



Pablo Rando Casermeiro

**POLÍTICA CRIMINAL DE LA  
PROPIEDAD INTELECTUAL**  
**Aspectos globales e internos**

PRÓLOGO DE  
Fernando Miró Llinares



La presente obra ofrece una visión de conjunto de la política criminal aplicada a una realidad tan cambiante y compleja como es la de los delitos contra la propiedad intelectual. En la regulación penal, pasada y presente, de las infracciones a los derechos de autor, han confluído múltiples factores que no pueden ser abarcados atendiendo solamente a realidades internas de cada país. Por esa razón, las páginas de este libro comienzan tratando los mecanismos globales que moldean la política criminal de la propiedad intelectual. Desde los tratados de comercio, bilaterales y multilaterales, que establecen nuevos compromisos de incriminación, a los instrumentos coercitivos utilizados por un país protagonista en la exportación de su política criminal doméstica, como es Estados Unidos, se va pasando revista a los diferentes resortes que estimulan las reformas penales en la materia a lo largo y ancho del globo.

Es solo tras la comprensión de los condicionantes externos de la protección jurídico-penal de los creadores de obras del ingenio cuando estamos en condiciones de afrontar las claves político-criminales de la realidad española. A tal fin, el trabajo prosigue con un detallado examen de todas las reformas de los delitos relativos a la propiedad intelectual habidas desde 1987 a la actualidad. En tal proceder, se combina el análisis dogmático con una aproximación a la política legislativa penal, tratando con ello de aportar luz sobre los procesos de gestación de los diferentes cambios por los que ha transitado la política criminal española en este fascinante campo del derecho penal.

Una vez recorrido este largo camino por la evolución de los delitos contra la propiedad intelectual, el autor finaliza ofreciendo su propio modelo de política criminal de la propiedad intelectual, utilizando para ello, como herramientas fundamentales, los principios vertebradores de la intervención penal. El resultado es una propuesta restrictiva de la intervención penal en este sector de la propiedad inmaterial, que aprovecha las potencialidades de otros sectores del ordenamiento en la respuesta a las infracciones a los derechos de autor.



PABLO RANDO CASERMEIRO

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

# **POLÍTICA CRIMINAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL** **Aspectos globales e internos**

PRÓLOGO DE

Fernando Miró Llinares

Catedrático de la Universidad Miguel Hernández de Elche

Barcelona 2022



BOSCH EDITOR

© AGOSTO 2022 PABLO RANDO CASERMEIRO

© AGOSTO 2022



**Librería Bosch, S.L.**

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-123671-8-8

ISBN digital: 978-84-123671-9-5

D.L.: B 15181-2022

**Diseño portada y maquetación:** CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

*Printed in Spain – Impreso en España*

# Índice

## PRÓLOGO

¡Era la política criminal, estúpido! .....	17
<b>Fernando Miró Linares</b>	

Prefacio .....	29
----------------	----

Introducción.....	33
-------------------	----

## PARTE PRIMERA LA POLÍTICA CRIMINAL GLOBAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

### CAPÍTULO I

La política criminal de la propiedad intelectual de EE. UU. como base de la política criminal global de la propiedad intelectual .....	39
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1. La <i>No Electronic Theft Act</i> y otras disposiciones similares .....	41
2. La <i>Piracy Deterrence and Education Act</i> de 2004.....	50
3. Una vuelta más de tuerca: la (fallida) SOPA.....	51
4. Valoración crítica de la política criminal de EE. UU. en relación con la propiedad intelectual.....	52

### CAPÍTULO II

Hacia una política criminal global de la propiedad intelectual .....	55
----------------------------------------------------------------------	----

1. Planteamiento .....	55
2. El comienzo: del GATT a los ADPIC .....	58
2.1. La «vieja historia» de cómo surgieron los ADPIC .....	58
2.2. Los ADPIC y el derecho penal .....	66

3.	De las Rondas de Uruguay a nuestros días: el ACTA, el TPP y los acuerdos bilaterales post-ADPIC.....	72
3.1.	Acuerdos bilaterales de comercio impulsados por EE. UU....	73
3.1.1.	Especial referencia al (fallido) TTIP .....	78
3.2.	Acuerdos multilaterales de comercio impulsados por EE. UU.	81
3.2.1.	El ACTA .....	81
3.2.2.	EL TPP y el CPTPP .....	87
3.2.2.1.	Orígenes y evolución del TPP.....	87
3.2.2.2.	La retirada de EE. UU. del TPP y el CPTPP	95
3.3.	Recapitulación: que ha quedado de los «grandes» acuerdos multilaterales de comercio en el ámbito de la protección penal de la propiedad intelectual.....	97
4.	Sanciones comerciales unilaterales de Estados Unidos como vía de impulso político-criminal: los « <i>Special 301 Report on Copyright Enforcement and Protection</i> » .....	99
4.1.	Introducción .....	99
4.2.	La creación y consolidación de los «Procedimientos 301» en Estados Unidos .....	100
4.2.1.	La Trade Act de 1974 y la introducción de los «Informes 301» .....	100
4.3.	España y los <i>Informes 301</i> .....	104
4.3.1.	Periodo de 1989 a 2000: piratería de software y trasposición de la Directiva 91/250/CE.....	104
4.3.2.	Periodo de 2001 a 2012: reformas penales de 2003 y 2010 y la Ley Sinde-Wert .....	105
4.3.3.	Periodo 2013-presente: reforma penal de 2015 y criminalización de los enlaces.....	111
5.	La Unión Europea: tendencias globalizadoras de la política criminal de la propiedad intelectual .....	114
5.1.	Los tratados de libre comercio: especial referencia al CETA.	114
5.2.	El derecho de la Unión Europea .....	116
5.2.1.	Armonización penal y el «IPRED2».....	117
5.3.	Conclusiones: la UE como agente globalizador de la política criminal de la propiedad intelectual.....	121

**PARTE SEGUNDA LA POLÍTICA CRIMINAL DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN ESPAÑA**

**CAPÍTULO III**

Evolución y desarrollo de la política criminal de la propiedad intelectual española ..... 125

1. Planteamiento ..... 125
2. Consideraciones metodológicas: el modelo dinámico de legislación penal como marco de análisis..... 127
3. La política criminal de la propiedad intelectual en los años 80 del siglo XX..... 131
  - 3.1. Planteamiento ..... 131
  - 3.2. La fase legislativa. El proyecto de ley..... 135
  - 3.3. Brevísimas valoraciones políticas criminales de la reforma..... 136
4. Los años 90: el Código Penal de 1995..... 137
  - 4.1. El proyecto de Código Penal de 1992 ..... 138
  - 4.2. La tramitación parlamentaria de los delitos contra la propiedad intelectual en el Proyecto de Código Penal de 1994 y el Código Penal de 1995 ..... 140
    - 4.2.1. El ánimo de lucro..... 141
    - 4.2.2. El perjuicio de tercero ..... 142
    - 4.2.3. La elusión de las medidas de protección de los programas de ordenador ..... 143
    - 4.2.4. El beneficio obtenido como supuesto agravado del art. 271 ..... 144
    - 4.2.5. Otras propuestas rechazadas ..... 145
5. La reforma penal de 2003..... 145
  - 5.1. La agravación de las penas..... 147
  - 5.2. Las importaciones paralelas..... 147
  - 5.3. La ampliación del objeto material y las conductas típicas en los delitos relativos a la neutralización de las medidas tecnológicas de protección de obras intelectuales..... 149
  - 5.4. Persecución de oficio de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ..... 150

5.5.	Otras propuestas rechazadas.....	151
5.6.	El periodo entre reformas (2004-2009): Mecanismos de presión a España en la política criminal de la propiedad intelectual y los cables de Wikileaks .....	151
6.	La reforma penal de 2010.....	158
6.1.	Fase prelegislativa: especial referencia a los grupos de presión.....	160
6.2.	Fase legislativa.....	162
6.2.1.	Proposición de ley para descriminalizar el <i>top manta</i> ...	162
6.2.2.	El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal .....	164
6.2.3.	Actividad de los grupos de presión durante la fase legislativa .....	167
6.3.	Unas breves palabras sobre la fase postlegislativa.....	169
7.	La reforma penal de 2015.....	170
7.1.	Introducción.....	170
7.2.	Algunos aspectos de la «fase prelegislativa» de la reforma de 2015 de los delitos contra la propiedad intelectual .....	173
7.2.1.	Una acreditada disfunción social .....	174
7.2.2.	Un malestar social .....	179
7.2.3.	Una opinión pública.....	182
7.2.4.	Un programa de acción .....	184
7.2.5.	Aspectos generales de política legislativa de la reforma de 2015: Anteproyecto 1.0, Anteproyecto 2.0 y el Proyecto .....	187
7.2.5.1.	El Anteproyecto 1.0 y los Informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial .....	187
7.2.5.2.	El Anteproyecto 2.0, el Proyecto y algunos mecanismos de presión para lograr cambios penales ...	189
7.3.	La fase legislativa. Al mismo tiempo, análisis de las principales novedades planteadas por la reforma de 2015 .....	198
7.3.1.	Ampliación del tipo básico del art. 270.1 del CP: la inclusión de la explotación económica y de las prestaciones .....	199

---

7.3.1.1. La explotación económica.....	199
7.3.1.2. Las prestaciones como nuevo objeto material	200
7.3.2. Cambios en los elementos subjetivos de lo injusto .....	204
7.3.2.1. Aspectos generales .....	204
7.3.2.2. Las presiones de EE. UU., la posición del Gobierno y la nueva Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado.....	205
7.3.2.3. El cambio que realmente ha representado el nuevo elemento subjetivo de lo injusto.....	208
7.3.3. Criminalización de los responsables de las páginas de enlaces y otras conductas asimiladas.....	210
7.3.3.1. La necesidad de criminalizar las conductas de enlazar a descargas ilegales: evolución de una laguna legal .....	211
7.3.3.2. La conducta de enlazar a descargas ilegales en el Anteproyecto 2.0. y en el Proyecto, y su tramitación parlamentaria .....	218
7.3.3.3. El (rechazado) tipo atenuado de enlazar .....	220
7.3.3.4. Las medidas del art. 270.3.....	221
7.3.3.5. Discusión doctrinal y valoración político-criminal.....	222
7.3.4. El nuevo tipo atenuado por venta ambulante y la eliminación de las faltas .....	225
7.3.5. Cambios en los delitos relativos a la elusión de medidas tecnológicas dispuestas para proteger obras intelectuales.....	232
7.3.5.1. Nuevas conductas delictivas .....	232
7.3.5.2. Cambios en el objeto material del delito del art. 270.6 del CP .....	235
7.3.6. Aumento de la severidad de las penas .....	236
7.3.7. Cambios en la valoración del perjuicio causado y del beneficio obtenido.....	237
7.4. Fase postlegislativa y panorama actual (2015-2022).....	240

**CAPÍTULO IV**

Una propuesta de política criminal de la propiedad intelectual basada en la aplicación de los principios de intervención del derecho penal .....	245
1. Introducción .....	245
2. El principio de lesividad en los delitos contra la propiedad intelectual .....	246
2.1. El problema de partida: la discusión en torno al bien jurídico.....	246
2.2. La posición unánime de la doctrina acerca del carácter individual del bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual .....	248
2.3. La forma de ataque al bien jurídico.....	251
2.3.1 La lesividad en los delitos de los arts. 270.1, 270.2 y 270.4 del CP .....	252
2.3.2. La lesividad en los delitos de los arts. 270.5 y 270.6 del CP.....	259
2.4. Algunas contradicciones entre la regulación jurídico penal y su aplicación práctica desde el punto de vista del bien jurídico protegido.....	261
2.4.1. El tratamiento de los delitos contra la propiedad intelectual ignora, por regla general, las exigencias del principio de lesividad .....	261
2.4.1.1. Planteamiento.....	261
2.4.1.2. Tipos de peligro hipotético o abstracto-concreto, actos preparatorios y/o delitos de emprendimiento en las diferentes figuras de los arts. 270 y 271 del CP.....	265
2.4.2. Las exigencias típicas de un beneficio comercial y la redefinición de las conductas del art. 270.1 en clave de «explotación comercial» acercan a los delitos contra la propiedad intelectual a los delitos contra el mercado ..	277
2.4.3. Ya hay delitos contra la propiedad intelectual que han sido considerados netamente socioeconómicos por la doctrina .....	279
2.5. Toma de postura personal: ¿enrocarse en el bien jurídico patrimonial o dar el paso hacia el «orden socioeconómico»? .....	280

2.6. Es el mercado, no la cultura. Lo que no protegen los delitos contra la propiedad intelectual.....	285
3. Fragmentariedad .....	297
3.1. Introducción.....	297
3.2. El principio de fragmentariedad aplicado a la política criminal de la propiedad intelectual. Breve resumen descriptivo....	301
3.2.1. La intervención penal.....	301
3.2.2. El derecho administrativo sancionador .....	302
3.2.3. El derecho civil.....	304
3.2.4. La posición de la jurisprudencia reciente.....	305
3.3. Distribución de los contenidos de tutela de acuerdo con el principio de fragmentariedad. Posición personal .....	307
3.3.1. Diagnóstico general.....	307
3.3.3. Lo que nunca debería ser objeto de intervención punitiva .....	311
3.3.3.1. Los supuestos de <i>top manta</i> y venta ambulante u ocasional recogidos en el artículo 270.4 del CP y otras conductas de escasa gravedad..	311
3.3.3.2. Las importaciones paralelas .....	321
3.3.4. Los supuestos más que dudosos: delitos de peligro abstracto <i>puros</i> del art. 270 del CP .....	322
3.3.4.1. Planteamiento de la cuestión .....	322
3.3.4.2 Posibles líneas de avance y toma de postura personal.....	328
3.3.5. Conclusiones sobre la aplicación del principio de fragmentariedad a los delitos contra la propiedad intelectual .....	336
4. Subsidiariedad .....	338
4.1. Breve recapitulación y planteamiento .....	338
4.2. Una (limitada) aplicación del principio de subsidiariedad a los delitos contra la propiedad intelectual.....	343
4.2.1. El derecho penal .....	343
4.2.2. Las alternativas al derecho penal.....	347
4.2.2.1. El derecho administrativo sancionador .....	347
4.2.2.2. El derecho civil .....	351

4.2.3. El uso por la jurisprudencia del principio de subsidiariedad .....	352
4.3. Conclusiones: qué aporta el principio de subsidiariedad a la política criminal de la propiedad intelectual .....	354
5. Proporcionalidad .....	356
6. Una propuesta de regulación de mínimos del art. 270 del CP .....	358
Bibliografía .....	361

## PRÓLOGO

## ¡Era la política criminal, estúpido!

Fernando Miró Llinares

Catedrático de la Universidad Miguel Hernández de Elche

Escribir un prólogo te permite ser parte de una obra que no es tuya. Quizás, en alguna ocasión (no me ha pasado a mí nunca), de un escrito al que no querrías ver ligado tu nombre; en la gran mayoría de los casos, de una creación a la que te apetece estar ligado por diversas razones que pueden estar relacionadas con el autor, con el tema o con el contenido. Yo me siento enormemente agradecido por la invitación que me hizo el autor a escribir el prólogo de esta obra. Primero porque liga mi nombre, de nuevo, a un tema al que tengo tanto cariño como el de la propiedad intelectual, que fue clave en mi formación como jurista y que, con el paso de los años, sigo viendo como un tema jurídico complejo que te obliga a seguir pensando y evolucionando. En segundo lugar mi felicidad por escribir este prólogo deriva de que al hacerlo me ha permitido unirme a una obra que no sólo constituye la más completa obra que se ha escrito en Derecho penal sobre la política criminal de los derechos de propiedad intelectual, sino que, a mi humilde parecer, es uno de los mejores ejemplos de hacia dónde tiene ir la dogmática penal del futuro. Voy a tratar de explicar por qué considero que esto es así y por qué creo que esta es una obra esencial no sólo para los interesados en el derecho penal socioeconómico en general y el derecho de la propiedad intelectual sino, también, para todos aquellos que se inician en el Derecho penal o que están en él y conforman esta comunidad académico-científica.

Lo voy a hacer en tres partes. En la primera glosaré la obra tratando de identificar los presupuestos de los que parte el autor, resumiendo lo que sostiene y valorando muy someramente las conclusiones a las que llega. En la segunda entraré muy brevemente en diálogo, más que debate, con un libro

que merece ambas cosas, por medio de una reflexión propia sobre el papel del derecho penal en la protección de la propiedad intelectual 25 años después (y algunas revoluciones digitales también) de empezar a leer sobre ello. En la tercera reflexionaré sobre el enfoque científico adoptado en el libro para tratar de contextualizarlo en una tendencia y necesidad actual de la denominada ciencia penal, y para reforzar la idea ya señalada de que este libro representa el mejor ejemplo de un nuevo modelo de hacer Derecho penal. De ahí el título que, para que nadie lo entienda mal, se dirige esencialmente a mí mismo que trabajé esta materia hace más de 20 años con un enfoque tradicional, en su momento adecuado, pero que se habría enriquecido aún más de una perspectiva político criminal tan interesante como la que desarrolla en este libro Pablo Rando.

I. Señala Pablo Rando en su introducción que no estaba todo dicho en materia de protección penal de los derechos de propiedad intelectual, y demuestra con este trabajo tener toda la razón. De hecho, tras leer su obra la sensación que a uno le queda es por qué no se había dicho todo o mucho de esto antes, y eso pese a lo que se ha escrito en una materia que ha ocupado a muchos de la doctrina penal en las últimas décadas con trabajos monográficos excelentes (como «Tutela penal de la propiedad intelectual», de Luis Rodríguez Moro, entre otros). De hecho, el propio autor ha colaborado en esta tarea y esta obra incorpora algunos relevantes trabajos previos del autor. Pero aquí no sólo los amplía, reestructura y actualiza, sino que los integra en un relato global para hacer un planteamiento puro de política criminal de la propiedad intelectual que no existía hasta el momento. Aunque sobre ello volveré en la tercera parte del prólogo, este es un libro de política criminal pura y dura, por tanto, un libro de Derecho penal pero no orientado exclusivamente a la determinación de la interpretación más adecuada de unos preceptos penales en concreto, sino a la construcción crítica de cómo debería ser la ley penal sobre la propiedad intelectual a partir del conocimiento de la realidad delictiva y de la aplicación de un modelo ideal de Derecho penal. Y en este sentido cubre un hueco importante que existía: todos los trabajos anteriores, o al menos la gran mayoría de ellos, hacían valoraciones de política criminal, pero dirigidas esencialmente a la interpretación de la ley penal. Aquí el planteamiento viene a ser a la inversa: todo, hasta la posible interpretación de la ley penal, está orientado a realizar un planteamiento de cuál debe ser la política criminal ante estas conductas. Y esto marca todo el libro, también su estructura y sistemática.

El libro tiene dos partes: la primera se ocupa de la evolución de la política criminal de los Estados Unidos (el capítulo I) y del intento de difusión e implantación de la misma a nivel global (El capítulo II). La segunda parte es totalmente novedosa y es la absolutamente central en el libro: aborda la política criminal de la propiedad intelectual en España, con un capítulo (III) en el que se analiza la evolución de la política legislativa en este ámbito en nuestro país y otro (IV) en el que se ofrece una propuesta concreta de legislación penal enmarcada en un modelo de política criminal. El planteamiento es, pues, tan sencillo como novedoso y, lo que es más importante, adecuado a lo que se pretende: antes de proponer un modelo político criminal coherente con los principios del Derecho penal sostenido por el autor, se trata de enmarcar la política criminal existente a nivel global, de comprender los intereses a los que responde y la filosofía en la que se enmarca y, después, entrar en el modelo real adoptado en España y, desde su comparación con un modelo ideal de lo que debe ser la intervención penal, proponer su reforma.

Los dos primeros capítulos del libro son importantes tanto para observar los elementos comunes a la política criminal que globalmente se ha ido adoptando en relación con la propiedad intelectual, como para ser capaces de observar después las particularidades del modelo español. El capítulo I describe con precisión y detalle el modelo político criminal de EE. UU. en relación con la protección del «copyright», y muestra un estándar caracterizado por la expansión punitiva a la vez que por el marcado carácter simbólico del uso del Derecho penal que se enraíza con la voluntad de evitar la pérdida de control sobre las posibilidades económicas que da la creación de obras del ingenio en los primeros momentos del desarrollo de Internet. Que la aparición del ciberespacio junto a otras revoluciones digitales iba a transformar la propiedad intelectual era algo que se vio venir y lo que hace Rando es mostrar, por medio de un relato que en ocasiones parece de investigación histórica, cómo la única solución que se encontró desde la administración para tratar de proteger los intereses de mercado de las empresas norteamericanas fue la de tratar de mantener el sistema de privilegios por la fuerza y usando, también, el Derecho penal. El autor describe bien el paso de una legislación penal desde finales de los 90 expansiva pero poco eficaz, a un uso de las demandas civiles también basado en premisas disuasorias y también escasamente eficaz, y de ahí pasa a mostrar el intento de exportar ese modelo a todo el mundo. En el capítulo II se presenta las bases de una «política criminal global de la

propiedad intelectual» por medio de los acuerdos GATT primero y ADPIC después, que establecía ya las bases de una política criminal disuasoria pero aún proporcionada al establecer como obligación a los firmantes el castigo de conductas de explotación del derecho de autor a escala comercial con penas suficientemente disuasorias y coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Luego nos muestra el autor la tentativa de EE. UU., por medio de acuerdos bilaterales de comercio, de rebajar el estándar de la protección penal de la propiedad intelectual para dar cabida también a la piratería dolosa no comercial cuando abarcase una cantidad significativa de obras pirateadas. La evolución muestra que no se logró el objetivo de globalizar la política criminal de la propiedad intelectual estadounidense debido al fracaso de las negociaciones comerciales, a rechazos expresos del parlamento europeo, y también al propio cambio en la política comercial estadounidense con la llegada de Trump. Pero este intento de globalizar la política criminal por medio de tratados de comercio, y algunas acciones concretas como la creación de listas de países piratas, quizás sí tuvo un efecto comunicativo que acabaría determinando el modelo político criminal de algunos países pese a no firmarse convenios específicos: se empezó a construir el relato de la «maldad» de la piratería, de su alta lesividad para empresas y para «trabajadores», buscando estigmatizar un proceder, el de infringir los derechos de autor, que, en aquellos momentos, comenzaba a estar asumida por gran parte de la sociedad.

En el capítulo III el libro coge toda la fuerza de lo que está bien planeado. El autor comienza por desvincular el modelo de intervención penal frente a la piratería intelectual de los sospechosos habituales de la deriva político criminal de las últimas décadas: el populismo punitivo, la expansión del derecho penal y un contexto securitario y de destrozamiento del estado del bienestar. Como bien señala el autor, aunque el punto de llegada es el mismo, aumento de la gravedad de las penas y ensanchamiento del ámbito de intervención penal, las claves político-criminales son otras y están más relacionadas con una voluntad política que se va haciendo cada vez más fuerte de dar gusto a los grupos de presión empresariales de la propiedad intelectual para responder, más simbólica que eficazmente, a los retos que Internet supone para la propiedad intelectual. El libro se vuelve entonces apasionante, no sólo porque Pablo Rando se apoya, como debe ser, en el conocimiento íntimo de cada uno de los procesos que anteceden, acompañan o suceden a las reformas pe-

nales y los intereses que hay detrás de ellos (con momentos casi novelescos como la aparición de «La coalición», esa entidad que suena a las novelitas de Ian Fleming, o como la reunión secreta de Christopher Dodd con Mariano Rajoy como posible explicación del importante cambio en la redacción del texto de la reforma del CP de 2015 relacionado con la persecución penal de las páginas de enlace), sino porque todo ello se hace desde un enfoque analítico en el que se fragmenta con precisión una estrategia que empieza con la creación y estabilización de un supuesto malestar social, la dramatización y la entrada en juego de la opinión pública. La razón de que no sólo esté tan bien contado sino de que, para el lector, se convierta la lectura en una auténtica revelación de la verdad política detrás de concretos preceptos penales, no es sólo la labor de investigación de Rando sino que se apoya para el análisis en el excelente modelo dinámico de legislación penal de su maestro, el profesor Díez Ripollés.

Disecionada la política criminal española, también cada una de las reformas del código penal y cada uno de los preceptos que se incorporan y presentadas las claves político criminales que lo explican, Pablo Rando nos ha dejado en unas condiciones perfectas para cerrar el libro en el capítulo IV, el que, en realidad, da sentido a todo lo demás. El final del capítulo es una propuesta de reforma de los delitos contra la propiedad intelectual que él denomina «propuesta de regulación de mínimos del art. 270 del CP», pero cuando se llega allí ya es imposible discutir: está tan bien llevado el camino, tan bien reducida la complejidad y tan rigurosamente pensado cada problema y propuesta cada solución, que cuando Rando Casermeiro presenta su propuesta queda poco más que asentir. Comienza por el bien jurídico, relacionando el auténtico sentido de criminalización de estas conductas en la relación entre el mercado de las creaciones del ingenio que en el patrimonio individual, por medio de un planteamiento propio que el califica como de pluriofensividad y que desvincula de la cultura (sobre lo que luego entraré); luego pasa a la fragmentariedad y hace un magnífico análisis de las posibilidades y limitaciones de protección de los intereses en juego y una propuesta que, sí, todos quizás compartíamos, pero en la que ninguno de los que habíamos trabajado el tema habíamos desarrollado con tanta claridad como hace el autor. Se trata de exigir un umbral mínimo de la entidad del peligro para el patrimonio, atendiendo al beneficio potencial o actual obtenido por el infractor. Esto le lleva a una propuesta personal consistente en: descriminalizar el top manta

(art. 270.4, párrafo segundo), la gran mayoría de los casos de venta ambulante u ocasional (270. 4 párrafo primero) y algunas conductas sin suficiente gravedad del resto del art. 270 CP. Luego pasa a la subsidiariedad y pese a reconocer la falta de evidencia empírica para poder hacer un análisis mucho más poderoso argumenta en términos de efectividad, eficacia y eficiencia porque cree, y yo también le acompaño en esto, que el diagnóstico provisional es que el Derecho administrativo, por cumplir con la clave disuasoria que es la suficiente certeza y permitir a la vez la aplicación del principio de oportunidad, está en mejores condiciones de responder eficaz y eficientemente a la protección de los intereses dignos de tutela que el Derecho penal. Cierra el libro con el análisis de la proporcionalidad y con una propuesta de artículo 270 del código penal que, como ya he dicho, y en ese punto, cualquiera que haya leído el libro firmaría.

II. La propiedad intelectual es, probablemente, la institución jurídica que más se ha visto transformada por la revolución digital. La ficción normativa que regula los bienes inmateriales derivados de la creación de obras del ingenio se vio completamente trastocada por la aparición de una tecnología capaz de inmaterializar objetos y difundirlos como nunca antes había sucedido. Y puede entenderse que, al ser la digital una revolución a cámara lenta y que aún no ha terminado, se tarde en encontrar el régimen jurídico más o menos definitivo que responda adecuadamente a los intereses sociales a cuya tutela responde la institución. No es la primera vez que esto sucede y que, si se me permite la expresión coloquial, los estados van dando tumbos tratando de encontrar la mejor regulación jurídica de esta institución. Con la imprenta de tipos móviles ocurrió algo similar y ante la aparición de una tecnología que cambiaba por completo el valor del «corpus mysticum» y potenciaba el valor de la creación original se transitó por regímenes jurídicos diversos hasta que se llegó a los sistemas legales del derecho de autor y el copyright. Con la digitalización e internet ha pasado lo mismo en muchísimo menos tiempo, y hay que aceptar que hasta que demos con un modelo de regulación jurídica que, además, atine con el rol del Derecho penal, se va a caer en disfunciones legislativas varias. Lo que no ha cambiado, ni cambiará, son los intereses individuales y colectivos que están detrás de la institución, los individuales de autores y otros participantes en el proceso creativo, tanto de carácter patrimonial como moral, y los intereses colectivos de toda la sociedad consistentes por un lado en que se creen obras del ingenio y, por otro, en que todos puedan

acceder a las mismas de forma sencilla. Internet ha potenciado este último interés de forma exagerada, creando una maravillosa biblioteca de babel teóricamente al alcance de todos, y el Derecho de propiedad intelectual viene intentando poner «puertas al campo» para mantener los otros intereses, sobre todo para seguir manteniendo el modelo de mercado cultural existente y que se sigan creando (y beneficiando de ello creadores y demás implicados) obras del ingenio.

Pablo Rando comprende esos intereses en juego y reconoce la necesidad de tutelar el mercado y de adecuar y proporcionar la respuesta penal a la tutela de ese interés. Él, desde un modelo de criminalización totalmente anclado en la idea de bien jurídico, habla de pluriofensividad. Yo preferí en su momento hablar de ratio legis de la criminalización y hoy diría, con el mismo contenido por medio de distintas palabras, que la razón de criminalización que podría legitimar la intervención penal (junto con otros factores que deberían testarse) está más en el interés colectivo en que el mercado «cultural» continúe incentivando la creación de obras del ingenio, que en el patrimonio individual de quien se ve afectado por la conducta. Se suma Rando, pues, a la idea que sostuve en su momento de que es la libre competencia y la función de «property rights» o monopolios de explotación exclusiva de carácter patrimonial que limitan el mercado en el acceso, pero con una función social o colectiva de lograr generar competencia en la fase de creación de obras, lo que puede justificar la criminalización. Creo que esto sigue siendo así, y que sancionar infracciones de explotación de derechos de propiedad intelectual puede seguir estando totalmente justificado. En lo que no coincide el autor es en que ello tenga que ver de fondo con una protección de la cultura. No sé muy bien si aquí está sosteniendo por primera vez un planteamiento descriptivo o vuelve al planteamiento prescriptivo de qué es lo que debería tutelarse. Pero sostiene el autor que detrás de la protección de la libre competencia no se está tutelando la cultura como interés colectivo. Tiene parte de razón en lo descriptivo, tanto en que hay bienes protegidos por los derechos de propiedad intelectual a los que no debiéramos llamar cultura, como en su argumento, ya sostenido con razón por otros, de que no es el de los derechos de explotación y el mercado de las obras del ingenio la única forma de crear cultura. Pero hay dos peros a ese planteamiento que no puedo evitar y que él, lo puede creer el lector o no, no perdonaría que yo no le hiciera como parte del ejercicio de discrepancia en que consiste la academia. El primero tiene que ver con la

incongruencia de reconocer que los derechos de propiedad intelectual son el modo que tiene el mercado cultural de fomentar la creación de obras del ingenio y a la vez sostener que la cultura no está detrás. Que sea posible crear cultura sin derechos de propiedad intelectual no significa que hoy el sistema cultural está constituido como un sistema de mercado, y si se erosiona este lo haría también esta cultura actual, por mucho que surgiera otra. A mí a lo mejor me gustaría más; quizás fuera mejor. Pero hoy la cultura es lo que es, está configurada como está, y depende, no sólo, pero también, de los derechos de propiedad intelectual. Negar esto, por cierto, no es necesario para nada de lo que defiende en este libro con toda la razón Pablo Rando Casermeiro. Queda otro «pero», y también tiene que ver con las creaciones del ingenio y su génesis cultural. Pablo tenía la oportunidad en este libro de no cometer el mismo error que yo cometí y dar a los derechos morales de autor el peso que debieran tener, y creo que en su propuesta, que es todavía de mínimos y tiene posibilidades de un mayor desarrollo, podría cuadrar bien un tipo agravado que sancionara las mismas conductas de tipo básico que él propone cuando, además, supongan la violación de los derechos morales de autor. Dice Pablo que puede haber cultura sin derechos de propiedad intelectual y está en lo cierto. Pero no hay cultura sin creadores y más allá de la necesaria tutela del sistema de incentivos a la creación de obras del ingenio que son estos derechos creo que la infracción más grave a los mismos es la negación de la paternidad de la obra y que el Derecho penal podría, incluso, limitarse en muchos casos a ser última ratio cuando los intereses morales y no sólo los patrimoniales hubieran sido lesionados.

Esas dos pequeñas discrepancias palidecen ante el absoluto acuerdo con el autor de la obra en que, pese a existir un interés jurídico digno de tutela relacionado con valores económicos colectivos, no se está usando adecuadamente el derecho penal para tal protección sino de forma excesiva e irracional, y también ante su concreta propuesta para limitar el mismo. Dado que en este libro Pablo Rando lo explica mucho mejor, me limitaré a decir que cada vez es más obvio que el Derecho penal está siendo usado más como un recurso simbólico intimidatorio y evangelizador que como un auténtico instrumento con capacidad de ser eficaz para la protección de los intereses dignos de tutela. La conducta que durante años puso en jaque (y lo hizo realmente pese a algunas exageraciones de la industria, cerrando negocios, arruinando a personas concretas relacionadas con la industria, quizás las que no supieron

adaptarse, quizás las que no pudieron hacerlo), no fue ninguna que podía (ni debía) castigarse penalmente, sino la de la descarga de archivos contra particulares. Pero como penalmente no podía irse contra esa conducta, como no había forma de convencer a la ciudadanía de la inmoralidad de la descarga de obras protegidas y era tal la convicción social de que aquello no era grave que hasta que no cambió el mercado y llegaron Spotify y Netflix no disminuyeron significativamente las descargas, el sistema penal decidió primero amenazar a todos haciendo ver como que sí podía sancionarles y luego cebarse con los que, con su conducta, ningún daño hacían al mercado, los manteros. Hoy sigue existiendo piratería intelectual y, aún fuera de las exageradas estadísticas dadas por los interesados, es evidente la necesidad de regular el problema y mejorar la tutela. Pero tiene razón Pablo Rando cuando toma prestadas las palabras de un conocido abogado en materia de propiedad intelectual para señalar que el Código Penal ha tratado de matar moscas a cañonazos. Es el momento de que el Derecho penal asuma su incapacidad de solucionar, por sí mismo como instrumento punitivo brutal y limitado al ámbito nacional, el problema de la disfunción actual del sistema regulatorio de los derechos de propiedad intelectual, y que se resitúe, gracias a propuestas como las del autor de este libro, como un orden jurídico dispuesto a sancionar sólo las conductas más graves a estos intereses cuando no haya otro modo de lograr los efectos preventivos y siempre de forma proporcionada.

III. Cuando en 1997 me senté en la mesa de Bernardo del Rosal y ante su pregunta de qué quería investigar le dije que la búsqueda de sistemas alternativos a la pena de prisión y me habló del artículo 270 del Código penal, estábamos en «otros tiempos». En muchas cosas, para bien o para mal, la Universidad quizás no haya cambiado tanto, pero en aquellos momentos hacer una tesis sobre Derecho penal suponía hacer dogmática bien de parte especial o bien de parte general. La política criminal, por tanto, se entendía o bien como una cuestión introductoria y suplementaria o bien como una parte instrumental de la dogmática: para aquellos entendimientos de la dogmática penal en la que la política criminal estaba dentro, lo que había es que entender los planteamientos político criminales para adoptar a la interpretación hermenéutica del tipo penal el más adecuado; en los planteamientos conforme a los cuales ni siquiera era así, la política criminal sobre un tema podía limitarse a la introducción sobre las explicaciones por las que el legislador había regulado de una concreta forma un precepto del código penal. Pero eso,

el tipo penal, y el cómo interpretarlo, más que si el mismo estaba bien o mal, era en realidad lo único importante. Hoy los tiempos han cambiado. Es cierto que los jueces siguen necesitando de criterios para la interpretación de los tipos penales, y el legislador sigue ignorando generalmente a la dogmática que hace propuestas de modificación del código penal. Pero si nos preguntáramos qué hace más falta en la actualidad, si una nueva relectura interpretativa del artículo 270 del Código penal, o una propuesta de modificación del mismo desde un planteamiento político criminal completo del papel del Derecho penal en la tutela de los intereses relacionados con la creación y difusión de obras del ingenio, ¿qué opinarían ustedes? Y, lo que es aún más importante, si nos preguntáramos para qué estamos más preparados aquellos que conformamos la comunidad dogmática (o ciencia) penal, si para realizar el primero de los análisis o el segundo, y nos planteáramos también si disponemos de los instrumentos necesarios para poder realizar cualquiera de ellos ¿de cuál de los dos diríamos que nos faltarían más instrumentos para poder realizar el análisis?

Pablo Rando contesta a las dos preguntas con este libro. Creo que está claro que para él, y aquí también estoy a su lado, lo más importante es reformar de una vez el código penal en materia de propiedad intelectual y darle la racionalidad que no tiene. También deja claro en su obra en varias ocasiones que no disponemos de todos los instrumentos necesarios para poder hacer un juicio político criminal basado en datos empíricos y en juicios normativos que resulte totalmente incontestable. Pero al escribir su libro también muestra que no tenemos más remedio que ponernos a la tarea y que, con lo que tenemos, debemos hacer propuestas mientras exigimos más instrumentos para poder hacer crítica político criminal. Podríamos echarle la culpa al legislador, y no iríamos desencaminados, no sólo de la mala legislación sino de la dificultad de evaluar la misma y de no poner los medios para poder evaluar el impacto de las leyes. Pero también podríamos reconocer que, al menos en el modelo clásico de «ciencia penal» o de estudio académico del Derecho penal, nunca hemos prestado demasiada atención a la política criminal, y menos a una política criminal de base empírica, que se apoye en estudios que nos informen sobre las consecuencias de la legislación, sobre la realidad de la aplicación jurisprudencial de estos delitos, sobre la realidad de las consecuencias en los condenados y en los supuestamente perjudicados por los delitos, etc.

Esto está cambiando desde hace tiempo, y el libro de Pablo Rando es un magnífico ejemplo de una nueva «ciencia» penal que, sin renunciar a la dogmática hermenéutica y sistemática, adopte una visión más pragmatista y reconozca tanto la necesidad de centrar los esfuerzos en la reforma de la ley penal como que, para hacerlo, va a ser necesario dotarse de unas herramientas y una metodología distintas a las que hemos usado hasta el momento casi exclusivamente con la intención de informar a los jueces de cómo aplicar un precepto dado. Pablo Rando lo avisa desde el principio: ya hay muchísimo escrito sobre delitos contra la propiedad intelectual y, sin embargo, el tipo sigue no igual, sino peor. Por eso era tan necesario este libro, uno que se acercara al lenguaje del legislador, a sus razones expresadas y ocultas; uno que no renunciara a la dogmática pero que se centre en la parte política del derecho penal; uno que parta de un modelo de lo que debe ser el Derecho penal pero no olvide su papel de instrumento del Derecho público para conseguir fines sociales ni tampoco la necesidad de limitar su intervención a lo mínimo posible y a los demás fines y garantías reconocidos por la constitución. Por eso este libro no es tan sólo un aporte sobre derecho penal de la propiedad intelectual, sino un magnífico aporte sobre metodología política criminal aplicada. Nos muestra cómo debe ser el derecho penal de los próximos 20 años: con base dogmática pero enfocado a la política criminal, al cambio y reforma del sistema penal, realmente multidisciplinar, crítico y aplicado. Este es el modelo que, gracias a Pablo Rando, ya no es el de la «ciencia» penal del futuro, sino el de ahora.

Decía al principio que me había hecho muy feliz escribir este prólogo porque ello me ligaba de nuevo a un tema que me apasiona y porque me une a un libro que me ha parecido excelente. Me quedaba por reconocer un tercer motivo: porque me vincula a un autor al que admiro y aprecio. Yo soy «fan» de Pablo Rando desde que leí su tesis, (excelente, por cierto, sobre la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador); aún más desde que le conocí y conversé con él (en Praga); y mucho más desde que trabajé con él en un proyecto de investigación sobre los efectos disuasorios de los delitos contra la propiedad intelectual. Me gusta su estilo de escritura, su visión del Derecho penal y de la dogmática penal. Quizás la razón de que me guste es que envidio de él muchas cosas que él tiene y yo no siempre logro: pausa, maduración de las ideas, medida. O quizás simplemente sea que me gusta lo que propone y cómo lo hace, con ori-

ginalidad y mucha seriedad. Este libro, por tanto, no sólo acercará al lector a un tema enormemente interesante y a una forma de hacer Derecho penal que debería ser la norma en la disciplina, sino que le mostrará a un autor muy especial y que está llamado a desarrollar excelentes obras en nuestra disciplina. Por eso, si hay algo que me enorgullece especialmente de firmar este prólogo es que ese autor pensara que estaba bien unir mi nombre al suyo. Gracias por eso y por este libro, Pablo.

## Colección Penal J.M. Bosch Editor

### PRESIDENTE

**Miguel Polaino Navarrete** (Catedrático Emérito de la Universidad de Sevilla)

### VOCALES

**Carlos García Valdés** (Catedrático de la Universidad de Alcalá)

**Ángel Sanz Morán** (Catedrático de la Universidad de Valladolid)

**Manuel Cancio Meliá** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid)

**Carmen Gómez Rivero** (Catedrática de la Universidad de Sevilla)

**Carlos Pérez del Valle** (Catedrático de la Universidad San Pablo CEU de Madrid)

**Miguel Olmedo Cardenete** (Catedrático de la Universidad de Granada)

**Esteban Mestre Delgado** (Catedrático de la Universidad de Alcalá)

**Fernando Miró Llinares** (Catedrático de la Universidad Miguel Hernández de Elche)

**Myriam Herrera Moreno** (Profesora Titular de la Universidad de Sevilla)

**Carlos Aránguez Sánchez** (Profesor Titular de la Universidad de Granada)

### SECRETARIO

**Miguel Polaino-Orts** (Profesor Titular de la Universidad de Sevilla)

### SECRETARIA ADJUNTA

**Lorena Varela** (Investigadora del Instituto en Derecho penal económico de la Universität des Saarlandes, Alemania. Profesora de Derecho penal de la Universidad Internacional de La Rioja, España)

1. **El delito de fraude del funcionario público.**  
Andrés Benavides Schiller, 2016
2. **En los límites de la exclusión de la responsabilidad penal.**  
**El caso «Jakob von Metzler» y el empleo de la tortura en el Estado de Derecho.**  
Miguel Ángel Cano Paños, 2017
3. **Dopaje deportivo. Análisis jurídico-penal y estrategias de prevención.**  
Silvia Irene Verdugo Guzmán, 2017



4. **El delito de asesinato. Análisis de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal.**  
Juan Antonio Martos Núñez, 2017
5. **Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos.**  
Salud de Aguilar Gualda, 2017
6. **Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?.**  
Elena B. Fernández Castejón, 2017
7. **Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios.**  
Carlos Bardavío Antón, 2018
8. **Los delitos de pornografía infantil (Análisis del art. 189 CP).**  
Felipe Bauer Bronstrup, 2018
9. **El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español.**  
María Belen Linares, 2020
10. **La protección de datos de carácter personal en la justicia penal.**  
Miguel Marcos Ayjón, 2020
11. **Los delitos de organización y grupo criminal. Cuestiones dogmáticas y de política criminal.**  
Jara Bocanegra Márquez, 2020
12. **El delito de organización criminal: fundamentos y contenido de injusto.**  
Alri Zurita Gutiérrez, 2020
13. **La ley penal en el tiempo. Fundamentos, alcances y límites.**  
Christian Bello Gordillo, 2020
14. **Ciencia penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez. In memoriam**  
Miguel Olmedo Cardenete | Miguel Ángel Núñez Paz |  
Nieves Sanz Mulas | Miguel Polaino-Orts (*Directores/Editores*), 2021



15. **Política criminal de la propiedad intelectual.  
Aspectos globales e internos.**  
Pablo Rando Casermeiro, 2022
  
16. **El lenguaje restaurativo. Valoración de su potencial educativo  
contra la violencia de género.**  
Adela Robles de Acuña Núñez, 2022



## **Pablo Rando Casermeiro**

es Profesor Contratado Doctor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Sevilla. Se doctoró en la Universidad de Málaga en 2009, con la tesis «La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica», publicada posteriormente en una monografía.

Ha dedicado buena parte de su carrera académica a los delitos relativos a la propiedad intelectual, contribuyendo con diversos artículos y capítulos de libro a una obra que abarca un abordaje jurídico, criminológico y político-criminal de los principales problemas implicados en las vulneraciones de los derechos de autor. La culminación de dicha investigación es la presente monografía, sobre «Política Criminal de la Propiedad Intelectual. Aspectos globales e internos», donde cristalizan once años de dedicación constante a esta apasionante materia.



Asimismo, se ha especializado en políticas de seguridad pública, centrando su análisis en las técnicas de control de los espacios públicos llevadas a cabo por los entes locales desde una perspectiva multidisciplinar y comparada.

En la actualidad, su principal línea de investigación es la exclusión social provocada por los sistemas penales en diversos países occidentales, con especial atención a sus efectos en migrantes y colectivos en los márgenes.

El autor ha sido investigador invitado en distintas universidades extranjeras, entre ellas la Universidad de Cambridge (Reino Unido), las Universidades de Maguncia, Friburgo en Brisgovia y Münster (Alemania) y la Universidad de California Berkeley (Estados Unidos).

