

Compartir no es delito

Carlos Sánchez Almeida

<http://www.bufetalmeida.com/>

REEDICIÓN - Este artículo fue publicado en [Kriptópolis](#) el 23/07/2003

07 de Noviembre de 2005

Siempre recordaré esa frase. La pronunció mi tío la tarde en que por primera vez me dejó consultar su biblioteca: "Hay dos tipos de tontos: los que dejan libros y los que los devuelven". Quién me iba a decir a mí que habría de recordarla muchos años después, como el coronel Aureliano Buendía frente al pelotón de fusilamiento, el día que un guardia civil quiso interrogarme por un artículo publicado en Internet, donde se abogaba por los derechos del detenido y la copia privada de software.

Recordé de nuevo la frase cuando mi buen amigo José Manuel Gómez me pidió que ofreciese a los lectores de Kriptópolis mi opinión sobre la reciente iniciativa de 38 empresas de software, las cuales han decidido denunciar a usuarios de redes P2P que en los últimos meses han compartido gratuitamente sus programas. En el mundo digital no abundan los tontos: a diferencia de los libros tradicionales, las obras en formato binario se pueden compartir sin necesidad de perderlas para siempre. La cuestión en debate es si dicha actividad puede ser constitutiva de delito.

Ante todo, debo expresar mi respeto a la parte denunciante y a sus letrados, que en los últimos días han sido víctima de una campaña de linchamiento en diversos foros de Internet. No comparto en absoluto el punto de vista de Javier Ribas y sus clientes, pero tienen todo el derecho a expresarlo, así como a actuar jurídicamente como mejor convenga a sus intereses, derecho que también asiste a las personas denunciadas. Si tienen razón o no, si su iniciativa se ajusta o no a la legalidad, es algo que tendrán que decidir los jueces. Esa y no otra es la base de la convivencia en un Estado de derecho.

Sentado lo anterior, debemos analizar si la utilización de redes P2P para compartir ficheros binarios puede ser constitutivo de delito. A priori la tecnología es neutra: sólo podrá existir ilícito cuando los ficheros compartidos afecten a bienes jurídicos protegidos. No debe criminalizarse la Red en sí misma: el carácter fragmentario del Derecho Penal, que se rige por el principio de intervención mínima, impone que sólo deban perseguirse las infracciones previstas en el Código Penal. Las redes P2P pueden ser utilizadas para múltiples funciones plenamente lícitas, pero también para intercambiar archivos de contenido delictivo: el caso paradigmático es la pornografía infantil. Pero de la misma forma que en el mundo real, la persecución de las conductas delictivas debe realizarse con pleno respeto de los derechos constitucionales. Ni en Internet ni en el mundo real pueden admitirse estados de excepción.

Como he venido sosteniendo en artículos anteriores (1), debe recordarse que el artículo 31 de la vigente Ley de Propiedad Intelectual establece que las

obras ya divulgadas, excepción hecha de los programas de ordenador, pueden reproducirse libremente para uso privado del copista, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa. Tal derecho de copia privada genera el derecho paralelo de los autores a cobrar una remuneración equitativa y única, cuyo pago se produce en el momento de comprar el equipo, aparato o material idóneo para la reproducción. Del mismo modo, el artículo 270 del Código Penal establece el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo penal, de tal manera que las copias realizadas sin finalidad lucrativa son impunes. Lo anteriormente dispuesto es aplicable a todo tipo de obras audiovisuales, tales como música y películas, omnipresentes en las redes P2P.

En lo que se refiere a programas de ordenador, el artículo 100 de la Ley de Propiedad Intelectual garantiza el derecho de realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa, en cuanto aquella resulte necesaria para dicha utilización. Con ello el legislador establece un régimen distinto al dispuesto para las restantes obras intelectuales, cuya constitucionalidad no se ha discutido hasta la fecha, pero que quizás podría ser reconsiderada en el futuro: no tiene sentido que se otorgue a Windows XP mayor protección jurídica que a la última obra de Saramago, por poner un ejemplo. En cualquier caso, mientras subsista el régimen actual, los programas de ordenador no pueden compartirse lícitamente. Pero ello no quiere decir que compartirlos sea delito.

Nuestro sistema jurídico otorga diferentes vías de protección a los derechos subjetivos. La utilización de software al margen de los derechos de autor puede constituir una infracción civil, que otorgaría a los legítimos titulares el derecho a ejercitar la acción correspondiente ante los tribunales del orden civil, en forma de demanda. Pero para que dicha conducta sea perseguible con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben darse las circunstancias previstas en el artículo 270 del Código Penal: reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, en todo o en parte con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. Los jueces españoles han tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en múltiples sentencias (2), entendiendo que sólo existe ánimo de lucro en los casos probados de tráfico o enajenación de las obras protegidas, o cuando se produce la utilización de las mismas en el marco de una infraestructura negocial.

Vender programas "piratas" es delito, tanto si la venta se produce en la calle como si se realiza a través de Internet. Ponerlos de forma gratuita a disposición de otros usuarios puede constituir un ilícito civil, pero nunca un delito, al faltar un elemento subjetivo básico del tipo penal: el ánimo de lucro. Por dicho motivo, sólo puede admitirse a trámite una denuncia cuando se aporten al juez indicios racionales de que nos encontramos ante una actividad lucrativa. Ello condiciona el marco procedimental, especialmente cuando se refiere a la investigación en Internet: la intervención de comunicaciones ha de ser fundamentada por el juez en base a una infracción penal. Si únicamente nos encontramos ante una infracción civil, no punible penalmente, las pruebas obtenidas estarían viciadas de nulidad.

El debate jurídico de fondo no debe hacernos perder de vista un aspecto fundamental: la discusión sobre los derechos de propiedad intelectual en el

mundo digital es una discusión fundamentalmente política. Lo que está en juego es el derecho a la cultura, reconocido por el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se dispone que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. De la misma forma, el apartado segundo del indicado artículo 27 establece que toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Observemos que derechos de autor y derecho a la cultura van íntimamente unidos, hasta el punto que la Carta Magna Universal los sitúa en el mismo artículo, lejos del derecho de propiedad, regulado en un artículo distinto. Y ello porque cualquier avance tecnológico constituye un paso adelante en la historia de la humanidad, que debe anteponerse a cualquier otro derecho subjetivo. Es necesario un equilibrio entre derechos de autor y progreso social: no puede criminalizarse el hecho de compartir el conocimiento, sino el lucro ilícito. Hemos de recordar que descendemos de primates que un día aprendieron a golpear la piedra, a tallar el sílex, a encender un fuego. A todos ellos, a su decisión de compartir lo que aprendieron, les debemos todos el poder comunicarnos a través de Internet.

- (1) [Derechos humanos y propiedad intelectual](#)
- (2) [Autocultivo digital. El derecho de copia privada](#)
- (3) [Sentencias absolutorias en delitos contra la propiedad intelectual](#)