



La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el *software*

Fernando Miró Llinares

*Doctor en Derecho
Profesor Titular interino (EU)
de Derecho penal
Universidad Miguel Hernández
de Elche*

SUMARIO: I. Introducción. II. La evolución de la tutela del software en el ordenamiento jurídico español. III. El software como objeto de los derechos de propiedad intelectual en el TRLPI de 1996. IV. La protección penal del software por el artículo 270 del Código Penal. 1. El software como objeto material del delito del artículo 270 del Código Penal. 2. Especialidades de la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual sobre programas de ordenador en el artículo 270 del Código Penal. V. La protección penal de los derechos de explotación sobre el software por otras figuras delictivas.

I. Introducción

Es un lugar común la afirmación de la gran importancia socio-cultural y socio-económica que han adquirido en la actualidad los programas de ordenador. Resulta patente, desde un punto de vista macro-económico, que el sector informático es de los de mayor importancia y crecimiento en la economía mundial actual¹, y que los intereses económicos relacionados con el fenómeno de la creación de programas de ordenador ya no pueden medirse solamente desde una perspectiva individual (obra-creador), sino que exigen tener en cuenta también su incidencia colectiva (obra-mercado-sociedad). Y es que los programas de ordenador o el software en su totalidad no son sólo un bien económico de gran valor en el actual sistema de mercado sino que, por constituir en sí mismos información, resultan básicos para el desarrollo cultural y científico de la sociedad. Al igual que ocurre con el resto de obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual, pero en

este caso de forma muy especial, la protección de los derechos de explotación de los titulares de programas de ordenador debe entenderse en la actualidad como necesaria desde un punto de vista político-criminal, no sólo por lo que en sí supone de tutela de un interés individual patrimonial, sino también porque con la defensa directa de éstos se protege indirectamente un sistema imprescindible para el desarrollo cultural y económico de una sociedad como es el de los incentivos a la creación, investigación y desarrollo. En este sentido, y como veremos, la constatación por parte de los estados de la gran significación del *software* en ámbitos diversos de la sociedad, como el económico y el de la investigación, ha marcado especialmente su regulación jurídica hasta el punto de que aún hoy se discute cuál debe ser la institución jurídica a utilizar para dar una mejor respuesta a las necesidades sociales de protección relacionadas con la creación y comercialización de programas de ordenador.

1. FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Informática y propiedad intelectual: software, bases de datos y creaciones asistidas por ordenador", en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Granada, 1998, pág. 2.

El presente trabajo de investigación pretende ahondar, en general, en la protección penal de los programas de ordenador partiendo de dos premisas metodológicas derivadas de los dos objetivos específicos fundamentales que se tratan de lograr. Así, y dado que en esta materia el derecho penal es, en cierta medida, secundario respecto al derecho privado, al ser éste el que define y dota de contenido a los derechos sobre los programas de ordenador, analizaremos en primer lugar cuál es la tutela concedida al software en el ordenamiento jurídico, tratando de concretar qué rama del Derecho privado, y de qué forma, regula los derechos de explotación sobre programas de ordenador. Por otro lado, y puesto que nuestra finalidad última es la de definir, de la mejor forma posible, el ámbito de tutela penal de los derechos sobre los programas de ordenador, centraremos nuestro estudio en aquellos delitos (básicamente los relativos a la propiedad intelectual) que incriminen las conductas lesivas de los mismos, pero no realizando un análisis exhaustivo de los mismos sino dedicándonos, fundamentalmente, a definir las especialidades de los delitos cuando el objeto material sea el *software*. No se pretende, pues, en este trabajo estudiar los delitos relativos a la propiedad intelectual o los relativos a la propiedad industrial, sino descubrir cómo se protegen en ellos los programas de ordenador y hasta qué punto los comportamientos atentatorios contra los derechos sobre el *software* son sancionados por el Derecho penal.

II. La evolución de la tutela del *software* en el ordenamiento jurídico español

Es común la afirmación de que la razón de la evolución de las instituciones jurídicas está íntimamente ligada con la evolución social, económica y también con la evolución tecnológica. En el caso que ahora nos ocupa, tanto en el género —los derechos de propiedad intelectual— como en la especie —los derechos sobre programas de

ordenador—, ello es particularmente evidente. En cuanto al género, quizás ninguna institución como la de la propiedad intelectual muestre mejor la interacción entre evolución tecnológica, necesidad social y respuesta jurídica, y un claro ejemplo de ello son los derechos de propiedad intelectual sobre programas de ordenador. Tras la aparición del ordenador o computadora, y una vez que la secuencia de instrucciones dirigidas a un sistema informático (programa de ordenador) se separó de la máquina (hardware) constituyendo así un bien intelectual autónomo, con sus propias características², los nuevos desarrollos tecnológicos tanto de hardware (disquetes, ordenadores compatibles) como de *software* (programas para copiar y para hacer más fácil y asequible el uso del ordenador) hicieron posible el copiado del programa con extrema facilidad y ello, unido a cambios sociales como la difusión masiva de los ordenadores personales, hizo nacer la llamada de auxilio por autores y productores de estos programas que solicitaban que éstos fueran considerados bienes inmateriales y que se aclarara la vía adecuada para reconocer su protección: propiedad industrial, derecho de autor o derecho especial³.

Así, pues, aquello que, desde un principio, resultó objeto de discusión, no fue tanto la necesidad de una protección a los creadores de programas de ordenador mediante la concesión de derechos de explotación exclusiva, como el sistema jurídico, de los dos que actúan mediante derechos de exclusión, la propiedad intelectual y la propiedad industrial, que debía utilizarse para ello⁴. Y no resultaba fácil la selección en cuanto que, cuanto menos *a priori*, la regulación jurídica del *software* no cuadraba en ninguno de los sistemas jurídicos existentes (propiedad intelectual o propiedad industrial) y tampoco parecía sencilla la creación de un sistema de protección especial.

Así, y respecto a la propiedad intelectual se planteaba, y aún se sigue planteando una vez aceptado el programa como obra intelectual⁵, que no se trataba de una obra que entrase en los géne-

2. Como recuerda FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: "Informática y propiedad intelectual...", *op. cit.*, pág. 4, hasta los años sesenta las empresas comercializaban conjuntamente el hardware y el software por lo que la protección de sus intereses se satisfacía mediante el recurso al secreto empresarial y la imposición de cláusulas de confidencialidad en los contratos de utilización de los sistemas informáticos.

3. ANTEQUERA PARILLI, R.: "Nuevas tecnologías y derechos de autor y derechos conexos", en *Seminario Internacional sobre derecho de autor*, 1994, pág. 135 y ss. Una excelente "secuencia histórica de la revolución de la tecnología de la información" y de todo lo que ello supuso desde un punto de vista sociológico en CASTELLS, M.: *La era de la información. Vol 1. La sociedad red*, 2.ª ed., Madrid, 2000, pág. 70 y ss.

4. BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de Derecho Industrial*, 2.ª ed., Madrid, 1993, pág. 558.

5. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 10.1", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2.ª ed., Madrid, 1997, pág. 164, dice que se trata de un objeto que no corresponde a ninguno de esos campos de la creación.

ros artístico, literario o científico⁶, a los cuales se ceñía la protección de los bienes inmateriales por medio de los derechos de propiedad intelectual, además del hecho de que los programas de ordenador tienen un valor utilitario⁷ del que carecen, o quizás mejor dicho carecían, gran parte del resto de las obras protegidas por el derecho de autor⁸.

Por las características del programa de ordenador y por su destino (industrial) parecía que la protección que otorga el sistema de las invenciones patentables podía ser el instrumento para su protección⁹. Sin embargo, esta interpretación planteaba incluso más problemas para su tutela, hasta el punto de que podía suponer la quiebra de algunos de los principios básicos del derecho de patentes¹⁰. Así, y en primer lugar, la invención objeto de patente se define por la doctrina como una regla de carácter industrial para el obrar humano, lo cual no se cumple en los programas de ordenador¹¹. A ello se suma que para la concesión de la exclusiva de explotación que supone la patente es necesario mostrar la novedad desde el punto de vista del derecho invencional, y una gran mayoría de los programas de ordenador no pueden ser consideradas invenciones novedosas¹². Si a ello unimos los problemas de tipo económico o burocrático que acarrearía la introducción de los

programas de ordenador en el sistema de patentes, tales como el retraso para la tramitación de las solicitudes de registro y los gastos del depósito y renovación de la patente¹³, se entiende que se desechara internacionalmente la propiedad industrial como vía de protección de este bien inmaterial y que ello fuera recibido por la propia Ley española de patentes de 1986, la cual, en el artículo 4.2, excluye de las patentes los programas de ordenador¹⁴.

También se planteó la OMPI la posibilidad de otorgar protección a los programas de ordenador mediante un derecho *sui generis*¹⁵, pero la similitud entre el derecho de autor y el nuevo derecho y el sin sentido de la creación de un derecho especial para cada bien inmaterial especial, llevaron al abandono de dicha opción¹⁶.

Todas las razones aducidas en contra de la protegibilidad del *software* por el derecho de propiedad industrial o por un derecho *sui generis*, unidas a consideraciones de oportunidad por la importancia económica del producto¹⁷ y a las ventajas que la protección del derecho de autor conllevaba, cuales eran la innecesariedad del registro de la obra para su protección, el amplio plazo de protección y la gran protección de los intereses morales además de los patrimoniales¹⁸, facilitaron que se tomara la decisión de incorporar los

6. DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario al título VII", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Propiedad...*, 2.ª ed., op. cit., pág. 1350.

7. Así, dice DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario al título VII...", op. cit., pág. 1360, que los programas de ordenador son obras utilitarias, que se aprecian y distinguen unas de otras por su eficiencia tecnológica, no por ser expresión de una personalidad individual o por el contenido intelectual que pueda transmitir a un destinatario humano.

8. FERNÁNDEZ MASÍA, E.: "Informática y propiedad intelectual...", op. cit., pág. 7.

9. FERNÁNDEZ MASÍA, E.: "Informática y propiedad intelectual...", op. cit., pág. 4.

10. Especialmente interesante el análisis de DELGADO ECHEVERRÍA sobre los problemas para la protección por el sistema de patentes de los programas de ordenador. DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario al título VII...", op. cit., pág. 1347 y ss.

11. GALÁN CORONA, E.: "En torno a la protección jurídica del soporte lógico", *LeD*, n.º 2, 1983, pág. 53 y ss. En el mismo sentido BAYLOS CORROZA, H.: "La protección jurídica de los programas de ordenador en el proyecto de una nueva ley de propiedad intelectual", *AIC*, n.º 28, 1986, pág. 17 y ss. En el mismo sentido dice ANTEQUERA PARILLI que el software no aporta ningún cambio a la materia ni a la energía en el mundo físico ni es un producto en el sentido de un aparato o de un proceso industrial, a diferencia de las invenciones industriales. ANTEQUERA PARILLI, R.: "Nuevas tecnologías y derechos...", op. cit., pág. 142.

12. HERNANDO COLLAZOS, I.: "Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (Arts. 95-100 LPI)", en *RCDI*, julio-agosto 1991, n.º 605, pág. 1802.

13. FERNÁNDEZ MASÍA, E.: "Informática y propiedad intelectual...", op. cit., págs. 4 y 5.

14. HERNANDO COLLAZOS, I.: "Los programas de ordenador y la Ley...", op. cit., pág. 1802. Recuerda la autora que la opción tomada por dicha Ley se explica por la necesidad de armonizar el Derecho interno con el convencional, concretamente con el Convenio sobre la concesión de Patentes Europeas de Munich de 5 de octubre de 1973, que excluía el programa de ordenador como invención patentable en el artículo 52.2 c). De todos modos, indica DELGADO ECHEVERRÍA que la discusión no está cerrada y que trabajos posteriores vuelven a insistir en que los programas son tecnologías y que deben, por tanto, poder ser patentados: "Comentario al Título VII...", op. cit., pág. 1349.

15. Otra opción distinta era la protección mediante contratos de transferencia de tecnología. Sobre dicha opción, véase HERDERO HIGUERAS, M.: "La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español", en *I Congreso iberoamericano de propiedad intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, Madrid, 1991, pág. 149.

16. ANTEQUERA PARILLI, R.: "Nuevas tecnologías y derechos de...", op. cit., pág. 135 y ss.

17. HERNANDO COLLAZOS, I.: "Los programas de ordenador y la Ley de...", op. cit., pág. 1797.

18. A ellas añade FERNÁNDEZ MASÍA el que la protección se abarata al hacer innecesaria la renovación de la protección por patente y el pago de un canon cada año y el que es la solución más rápida e internacionalmente más eficaz al protegerse inter-

programas de ordenador como objeto de los derechos de propiedad intelectual y que ésta fuera seguida en todo el mundo¹⁹.

Y es que, si bien el sistema de derechos de autor no podía ni puede resolver todas las particularidades del *software* como obra compleja, tanto en la fase de creación como en la de comercialización²⁰, las ventajas de su régimen pesaron más que los inconvenientes y, hoy en día, la incorporación está totalmente consolidada, aunque son muchos los que siguen considerando que el *software* es una obra del ingenio distinta a las protegidas por el derecho de propiedad intelectual²¹. Como dice GHIDINI, la paradoja es que la característica de no mercantil que definía el corte tradicional del derecho de autor y que hacía que este sistema de protección de bienes inmateriales resultara más fiable que el de la patente por ser una protección más fácil y menos costosa de conseguir, más duradera, más rica en contenidos monopolistas y más generosa al admitir la apropiabilidad en exclusiva de materias y objetos, es la que ha llevado a lo que él ha denominado una tendencia de “extralimitación del derecho de autor” en materia tecnológica²², de lo cual es paradigma la protección por vía de derechos de propiedad intelectual de los programas de ordenador, los cuales, en una concepción clásica del derecho de autor, no hubieran podido ser considerados objeto de los mismos. De nuevo son las instituciones jurídicas las que se amoldan a las realidades sociales y no éstas al derecho y, hoy, ya no se puede concebir un derecho de propiedad intelectual como clásico y absolutamente apartado de la utilidad en cuanto al

objeto de protección, sino como englobante de todas aquellas creaciones, útiles o no útiles desde un punto de vista mercantil, que sean originales y merezcan protección como obras del ingenio, independientemente de su uso comercial.

III. El *software* como objeto de los derechos de propiedad intelectual en el TRLPI de 1996

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 incorporó en el catálogo de obras protegidas a los programas de ordenador. Así, el artículo 10, después de definir las obras y títulos originales objeto de propiedad intelectual, incluía en el catálogo abierto de obras protegidas, el *software*. De hecho, el título VII de la Ley se dedicaba por completo a los programas de ordenador, título que se ha visto modificado por la Directiva de 14 de mayo de 1991²³, incorporada a nuestro ordenamiento por Ley 16/1993 de 23 de diciembre, y que es la que introduce el régimen jurídico armonizado de protección de los programas de ordenador vigente tras la aprobación del TRLPI de 1996.

El citado texto legal sigue incluyendo la misma definición de obra artística, literaria o científica establecida en la antigua Ley de Propiedad Intelectual, y en el apartado i) del catálogo ejemplificativo del art. 10 incluye los programas de ordenador. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por programa de ordenador a los efectos de su protección jurídica? Y a los mismos efectos, ¿son lo mismo *software* y programas de ordenador? La Ley de Propiedad Intelectual define en el artículo 96.1 el programa de ordenador como “to-

nacionalmente a través de los Convenios internacionales sobre derechos de autor de Berna y Ginebra. FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Informática y propiedad intelectual...”, *op. cit.*, págs. 4 y 5. Pero, además, recuerda Franco MAROZZA otra ventaja del sistema del derecho de autor, cual es que éste tutela únicamente la expresión de la idea y no la idea que está en la base, por lo que no impide el progreso técnico al dejar espacio para que otros autores creen programas similares siempre que no sean meras duplicaciones. MAROZZA, F.: “La tutela legale del *software*”, en *leD*, 1996, pág. 175.

19. Sin embargo, hay que recordar, como hace MASSAGUER FUENTES, que el derecho de autor “no es el único sistema de protección jurídica a que pueden acceder los programas de ordenador, que también pueden ser tutelados mediante la aplicación de las disposiciones sobre patentes, marcas, competencia desleal, secretos empresariales, topografías de productos semiconductores o contratos. MASSAGUER FUENTES, J.: “La adaptación de la Ley de propiedad intelectual a la directiva CEE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador”, *RDM*, n.º 199-200, págs. 42 y 43. Más adelante concretaremos la posibilidad de concurrencia de protecciones jurídicas.

20. RIBAS, J.: “La protección de los programas de ordenador. Planteamiento. Visión general”, en *I Congreso iberoamericano de propiedad...*, *op. cit.*, págs. 137 y 138.

21. DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al título VII...”, *op. cit.*, págs. 1351 y 1360 y ss.

22. GHIDINI, G.: *Aspectos actuales del Derecho industrial. Propiedad intelectual y competencia*, trad. de Martí Moya, V., Granada, 2002, págs. 89 y ss. Especialmente interesante a los efectos de nuestro estudio es el capítulo III de su libro, denominado “Del arte a la tecnología: la expansión del copyright”, y especialmente la sección segunda, donde el autor analiza esa expansión del ámbito de los derechos de autor que ha tenido su máximo referente en los programas de ordenador y que, como el mismo autor explica, tiene su sentido último en que el copyright ofrece, respecto a la patente, una “más inmediata, fácil y extensa tutela a los autores y titulares, así como a otros sujetos, incluso empresarios, que operan en las fases de la producción y de la circulación para y en el mercado de las obras del ingenio reproducibles a escala industrial”. *Aspectos actuales...*, *op. cit.*, pág. 89.

23. Sobre la citada norma comunitaria véase: MASSAGUER FUENTES, J.: *El Derecho comunitario en materia de Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1995, págs. 151 y ss.

da secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser realizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación²⁴. Así, pues, los programas de ordenador pueden considerarse secuencias de instrucciones fruto del esfuerzo creador de su autor y perceptibles al plasmarse en un medio, instrumento o soporte con el cual, sin embargo, no debe confundirse²⁵. Esto nos lleva, también, a diferenciar el software del hardware o conjunto de elementos físicos que constituyen el ordenador en cuanto tal, y su caracterización como soporte lógico que no se agota en el programa de ordenador sino que es la última fase de aquél^{26/27}. Por otra parte, y respondiendo a la segunda de las preguntas, dentro del software como obra protegida por los derechos de propiedad intelectual debe incluirse el programa de ordenador como tal y, también, la descripción del programa y el material de apoyo²⁸. De hecho, el párrafo segundo del artículo 96.1 TRLPI de 1996 dice que “a los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este título dispensa a los programas de ordenador”. Por último, y dado que el punto 4 del citado precepto utiliza la fórmula omnicomprendiva según la cual “la protección prevista en la presente ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador”, deben considerarse también objeto de protección los contenidos de las distintas etapas de elaboración y demás componentes²⁹.

De este modo, y conforme al TRLPI de 1996, el software en su totalidad³⁰ (programas de ordenador, documentación preparatoria o descripción del programa y documentación auxiliar, esto es, documentación técnica y manuales) es obra protegible, si bien deberá cumplir los mismos requisitos que el resto de obras artísticas, literarias o científicas, exigidos conforme a nuestro sistema legal: debe tratarse de una creación humana, expresada o exteriorizada de cualquier forma, original y de los géneros literario, artístico o científico, con las precisiones que establecimos³¹. También se planteó, una vez aceptado el programa de ordenador como obra protegida por el derecho de autor, dónde quedaba este tipo de obra dentro de los géneros artístico, literario o científico que conforman la propiedad intelectual. La posición del Convenio de Berna, la Directiva 91/250 CEE, del GATT y de la OMPI ha sido la de considerar el programa de ordenador como obra literaria, basándose en que el programa se crea con la utilización de un lenguaje y en que la documentación técnica y los manuales de uso se expresan gráficamente por medio de la palabra escrita³². En España, si bien no se indica expresamente en la Ley, se considera el programa de ordenador obra literaria, al estar en vigor la Ley 16/1993 de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva sobre la protección jurídica de programas de ordenador, la cual establece en su artículo 1.1 que “los programas de ordenador serán protegidos mediante los derechos de autor como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna”³³. En la doctrina la falta de acuerdo es

24. No es nuestra tarea la concreción de todas y cada una de las formas de expresión de un programa de ordenador que pueden ser consideradas obras protegibles por el derecho de autor. La tarea la realiza de forma exhaustiva y profunda DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al artículo 95...”, *op. cit.*, págs. 1388 y ss, donde el autor profundiza sobre la protección del programa fuente, el programa objeto, los sistemas operativos, las topografías de productos semiconductores, etc., concluyendo que todos ellos están protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual.

25. CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas y propiedad intelectual*, Madrid, 2002, pág. 55.

26. Un estudio sobre los ordenadores y sus elementos (hardware y software) en HERNANDO COLLAZOS, I.: “Los programas de ordenador y la Ley...”, *op. cit.*, págs. 1794 y ss.

27. GALÁN CORONA, E.: “La creación asalariada del software y el secreto empresarial en la tutela del software”, en *Derecho mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991.

28. FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Informática y propiedad intelectual...”, *op. cit.*, pág. 2. Recuerda BONDÍA ROMÁN que la expresión programa de ordenador incluye también el llamado *firmware* o instrucciones incorporadas físicamente a un chip del ordenador, al igual que el programa fuente y el programa objeto. BONDÍA ROMÁN, F.: “Comentario a la Ley 16/1993...”, *op. cit.*, pág. 2.

29. Explica CERCOS PÉREZ que son objeto de protección el código fuente y objeto, los programas de explotación y de aplicación, los algoritmos o conjunto preescrito de reglas o instrucciones bien definidas para la solución de un problema, el material preparatorio, las interfaces y componentes visuales del programa, y la documentación técnica y manuales de uso. CERCOS PÉREZ, R.: “Protección jurídica de los programas...”, *op. cit.*, págs. 108 y ss.

30. DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al artículo 95...”, *op. cit.*, pág. 1396.

31. *Vid. Infra*, pág. 17.

32. DE FREITAS, E.: “La protección jurídica de los programas de ordenador”, en *III Congreso iberoamericano sobre derecho...*, *op. cit.*, págs. 622 y 623.

33. Sobre la cuestión véase el completo análisis de DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Comentario al artículo 95”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de propiedad...*, *op. cit.*, págs. 1376 y ss.

total. Así, mientras unos consideran que el programa de ordenador es obra literaria al estar integrado por signos escritos de contenido semántico³⁴, otros prefieren entenderlo obra científica³⁵ y otros, y ésta nos parece la posición más razonable, consideran que los programas de ordenador constituyen un nuevo tipo de obra protegida³⁶ que podría formar parte de un nuevo género de obras, la obra tecnológica³⁷.

Una vez visto que el *software* es obra protegida por los derechos de propiedad intelectual siempre que se cumplan los requisitos genéricos del artículo 10 del TRLPI de 1996, sólo nos queda por ver un supuesto específico de *software*, como obra protegida, de especial importancia en la actual sociedad de la información. Nos referimos a la posibilidad de considerar distintos elementos de internet como objetos de derechos de propiedad intelectual. En efecto, el artículo 96 del TRLPI de 1996 dice que “la protección prevista en esta Ley se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador”. Teniendo en cuenta, además, que la interpretación del artículo 95 es amplia, parece que cualquier tipo de programa de ordenador se podrá proteger por la institución de la propiedad intelectual. Queremos, sin embargo, profundizar en la protegibilidad de distintos elementos que forman parte de lo que se ha venido a denominar Internet.

Se ha definido Internet como “una red mundial de redes informáticas y ordenadores conectados entre sí mediante un protocolo común de comunicaciones, el denominado TCP/IP, que permite la comunicación y el intercambio de información entre

usuarios situados en lugares distantes por medio de una máquina, normalmente un ordenador”³⁸. Pues bien, dentro de esta autopista de la información, existen determinadas creaciones intelectuales cuya naturaleza jurídica se discute, siendo necesaria su concreción para afirmar o no la protegibilidad de las mismas y el régimen utilizado para ellas. Por supuesto, no puede ser éste un análisis exhaustivo de todos los elementos posibles plasmados en ese soporte (digital) que es la *World Wide Web*³⁹, sino que, partiendo de los trabajos específicos de otros autores⁴⁰, nos ceñiremos a analizar la protegibilidad de algunos de ellos como las páginas web, la presentación visual de las páginas web, el correo electrónico o los nombres de dominio.

Una página web es, básicamente, un documento multimedia interactivo, construido utilizando cualquiera de los lenguajes de programación reconocidos por los navegadores. Un sitio web está, pues, integrado por múltiples elementos, conectados entre sí, algunos de los cuales son creaciones intelectuales originales⁴¹. Es indudable que existe protección penal de todas y cada una de las obras artísticas, literarias o científicas que integran una página web, pero ¿es obra protegible el conjunto de ellas, esto es, la página web en sí? Si bien existen algunas objeciones por parte de un sector de la doctrina⁴², es mayoritaria la opinión a favor de la protegibilidad por el derecho de autor de las páginas web siempre que cumplan con los requisitos generales exigidos (creaciones artísticas, literarias o científicas originales y expresadas de forma tangible o intangible)⁴³, concretamente como progra-

34. BAYLOS CORROZA, H.: “La protección jurídica de los programas de ordenador en el proyecto de una nueva ley de propiedad intelectual”, *AIC*, n.º 28, 1986, págs. 22, 25.

35. ANTEQUERA PARILLI, R.: “Nuevas tecnologías y derechos de...”, *ob. cit.*, pág. 141, considera que, si bien el *software* es una obra científica, como quiera que su forma de expresión es la escrita, resulta simultáneamente obra literaria y de naturaleza científica.

36. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”, en *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, 1996, pág. 73.

37. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 10.1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de...*, *ob. cit.*, 2.ª ed., pág. 159.

38. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet. La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*, Granada, 2001, págs. 5 y ss.

39. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, *op. cit.*, pág. 28.

40. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet*, 2.ª ed., Madrid, 2001; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, *ob. cit.*

41. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet...*, *op. cit.*, pág. 227. Por supuesto, y como recuerda el autor, el empleo de obras preexistentes de terceros requiere que los titulares hayan autorizado su inclusión en el sitio web por medio de la correspondiente cesión.

42. A ellas se refiere GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, *ob. cit.*, pág. 38, concretamente a la dificultad de la acreditación de la autoría de las páginas web, así como su volatilidad. Sin embargo, y en el sentido del parecer del autor, no son éstas auténticas objeciones a la protección de una página web, puesto que son características que, por no referirse a los requisitos consustanciales de la obra original, pueden concurrir en otras obras que, sin embargo son protegidas.

43. Sobre las distintas tesis de encuadre de los derechos de propiedad intelectual (obra multimedia, base de datos, obra audiovisual o programa de ordenador), véase GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, *ob. cit.*, págs. 39 y ss., y CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas...*, *op. cit.*, pág. 63 y ss.

mas de ordenador⁴⁴, en cuanto la página web tiene un código fuente en el que está escrita y un código objeto⁴⁵. Aquello que se protege, pues, es la acción conjunta del programa fuente y la lectura del programa objeto por parte del ordenador⁴⁶, esto es, la expresión concreta (que no la idea) de un sistema informático con unas concretas funciones (de comunicación, de servicio, de transporte a otros canales, etc.). Por otra parte, el diseño del sitio web, o presentación visual en pantalla, en la medida en que constituya una creación original, podrá tutelarse como objeto de propiedad intelectual⁴⁷, si bien la categoría a la que pertenecerá dicha obra no es unívoca sino que dependerá de su naturaleza (puede encajar con el concepto de obra audiovisual, de obra plástica, o incluso de colección)⁴⁸.

En cuanto a los correos electrónicos, conviene señalar que aquello que se protege no es el correo como tal, sino la obra literaria, artística o científica que él contenga, siempre que goce de la requerida originalidad y que esté expresado, por cualquier medio, entre los cuales se incluye el envío a un destinatario. Precisamente la exigencia de la originalidad limita la protección por la propiedad intelectual del contenido de los mensajes de correo electrónico, al quedar fuera aquellos mensajes de texto sencillos sin carácter original como los referidos (sin creatividad alguna) a cuestiones habituales, las cartas comerciales, etc⁴⁹.

Por último, un nombre de dominio es susceptible de protección por los derechos de propiedad intelectual siempre que goce de la originalidad suficiente, si bien, y siempre que el nombre cumpla

los requisitos correspondientes, es más usual la protección por el derecho de marcas.

IV. La protección penal del *software* por el artículo 270 del Código Penal

La determinación de que el *software* es objeto de los derechos de propiedad intelectual es el primer paso en la concreción de su protegibilidad por el artículo 270 del Código Penal. El siguiente exige el análisis de los delitos relativos a la propiedad intelectual, del bien jurídico protegido por éstos, así como de su objeto material para, después, y una vez constatada la protección penal del *software* vía artículo 270 del Código Penal, analizar las especialidades que este bien inmaterial plantea en cuanto a su tutela penal.

1. El *software* como objeto material del delito del artículo 270 del Código Penal

El Código Penal, en la sección primera del capítulo IX del título III del libro segundo, concretamente en los artículos 171 y 172, regula los delitos relativos a la propiedad intelectual. La doctrina mayoritaria ha reconocido en la regulación actual, frente a la del Código Penal anterior reformado por la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, una patrimonialización del tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual⁵⁰ con la consiguiente protección prioritaria⁵¹, y para algunos incluso única⁵², de los derechos de explota-

44. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet...*, ob. cit, pág. 229.

45. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, ob. cit, págs. 40 y 41. No parece estar de acuerdo, sin embargo, CARBAJO CASCÓN, quien prefiere hablar de la página o sitio web como "una creación tecnológica de carácter multimedia (recopilación coordinada de texto, gráficos, imagen, sonido y enlaces hipertextuales configurados armónicamente por una secuencia de instrucciones informáticas) que, si es original, puede ser protegida por medio del derecho de autor". CARBAJO CASCÓN, F.: *Publicaciones electrónicas...*, op. cit., pág. 66.

46. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, ob. cit, pág. 41.

47. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet...*, ob. cit, pág. 229.

48. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en internet...*, ob. cit, pág. 41.

49. DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Derecho privado de Internet...*, ob. cit, págs. 222 y 223.

50. DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: "Delitos contra la propiedad intelectual", en LUZÓN PEÑA, D. M. (Dir.): *Enciclopedia penal básica*, Granada, 2002, págs. 424 y ss. Un amplio análisis de los datos que llevan a la interpretación de la "patrimonialización" del tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual en MIRÓ LLINARES, F.: *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, tesis doctoral, en prensa.

51. BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S.: *Derecho penal económico*, Madrid, 2001; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte especial*, 11.ª ed., Valencia, 2001, pág. 429; MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: "De los delitos relativos a la propiedad intelectual", en *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Granada, 1999, pág. 437; MATA Y MARTÍN, R. M.: *Delincuencia informática y derecho penal*, Madrid, 2001, págs. 150 y ss.; ROBLEDO VILLAR, A.: *Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Barcelona, 1997, pág. 317; JOVER PADRÓ, J.: "El código penal de la informática", en *X años de encuentros sobre Informática y Derecho*, Madrid, 1997, pág. 364, y VEGA VEGA, A.: "Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual", en ROGEL VIDE, C. (Coord.): *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, Madrid, 1999, pág. 198.

52. GARCÍA RIVAS, N.: "Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código Penal de 1995", en *Cuadernos de Derecho Judicial. Propiedad intelectual: Aspectos civiles y penales*, XXXIV, Madrid, 1995, pág. 217; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "Los delitos contra la propiedad intelectual", en *Empresa y derecho penal (II)*, Madrid, 1999, pág. 353; GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Las lla-

ción exclusiva de propiedad intelectual. En efecto, y pese a la existencia de intereses personales junto a los patrimoniales individuales —plasmados los primeros en los derechos morales de autor y los segundos en los derechos de explotación exclusiva⁵³—, el legislador penal de 1995 al tipificar los delitos relativos a la propiedad intelectual ha decidido proteger únicamente los intereses patrimoniales individuales de los titulares de derechos de explotación exclusiva de autor o derechos conexos, dejando fuera del ámbito de protección los intereses personales de los titulares de derechos morales de autor⁵⁴. Esto, que se demuestra en datos diversos tales como la inclusión de los elementos de actuar con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, la ubicación sistemática o la tipificación de conductas todas lesivas de derechos de explotación, en absoluto se contradice sino que, más bien, se complementa con la constatación de que, más allá de este único bien jurídico protegido, la *ratio legis* de la incriminación de las conductas lesivas o peligrosas para los intereses patrimoniales de los derechos de explotación está en la voluntad de proteger los intereses económicos supraindividuales que se derivan de la protección del sistema de incentivos a la creación en que consisten dichos derechos exclusivos.

La protección penal de la propiedad intelectual, justificada en el plano de la intervención penal en la protección de un bien jurídico constitucionalmente digno y socialmente necesitado de protección como son los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, se explica, en cuanto a las razones de política criminal que llevan al castigo de ciertas conductas, no sólo en la voluntad de protección de estos intereses individuales sino

también en la constatación de que protegiendo éstos se tutela indirectamente un instrumento del sistema de mercado de las creaciones intelectuales sin el cual disminuiría la incentivación a la creación y a la inversión económica en creación y, de ese modo, se vería perjudicado el mercado de las creaciones intelectuales y el propio tejido productivo cultural de una determinada sociedad⁵⁵.

De este modo, y admitidos ya dos presupuestos base, cuales son, primero, el de que los derechos sobre programas de ordenador son derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, y segundo, el que los artículos 270 y 271 del Código Penal incorporan como bien jurídico protegido los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, sólo nos falta para poder decir que éstos son tutelados en los citados preceptos del Código Penal un último presupuesto: la determinación del objeto material del artículo 271 y la consideración de los programas de ordenador como integrante del mismo. Es evidente que por ser los programas de ordenador derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, tal y como hemos visto, forman parte del objeto jurídico de protección. Pero es el injusto típico el que delimita el ámbito de tutela penal, y es el objeto material parte de los elementos fácticos del injusto típico, por lo que únicamente en el caso de que las conductas se incriminen —inclusive— cuando se realicen sobre programas de ordenador, podremos decir que éstos se protegen por el artículo 270 del Código Penal.

Pues bien, no cabe duda de que el artículo 270 protege los derechos de explotación exclusiva sobre programas de ordenador en cuanto este bien inmaterial es objeto material del artículo 270 del Código Penal. El citado precepto sanciona las con-

madras 'importaciones paralelas' y el artículo 270, párrafo segundo, del Código Penal", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pág. 729; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte especial*, 5.ª ed., Madrid, 2000, pág. 442; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", *Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, 1999, pág. 44; BOIX REIG, J.: "Delitos relativos a la propiedad intelectual", en VIVES ANTÓN, T. S. y VVAA.: *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, pág. 510.

53. Artículo 2 TRLPI de 1996

54. MIRÓ LLINARES, F.: *La protección penal de la propiedad...*, ob. cit. De distinto cariz es la cuestión de si se ha optado correctamente, desde una óptica político-criminal, al proteger únicamente los derechos de propiedad intelectual. Al respecto vid. MIRÓ LLINARES, F.: *La protección penal de la propiedad...*, ob. cit.

55. De este modo, y aunque estemos ante un delito patrimonial individual que protege los intereses económicos de los titulares de derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual, la ubicación sistemática del artículo 270, junto a los delitos relativos a la propiedad industrial y al mercado y a los consumidores, es plenamente coherente con la razón político-criminal de tipificación de este precepto que, sin duda, no se agota en la voluntad de proteger un interés económico individual derivado de un derecho real sino que va más allá y tiene en cuenta la incidencia socioeconómica que la infracción de dichos derechos podría producir, de modo muy similar al que ocurre con otras figuras delictivas de igual ubicación como las de los delitos relativos a la propiedad industrial o el delito de descubrimiento y revelación de secretos de empresa, o incluso para otros aparentemente muy distintos como el de administración social fraudulenta. Vid. al respecto, y respectivamente, SEGURA GARCÍA, M. J.: *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995, pág. 227; CARRASCO ANDRINO, M.: *La protección penal del secreto de empresa*, Barcelona, 1998, págs. 142 y ss., y FARALDO CABANA, P.: *Los delitos societarios*, Valencia, 2001, pág. 326.

ductas de reproducción, distribución, comunicación pública y plagio de "obras literarias, artísticas o científicas o su interpretación, transformación o ejecución fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio", por lo que éste será el objeto material u objeto sobre el que recae la acción típica, la obra literaria, artística o científica o cualquier interpretación, transformación o ejecución de la misma. Pese a que el artículo 270 no es un precepto penal en blanco, la definición de muchos de sus términos típicos requerirá acudir al Derecho civil dado que la definición del derecho a proteger en órbita penal se realiza primero en el ámbito del Derecho privado. En este sentido, la delimitación de lo que es obra artística, literaria o científica se realiza en el ámbito del Derecho privado, concretamente en el artículo 10 del TRLPI de 1996, que considera como tales a las "creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro", incluyéndose además un catálogo de obras⁵⁶ considerado uná-

nimemente por la doctrina como no exhaustivo sino meramente ejemplificativo⁵⁷. Estamos, por tanto, ante una definición del objeto de los derechos de propiedad intelectual abierta en cuanto al catálogo de obras que cita, pero que, por la propia definición, es cerrada en cuanto exige para la protección que se den una serie de requisitos⁵⁸, como son el de tratarse de una creación personal, original, fijada en un soporte y de los géneros artístico, literario o científico⁵⁹. Sólo la reproducción, distribución, comunicación pública o plagio realizada sobre un bien inmaterial que cumpla estas características será delictiva conforme al artículo 270 del Código Penal al ser realizada sobre una obra artística, literaria o científica o su interpretación, transformación o ejecución.

Dado que la directiva 91/250 CEE considera los programas de ordenador obra literaria y que el propio artículo 10, al que nos remitimos para la interpretación de lo que es objeto material del delito, incorpora en su apartado i) del catálogo ejemplificativo los propios programas de ordenador⁶⁰, parece claro que el software es objeto material de

56. Artículo 10 del TRLPI de 1996: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: a) los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza; b) las composiciones musicales con o sin letra; c) las obras dramáticas y dramático-musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general, las obras teatrales; d) las obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales; e) las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas; f) los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería; g) los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia; h) las obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; i) los programas de ordenador".

57. Así GONZÁLEZ RUS, J. J.: "Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VIII). Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): *Curso de Derecho penal español. Parte especial. I*, Madrid, 1996, pág. 775; PLAZA PENADES, J.: *El derecho de autor y su protección en el artículo 20.1 b) de la Constitución*, Valencia, 1997, pág. 282; RODRIGUEZ TAPIA, J. M. y BONDÍA ROMÁN, F.: *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1997, pág. 55; BONDÍA ROMÁN, F.: *Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, 1988, pág. 194; VEGA VEGA, J. A.: *Derecho de autor...*, op. cit., pág. 99, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 10.1", en *Comentarios a la Ley de...*, ob. cit., 2.ª ed., pág. 157; GONZÁLEZ GÓMEZ, A.: *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual. De la reforma de 1987 al Código Penal de 1995*, Madrid, 1988, pág. 156; QUINTERO OLIVARES, G.: "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores", en QUINTERO OLIVARES, G. y VALLE MUÑIZ, J. M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pág. 573; CARMONA SALGADO, C.: *La nueva ley de propiedad intelectual*, Madrid, 1988, pág. 290, y: "El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual", en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación penal*, tomo XIII, pág. 137; BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho...*, op. cit., pág. 535; LATORRE, V.: *Protección penal del derecho de autor*, Valencia, 1994, pág. 214. La utilización de una fórmula tan abierta para la definición civil del concepto de obra, así como el no empleo de listas o tablas enumerativas de obras protegibles es coherente con la necesidad de protección de las obras del ingenio en un momento como el actual donde el vertiginoso desarrollo tecnológico puede hacer surgir rápidamente nuevas formas de creación que, de este modo, serán protegidas siempre que cumplan con los requisitos exigidos que veremos a continuación.

58. QUINTERO OLIVARES, G., en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. y QUINTERO OLIVARES, G.: *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, 1988, pág. 38. Cfr. también QUINTERO OLIVARES, G.: "De los delitos relativos...", op. cit., pág. 573.

59. Un profundo análisis de los requisitos de protegibilidad de las obras literarias, artísticas o científicas en VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A.: *Las obras o creaciones intelectuales como objeto del derecho de autor*, Granada, 2000, págs. 13 y ss.

60. Aunque en el apartado i) del artículo 10 se haga referencia únicamente a los programas de ordenador y no al software en su totalidad, ya vimos que se protegían como derechos de propiedad intelectual también la documentación técnica y los manuales de uso de un programa materiales. Vid. *supra* pág. 7. Así, pues, y siempre que esta documentación técnica así como los manuales de uso sean originales, podrán ser objeto material de un delito del artículo 270 del Código Penal.

los delitos relativos a la propiedad intelectual, y que los derechos de explotación sobre el mismo son protegidos por el artículo 270 del Código Penal. Eso sí, al igual que con el resto de obras protegidas, sólo serán objeto material del delito del artículo 270 del Código Penal aquellas que cumplan los requisitos de protegibilidad de ser una creación personal, fijada en un soporte, original y de los géneros artístico, literario o científico. Y aunque todos estos requisitos pueden ser cumplidos por los programas de ordenador, la especial naturaleza de estas obras ha llevado a la doctrina a plantearse si la inclusión como obra protegida de los programas de ordenador exigía una interpretación de los requisitos generales de protegibilidad. Así, y por la forma digital en que se encuentran los programas de ordenador, podría plantearse si cumple el programa de ordenador el requisito de la exteriorización. Como dijimos, la expresión de la obra necesaria para su protección no exige su tangibilidad, sino simplemente la perceptibilidad o posibilidad de ser aprehendida la forma por los sentidos⁶¹, de modo que puede ser un requisito exigible también para este tipo de obra.

De todos modos, es otro requisito para la protegibilidad por el derecho de propiedad intelectual el que plantea especial interés a los efectos de su concurrencia en los programas de ordenador. Nos

referimos al requisito de la originalidad, acerca del cual se ha discutido en la doctrina civilista acerca de su interpretación en sentido objetivo o subjetivo⁶² y respecto al cual puede decirse que si su apreciación es ya compleja en las obras tradicionalmente protegidas por el derecho de autor, esta dificultad se agrava en la *software*⁶³, una de cuyas características es la escasa originalidad que presenta y la difícil perceptibilidad de la impronta personal en ellas⁶⁴. Quizás fuera dicha complejidad de la definición de la originalidad en los programas de ordenador, unida a la evidente necesidad de no poner trabas a la protegibilidad de este tipo de obras de tanta relevancia en la actualidad, la que llevó al TRLPI de 1996, al incorporar la Directiva 91/250, a establecer en el artículo 96 que “el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”. Esto ha sido interpretado por la doctrina como una “rebaja” del grado de originalidad o nivel de creatividad exigido como requisito de protección de la obra⁶⁵ e, incluso, un sector doctrinal ha ido más allá al interpretar como subjetiva originalidad exigida a los programas de ordenador⁶⁶. Sin embargo, creemos que la exigencia por el TRLPI de 1996 de que la creación intelectual sea propia de su autor no implica una asunción del criterio de la originalidad subjetiva, sino únicamente una atenuación en

61. DELGADO PORRAS, A.: “La propiedad intelectual ante la tecnología digital: las obras multimedia”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de Derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, Granada, 1998, pág. 35.

62. En efecto, mientras un importante sector doctrinal considera que la originalidad debe entenderse en sentido subjetivo, esto es, como exigencia de que la obra pertenezca efectivamente al autor, que sea suya y no copia de la obra de otro (*vid.* en la doctrina civilista, especialmente, BAYLOS CORROZA, H.: *Tratado de derecho...*, op. cit., pág. 534; ESPÍN ALBA, I.: *Contrato de edición literaria*, Granada, 1994, pág. 93; y en la doctrina penal, BUSCH, C.: *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania. Análisis de Derecho comparado. Perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*, Barcelona, 1995, pág. 103; QUINTERO OLIVARES, G., en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. y QUINTERO OLIVARES, G.: *Protección penal...*, op. cit., pág. 42; LATO-RRE, V.: *Protección penal del derecho de...*, op. cit., pág. 212), otro sector doctrinal entiende que la exigencia de originalidad debe entenderse en referencia a la novedad objetiva de la obra, puesto que la Ley protege una obra en la medida en que la misma supone una novedad (en este sentido, en la doctrina civilista BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Comentario al artículo 10.1”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de...*, op. cit., 2.ª ed., pág. 160, y MASSAGUER FUENTES, J.: “La adaptación de la Ley de Propiedad Intelectual a la Directiva de la CEE relativa a la protección de los programas de ordenador”, en RDM, 1991, págs. 45 y ss.; y en la doctrina penal, VEGA VEGA, J. A.: *Derecho de autor...*, op. cit., págs. 98 y 99, y QUINTERO OLIVARES, G., en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. y QUINTERO OLIVARES, G.: *Protección penal...*, op. cit., pág. 42, al no considerar original aquello “que previamente hubiera sido concebido por el ingenio de otro”).

63. HERNANDO COLLAZOS, I.: “Los programas de ordenador y la Ley...”, op. cit., pág. 1811.

64. FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: “Informática y propiedad intelectual...”, op. cit., pág. 7.

65. MARCO MOLINA, J.: “El derecho de autor frente a...”, op. cit., pág. 381.

66. Así lo entiende Alberto BERCOVITZ, quien sostiene que la originalidad exigida para la calificación como obra protegida de los programas de ordenador es específica, en cuanto basta la manifestación de la personalidad de su autor: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “Riesgos de las nuevas tecnologías en...”, op. cit., pág. 73. En sentido similar CERCOS PÉREZ, y tras analizar todas las posibles valoraciones de la originalidad, prefiere los criterios de la originalidad como reflejo de la personalidad del autor y como expresión del esfuerzo intelectual individual. Sin embargo el autor, cuando trata de concretar el criterio subjetivo de la personalidad del autor, dice que “una forma diferente de programa que pueda conservar o enriquecer la función a desarrollar complementándola u obteniendo subsiguientes funciones, sería expresión de originalidad y reflejo de la personalidad de su autor”. Creemos que esto no es más que una definición de la expresión objetiva de la originalidad: CERCOS PÉREZ, R.: “Protección jurídica de los programas de ordenador”, en *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información*, Madrid, 1996, pág. 112.

cuanto a la exigencia de originalidad (entendida en sentido objetivo), para los programas de ordenador. Ello es así, primero, porque el artículo 96 TRLPI de 1996 únicamente exige que el programa de ordenador sea "creación intelectual propia de su autor", lo cual, como señala MASSAGUER FUENTES, es perfectamente interpretable en sentido objetivo, ya que no es propio de su autor aquello que ya es conocido⁶⁷; y segundo, porque la adopción de una concepción subjetiva de la originalidad que entiende la misma como el reflejo de la personalidad del autor complicaría la protegibilidad de un tipo de obra en el que, como señala HERNANDO COLLAZOS, es ciertamente complejo "encontrar la marca subjetiva que individualiza al creador"⁶⁸. No olvidemos la realidad de que los programas de ordenador suelen realizarse en el seno de empresas y por varios autores asalariados de forma conjunta⁶⁹ y, de hecho, el principio de autoría conforme al cual sólo las personas físicas, y nunca las jurídicas, pueden ser consideradas autor⁷⁰, se ve matizado en este tipo de obras por mor del artículo 97 del TRLPI de 1997 proveniente de la incorporación del artículo 2.1 de la Ley 16/1993, de adaptación de la Directiva 91/250 CEE, al considerar autor del programa de ordenador a "la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley"⁷¹. Por todo ello en los programas de ordenador, quizás más que en cualquier otro tipo de obra, tiene sentido la concepción objetiva de la originalidad, de modo que el artículo 96 del TRLPI de 1996 debe interpretarse como la exigencia para los programas de ordenador de que la originalidad, entendida en sentido objetivo, sea mínima, bastando con que no sea copia de la obra de otro⁷².

Así, y al igual que con el resto de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual, para poder conceptuar un programa de ordenador co-

mo original debe exigirse, primero, que se trate de una creación propia del autor, pero también que la creación posea cierta originalidad objetiva, esto es, que aporte algo distinto y se diferencie, mucho o poco según el tipo y la naturaleza de la obra, del resto de creaciones ya existentes, pues sólo así se puede justificar que el ordenamiento jurídico conceda derechos exclusivos de explotación únicamente al titular de dicha creación. Esto no supone, en ningún caso, una exigencia de novedad en el sentido de las invenciones patentables, la cual complicaría la protegibilidad de la gran mayoría de los programas de ordenador⁷³, sino simplemente la exigencia de que lo creado se diferencie en su concreta plasmación en lo material o en lo formal (forma de expresión, selección, ordenación o disposición de las ideas) de aquello ya existente. El artículo 96 del TRLPI de 1996 no modifica la naturaleza de la exigencia de la originalidad, simplemente, y por las características específicas de los programas de ordenador, reduce expresamente la cualificación de dicho requisito.

La conclusión es que dado que los programas de ordenador pueden cumplir y generalmente cumplen los requisitos de protegibilidad de la Ley de Propiedad Intelectual para las obras artísticas, literarias y científicas, incluido el de originalidad, dado que además la propia Ley los incluye en el catálogo ejemplificativo de obras protegidas, y que el Código Penal sanciona las conductas que se realicen sobre dichos bienes inmateriales, la explotación no autorizada en forma de reproducción, distribución, comunicación pública y plagio de programas de ordenador realizada con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero será constitutiva de delito del artículo 270 del Código Penal. Así lo ha considerado la doctrina mayoritaria, tanto la civilista que incorpora sin ningún género de dudas los programas de ordenador como objeto de los derechos de propiedad intelectual, como la gran mayoría de la penalista que considera el *software*

67. MASSAGUER FUENTES, J.: "La adaptación de la Ley de propiedad...", *op. cit.*, pág. 46.

68. HERNANDO COLLAZOS, I.: "Los programas de ordenador y la Ley...", *op. cit.*, pág. 1806.

69. Así, recuerda DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario al artículo 97", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 1431, que en la práctica comercial casi en ningún programa de ordenador se indica el nombre de la persona física que lo creó sino el de la empresa que lo produce, bien porque no es una persona sino un equipo quien ha realizado el trabajo, o bien porque se ha realizado por un único autor asalariado de dicha empresa.

70. SAIZ GARCÍA, C.: *Objeto y sujeto del derecho de autor*, Valencia, 2000, pág. 248. El principio se basa en el propio sentido de la propiedad intelectual como protección de la creación, en cuanto que si la autoría se determina a través de un acto de creación, la persona jurídica nunca podrá ser considerada como tal. Véase, en este sentido, CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al artículo 5", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 105, y SERRANO ALONSO, E.: "Sugerencias para una reforma del derecho de autor", AC, n.º 2, 1986, pág. 61.

71. En el apartado segundo del citado precepto se añade que "cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre".

72. En el mismo sentido DELGADO PORRAS, A.: "La propiedad intelectual ante la...", *op. cit.*, pág. 36.

73. PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho de autor...*, *op. cit.*, pág. 295.

en su totalidad objeto material del artículo 270 del Código Penal e incluso llega a relacionar los delitos relativos a la propiedad intelectual con los delitos informáticos precisamente porque aquellos pueden recaer sobre programas de ordenador⁷⁴.

Algunos autores, sin embargo, parecen negar la aplicabilidad del artículo 270 a la explotación ilícita de programas de ordenador. Es el caso de ROVIRA DEL CANTO, para quien no es posible tal subsunción tipológica “sin infringir los principios de legalidad y de proscripción de la analogía propios del Derecho penal”, y exige, para poder sancionar como espionaje informático en el ámbito económico la introducción en el artículo 270.1 del Código Penal de los términos programas y datos informáticos⁷⁵. Evidentemente su interpretación no sólo representa una curiosa interpretación del principio de legalidad y de la prohibición de la analogía en materia penal, sino que además es injustificable desde un punto de vista teleológico. En cuanto a lo primero, y como ya hemos visto, el objeto material del delito del artículo 270 del Código Penal es cualquier creación personal que cumpla los requisitos de ser obra artística, literaria o científica original y fijada en cualquier tipo de soporte, entre las cuales está, a parecer de toda la doctrina civilista y de la propia Ley de Propiedad Intelectual, el *software*. Entender lo contrario, esto es, que el programa de ordenador no es una obra artística, literaria o científica, sí es atentar contra el principio de legalidad. Por otra parte, y ya en el plano teleológico de lo que supondría la interpretación de ROVIRA DEL CANTO, la no consideración del programa de ordenador como objeto material del artículo 270 significaría la atipicidad de cualquier conducta explotatoria ilícita realizada con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero si es que lo reproducido, distribuido, comunicado públicamente o plagiado resulta ser un programa de ordenador. Desde un plano político-criminal, y dada la importancia económica de los programas de ordenador, resultaría absolutamente injustificable que el legislador hubiera decidido proteger por vía penal obras como las plásticas,

las audiovisuales, etc., y dejara fuera de su tutela el *software*. Ni existe una razón político-criminal que obligue a una interpretación contraria a la inclusión en el ámbito de tutela penal de los derechos de explotación de programas de ordenador, ni ésta es estrictamente posible ya que el artículo 270 del Código Penal protege cualquier obra artística, literaria o científica digna de protección y el *software* en su totalidad lo es. Esta interpretación, la única posible del delito que estudiamos, se ve reforzada por el propio párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal que expresamente se refiere a los programas de ordenador castigando conductas preparatorias de los ataques a los derechos de explotación sobre ellos. No tendría sentido que el legislador castigara lo menos (la tenencia, fabricación y puesta en circulación de medios destinados a la supresión de dispositivos de protección de programas de ordenador) y, sin embargo, dejara impune lo más (la distribución ilícita y con ánimo de lucro de programas de ordenador).

2. Especialidades de la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual sobre programas de ordenador en el artículo 270 del Código Penal

A) *La ilicitud de la copia para uso privado de programas de ordenador y el artículo 270 del Código Penal*

Admitido ya sin ningún género de dudas que el *software* que cumpla con los requisitos de las obras del ingenio resultará objeto material del delito del artículo 270 del Código Penal, sólo nos queda por analizar el resto de elementos típicos y su especialidad cuando se produzcan sobre el objeto material “programas de ordenador”. Por supuesto, no se trata aquí de analizar en profundidad todos los elementos fácticos del tipo de injusto del delito del artículo 270 del Código Penal, sino de analizar la forma de protección penal

74. Así, podemos citar a ROMEO CASABONA, para quien las nuevas tecnologías de la información constituyen, además del medio o instrumento de agresiones de carácter patrimonial, el objeto de la agresión, y entre dichos objetos (cuando el objeto es el hardware dará lugar a otras conductas delictivas como espionaje informático, delitos relativos a la propiedad intelectual o delitos de sabotaje informático, según el caso) está el *software*, o soporte lógico, cuya explotación o sustracción no autorizada, con la intención de obtener un enriquecimiento económico gracias a ellos, da lugar, tras la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987, a la aplicación del delito informático: delitos relativos a la propiedad intelectual: Poder informático y seguridad jurídica, Madrid, 1988, pág. 141 y ss. En el mismo sentido GONZÁLEZ RUS incorpora a la categoría de los ilícitos patrimoniales contra elementos informáticos, y dentro de ella a la subcategoría de infracciones contra los “elementos lógicos del sistema”, a los delitos relativos a la propiedad intelectual, por ser objeto material de sus conductas típicas el *software*. Así, GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos”, en *Nuevas formas de delincuencia*, PJ, número especial IX, pág. 40.

75. ROVIRA DEL CANTO, E.: *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada, 2002, pág. 223.

de un derecho de explotación exclusiva ejercido sobre un objeto específico, el programa de ordenador, y de determinar si la especialidad del mismo tiene algún tipo de incidencia, que la tiene, en su protección en vía penal⁷⁶.

El artículo 270 del Código Penal castiga a quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduzca, distribuya, comunice públicamente o plagie una obra artística, literaria o científica o su transformación, interpretación o ejecución fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio. De este modo, las conductas típicas, las cuales tienen que realizarse con voluntad de obtener un beneficio económico y con voluntad de comercialización con el consiguiente perjuicio a los intereses económicos derivados de los derechos de explotación⁷⁷, son la reproducción, entendida como fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de la misma⁷⁸; el plagio, o atribución falsa de la paternidad de la obra de otro con la consiguiente atribución de los derechos de ex-

plotación sobre la misma⁷⁹; la distribución, consistente en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma⁸⁰, y la comunicación pública o explotación de la obra sin previa distribución de ejemplares⁸¹ y que en el caso de programas de ordenador suele utilizar el vehículo de Internet para la difusión ilícita de programas.

Las cuatro conductas típicas pueden, pues, realizarse sobre programas de ordenador, al igual que las de importación, exportación y almacenaje del párrafo segundo del artículo 270 del Código Penal que amplían la protección a momentos anteriores a la lesión del bien jurídico protegido. Pero especial interés ofrece la conducta de reproducción cuando se realiza sobre programas de ordenador, por razón de la especialidad del régimen del límite al derecho de reproducción por copia para uso privado que se deriva del artículo 99 del TRLPI de 1996. En efecto, y aunque la Ley de Propiedad Intelectual establece de forma general

76. Nos vamos a centrar en las especialidades de las conductas típicas del artículo 270 del Código Penal cuando recaen sobre programas de ordenador. Pero no sólo en cuanto a las conductas típicas hay especialidades en el tipo del artículo 270 derivadas del objeto material "programas de ordenador", también en cuanto a los sujetos este objeto plantea cuestiones de especial interés. Nos referimos concretamente a la cuestión de la autoría de los programas de ordenador y por tanto la titularidad del derecho de explotación y la subsiguiente condición de sujeto pasivo del delito. En efecto, el artículo 97 del TRLPI de 1997 proveniente de la incorporación del artículo 2.1 de la Ley 16/1993 de adaptación de la Directiva 91/250 CEE parece obviar el principio de autoría, fundamental en el sistema italo-germánico de los derechos de autor, en cuanto considera autor del programa de ordenador "la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley", añadiendo en el apartado segundo que "cuando se trate de una obra colectiva tendrá la consideración de autor, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre". De todos modos, y dado que una persona jurídica puede ser cesionario de los derechos de explotación, y que sujeto pasivo del delito lo es tanto el titular de los derechos como el cesionario de los mismos, resulta evidente que, bien por autoría directa, bien porque el creador sea autor asalariado de una empresa y por tanto ésta sea considerada autora de la obra conforme al artículo 51 del TRLPI de 1996, o bien porque la empresa sea cesionaria de los derechos de explotación, en la mayoría de los casos será una persona jurídica el sujeto pasivo de los delitos relativos a la propiedad intelectual sobre programas de ordenador.

77. Esto se deriva de los elementos "ánimo de lucro" y "actuar en perjuicio de tercero", incorporados al tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual y que pueden interpretarse como elementos subjetivos, el primero como un especial ánimo de obtener un beneficio económico de la conducta, y el segundo como la intención del sujeto de que la conducta realizada perjudique al titular de los derechos, esto es, como exigencia de una voluntad de comercialización de lo reproducido o lo almacenado (puesto que para el resto de conductas, distribución y comunicación pública, es inherente), que convierte este delito en uno de resultado cortado. MIRÓ LLINARES, F.: *La protección penal de la...*, op. cit.

78. Así lo define el artículo 18 TRLPI de 1996. De este modo la reproducción no implica únicamente la obtención de copias, sino que la mera fijación de la obra ya es reproducción ilícita, si bien no implica directamente la tipicidad del hecho.

79. En efecto, en el plagio no sólo existe una lesión del derecho moral de paternidad al negarse la condición de autor del auténtico creador de la obra, sino que también se infringen los derechos de explotación del titular cuando el plagiarlo reproduce, distribuye o comunica públicamente la obra que no es suya. En el Código Penal de 1995, y dado que el plagio que se castiga es únicamente el realizado con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, y teniendo en cuenta también el resto de elementos típicos así como la ubicación sistemática del precepto, parece claro que el plagio típico del artículo 270 del Código Penal agota su desvalor en la puesta en peligro o lesión del interés patrimonial derivado del derecho de explotación exclusiva de propiedad intelectual, por lo que sólo será punible el plagio que infrinja un derecho de explotación y, de ese modo, afecte al bien jurídico protegido. Vid. MIRÓ LLINARES, F.: *La protección penal de la...*, op. cit., pág. 679 y ss.

80. Artículo 19 del TRLPI de 1996.

81. Artículo 20 del TRLPI de 1996. Así, pues, y frente a la distribución, forma de explotación material por excelencia, la comunicación pública consiste en la comercialización inmaterial de la obra, esto es, en la representación de la obra en forma inmaterial. Véase BONDÍA ROMÁN, F.: *Propiedad intelectual...*, op. cit., pág. 224.

un límite al derecho de reproducción consistente en que se permite aquella copia realizada para uso privado, el citado artículo 99 determina una excepción a dicha regla al señalar que los derechos exclusivos de la explotación de un programa de ordenador incluirán “la reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuera permanente o transitoria”. Lo que nos importa de esta cuestión es que al venir determinado el bien jurídico patrimonial por el derecho de explotación definido por el TRLPI de 1996, a lo que nos obliga la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico, y al establecer este texto de Derecho privado un régimen distinto para la copia privada de programas de ordenador frente a la de cualquier tipo de obras, podría plantearse que mientras la reproducción para uso privado de obras plásticas o audiovisuales resultaría atípica al no lesionar al bien jurídico (por venir delimitado por el derecho de explotación definido en vía civil), la misma conducta con la misma intención podría resultar típica cuando recayera sobre programas de ordenador, puesto que en ese caso ya estaríamos ante una conducta ilícita. No cabe duda de que esta conclusión no resulta posible puesto que la ilicitud de una conducta explotatoria de los derechos de propiedad intelectual no implica, inmediatamente, que sea penalmente antijurídica, puesto que además deberá cumplir con el resto de los elementos del tipo de injusto. Y en este caso, como veremos, pueden faltar varios de ellos.

En primer lugar, la realización de copias de programas de ordenador para uso privado supondrá, en la mayoría de los casos, descartar la concurrencia de ánimo de lucro. El ánimo de lucro, entendido como la voluntad de obtener un beneficio económico, exige en el sujeto la voluntad de comercializar la obra, esto es, de reproducir la obra con la finalidad de posteriormente distribuirla o comunicarla públicamente, pues sólo así se puede obtener de la reproducción una ganancia económica. Y no cabe duda de que en ese caso ya no estamos ante una reproducción “para uso privado”, la cual exige mantener a la obra fuera de la esfera pública. Sólo una interpretación extensiva del concepto ánimo de lucro, que incluyera el beneficio que puede suponer el no realizar ningún dispendio patrimonial para adquirir la obra, podría hacer compatible la reproducción de programas de ordenador para uso privado con un actuar con ánimo de lucro.

Pero además de que esta interpretación del ánimo de lucro extiende el concepto hasta lo inaceptable, otro elemento del tipo de injusto del artículo 270 del Código Penal convierte en impune por atípica la realización de una copia de programas

de ordenador para uso privado, ilícita conforme al derecho privado. En efecto, la exigencia de actuar en perjuicio de tercero del precepto que estudiamos, unida a que la reproducción aún no supone la lesión del interés patrimonial sino simplemente su puesta en peligro cuando va unida a la voluntad de realizar una comercialización de las copias obtenidas, nos lleva a considerar atípicas todas las reproducciones no unidas a una voluntad de perjuicio o voluntad de comercialización. En el caso que nos ocupa, y por mucho que realizar una copia de programas de ordenador para uso privado sea un acto ilícito, mientras la conducta se realice sin voluntad de comercializar posteriormente esas obras, no hay aún lesión del bien jurídico en cuanto el interés patrimonial se ve afectado cuando se niega la exclusiva de explotación en el comercio (cuando se comercializa la obra), y tampoco hay una conducta peligrosa punible en cuanto se realiza sin intención de finalizar en dicha comercialización. Concluimos, pues, que la reproducción para uso privado de programas de ordenador es atípica, puesto que usualmente se realizará sin ánimo de lucro y siempre faltará la actuación “en perjuicio de tercero”. Esta interpretación es, por otro lado, la más coherente con el principio de intervención mínima así como con la voluntad político-criminal de proteger directamente los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual para, indirectamente, proteger el sistema de incentivos en el mercado de las creaciones intelectuales que son estos derechos.

B) ¿Sobreprotección de los programas de ordenador? El tipo del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal

Para finalizar con las especialidades que plantean los delitos relativos a la propiedad intelectual cuando el objeto material son programas de ordenador, hay que recordar que el artículo 270 del Código Penal de 1995 incorporó un párrafo, el tercero, según el cual castigaba con la misma pena que el tipo básico “la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”. En este caso el objeto material no son los programas de ordenador, sino los medios específicamente destinados a facilitar la supresión o neutralización de dispositivos utilizados para proteger éstos. Pero es claro que el tipo supone un adelantamiento de la protección a los derechos de explotación exclusiva sobre programas de ordenador, en cuanto no se castigan las conductas lesivas de los mismos, ni tan siquiera

aquellas peligrosas, sino comportamientos que tan sólo pueden considerarse actos preparatorios de aquellas otras conductas que sí podrían afectar a los derechos de explotación exclusiva sobre programas de ordenador⁸². Hay que preguntarse, pues, cuál puede ser la razón de esa sobreprotección de los programas de ordenador frente a la de otras obras del ingenio y, según cual sea la respuesta, cómo debe interpretarse el párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal.

En cuanto a lo primero, hay que tener en cuenta que el citado precepto, incorporado mediante enmienda del Grupo Popular, se justificaba en el artículo 7 de la Directiva 91/250 de 14 de mayo de 1991⁸³, el cual fue en lo esencial transportado al TRLPI de 1996 en el artículo 102. El precepto, regulador de la “infracción de los derechos” sobre programas de ordenador, incluye entre los infractores de los derechos de autor a “quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”. De este modo, el tipo del párrafo tercero del artículo 270 puede considerarse algo así como una trasposición ampliada, en cuanto el artículo 102 del TRLPI de 1996 no incluye la fabricación, de las conductas consideradas específicamente ilícitas de los derechos de propiedad intelectual sobre programas de ordenador⁸⁴. En relación con esto, una posible explicación a esta mayor o, quizás mejor, anterior protección a los programas de ordenador, podría estar en que cuando se aprueba la citada directiva eran casi únicamente los programas de ordenador los que tenían dispositivos de protección de carácter lógico, por ser prácticamente los únicos que estaban digitalizados y necesitaban, por tanto, de una mayor defensa frente a las facilidades que supone la copia de información digital. En la actualidad, sin embargo, se ha generalizado el proceso

digitalizador a la mayoría de las obras⁸⁵, hasta el punto de que algunas como las literarias, audiovisuales o musicales comienzan a utilizar dispositivos de protección muy similares a los de los programas de ordenador. De este modo, y a menos que el fundamento estribe en el mayor precio de mercado que tienen los programas de ordenador frente al resto de obras protegidas, no se puede justificar que el legislador limite esa sobreprotección a los programas y no la incorpore a otras obras. En ese sentido se manifiesta GONZÁLEZ GÓMEZ, para quien la limitación de la protección por parte del tipo del párrafo tercero a los programas de ordenador “rompe, al sobreproteger —en detrimento de los restantes objetos de tutela— una concreta manifestación de las creaciones del espíritu, el equilibrio hasta ahora existente en la materia”⁸⁶.

Pero, además de estar de acuerdo en lo injustificable de una mayor protección de los programas de ordenador frente a las otras obras del ingenio, no creemos que la igualdad debe buscarse en el exceso de protección. Y es que lo más criticable del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal no es que no se aplique al resto de obras artísticas, literarias o científicas, sino que lo haga para los programas de ordenador. En efecto, el legislador penal, al tipificar expresamente un ilícito civil procedente de una directiva comunitaria, ha puesto claramente en peligro principios básicos del Derecho penal como el de ofensividad, el de proporcionalidad, o el de *ultima ratio*. Así, y en cuanto a la exigencia de que sólo se sancionen por vía penal aquellos comportamientos que lesionen o cuanto menos pongan en peligro bienes jurídicos dignos de protección, no se puede decir que el párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal tutele los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual sobre programas de ordenador, en cuanto que las conductas que sanciona ni son lesivas ni tan siquiera peligrosas para el objeto

82. QUINTERO OLIVARES, G.: “De los delitos relativos...”, *op. cit.*, pág. 581.

83. El citado precepto exige a los Estados miembros que, de acuerdo con sus legislaciones nacionales, adopten medidas adecuadas contra quienes cometan: a) la puesta en circulación de una copia de un programa de ordenador conociendo o pudiendo suponer su naturaleza ilegítima; b) la tenencia con fines comerciales de una copia de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo suponer su naturaleza ilegítima; o c) la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador.

84. En el mismo sentido, JORGE BARREIRO, A.: “Comentario al artículo 270”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.) y BARREIRO, A. J. (Coord.): *Comentarios al Código Penal*, 1.ª ed., Madrid, 1977, pág. 775, y “Algunas notas sobre la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el Código Penal español de 1995”, en *ADI*, tomo XVI, 1994-95, Madrid, 1996, pág. 889.

85. En efecto, y como señala ANTEQUERA PARILLI, la tecnología digital ha permitido el almacenamiento en soportes físicos de un gran número de obras literarias, musicales, audiovisuales, etc. ANTEQUERA PARILLI, R.: “El impacto de las tecnologías...”, *op. cit.*, pág. 313 y ss.

86. *El tipo básico...*, *op. cit.*, pág. 201.

jurídico de protección. En realidad el legislador se avanza a la tutela para castigar como hechos consumados actos preparatorios de los mismos cuyo contenido de injusto no puede considerarse, ni tan siquiera, de puesta en peligro del bien jurídico protegido⁸⁷. En este sentido, aún es más evidente la infracción del principio de proporcionalidad que supone la tipificación del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal, ya que el legislador sanciona con la misma pena que la distribución o la comunicación pública de programas de ordenador (conductas de evidente lesividad ya que implican la comercialización de las obras y la consiguiente merma de la expectativa de ganancia patrimonial derivada de la exclusividad), otros comportamientos como los de tenencia de dispositivos para la desprotección de programas de ordenador que, ni siquiera remotamente, hacen peligrar los intereses patrimoniales del titular exclusivo del derecho de explotación. Por último, y en cuanto al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, su negación es evidente puesto que el legislador no sólo no limita la intervención penal a los ataques más graves, sino que la amplía a otros que ni tan siquiera están tipificados como ilícitos por vía civil. Es el caso de la conducta de fabricación, no incluida en el artículo 102 del TRLPI de 1996 y, sin embargo, típica conforme al párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal⁸⁸.

Todo ello nos lleva a las conclusiones de la innecesariedad penal del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal para la protección de los programas de ordenador, de su consiguiente inconstitucionalidad por infracción del principio de proporcionalidad y a la obligada solicitud de la derogación de un tipo que, a lo máximo, debería continuar siendo un ilícito civil. Mientras tanto, sin embargo, y en consonancia con la opinión de un amplio sector de la doctrina penal, se impone una interpretación restrictiva del precepto.

Y es que, y entrando ya en el estudio del tipo de injusto del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal, lo primero que llama la atención es la vaguedad y amplitud de los términos utilizados que llevarían, con una interpretación gramatical estricta de los mismos, a la sanción de comporta-

mientos en absoluto relacionados con la lesión y tampoco con la puesta en peligro, del bien jurídico “intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual”. Así, y en cuanto al objeto material, las conductas recaen no sobre los programas de ordenador propiamente dichos sino sobre aquellos medios destinados a suprimir o neutralizar los dispositivos de protección de los mismos. Sin embargo, y como señala GONZÁLEZ RUS, la utilización del término “específicamente destinada” permite una interpretación restrictiva del precepto tal que exija que la única finalidad del medio utilizado sea la de desproteger el *software*, de tal modo que la inclusión en el programa o medio utilizado de cualquier otra utilidad distinta convertiría en atípica la conducta⁸⁹. Aunque esta interpretación del objeto material supone la práctica inoperabilidad del precepto puesto que bastaría con incluir en el programador copiar otras secuencia de instrucciones o indicaciones, destinadas a realizar funciones distintas a la de supresión de la protección para convertir en atípico el comportamiento⁹⁰, y ello podría considerarse deseable dada la dudosa constitucionalidad del precepto, lo cierto es que el código no relaciona la especificidad del destino con el medio, sino con las conductas de fabricación, puesta en circulación y tenencia, ya que utiliza el femenino (destinada) y no el masculino que sería el que permitiría relacionar “medio” con el complemento modal utilizado por el legislador⁹¹. Así, aquellos medios destinados no sólo a la supresión de la protección de programas de ordenador sino a la realización de otras funciones relacionadas, cuando sean fabricados, puestos a disposición o poseídos específicamente para facilitar la supresión, sí podrían, en principio, ser sancionados por el párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal. De cualquier forma, y teniendo en cuenta que aquello que sanciona el artículo 102 C) del TRLPI de 1996, referente del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal, es “la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión...”⁹², no carece de sentido interpretar (teleológicamente) que, dado que el Derecho penal no debiera abarcar más que el Derecho privado, aquellas conductas

87. En este sentido, GUINARTE CABADA, G.: “Algunas notas sobre la...”, *op. cit.*, pág. 889, y MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: “De los delitos relativos...”, *op. cit.*, pág. 1341.

88. Por eso no le falta razón a JORGE BARREIRO, A.: “Comentario al artículo 270...”, *op. cit.*, pág. 775, cuando señala que el nuevo Código Penal ha ido más allá que la propia protección civil de programas de ordenador.

89. GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, págs. 780 y 781. En el mismo sentido GONZÁLEZ GÓMEZ, A.: *El tipo básico...*, *op. cit.*, pág. 203, y JORGE BARREIRO, A.: “Comentario al artículo 270...”, *op. cit.*, pág. 776.

90. GONZÁLEZ GÓMEZ, A.: *El tipo básico...*, *op. cit.*, pág. 204.

91. MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C.: “De los delitos relativos...”, *op. cit.*, pág. 1341.

92. En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, G.: “Algunas notas sobre la...”, *op. cit.*, pág. 889.

que recaigan sobre el objeto material “medios no específica o únicamente destinados a la supresión...”, debieran reputarse atípicas⁹³. De todos modos, creemos que una interpretación teleológica del precepto debe atender, básicamente, a la relación de los elementos típicos con el objeto jurídico de protección y, como veremos a continuación, no es en el objeto material sino en las conductas típicas y su relación con los elementos subjetivos del injusto donde se limita de forma significativa, pero también coherente con la peligrosidad de las mismas, el ámbito de aplicación del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal.

El tipo que estudiamos incorpora como conductas típicas la fabricación, puesta en circulación y tenencia de los medios citados, pero en ningún caso hace referencia expresa a la exigencia de que las mismas se realicen con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, para que puedan sancionarse con la pena de prisión de seis meses a dos años o con la de multa de seis a veinticuatro meses. De este modo, y con una interpretación gramatical estricta del precepto, se podría sancionar con la misma pena que se impone a quien distribuye programas de ordenador con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, la mera tenencia para uso privado de medios para la supresión o la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador sin la finalidad de obtener un lucro. Si tenemos en cuenta que el artículo 102 del TRL-PI de 1996 aquello que sanciona es la tenencia “con fines comerciales”, y no la que se realiza para uso privado (que resulta por tanto lícita); si a ello sumamos, además, que el mismo precepto no incluye como ilícito la fabricación de dichos medios; y si, por último, tomamos en consideración que estas conductas separadas de una postrera voluntad de comercialización de las obras ilícitamente obtenidas gracias a la supresión de los medios de protección no sólo no lesionarían sino que tan siquiera podrían interpretarse peligrosas para el bien jurídico protegido, parece claro que, conforme a una interpretación teleológica, hay que exigir para el tipo del párrafo tercero los mismos

requisitos que expresamente se exigen para el párrafo primero: el ánimo de lucro y el actuar en perjuicio de tercero⁹⁴. Con esta interpretación, el precepto podría tener sentido como delito de peligro abstracto que sanciona comportamientos, si bien no lesivos, sí peligrosos cuando van unidos a la voluntad de lesionar el bien jurídico (actuar en perjuicio de tercero), de forma similar a lo que supone la tipificación de conductas como el almacenamiento de ejemplares ilícitos⁹⁵. Aquello que se sancionaría, pues, por el párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal sería la fabricación, puesta a disposición y tenencia de medios para la desprotección de programas de ordenador únicamente cuando la concurrencia de ciertos elementos objetivos demostrara claramente la voluntad final del sujeto de utilizar la desprotección para la reproducción de los programas de ordenador y para la posterior comunicación pública o distribución ilícita, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, de los mismos. De este modo ya no sería necesaria una interpretación restrictiva del objeto material del delito, sino que la exigencia de que aquello que esté tipificado resultase lesivo o peligroso para el bien jurídico “intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual”, implicaría una significativa limitación de la aplicabilidad del tipo y, desde luego, más coherente con la finalidad de protección y con los principios de ofensividad, proporcionalidad y con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

Es cierto que una interpretación tal del párrafo tercero del artículo 270 del Código Penal supone prácticamente la inaplicabilidad del mismo. En efecto, sancionando únicamente aquellas conductas de tenencia, fabricación o puesta a disposición de medios de desprotección de mecanismos de seguridad de programas de ordenador a las que se unieran comportamientos objetivos que mostraran de forma evidente la voluntad de una reproducción y posterior distribución de la obra, resultarían atípicas la simple tenencia de dichos dispositivos, incluso la venta de los mismos a particulares, y sólo podrían resultar típicas las mis-

93. Cita como ejemplos GONZÁLEZ RUS las conductas típicas realizadas sobre un instrumento cuyo único uso no sea el citado sino que incorpore otros como compresión/descompresión de ficheros, encriptación/desencriptación, etc. GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra el patrimonio...”, *op. cit.*, pág. 781.

94. De hecho DELGADO ECHEVARRÍA, A.: “Comentario al artículo 102”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de...*, *op. cit.*, 2.ª ed., pág. 1517, considera sorprendente que el Código Penal se aparte de la redacción de la Ley 16/1993 y, muy en especial, “que lo haga ampliando la hipótesis a la fabricación y suprimiendo “con fines comerciales” de la descripción de la tenencia, de modo que en una interpretación literal quedaría criminalizada una conducta, la simple tenencia, que ni la Directiva ni la Ley 16/1993 quisieron prohibir”. Dice el autor que se impone una interpretación restrictiva de la norma penal de acuerdo con el artículo 102 c).

95. La cual únicamente puede entenderse típica cuando vaya unida a la posterior voluntad de comercializar los ejemplares almacenados, esto es, cuando se realice en perjuicio de tercero. *Vid.* MIRÓ LLINARES, F.: *La protección penal...*, *op. cit.*

mas conductas sí, por ejemplo, quien las realizase tuviese preparados los medios para una comunicación pública ilícita y hubiese anunciado la misma, o cuando quien tenga el medio para la desprotección de mecanismos de seguridad de programas tenga también almacenados un gran número de soportes técnicos que demuestren claramente que se va a realizar una multiplicación de copias del programa cuando esté desprotegido, etc. Pero ante un precepto de dudosa constitucionalidad por infracción del principio de proporcionalidad es preferible una interpretación que lleve a la aplicación del mismo únicamente en aquellos casos, aunque sean escasos, en los que realmente haya una afectación, por más que remota, del bien jurídico, que una interpretación amplia que permita la sanción de comportamientos carentes de lesividad o peligrosidad por sí mismos.

V. La protección penal de los derechos de explotación sobre el *software* por otras figuras delictivas

El *software*, como creación intelectual que da lugar a derechos de explotación, puede ser protegido en vía penal no sólo por los delitos relativos a la propiedad intelectual sino también por otras figuras delictivas⁹⁶. Y es que aunque, como ya hemos dicho, el *software*, esto es, tanto el programa de ordenador como su documentación preparatoria, documentación técnica y manuales de uso, es objeto material del delito que analizamos, de tal modo que la reproducción, distribución, comunicación pública y plagio de *software* será constitutiva del delito del artículo 270 del Código Penal, hay que tener en cuenta, sin embargo, que el pro-

grama de ordenador, como tal, puede formar parte de un determinado objeto destinado a cumplir alguna función industrial determinada y, en dichos supuestos, sí puede integrar una invención patentable o un modelo de utilidad. Siendo nuestra finalidad, pues, la de analizar cuál es la protección que, en su totalidad, da el Código Penal a los derechos de explotación sobre el *software*, debemos ocuparnos para finalizar de aquellas otras figuras delictivas que, en ocasiones, pueden ser aplicadas al explotarse económicamente de forma no autorizada un programa de ordenador.

Comenzaremos, pues, por analizar la relación del artículo 272 con la protección de programas de ordenador⁹⁷. Y es que debemos matizar la exclusión de patentabilidad de los programas de ordenador. Pese a que el artículo 4.2 c) de la Ley 11/1986 de 20 de marzo, de Patentes, excluye la patentabilidad de los programas de ordenador, dicha exclusión no reviste un carácter absoluto, puesto que, conforme admite dicha Ley en el artículo 4, párrafo 3, lo es solamente en la medida en que el objeto para el que la patente se solicita comprenda una de ellas, por lo que no se excluye a aquellos objetos que no solamente incluyen un programa de ordenador⁹⁸. Así, pues, y como recuerda FERNÁNDEZ MASIÁ, cuando un programa forme parte de un determinado proceso de fabricación o de control produciendo un resultado de carácter técnico, el programa de ordenador podrá formar parte de la invención patentable⁹⁹, siempre que reúna los requisitos exigidos por la Ley de Patentes, esto es, novedad, actividad o altura inventiva y susceptibilidad de aplicación industrial¹⁰⁰, si bien aquello que se protege por dicha legislación no es el programa en sí, sino el mismo como integrado a una patente o a un modelo de utilidad¹⁰¹.

96. Conviene dejar claro que hablamos de protección penal de derechos de explotación sobre el *software* y no de protección penal del *software* en este caso porque únicamente pretendemos ocuparnos de aquellas figuras delictivas que protegen los intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva sobre estos bienes. No nos interesa en este caso, pues, aquellas conductas vinculadas con el fenómeno informático pero no con el derecho de explotación sobre programas de ordenador, como pueden ser las de sabotaje informático, etc. De lo que se trata es de analizar la relación de los delitos contra la propiedad industrial, que también protegen derechos de explotación exclusiva, con determinados supuestos de programas de ordenador.

97. Para un análisis de los delitos relativos a la propiedad industrial y específicamente del artículo 272, véanse los trabajos de SEGURA GARCÍA, M. J.: *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995; "La protección penal de los derechos integrantes de la propiedad industrial", en *Empresa y Derecho Penal (II)*, CDJ, 1998; y "Los delitos contra la propiedad industrial", en DEL ROSAL BLASCO, B. (Ed.): *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Valencia, 1997.

98. HERNANDO COLLAZOS, I.: "Los programas de ordenador y la Ley...", *op. cit.*, pág. 1806. El mismo autor recuerda que esta limitación al principio de exclusión de los programas de ordenador del ámbito de la patente se mantiene en el Convenio de Múnich y, por ende, en la mayoría de las legislaciones europeas. Así lo admite también LEHMAN, M.: "La protección jurídica de los programas de ordenador en Alemania. Panorama actual", en *ADI*, 13, 1989-90, Madrid, 1990, págs. 734 y 75, quien, pese a todo, recuerda que el acceso de los programas de ordenador al sistema de patentes debe entenderse de forma excepcional y restringida.

99. "Informática y propiedad intelectual...", *op. cit.*, págs. 4 y 5.

100. CERCOS PÉREZ, R.: "Protección jurídica de los programas...", *op. cit.*, pág. 128.

101. GUAL DE SOJO, A.: "La Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987. Estudio crítico. II", en *RJC*, 1989, n.º 1, pág. 46.

Por otra parte, y recientemente, un importante sector de la doctrina privatística se está replanteando la exclusión de la patentabilidad del *software* por sí mismo y separado de otros elementos que formen parte de la patente. La constatación de que la exigencia de que el *software* forme parte o sea objeto de una innovación tecnológica mayor para la protegibilidad por el derecho de propiedad industrial se torna insuficiente para determinados fines industriales, unido a la discutida suficiencia del derecho de propiedad intelectual para la tutela de los programas de ordenador, ha llevado a un sector de la doctrina civil a argumentar los beneficios para la tutela de los intereses patrimoniales de los creadores de programas de ordenador que conllevaría la posible patentabilidad individual de un *software*¹⁰². Sin embargo, con la legislación en vigor, no puede considerarse que el *software* sea, en sí mismo y de forma individual, patentable, sino únicamente como parte de un determinado proceso de fabricación o de control que dé lugar a un resultado de carácter técnico. Y todo eso implica que la fabricación, importación, posesión, utilización, ofrecimiento o introducción en el comercio de un programa de ordenador en aplicaciones similares a los patentados únicamente supondrá la realización del artículo 273 del Código Penal¹⁰³, en cuanto el programa ordenador forme parte de una patente que sí será objeto material de los delitos relativos a la propiedad industrial. De este modo, si el programa de ordenador, y de forma

separada al proceso objeto de patente, se utiliza en procedimientos o aplicaciones distintos de los patentados, la exclusiva de explotación que supone la patente no le afecta, aunque sí la exclusiva de explotación por la creación de un programa de ordenador que supone la Ley de Propiedad Intelectual, por lo que, y siempre que se tratara de una copia idéntica del programa en la que no hay siquiera un mínimo de originalidad, su reproducción, distribución, plagio o comunicación pública supondrá la realización del artículo 270 del Código Penal¹⁰⁴.

Por otra parte, también es susceptible de protección jurídica el *software* por medio del derecho de marcas, si bien con carácter indirecto o frontero, en cuanto se limita al signo, señal o nombre con el que se comercializa¹⁰⁵. Todo *software* para poder ser distinguido en el mercado requiere de un signo distintivo que lo diferencie de los restantes¹⁰⁶, por lo que la utilización ilícita de dicho signo (reproducción, imitación, modificación o utilización de cualquier otro modo) no supondrá la lesión de los derechos de propiedad intelectual, sino la de los derechos de marca y, por tanto, se castigará conforme al artículo 274 del Código Penal¹⁰⁷.

Cabría, por último, analizar si el *software* podría ser protegido por el artículo 278 del Código Penal que sanciona el apoderamiento de secretos de empresa. En principio, cabe señalar que cuando el programa de ordenador consista en un secreto empresarial, el apoderamiento del soporte

102. Vid. especialmente el análisis sobre la cuestión de ERDOZAIN LÓPEZ, J. C.: *Derechos de autor y propiedad intelectual en internet*, Madrid, 2002, págs. 184 y ss.

103. Dice el citado precepto que "1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos. 2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado".

104. En este sentido HERNANDO COLLAZOS, I.: "Los programas de ordenador y la Ley...", *op. cit.*, pág. 1807, dice que la patente no permite el monopolio del programa por lo que, en principio, su utilización en procedimientos o aplicaciones distintos de los patentados permanecerá libre, "sin perjuicio de la protección establecida por la Ley de Propiedad Intelectual". En contra, ANTEQUERA PARILLI dice que el programa de ordenador no podrá ser considerado como obra autónoma e independiente, por lo que, implícitamente, niega que se pueda proteger su explotación fuera de lo que es la patente: ANTEQUERA PARILLI, R.: "Nuevas tecnologías y derechos...", *op. cit.*, pág. 141.

105. CERCOS PÉREZ, R.: "Protección jurídica de los programas...", *op. cit.*, pág. 130.

106. RODRÍGUEZ, M. A.: "La piratería de programas de computación", en *X Congreso internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales del autor, del artista y del productor*, Quito, 1995, pág. 461.

107. Artículo 274 del Código Penal: "1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado. 2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero".

informático que lo contenga, así como la difusión, revelación o cesión del programa, podrían constituir un delito de los tipificados en la sección tercera del capítulo XI del título XIII del Código Penal¹⁰⁸. La cuestión de interés resulta la de determinar, en aquellos casos en que el programa de ordenador sea, a la vez, obra artística, literaria o científica protegida por los derechos de propiedad intelectual, y también un secreto de empresa en el sentido de que su apoderamiento para el descubrimiento afecte a la capacidad competitiva de la empresa en el mercado¹⁰⁹, si la realización de una conducta de apoderamiento para el descubrimiento supondría la realización de un delito contra la propiedad intelectual o de un delito de descubrimiento y revelación de secretos (o de los dos). En un principio parece claro que únicamente cuando se realice una explotación del programa de ordenador, o cuando se reproduzca el mismo para la posterior comercialización, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, habrá delito contra la propiedad intelectual. Los delitos de los artículos 278 y siguientes del Código Penal no exigen, sin embargo, que se produzca dicha comercialización. De este modo, cuando el sujeto se apodere del programa de ordenador únicamente para su descubrimiento (siempre en el caso de que sea a la vez obra protegida por el derecho de autor y secreto de empresa), estaremos ante un delito del artículo 278 del Código Penal. En cambio, si el programa se revela o se difunde, cumpliendo las conductas del artículo 278.2 del Código Penal, podría haber en estos casos también una distribución o una comunicación pública típicas del artículo 270 del Código Penal si se realizasen con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. En estos casos, se cumplen en principio los requisitos típicos del tipo básico de los delitos relativos a la propiedad intelectual y también los del delito cualificado de espionaje industrial por difusión, revelación o cesión de datos, pero habría que analizar si la conducta supone una lesión del bien jurídico “intereses patrimoniales derivados de los derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual”, del bien jurídico “capacidad competitiva de la empresa”, o de los dos, para determinar

si la conducta supone la realización del delito del artículo 270, del artículo 278.2 o, por el contrario, de los dos con la consiguiente solución del concurso de delitos. Aunque dependerá mucho del específico supuesto de hecho, no debemos olvidar que los programas de ordenador que son obra artística, literaria o científica se utilizan (usualmente) para la explotación pública, y aunque es cierto que existe protección desde el primer momento de la creación, no siendo necesario el registro, tampoco es menos cierto que un programa de ordenador cuya pretensión sea la de ser explotado, en pocos casos constituirá secreto, en cuanto la voluntad del autor (normalmente una empresa) será la de publicarlo y explotarlo económicamente. Sólo en aquellos casos en que el programa de ordenador aún no esté terminado (y por ello mismo sea secreto), pero ya constituya obra protegida por tener originalidad suficiente, la revelación del programa-secreto de empresa podría suponer delito del artículo 270 del Código Penal si se realiza en modalidad explotatoria (distribución o comunicación pública), en cuanto se afectaría al bien jurídico protegido “derechos de explotación exclusiva de propiedad intelectual”. En estos casos, la conducta del sujeto (o la empresa) que reproduzca, distribuya, plagie o comunique públicamente el programa de ordenador creado por otro sujeto o empresa, sería constitutiva de un delito relativo a la propiedad intelectual; mientras que la conducta de quien se apodera del soporte que contiene el programa para cederlo a una empresa competidora, supondría la realización de un delito de descubrimiento y revelación de secreto de empresa. Distinto es el caso de aquellos programas que no siendo obra artística, literaria o científica, se utilizan de forma interna por una empresa y forman parte de su sistema de producción, o de aquellas bases de datos que, no constituyendo realmente obra original, sí resulten sin embargo útiles como dato empresarial para la actuación en el mercado. En estos últimos casos la realización de alguna de las conductas de los artículos 278 y siguientes constituirá delito de espionaje industrial y no delito relativo a la propiedad intelectual.

108. Sobre el concreto contenido de estos delitos, véase CARRASCO ANDRINO, M.: *La protección penal del secreto de empresa*, Barcelona, 1998.

109. Este resulta el bien jurídico protegido en el delito a parecer de la mayoría de la doctrina. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: “Los delitos de competencia desleal: violación de secretos empresariales”, en *Derecho penal económico*, Valencia, 2002.