencias para la posible estimación de una ulterior receptación.

I. EL FENÓMENO CRIMINAL DE LA PIRATERÍA Y LOS DAÑOS QUE PRODUCE.

Los daños que produce la piratería son muy variados y tienen repercusión en múltiples ámbitos de nuestra sociedad. Afectan, en primer lugar a la economía.

Las ventas de música y cine continuaron su descenso a lo largo del año 2009. Y es que la venta de música grabada en España sufrió un descenso de 17 puntos porcentuales, continuando con la tendencia negativa de los últimos años. La venta de CDs cayó un 8,7%, descenso ligado de forma directa a la piratería².

El video no se encuentra en mejor situación. Según la Sociedad General de Autores (SGAE) en su presentación del Anuario 2010 *“Los datos referentes al sector videográfico en España muestran que se encuentra en un momento especialmente delicado ya que, desde el año 2005, en que se alcanzó el máximo gracias a la consolidación del DVD, se han ido acumulando descensos (...) La piratería está teniendo una muy fuerte y negativa incidencia en este sector, que, pese a la oferta de nuevos formatos y a su constante renovación, debe hacer frente al hecho de que en nuestro país se descargaron, sin pagar nada, un total de 460,7 millones de películas en 2009, un 30% más que en 2008. Frente a esos 460,67 millones, sólo 12,7 millones de archivos fueron descargados previo pago”*³. Por ello la venta de DVDs ha sido un 37% menor que el año anterior⁴.

El sector de los videojuegos también sufre los daños ocasionados por la piratería, descendiendo la facturación de este mercado un 16% respecto a 2008⁵.

La magnitud de estas cifras pone de relieve la gravedad que para la economía tienen estos comportamientos.

La cultura también se ve perjudicada por estas actividades. Las pérdidas económicas provocan que las empresas titulares de los derechos de explotación de estas obras si no obtienen rentabilidad en este negocio, dejen de invertir en él. Se produce indirectamente una desincentivación cultural puesto que deja de promoverse la innovación y creación en este sector. Y no sólo esto. La riqueza y diversidad culturales también disminuyen puesto que solo las grandes empresas del sector tendrán capacidad para aguantar unas pérdidas tan fuertes. Las productoras independientes de música y cine y las pequeñas empresas de creación de videojuegos probablemente no podrán afrontarlas viéndose obligadas a cerrar. Dejarán de esta forma de producir obras fuera de las directrices de las grandes multinacionales, con el consiguiente empobrecimiento cultural.

El mercado laboral también se verá afectado. Acabo de mencionar como la piratería puede provocar el cierre de pequeñas y medianas empresas de estos sectores, con la correspondiente pérdida de puestos de trabajo.

Otra entidad que se ve perjudicada es la Hacienda Pública. La venta legal de estos productos está sujeta a impuestos que el Estado recauda y que destina al presupuesto público. El tráfico ilícito de estos bienes, obviamente, no está gravado con impuestos, provocando la disminución

² Presentación Anuario SGAE 2010, p. 14. (www.sgae.es).

³ Presentación Anuario SGAE 2010, pp. 16-17. (www.sgae.es)

⁴ Presentación Anuario SGAE 2010, p. 16. (www.sgae.es).

⁵ Presentación Anuario SGAE 2010, p. 19. (www.sgae.es).

de los ingresos del erario público. No existen cifras de estas posibles pérdidas pero esto no impide valorar que con la magnitud que la piratería tiene hoy en día, éstas serán cuantiosas.

Por último nos queda hablar de los ciudadanos extranjeros. Los daños que sufren se producen en la modalidad de piratería del top manta. En un gran número de casos los encargados de ofrecer al público los CDs y DVDs con música, películas o videojuegos son ciudadanos extranjeros en situación ilegal que venden estos productos bien porque están integrados en redes de criminalidad organizada dedicadas en todo o en parte a este negocio, o bien porque estas mafias los obligan a realizar esta actividad en pago, por ejemplo, de haberles facilitado la llegada a nuestro país.

Se encuentran así en una situación laboral irregular, con los inconvenientes que ello conlleva y, además, permanente expuestos a la persecución policial.

Todas estas circunstancias se erigen como argumentos bastantes que justifican la lucha contra la piratería. Pero la abolición de este fenómeno no debe intentarse únicamente mediante el recurso al Derecho Penal y la criminalización de cualquier comportamiento que dañe o ponga en peligro la propiedad intelectual.

Frente a esta situación se puede reaccionar mediante mecanismos no legislativos. Esto no significa que no deba procederse a una adecuación normativa para luchar contra la piratería. Lo que debe pretenderse es un sistema global para intentar acabar con este fenómeno desde todos los ámbitos. A parte de la respuesta del Derecho, más concretamente desde el ordenamiento penal en el que nos centraremos a continuación, pueden adoptarse otra serie de medidas.

Por una parte es fundamental la realización de campañas de educación y concienciación de los ciudadanos sobre los daños que, como hemos expuesto, genera la piratería y que son un instrumento básico para intentar abolirla.

El propio mercado debe motivar al consumidor para que adquiera obras originales y legales. Para ello sería conveniente la asunción de propuestas tales como la diversificación de productos en ediciones normales y las llamadas “de coleccionista” o “de lujo” en las que se incluyen contenidos adicionales a la propia obra (por ejemplo, en el caso de las películas, entrevistas a los actores, director, etc.), y que se adquieran por precios diferentes, la inclusión de ventajas si lo que se compra es una obra legal.

Por otro lado, si la tecnología genera riesgos para la propiedad intelectual, también puede aliarse con ella. Sistemas como la encriptación o codificación de las obras pueden ayudar a evitar su reproducción y distribución no autorizada.

Y es que no le falta razón a SANTANA VEGA⁶ cuando propone como instrumentos determinantes para eliminar o, al menos, reducir la piratería, medios como una estrategia comercial creativa, un nuevo enfoque de los tributos que gravan este tipo de bienes o una mayor cooperación internacional. Todo ello sin desprestigiar una revisión de los tipos penales que conlleve una mejoría técnica.

Por último, la compra callejera en el top manta se está reduciendo en parte gracias a la presión policial que sobre este mercado ilegal se está ejerciendo debida, en gran medida, a que la reforma del Código Penal de 2003 convirtió los delitos contra la propiedad intelectual en delitos públicos perseguibles de oficio. Esta variación legal ha permitido una mayor persecución de este tipo de actividades.

⁶ SANTANA VEGA, D.M. “Aspectos penales y político-criminales de la piratería musical”. Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal. Madrid. 2005. Págs. 855-856.

1. LA PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

A. La rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal.

De todos es conocido el valor interpretativo que en la concreción del bien jurídico de los delitos, puede concederse a la rúbrica bajo la que se encuentren agrupados. Sin embargo, en los delitos relativos a la propiedad intelectual, esta rúbrica, más que ayudar a la interpretación y determinación del bien jurídico penal que estos ilícitos protegen, supone una dificultad añadida a la ya de por sí complicada fijación del objeto jurídico de protección.

La polémica no es nueva. Arranca en la Convención de Berna de 1886, donde los delegados alemanes luchaban por imponer la denominación derechos de autor, frente a los de origen latino que abogaban por la terminología de propiedad intelectual, tuvo su punto álgido en nuestro país con la aprobación de la Ley Orgánica de 11 de noviembre de 1987 y sigue abierta, aunque en otros términos, en la actualidad.

En la legislación penal española ha sido tradicional la ubicación de esta clase de ilícitos dentro de la denominada propiedad literaria, salvo el Código Penal de 1944 que ya se refiere a la propiedad intelectual.

El término derechos de autor se introduce en nuestra legislación penal mediante la modificación del Código ocurrida en 1963 y seguiría empleándose tras la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 a pesar de que esta ley cuando era todavía un proyecto hacía mención a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, volviendo a introducir la terminología derechos de autor en el último momento.

Este acontecimiento generó una ardua discusión doctrina entre los defensores de uno y otro término. A favor del término derechos de autor se esgrimía que define muy bien esta clase de derechos, más allá de la versión estrictamente patrimonialista que otorgan a la propiedad intelectual, que aunque la Ley de Propiedad Intelectual dedica solo un Libro a estos derechos, regulando otros, este inconveniente podía salvarse añadiendo a esta rúbrica la expresión “derechos de autor y conexos”.

Las argumentaciones que respaldan el empleo de propiedad intelectual son más fuertes. Y no sólo porque la propiedad intelectual sea un todo del que los derechos de autor son solo una parte⁷, sino además porque se utiliza en toda nuestra legislación. De propiedad intelectual habla el artículo 149.1.9 de la Constitución, la rúbrica del Capítulo III del Título IV del Código Civil y sus artículos 10.4 y 429, y como no, la propia Ley de Propiedad Intelectual. Además la compleja y variada naturaleza de estos derechos se abarca mejor bajo este enunciado.

El Código Penal de 1995 se ha decidido por hablar de propiedad intelectual ante las infracciones penales potencialmente lesivas para ella. Pero la elección de la rúbrica “delitos relativos a la propiedad intelectual” es técnicamente deficitaria por dos motivos. El primero de ellos, porque si frente a los que atentan estos delitos es la propiedad intelectual debería hablarse, no de delitos *relativos*, sino *contra* la propiedad intelectual⁸. El segundo porque los derechos de propiedad intelectual tienen un contenido muy variado y no todas las conductas típicas recogidas bajo este enunciado atentan contra todas las facetas de su contenido. Aunque sea adelantar parte del trabajo que sigue a continuación y reconociendo que se trata de un enunciado demasiado largo, considero que lo correcto hubiese sido agrupar estas infracciones

⁷ MORILLAS CUEVA, L., “Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal”. Poder Judicial. Nº 9. Madrid. 1989. (Ejemplar dedicado a: Jornadas de estudio sobre “Nuevas formas de delincuencia”), p. 422.

⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J., “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Madrid. 1999, p. 756.

penales bajo la rúbrica de “Delitos contra los derechos de explotación económica exclusiva de la propiedad intelectual”.

B. Fundamento constitucional de la propiedad intelectual.

Todo bien jurídico penal debe tener un referente constitucional. En el caso de los delitos relativos a la propiedad intelectual ha existido una ardua polémica sobre el rango que nuestra Norma Suprema concede a los derechos de autor, tanto personales como patrimoniales.

Un sector doctrinal se ha inclinado por considerar que los derechos de autor ostentan rango de derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico constitucional. La repercusión de esta idea es importante, puesto que si la Constitución reconoce los derechos de autor, tanto morales como patrimoniales, al más alto nivel, el Código Penal debería hacer lo mismo a la hora de seleccionar los bienes jurídicos dignos de su protección.

La base para considerar que los derechos de autor son un derecho fundamental está en el artículo 20.1.b) de la Constitución que reconoce el derecho a la producción y creación intelectual y que está situado en la Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) del Capítulo II (“Derechos y libertades”) del Título I (“De los derechos y deberes fundamentales”).

Los defensores de esta idea ven en el tenor literal del este artículo el reconocimiento de derecho fundamental a los derechos de autor. Refuerzan sus tesis haciendo alusión al artículo 10.2 de la Constitución en relación con el artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece la protección a los intereses materiales y morales de los autores.

Los debates parlamentarios constitucionales, en los que se intentó que, efectivamente, la configuración de estos derechos fuera de la de derechos fundamentales, y algunos casos de Derecho Comparado, como la Constitución Portuguesa de 1976, han sido otros de los argumentos esgrimidos.

Pero existen argumentos suficientes para desmontar esta teoría.

El artículo 20.1.b) de nuestra Constitución recoge el derechos a ser autor, a crear, pero no los derechos derivados de la creación. Los derechos patrimoniales y personales derivados de una creación se encuentran desvinculados del derecho a crear, su conexión es con la obra que ya se ha generado. El ataque al derecho recogido en el artículo 20.1.b) podría constituir un delito de amenazas o de coacciones por atentar contra la libertad del individuo a crear, pero no un delito relativo a la propiedad intelectual.

Además la configuración de estos derechos como fundamentales conllevaría que la regulación de la propiedad intelectual tendría que haberse efectuado mediante ley orgánica y no mediante ley ordinaria, que es el rango de nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

Por otra parte, que el artículo 27.2 de la Declaración de los Derechos Humanos establezca una protección a los derechos de autor no implica su consideración como derecho fundamental, tan solo que estos derechos deben ser protegidos por los Estados.

Sería ilógico considerar que la propiedad intelectual tiene constitucionalmente rango de derecho fundamental mientras que el derecho a la propiedad, recogido en el artículo 33 de la Constitución, no lo tiene.

Y, finalmente, no puede olvidarse que el artículo 20.1.b) no hace referencia únicamente a creaciones artísticas, también menciona las creaciones técnicas. Si, en base a este artículo, se defiende que los derechos de autor son derechos fundamentales, la misma postura habría que adoptar frente a la propiedad industrial, argumento que no puede sostenerse.

Los argumentos que acabamos de exponer implican que los derechos de autor no puedan considerarse como derecho fundamental en base al artículo 20.1.b) de la Constitución. Ante esta situación, un amplio sector doctrinal considera que su fundamento constitucional reside en el artículo 33 de la Constitución que reconoce el derecho, no fundamental, a la propiedad privada.

El punto de partida de esta concepción es la argumentación jurídica que recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985. En esta resolución nuestro Alto Tribunal distingue en el ámbito de la creaciones intelectuales, el derecho a crear, como parte de la libertad individual del individuo, que es lo que se protege mediante el artículo 20.1.b) de la Constitución, y los derechos derivados de la creación.

Estos derechos que se derivan de la obra ya creada son los que encuentran amparo constitucional en el derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 33 de la Constitución. Refuerzan este punto de vista argumentos tales como que son derechos transmisibles, el sistema de plazos que rige los derechos de explotación económica de las obras, la posible titularidad de estos derechos de una persona jurídica, o la viabilidad de su ejercicio por el Estado en los casos en los que un autor carezca de herederos.

Pero la protección constitucional de los derechos de propiedad intelectual no acaba aquí. Partiendo de la base que no existe en nuestra Norma Suprema un precepto dedicado expresamente al reconocimiento de estos derechos, debe considerarse que su fundamento constitucional se encuentra repartido en diversos preceptos⁹.

Además del reconocimiento como derecho fundamental recogido en el artículo 20.1.b) a la libertad de creación y el encuadre de los derechos de propiedad intelectual dentro del derecho a la propiedad privada que ampara el artículo 33 de la Constitución, hay otros preceptos que deben tenerse en cuenta.

Se trata del artículo 38 de la Constitución, que reconoce el derecho a la libertad de empresa dentro de una economía de mercado, siendo uno de sus principios fundamentales el de libre competencia. Si bien la explotación exclusiva de los derechos de propiedad intelectual constituyen una restricción a la libre competencia, su rendimiento económico entre dentro de esta libertad de empresa. Además esta restricción en un instrumento de incentivación de producción de esta clase de obras.

Por su parte, el artículo 44 de la Constitución tutela el derecho de acceso de los ciudadanos a la cultura, de la que forman parte los derechos de propiedad intelectual.

Y por último, hay que tener en cuenta que, según el artículo 128 la riqueza de un país está subordinada al interés general, tal y como sucede con estos derechos.

Se deduce de todo cuanto se ha expuesto que la Constitución reconoce y protege los derechos de propiedad intelectual en varios de sus preceptos, obteniendo estos la relevancia constitucional necesaria para su configuración como bien jurídico digno de tutela penal.

⁹ De esta opinión MIRÓ LLINARES, F., "La protección penal de la propiedad intelectual". Madrid. 2003, pp. 166 y ss.

C. El contenido del bien jurídico penal de la propiedad intelectual.

El bien jurídico penalmente protegido por los delitos relativos a la propiedad intelectual ha sido un aspecto ampliamente discutido por la doctrina penal, especialmente tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre. El centro del debate estaba en determinar si la protección penal se limitaba exclusivamente a la vertiente patrimonial de los derechos de autor o alcanzaba también su esfera moral¹⁰.

La aprobación del Código Penal de 1995 ha introducido modificaciones importantes en lo que a la determinación del bien jurídico se refiere.

El Código Penal de 1995 se ha decantado por proteger la vertiente patrimonial de los derechos de autor¹¹. Avalan esta conclusión tanto aspectos formales como materiales de la actual regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Formalmente corrobora esta afirmación la ubicación sistemática de estos ilícitos, dentro del Título XIII del Libro II, dedicado a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, y la eliminación de toda referencia a los derechos de autor en la rúbrica que recoge los mismos, que menciona tan solo la propiedad intelectual.

Las modificaciones de orden material van en el mismo sentido. En primer lugar tenemos la exigencia de ánimo de lucro del sujeto y la actuación en perjuicio de tercero como requisitos típicos. En segundo lugar, las agravaciones previstas se centran en una mayor dañosidad económica, eliminándose las referencias a la vertiente moral de los derechos de autor. En tercer lugar, la sanción penal del plagio únicamente va dirigida a una posterior explotación económica.

Este último factor, la tipificación penal del plagio, ha sido uno de los argumentos más empleados por quienes defienden que el ordenamiento penal alcanza la faceta moral de los derechos de autor. Según este sector doctrinal, el plagio constituye el ataque más grave al reconocimiento de la creación de una obra por su autor y, por tanto, si esta acción estaba recogida en el Texto Penal, no podía negarse que el bien jurídico protegido abarcaba aspectos personales del derecho de autor. Pero al Derecho Penal no le interesa cualquier plagio, sino únicamente el que está dirigido a una posterior explotación económica.

Todo cuanto acaba de exponerse ha conducido a que en la actualidad la doctrina penal considere que lo tutelado por estos delitos tiene un carácter estrictamente patrimonial, concretándose en el derecho de explotación económica exclusiva de los derechos de autor.

¹⁰ Sobre este aspecto ver BOIX REIG, J., "Nuevo sistema de protección penal de los derechos de propiedad intelectual". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Ejemplar dedicado a: Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero). Granada. 1987. Nº 12. Vol. I. 1er. Cuatrimestre; DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDÓ, M., "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido". ADPCP. Septiembre-Diciembre. 1990; GIMBERNAT ORDEIG, E., "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual". PJ. Nº especial. 1988 y "Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal". (en "Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal") Madrid. 1993; JORGE BARREIRO, A., "Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en las infracciones punibles contra la propiedad intelectual", Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez (coord. IGLESIAS PRADA), Tomo IV. Madrid. 1996; POLAINO NAVARRETE, M., "Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual". PJ. Nº especial. 1988; SOTO NIETO, F., "Los delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual". PJ. Nº especial. 1988.

¹¹ Mantiene esta postura GARCÍA RIVAS, N., "Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995", Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales, CDJ.. Madrid, 1995, p. 270; GIMBERNAT ORDEIG, E., "Las llamadas "importaciones paralelas" y el artículo 270, párrafo segundo, del Código Penal", El nuevo código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999, pp. 729-730; GONZÁLEZ RUS, J. J., "Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual", El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Ángel Torío López. Granada. 1999, p. 767; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "Los delitos contra la propiedad intelectual", Empresa y Derecho Penal, Tomo II, Madrid. 1999, pp. 352 y ss; MIRÓ LLINARES, F., "La protección penal de la propiedad intelectual". Madrid. 2003, pp. 218 y ss; MUÑOZ CONDE, F., "Derecho Penal. Parte Especial". 15ª ed. Valencia. 2005, p. 491.

Esto no significa que la vertiente moral de autor no este protegida por el ordenamiento jurídico, sólo que los ataques a los mismos tienen la consideración de ilícitos civiles, coherentemente con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho Penal, por el que no todo ataque al ordenamiento jurídico debe estar sancionado con una pena.

La idea que la vertiente económica de los derechos intelectuales es el bien jurídico protegido por estos delitos ha sido acogida por el Tribunal Supremo. En su Sentencia de 7 de abril de 2001 (RJ 2001,2926) ha declarado que *“el objeto de protección del delito del art. 270 CP, por lo tanto, es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia leal en el mercado (...) Lo dicho no significa –debemos insistir una vez más- que los derechos intelectuales queden desprotegidos ante ciertas prácticas de la competencia. Es claro que el ámbito del art. 270 CP no es –como ya se dijo- el límite de la protección de todos los derechos del titular de un derecho intelectual. Como lo vienen reiterando autorizadas opiniones “la protección de los bienes jurídicos no sólo se realiza por medio del derecho penal, el instrumental de todo el ordenamiento jurídico tiene que cooperar a ello” Por ello , se afirma que “el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos y ésta no siempre en forma general, sino que a menudo (como en el caso del patrimonio) sólo contra especies individuales de agresión”.*

II. LA POSIBLE SANCIÓN PENAL DE LA ADQUISICIÓN DE COPIAS ILEGALES DE OBRAS SUJETAS A DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL MEDIANTE EL DELITO DE RECEPCIÓN.

Ya hemos visto la gravedad que la distribución y venta de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual tiene. Resta ahora por determinar si la conducta de quien adquiere este tipo bienes puede ser también, o no, constitutivo de un ilícito penal.

1. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL DELITO DE RECEPCIÓN.

El delito de receptación es un ilícito penal pluriobjetivo¹² que tiene como objetos de protección el tráfico lícito de bienes y la Administración de Justicia.

El tráfico lícito de bienes se pone en peligro porque la comisión del delito de receptación provoca la creación de un mercado paralelo basado en la comercialización de productos de origen ilegal.

Este mercado ilícito atenta contra el tráfico legal de bienes, primero porque crea otro mercado con el que debe competir el legal, segundo, porque las normas que rigen para el tráfico legal de bienes no existen en este mercado sumergido, con lo que los intervinientes en uno y otro comercializan sus productos en condiciones de desigualdad.

La receptación también ataca a la Administración de Justicia, concretamente a tres de sus facetas. En primer lugar ataca su faceta preventiva. Las actividades receptoras incentivan la comisión de ilícitos patrimoniales para obtener un beneficio, gracias a la comercialización de los objetos obtenidos con su realización. Con la sanción de la receptación se previene la comisión de futuras lesiones patrimoniales.

¹² ABEL SOUTO, M. “El encubrimiento”. Revista de Ciencias Penales. Volumen 1. nº 2. Madrid. 1998; PALMA HERRERA, J.M. «Artículos 298 a 301», en Comentarios al Código Penal. Madrid. 2005. Tomo IX. Pág. 615; QUINTERO OLIVARES, G. «Artículo 298», en Comentarios a la Parte Especial del Código Penal. Pamplona. 2005. 5ª ed. Pág. 1506 RUIZ RODRÍGUEZ, L.R. “El delito de encubrimiento”. Barcelona. 2001. Pág. 79; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. «Receptación y blanqueo de capitales» en Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. II. Madrid. 1998. Pág. 558; VIDALES RODRÍGUEZ, C. Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. Valencia. 1997. Págs. 38-40.

En segundo lugar, vulnera la función de persecución de delitos de la Administración de Justicia. El objeto material del delito no es otro que cualquier efecto proveniente de una infracción criminal previa atentatoria del patrimonio o el orden socioeconómico. El receptor, por tanto, dificulta el descubrimiento, investigación y, en su caso, punición del delito anterior.

En tercer y último lugar vulnera la faceta de depuración de responsabilidades civiles. Cuando se comete un delito de receptación se está evitando, por una parte, el comiso de los bienes pertinentes, y su posterior restitución a su legítimo propietario. Por otra parte, se impide su valoración, impidiendo la cuantificación de las responsabilidades civiles que en su caso, sean procedentes.

Una vez analizada la piratería, los daños que produce y los bienes jurídicos dignos de protección penal frente a este fenómeno, corresponde ahora estudiar si la compra de estos productos en el popularmente conocido como “top manta” reúne los requisitos típicos del delito de receptación, lo que efectuamos a continuación, analizando los aspectos más importantes de esta infracción penal.

2. REQUISITOS TÍPICOS.

El delito de receptación requiere la concurrencia de una serie de elementos típicos para poder sancionar una conducta conforme a su regulación. Vamos a dedicar este apartado a su estudio y a contrastar si lo mismos aparecen en la conducta que estamos analizando.

A. Previa existencia de un ilícito penal.

Es presupuesto necesario para la existencia de un delito de receptación la anterior comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, es decir, de cualquiera de los ilícitos penales previstos en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a estos delitos.

El artículo 298 del Código Penal requiere para que pueda darse el delito de receptación la previa comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico. Sin embargo la reforma del Código Penal, operada mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio ha introducido una variación legal que tiene importantes repercusiones en el tratamiento legal que hay que dispensar a la actuación que estamos estudiando.

El artículo 270 del Código Penal sanciona a 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, 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 sus cesionarios. Esta previsión legal fue objeto de numerosas críticas. CASTIÑEIRA PALOU/ROBLES PLANAS¹³ pusieron de manifiesto que esta previsión legal contraviene el principio de proporcionalidad de las penas ya que la sanción prevista no es acorde con la poca gravedad de los hechos. También vulnera el principio de intervención mínima del Derecho Penal que supone, o debería suponer, que esta rama del ordenamiento jurídico sólo se emplea cuando no hay otros instrumentos legales para atacar conductas jurídicamente reprochables. A juicio de estos autores es indubitada la existencia de otros medios distintos y menos lesivos que el Derecho Penal para atajar este tipo de comportamientos.

¹³ CASTIÑEIRA PALOU, M /ROBLES PLANAS, R. “¿Cómo absolver a los “top manta”? Panorama jurisprudencial”. Indret. Revista para el análisis del Derecho. 2007. Nº 2 (en www.indret.com). Págs. 10-13.

Añaden MARTÍNEZ ESCAMILLA / RÍOS MARTÍN¹⁴ que la sanción por vía penal de la venta al por menor de este tipo de bienes, conculca el principio de lesividad que únicamente autoriza este tipo de penas frente a ataques realmente graves a los bienes jurídicos.

La regulación del artículo 270 del Código Penal generó ante estas actividades, dos corrientes jurisprudenciales. La primera de ellas aplicaba de manera estricta lo dispuesto en el tipo y, en consecuencia, sancionaba al *mantero*. La segunda acudía a diversos criterios, cómo los que acabábamos de mencionar, para absolver al responsable de este tipo de conductas.

El legislador ha tomado consciencia de esta coyuntura y ha modificado el tratamiento penal otorgado a estas conductas. Según manifiesta en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 de 5 de mayo, *“el agravamiento penológico operado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta”*.

Acorde con esta manifestación, incorpora un segundo párrafo al apartado 1º del artículo 270 del Código Penal en el que establece *“no obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5”*.

Acorde a esta nueva regulación, la jurisprudencia sanciona la venta de Cds y DVDs piratas en el top manta como falta¹⁵, considerando que el beneficio al que debe atenderse es el que hubiera tenido el infractor de haber realizado la venta, y no el titular del derecho de propiedad intelectual. Y es que si acudiésemos a este último criterio se desvirtuaría el espíritu de la reforma de 2010 porque si lo aplicásemos la mayoría de los supuestos serían constitutivos del delito del apartado 1º del artículo 270 del Código Penal y no de la nueva falta que quedaría prácticamente inaplicable¹⁶.

Por tanto, el posible instrumento de sanción del adquirente de estos productos será el artículo 299 del Código Penal, que prevé la receptación de faltas contra la propiedad.

Sin embargo, si nos remitimos al Libro III del Código Penal observamos que no están previstas las faltas contra la propiedad sino contra el patrimonio, entendiéndose a estas la remisión legal¹⁷.

¹⁴ MARTINEZ ESCAMILLA, M. / RÍOS MARTÍN, J.C. “El “top manta”. Una reflexión práctica sobre los límites del Derecho Penal”. Revista del Poder Judicial. Nº 89. 2009. Págs. 194-195.

¹⁵ Vid. SAP de Madrid de 27 de octubre de 2011(JUR/2012/19997) o SAP de Albacete de 16 de diciembre de 2011 (JUR/2012/21996=

¹⁶ Vid. SAP de Madrid de 16 de noviembre de 2001 (ARP /2011/1459). De la misma opinión ALEMÁN EZCARAY, M. “Propiedad intelectual e industrial, reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio”. Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 9. 2011.

¹⁷ PALMA HERRERA, J.M. «Artículo 299», en Comentarios al Código Penal. Madrid. 2005. Tomo IX. Pág. 649; VIDALES RODRÍGUEZ, C. “Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995”. Valencia. 1997. Pág. 66; VIVES-ANTON, T. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Comentarios al Código Penal de 1998. Volumen II. Valencia. 1996. Pág. 1458.

Es decir, la venta en el top manta se sanciona como falta contra el patrimonio según lo dispuesto en el artículo 623.5 del Código Penal y, por ello, de ser punible la compra, lo sería por el artículo 299 del Código Penal que sanciona la receptación de faltas.

B. Conocimiento de su comisión.

Respecto al conocimiento de la previa comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, hay que señalar que los aspectos fundamentales de este requisito expresamente recogido por el artículo 298 del Código Penal, y que es trasladable al artículo 299 pero referido a una falta contra el patrimonio, son su grado de certeza, su contenido y el momento de su obtención, elementos que analizamos a continuación.

En cuanto al grado de certeza del conocimiento, es preciso señalar que se trata de un estado anímico de certeza, sin que pueda equipararse a él ni las meras sospechas, ni las presunciones. No es imprescindible que este conocimiento alcance a su *nomen iuris* y sus requisitos técnicos.

El modo de inferir este grado de certeza en la mayoría de los casos (en realidad todos aquellos en los que el sujeto no lo confiese expresamente puesto que se trata de un elemento interno del mismo), consistirá en la apreciación de circunstancias objetivas debidamente probadas que lo indiquen.

El contenido del conocimiento debe abarcar la anterior comisión de un ilícito tipificado en la Parte Especial de Código Penal, sin que sea preciso saber los detalles, tanto fácticos como técnicos de la infracción criminal precedente, pero sí que con la actividad receptadora que se está realizando se vulnera el ordenamiento penal.

Respecto al conocimiento exigido por el artículo 298 del Código Penal el Tribunal Supremo ha declarado que *“el delito de receptación del artículo 298.1º del Código Penal exige entre sus requisitos como elemento subjetivo del tipo el conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio. Para ello no basta con una simple sospecha, duda o recelo, sino que se ha de tener la certidumbre (estado anímico de certeza) de que los objetos adquiridos proceden de un delito contra los bienes, o sea que son de procedencia delictiva, sin que ello debe suponer un conocimiento detallado de las circunstancias concretas del delito del que proceden los objetos. Por otra parte, siendo el conocimiento de origen ilícito un elemento subjetivo del tipo de naturaleza psicológica su acreditación habrá de establecerse normalmente por inducción a través de inferencias lógicas o inequívocas a partir de datos objetivos o de circunstancias materiales acreditadas”*¹⁸.

El momento del alcance del citado conocimiento puede ser tanto previo (y mantenerse mientras se realiza la actividad receptadora) o coetáneo a la misma, puesto que cuando ésta se produce concurre en el sujeto el elemento intelectual requerido por el tipo, sin que pueda admitirse la posibilidad de un dolo subsequens.

La mayor dificultad de este conocimiento está en su prueba que en la mayoría de los casos deberá obtenerse de la concurrencia de distintos indicios. Respecto a que indicios pueden concurrir en la hipótesis que estamos analizando, para acreditar que el adquirente de productos en el top manta sabe de la ilegalidad de los bienes que compra, podemos hacer referencia a las ocasiones en que se ha sancionado la venta de estos productos, respecto al conocimiento

¹⁸ STS de 24 de octubre de 2002, (RJ 2002,1220). En el mismo sentido pueden verse las STSS de 30 de noviembre de 2002 (RJ 2002,10950); de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2001,2718), de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001,2718); de 18 de abril de 2000 (RJ 2000,2251), de 21 de enero de 2000 (RJ 2000,201); de 6 de octubre de 1999 (RJ 1999,7706); de 20 de abril de 1999 (RJ 1999,3316) y de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999,2108).

de la ilegalidad del producto que se estaba ofertando, se ha hecho referencia al lugar de venta, que puede ser la calle¹⁹, un mercadillo²⁰, un bar²¹, un locutorio²² o incluso un recinto ferial²³.

En muchos casos los productos están expuestos sobre una sábana²⁴, un paño²⁵, una manta²⁶ o el propio suelo²⁷ y se transportan en mochilas y bolsas de plástico²⁸.

Además, estas transacciones en ocasiones se producen fuera de la franja horaria comercial habitual²⁹.

Las características de los productos también manifiestan su origen ilegal. El estuche, que suele ser de peor calidad³⁰, no está protegido por el debido precinto³¹. La carátula (portada y contraportada si las hay), están escaneadas o fotocopiadas de un original³².

El contenido también contiene indicios de su ilicitud, pues se trata habitualmente de discos grabables³³ y sin el correspondiente sello de la compañía que comercia con ellos de manera legal³⁴.

Se reconoce, por tanto, por nuestra jurisprudencia, la necesidad de acudir a indicios para poder constatar el conocimiento de la ilicitud de los objetos comprados por parte del receptor.

Pero sin duda alguna, el elemento al que la doctrina del Tribunal Supremo ha otorgado mayores connotaciones como indicador del conocimiento de la ilicitud del bien que se adquiere y que se exige por el tipo de recepción, es el "precio vil". En el caso de compra de música, películas y videojuegos en el top manta, hay que atender a este indicio con cuidado y prudencia.

Efectivamente, los casos en que se ha sancionado al vendedor de estos productos, el importe por el que ofertaba el producto era bastante inferior al precio del "legal"³⁵, pero las diferencias

¹⁹ Vid. Sentencias de la AP de Granada de 11 de octubre de 2004 (JUR 2005,58432), Sentencia de la AP de Madrid de 28 de septiembre de 2010 (ARP 2011,64), Sentencia de la AP de Valencia de 12 de julio de 2011 (JUR 2010,303460)

²⁰ Vid. Sentencias de la AP de Zaragoza de 14 de julio de 2004 (ARP 2004, 484), de la AP de Cádiz de 2 de septiembre de 2009 (ARP 2009,53); de la AP de Pontevedra de 26 de octubre de 2007 (ARP 2008, 53).

²¹ Vid. Sentencias de la AP de Valladolid de 8 de abril de 2005 (JUR 2005,99536); Sentencia de la AP de Alicante de 4 de noviembre de 2005 (JUR 2006,97677), de la AP de Zaragoza de 17 de febrero de 2009 (ARP 2009, 446).

²² Vid. Sentencia de la AP de Madrid de 15 de marzo de 2002 (JUR 2002,230722).

²³ Vid. Sentencia de la AP de Cuenca de 8 de octubre de 2003 (JUR 2004, 48481), de la AP de León de 14 de julio de 2010 (JUR 2010,303237).

²⁴ Vid. Sentencia de la AP de Burgos de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 126300).

²⁵ Vid. Sentencia de la AP de Castellón de 7 de junio de 2005 (JUR 2005,203724).

²⁶ Vid. Sentencias de la AP de Valencia de 23 de abril de 2005 (JUR 2005,130883); de la AP de Madrid de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004,229623).

²⁷ Vid. Sentencia de la AP de Vizcaya de 15 de febrero de 2005 (ARP 2005,154).

²⁸ Vid. Sentencia de la AP de La Coruña de 3 de octubre de 2005 (JUR 2005,278654).

²⁹ Vid. Sentencias de la AP de Valencia de 7 de febrero de 2005 (JUR 2005,118728); de la AP de Burgos de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 126300); de la AP de Valladolid de 8 de abril de 2005 (JUR 2005,99536); de la AP de Alicante de 4 de noviembre de 2005 (JUR 2006,97677) de la AP de León de 14 de julio de 2010 (JUR 2010,303237).

³⁰ Vid. Sentencia de la AP de Cantabria de 25 de septiembre de 2003 (ARP 2004, 142).

³¹ Vid. Sentencias de la AP de Murcia de 9 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 263260); de la AP de Cantabria de 25 de septiembre de 2003 (ARP 2004, 142); de la AP de Madrid de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004,229623).

³² Vid. Sentencias de la AP de Murcia de 9 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 263260); de la AP de Madrid de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004,229623); de la AP de Lérida de 8 de octubre de 2004 (ARP 2004,680); de la AP de Cuenca de 8 de octubre de 2003 (JUR 2004, 48481); de la AP de Burgos de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 126300); de la AP de Castellón de 7 de junio de 2005 (JUR 2005,203724); de la AP de Madrid de 26 de julio de 2005 (JUR 2005,269291); de la AP de La Coruña de 3 de octubre de 2005 (JUR 2005,278654); de la AP de Valladolid de 8 de abril de 2005 (JUR 2005,99536), de la AP de Pontevedra de 26 de octubre de 2007 (ARP 2008,53)

³³ Vid. Sentencias de la AP de Murcia de 9 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 263260); de la AP de Madrid de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004,229623); de la AP de Lérida de 8 de octubre de 2004 (ARP 2004,680).

³⁴ Vid. Sentencia de la AP de Murcia de 9 de septiembre de 2002 (JUR 2002, 263260); de la AP de Cantabria de 25 de septiembre de 2003 (ARP 2004, 142); de la AP de Burgos de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 126300); de la AP de Castellón de 7 de junio de 2005 (JUR 2005,203724).

³⁵ En la Sentencia de la AP de Madrid de 11 de octubre de 2002 (JUR 2003,10546) se sancionó la venta de CDs de música por 800 pesetas; en la Sentencia de la AP de Cáceres de 23 de diciembre de 2002 (JUR 2003,34908) la venta de CDs por 1000 pesetas; en la Sentencia de la AP de Ciudad Real de 10 de mayo de 2004 (JUR 2004,173201); la venta de cassettes de música por 1200 pesetas; en la Sentencia de la AP de Valencia de 17 de mayo de 2004 (ARP 2004,789); la venta de CDs de

en las características en uno y otro caso son tantas, la disminución de la calidad del objeto ilegal respecto al legal es tan amplia, que quizá en el momento de valorar el precio, a pesar de que éste sea mucho más bajo que el de mercado, no puede apreciarse su vileza porque el bien que se compra no vale mucho más de lo que se está pagando por él. Es decir, si el producto que se compra ilegalmente fuese el mismo que puede adquirirse en cualquier tienda dedicada a su venta, y la diferencia del importe que se paga, en uno y otro caso, tan alta, si podría apreciarse la existencia del precio vil. Pero los productos que se adquieren son totalmente distintos. Tal vez no existan diferencias en el *corpus mysticum* (obra sujeta a los derechos de propiedad intelectual), pero la calidad del *corpus mechanicum* (soporte material) es bastante más baja en los casos de venta callejera.

Nuestras Audiencias Provinciales en algunas de sus resoluciones han reconocido la existencia en el adquirente de este tipo de bienes, del conocimiento de ilicitud de la compra que efectúa. Así, han manifestado que *“quien compra, a precio muy inferior al mercado, en ningún caso ignora la procedencia ilícita del CD”*³⁶ o que *“el comprador conoce perfectamente en el momento de adquirir el CD que está adquiriendo una burda copia pirata, no solo por el precio, sino por las características de la carátula y del soporte material de la grabación”*³⁷.

C. Falta de intervención en el delito previo como autor o cómplice.

La receptación de faltas es un delito común que puede ser cometido por cualquiera, tal y como se desprende de la dicción literal del artículo 299 (“el que...”). No hay más limitación para poder ser responsable de este delito que la de no haber intervenido en el delito previo ni como autor ni como cómplice, referencia que debe entenderse efectuada a todos los individuos contemplados en el artículo 28 del Código Penal. Este aspecto encaja en la conducta que estamos estudiando, puesto que cualquier persona puede acceder a la compra ilegal de esta clase de productos.

Puede darse la paradoja que el creador original de, por ejemplo, un álbum de música que ha vendido los derechos de explotación de su obra se convierta en sujeto activo del delito de receptación en el momento que compra su propio CD de manera ilegal. No podría argumentarse la disponibilidad del bien puesto que ya no es titular de los derechos económicos de autor.

D. Concurrencia de ánimo de lucro en el sujeto activo.

El reconocimiento expreso del elemento subjetivo del injusto que es el ánimo de lucro y que se ha configurado por el Tribunal Supremo como el elemento de distinción entre la receptación y el auxilio complementario tipificado en el párrafo 1º del artículo 451 del Código Penal, constituye una de las novedades en esta materia de la actual regulación respecto a la derogada en la que, si bien no se recogía por el tenor literal del tipo, si era exigida por la jurisprudencia.

El ánimo de lucro consiste en la intención de obtener cualquier tipo de ventaja, beneficio o utilidad mediante la realización de la actividad delictiva, existiendo un debate doctrinal sobre si éste debe limitarse a los casos en que pueda cuantificarse en términos económicos o debe

música por 1000 pesetas; en la Sentencia de la AP de Valencia de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005,130765), la venta de CDs de música por 2,50 €; en la Sentencia de la AP de Valencia de 12 de abril de 2005 (JUR 2005,132466), la venta de videojuegos por 1500 y 700 pesetas.

³⁶ SAP de Valencia de 12 de abril de 2005 (JUR 2005,132466).

³⁷ SAP de Burgos de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 126300). Por su parte la SAP de Valencia de 23 de abril de 2005 (JUR 2005,130883) ha declarado *“que es de dominio público que la venta ambulante no es la actividad ordinaria en la mayor parte de las compraventas, que, al contrario, se realizan en los oportunos establecimientos; que es notoria la continua actividad policial para impedir y reprimir la venta de discos piratas, que son también constantes las protestas de los perjudicados por esas acciones ilícitas”* y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de marzo de 2004 (JUR 2004,229623) manifestó que *“los clientes que eran conscientes de adquirir un producto auténticamente falso”*.

ampliarse a los supuestos en que la ventaja que pretende obtenerse tenga una naturaleza distinta.

Sin entrar en esta discusión por no ser éste el lugar adecuado para ello, lo cierto es que cuando se compra una película, un álbum de música o un videojuego en el top manta por, como hemos visto, un precio muy inferior al del producto original en el mercado legal, la intención del autor es la de lograr un beneficio claramente económico. Esto no quiere decir que no pueda concurrir con otra finalidad del autor o que en otras conductas receptoras el ánimo de lucro pueda o no tener carácter económico.

E. Actuar conforme a lo establecido por este precepto.

En cuanto a la conducta típica prevista en el artículo 299 del Código Penal, ésta se realiza aprovechándose o auxiliando a los culpables de una falta contra la propiedad para que se beneficien de los efectos de las mismas.

Respecto a la receptación de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, tipificada en el artículo 298, se dan dos diferencias fundamentales. La primera de ellas es la exigencia que la realización de la conducta típica se realice de forma habitual, lo que implica que esta actividad debe realizarse repetidamente para que merezca reproche penal. En relación a la existencia de habitualidad, la jurisprudencia ha manifestado, en los escasos pronunciamientos sobre esta materia, que *“se está ante un componente fáctico del tipo delictivo. La habitualidad no es un concepto jurídicamente definido, sino una cuestión de hecho, habiendo declarado la jurisprudencia que se necesitan para estimar su concurrencia al menos tres actos de receptación, cuya constancia formal no es necesaria”*³⁸.

La segunda es que, si bien el actual artículo 298 del Código Penal aparece configurado como un tipo mixto alternativo³⁹ que se realiza bien ayudando a los responsables de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, a aprovecharse de los efectos del mismo, bien recibiendo, adquiriendo u ocultando tales efectos, el artículo 299 sólo prevé la primera de estas conductas, lo que convierte en atípica la compra de música o películas en el top manta.

Hasta la reforma de 2003, la venta era considerada delito contra la propiedad intelectual y, en consecuencia, en la segunda modalidad de acción prevista en el delito de receptación del artículo 298 tenía cabida la acción de quien compraba una copia ilegal de un álbum de música o una película o un videojuego. Se trataba de un individuo que adquiriría mediante el pago de una cantidad muy inferior al de mercado, por ejemplo, un DVD, resultado de un delito contra la propiedad intelectual.

Pero la regulación actual conlleva la atipicidad de esta conducta. Requerir habitualidad de estas acciones ya dejaría al margen del reproche penal gran número de casos, pero cancelar la posibilidad de receptar faltas recibiendo, adquiriendo u ocultando los efectos de un delito, implica que el autor de estas compras no realiza ningún hecho delictivo.

CONCLUSIONES

De todo cuanto acaba de exponerse se deduce que la conducta de quien adquiere por una determinada cantidad de dinero, música, películas y videojuegos obtenidas ilegalmente, está

³⁸ Vid. SAP de Jaén de 24 de abril de 2003 (JUR 2003/198441).

³⁹ De la misma opinión PALMA HERRERA, J.M., “Comentario al artículo 298”, Comentarios al Código Penal. Tomo IX, Madrid. 2005. pp. 625; PALOMO DEL ARCO, A., “Receptación y figuras afines”, Estudios sobre el Código Penal de 1995. (dir. Manzanares Samaniego, J.L./ Vives-Antón, T.S.) Madrid. 1996, p. 378; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. “Receptación y blanqueo de capitales”, **Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos**. Madrid. 1993, p.558.

realizando un comportamiento que queda fuera de sanción conforme lo establecido en el artículo 299 del Código Penal.

La atipicidad de esta conducta es consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio al considerar que la venta a pequeña escala de estos bienes constituye una falta contra el patrimonio y no un delito relativo a la propiedad intelectual.

Esta nueva consideración legal modifica radicalmente la posición del comprador de copias ilícitas. Hasta la entrada en vigor de esta última modificación de la legislación penal una interpretación estricta del artículo 298 del Código Penal nos hubiera llevado a considerarle autor de un delito de receptación a pesar de que, al igual que sucedía con la venta al por menor, fuese una sanción contraria a los principios de proporcionalidad, lesividad e intervención mínima del Derecho Penal. Quizá esta fuera la razón por la que este tipo de comportamientos no eran penados por nuestros Tribunales.

Cuestión distinta es la acumulación masiva de estas compras, que si suponen un grave perjuicio para este mercado. Sin embargo, los mecanismos de luchas no penales en estos casos son más eficaces que la intervención punitiva, y más acordes con los criterios que rigen el ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN EZCARAY, M. "Propiedad intelectual e industrial, reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio". Revista Aranzadi Doctrinal. Nº 9. 2011.

BOIX REIG, J. "Nuevo sistema de protección penal de los derechos de propiedad intelectual". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (Ejemplar dedicado a: Homenaje al Prof. José Antonio Sáinz Cantero). Granada. 1987. Nº 12. Vol. I. 1er. Cuatrimestre.

CASTIÑEIRAPALOU, M/ROBLES PLANAS, R. "¿Cómo absolver a los "top manta"? Panorama jurisprudencial". Indret. Revista para el análisis del Derecho. 2007. Nº 2 (en www.indret.com).

DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDÓ, M. "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido". ADPCP. Septiembre-Diciembre. 1990

JORGE BARREIRO, A. "Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en las infracciones punibles contra la propiedad intelectual (en Estudio Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez)". Madrid. 1996. Tomo IV.

GARCÍA RIVAS, N. "Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995" (en "Propiedad Intelectual: Aspectos civiles y penales"). Madrid, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, E. "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual". PJ. Nº especial. 1988 y

– "Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal" (en "Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal") Madrid. 1993

GONZÁLEZ RUS, J.J. "Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual" (en "El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López"). Madrid. 1999.

– "Comentario al artículo 270" (en "Comentarios al Código Penal". Madrid. 2005. Tomo VIII.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "Los delitos contra la propiedad intelectual" (en "Empresa y Derecho Penal (II)") Madrid. 1999.

MARTINEZ ESCAMILLA, M. / RÍOS MARTÍN, J.C. "El "top manta". Una reflexión práctica sobre los límites del Derecho Penal". Revista del Poder Judicial. Nº 89. 2009.

MIRÓ LLINARES, F. "La protección penal de la propiedad intelectual". Madrid. 2003.

MORILLAS CUEVA, L. "Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal". Poder Judicial. Nº 9. Madrid. 1989. (Ejemplar dedicado a: Jornadas de estudio sobre "Nuevas formas de delincuencia").

MUÑOZ CONDE, F. "Derecho Penal. Parte Especial". 15ª ed. Valencia. 2005.

PALMA HERRERA, J.M. “Comentario al artículo 298 y 299” (en “Comentarios al Código Penal”). Madrid. 2005. Tomo IX.

PALOMO DEL ARCO, A. “Receptación y figuras afines” (en “Estudios sobre el Código Penal de 1995”). Madrid. 1996.

POLAINO NAVARRETE, M. “Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual”. PJ. Nº especial. 1988.

QUINTERO OLIVARES. “Comentarios al Nuevo Código Penal”. Aranzadi. 2005.

SANTANA VEGA, D.M. “Aspectos penales y político-criminales de la piratería musical”. Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal. Madrid. 2005.

SOTO NIETO, F. “Los delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual”. PJ. Nº especial. 1988.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. “Receptación y blanqueo de capitales” (en “Manual de derecho penal. Parte especial: delitos patrimoniales y económicos”). Madrid. 1993.

VIDALES RODRÍGUEZ, C. Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. Valencia. 1997.

