

MEGAUPLOAD Y LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. AL MISMO TIEMPO, UNA PROPUESTA POLÍTICO-CRIMINAL SOBRE LOS PROVEEDORES DE ENLACES

Por Manuel GÓMEZ TOMILLO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

Fecha de recepción: 20.04.2012
Fecha de aceptación: 30.05.2012

RESUMEN: El trabajo analiza los presupuestos fácticos y jurídicos de actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Por una parte, se ocupa de los supuestos en los que debe descartarse esa competencia por tratarse de hipótesis con relevancia jurídico penal, entre otros, los casos análogos al conocido *Megaupload*. Por otra, se examina la significación jurídica de la difusión de enlaces desde los que se pueden descargar contenidos sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual. En general, se estima que los supuestos en los que actuará la Sección Segunda no son constitutivos de infracción administrativa y, como mucho, implicará la presencia de un ilícito civil. El trabajo concluye con una propuesta político-criminal orientada a la sanción de ciertos casos de difusión de enlaces.

PALABRAS CLAVE: *Megaupload*, proveedor de enlaces, delitos contra la propiedad intelectual, redes p2p.

SUMARIO: I. PRESUPUESTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE ACTUACIÓN DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL. II. SITUACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL ADMINISTRADOR DEL SERVIDOR QUE PERMITE EL CONTACTO ENTRE USUARIOS DE UNA RED P2P PARA DESCARGA DE CONTENIDOS PROTEGIDOS. III. RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DEL CASO *MEGAUPLOAD* Y ANÁLOGOS, CONFORME AL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. IV. LA DIFUSIÓN DE ENLACES A CONTENIDOS SIN CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL. 1. AUSENCIA DE RELEVANCIA JURÍDICO-PE-

NAL. 2. LA POTENCIAL PRESENCIA DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ACTUACIÓN DE LA SECCIÓN SEGUNDA. 3. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DE ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN COMO ILÍCITO CIVIL. 4. PROPUESTA POLÍTICO-LEGISLATIVA: LA TIPIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL O, AL MENOS, JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA DIFUSIÓN DE ENLACES A CONTENIDOS PROTEGIDOS POR DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL NO CONSENTIDA POR SU LEGÍTIMO TITULAR.

TITLE: *Megaupload* and Spanish Second Section of the Copyright Commission. A Criminal Law proposal about links providers.

ABSTRACT: The paper deals with those facts that the new Spanish Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual (Copyright Commission) will have to examine. On the one hand, the *Megaupload* affair, which in Spain is a criminal offence. On the other, the hyperlinks provider. Such cases can not be civil offences according with Spanish law, but have to do with civil law *stricto sensu*. The article argues that links providers that attempt again copyright law should be punished as criminal offenders, a proposal that would need a change in Spanish Criminal Code.

KEYWORDS: *Megaupload*, hyperlinks provider, copyright offences, p2p nets.

CONTENTS: I. LEGAL AND FACTUAL CONDITIONS FOR SPANISH SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL (COPYRIGHT COMMISSION). II. CRIMINAL LEGAL STATUS OF THE SERVER ADMINISTRATOR THAT ALLOWS CONTACT BETWEEN USERS OF A P2P NETWORK TO DOWNLOAD PROTECTED CONTENT. III. LEGAL RELEVANCE OF MEGAUPLOAD CASE ACCORDING TO SPANISH PENAL SYSTEM. IV. THE SPREAD OF LINKS TO CONTENTS WITHOUT CONSENT OF COPYRIGHT OWNERS. 1. No CRIMINAL LEGAL RELEVANCE ACCORDING WITH SPANISH CRIMINAL LAW. 2. ADMINISTRATIVE OFFENCE TO ENABLE COPYRIGHT COMMISSION TO ACT? 3. CIVIL LAW POINT OF VIEW. 4. POLITICAL-LEGISLATIVE PROPOSAL: THE BUILDING OF A CRIMINAL OFFENSE OF LINKING TO CONTENT PROTECTED BY INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS WITHOUT CONSENT OF ITS RIGHTFUL OWNER.

I. PRESUPUESTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE ACTUACIÓN DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA COMISIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como es conocido, dentro del entramado de normas que se incluyen en la mal denominada “Ley Sinde”, el art. 8 de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios

de Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) dispone que «En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:... e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual». El órgano al que alude el citado art. 8 es el establecido en el art. 158.2, párrafo último de la LPI, esto es, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Educación y Cultura.

Desde nuestra perspectiva, la nueva regulación tiene una virtud: orienta la represión no hacia los usuarios, sino hacia los prestadores de servicios¹. Sin embargo, también adolece de múltiples defectos, algunos de los cuales trataremos de poner de manifiesto aquí. Ya la propia redacción llama la atención, toda vez que, conforme a lo expuesto, para que la citada Comisión pueda actuar es preciso que un determinado servicio de la sociedad de la información «atente o pueda atentar contra un principio», cual es la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual. Difícilmente estamos ante un principio en sentido estricto. Algo más preciso es el art. 158.4, apartado segundo, del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI). Este último precepto requiere para la actuación de la Sección Segunda la existencia de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual, «siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial». La cuestión que surge es, por una parte, qué servicios son esos a los que se refiere la Ley, qué hipótesis fácticas, en definitiva, podrían determinar la actuación de la Comisión. Por otra, qué naturaleza jurídica tienen tales presupuestos y, en consecuencia, qué principios (aquí sí) deben orientar su actuación.

Aun cuando, no es posible una exhaustiva pormenorización de tales hipótesis, toda vez que la realidad va muy por delante de nuestra capacidad de imaginación, entiendo que algunas de las situaciones cuya relevancia puede plantearse a la Comisión, en síntesis, pueden ser las siguientes:

En primer lugar, se encontraría el servicio consistente en poner en contacto a usuarios de redes P2P para el intercambio de contenidos protegidos por dere-

¹ Estimamos, pues, acertado el criterio de R. Durán Rivacoba, «La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 2/2011, p. 9, que sostiene lo siguiente: «Que su centro de imputación —del acto administrativo— sean los prestadores de servicios y no los usuarios constituye, a mi juicio, un indiscutible acierto, que aleja del ámbito de la norma una represión ciudadana claramente desmedida, pese a que algunos la estimen conveniente. Semejante propósito supondría, según creo, una invasión directa y generalizada en la intimidad de los internautas, totalmente incompatible con el principio de proporcionalidad».

chos de propiedad intelectual. Como expondremos a continuación, probablemente, se trate de una hipótesis que carezca de suficiente significación jurídica.

En segundo lugar, puede hacerse referencia a los casos análogos al conocido *Megaupload*. Como es sabido, y muy en síntesis, este último era un sistema que se alimentaba de las aportaciones de los usuarios. Cuando alguien subía un archivo, se generaba un enlace, que *Megaupload* suministraba al internauta. Todo aquel que conociera el enlace podía acceder al archivo. En definitiva, *Megaupload* albergaba los contenidos en sus propios servidores y la descarga por parte de terceros era directa. *Megaupload* incentivaba las descargas otorgando determinados incentivos a quien proporcionara archivos que eran muy frecuentemente descargados. Obviamente, múltiples de esos contenidos estaban sometidos a derechos de propiedad intelectual². Como expondremos a continuación, se trata de un caso que estimamos poseería relevancia penal en España.

En tercer lugar, se encontraría la pública provisión de enlaces a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, no consentidos por su legítimo titular, casos muy en conexión con sistemas como el que acabamos sucintamente de describir. Éste constituirá, sin duda, uno de los supuestos que determinará la actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y que, como tendremos ocasión de examinar, carece en la actualidad de trascendencia jurídico-penal.

Probablemente las hipótesis descritas no agoten las posibilidades de actuación de la citada Sección Segunda, pero, sin duda, suponen algunas de las más relevantes en la actualidad. Cada una de ellas entiendo que requiere de un examen jurídico diferenciado, comenzando por el de su potencial relevancia jurídico-penal. Este último análisis es procedente, en la medida en que si se trata de situaciones que poseen trascendencia penal, carece de sentido la intervención de la Comisión, la cual, en cumplimiento del artículo 13.4 del RD 1889/2011, de 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual, debe denunciar los hechos al Ministerio Fiscal o al Juez de instrucción³.

² Incluso el sistema de *Megaupload* detectaba los nombres comerciales de los contenidos protegidos y los borraba automáticamente «con el objetivo de no vulnerar los derechos del autor», pero era práctica habitual que los que subían los contenidos cambiaran los nombres de los ficheros, de forma que no fueran reconocidos por los «motores de detección» de *Megaupload*, por ejemplo, cambiando la E por un 3 la B por un 8, la O por un 0, la L por un 1 y así con otras muchas combinaciones. Al final el nombre del fichero era algo reconocible, pero no legible y no siempre detectable por tales motores.

³ Concretamente dispone la citada norma que «Cuando, con ocasión del análisis y valoración de las solicitudes que se presentan ante la Sección Segunda por quienes consideren que se han vulnerado sus derechos de propiedad intelectual o los de sus representados, se tuviera noticia de hechos que pudieran ser constitutivos de delito público, se estará a lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la obligación de denunciar ante las autoridades competentes, sin perjuicio de que la Sección seguirá desarrollando su función salvo que el órgano jurisdiccional penal ordene otra cosa».

II. SITUACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL ADMINISTRADOR DEL SERVIDOR QUE PERMITE EL CONTACTO ENTRE USUARIOS DE UNA RED P2P PARA DESCARGA DE CONTENIDOS PROTEGIDOS

Procede plantearse la responsabilidad de quien se encuentra al frente del servidor que permite el contacto entre usuarios de la red, donde unos facilitan el contenido protegido por la propiedad intelectual y otros lo obtienen⁴. Los problemas jurídicos que surgen en estos casos son, al menos, tres: su calificación como autoría o participación en el delito, el carácter omisivo de su conducta, y, por fin, la prueba del dolo⁵.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones apuntadas, la conducta de quien facilita el contacto no es reconducible a las acciones descritas en el artículo 270 CP (reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente), sobre las que, como mucho, se puede afirmar la existencia de un mero dominio negativo, insuficiente para configurar la autoría, incluso desde las más flexibles tesis del dominio del hecho⁶. Por consiguiente, en abstracto, cabría hablar de cooperación en el delito, al desarrollar un papel secundario en los hechos, subordinado a quien lleva a cabo las citadas acciones de reproducción, distribución o comunicación pública. Esa cooperación probablemente debería ser calificada como complicidad, ya que la abundancia de sujetos que llevan a cabo esta prestación parece inclinar la balanza hacia esa calificación. En cualquier caso, carece de demasiada trascendencia esta última idea ya que se detectan notables dificultades para articular la responsabilidad penal de quienes utilizan las redes p2p para obtener ilícitamente contenidos protegidos por derechos de autor⁷.

⁴ En cuanto a la distinción entre redes centralizadas y descentralizadas de intercambio, vid., por muchos, I. Garrote Fernández-Díez, «Acciones civiles contra los prestadores de servicios de intermediación en relación con la actividad de las plataformas P2P: Su regulación en la Ley 34/2002 y en la Ley de Propiedad Intelectual», *Pe. i. Revista de propiedad intelectual* 16 (2004), p. 59. Nos referimos en este trabajo especialmente a las segundas.

⁵ Los cuales cursan de forma paralela a los característicos del proveedor de servicios, sobre todo cuando éste aloja contenidos ilícitos en el servidor del que es responsable; sobre tales cuestiones, más generales, con carácter general, vid. M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, Thomson-Aranzadi, 2010, pp. 104 y ss. Prescindimos de los problemas específicos que derivan del hecho de que frecuentemente los servidores cuya situación analizamos se encuentran en el extranjero, lo que incrementa las dificultades para su persecución.

⁶ No nos podemos detener en la compleja cuestión de los criterios utilizados por la literatura científica y la jurisprudencia penal para delimitar las diversas categorías dentro de la codelinencia. Como es conocido, en la actualidad es la teoría de origen alemán del dominio positivo del hecho la utilizada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para delimitar la autoría y la participación. Con carácter general, sobre el estado de la cuestión, vid. M. Gómez Tomillo, *Comentarios al Código Penal*, (M. Gómez Tomillo, dir.), 2ª ed., Valladolid, 2011, art. 27, § 2.

⁷ M. Gómez Tomillo, «Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet», *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en internet*, (R. Mata y Martín, dir.), Ed. La Ley, 2011, pp. 212 y ss.; cuestión diversa es la de la potencial responsabilidad desde un punto de vista civil; al respecto, vid., por todos, J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores*, Thomson-Aranzadi, 2006, especialmente p. 144.

En cuanto a la apreciación de una conducta activa positiva o, por el contrario, de una omisión, apenas puede cuestionarse que en el común de los casos no hay acción positiva alguna, en la medida en que la puesta en contacto de los dos ordenadores que se relacionan en la red p2p tiene lugar mediante un programa informático y no mediante una conducta personal. Por lo tanto, como mucho, habrá una abstención de actuar, una omisión, en quien, siendo encargado del servicio consistente en poner en contacto a los otros dos operadores que intercambian archivos, no impide el flujo de datos. Sobre esa base, resulta particularmente complejo construir una imprescindible posición de garantía sobre la que articular la responsabilidad penal (especialmente si se acepta que el art. 11 CP al regular la comisión por omisión acepta un criterio mixto que requiere la combinación de requisitos formales y materiales). En efecto, ésta difícilmente se desprende de la Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) y resulta vano pensar en el contrato o la injerencia⁸.

Por lo que respecta al dolo, no puede pasarse por alto tanto que se trata de una acción que tiene lugar a través de un programa informático, como que también se intercambia mucha información no sujeta a derechos de autor, por lo que no es posible exigir que se efectúe un filtrado de cada descarga para verificar si el material compartido se encuentra o no sometido a derechos de propiedad intelectual⁹. Otra cosa es que alguna de las entidades encargadas de la gestión de derechos de autor comunique a la empresa que su servidor se está utilizando para actividades de esta índole. Sin embargo, probablemente, ni siquiera en esos casos el dolo puede entenderse suficientemente fundamentado por tratarse de un insuficiente *dolus subsequens*¹⁰.

La situación se ha complicado en los últimos tiempos con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, concretamente con la cláusula del artículo 288 que permite hacer responsables a estas entidades por esta clase de delitos. No puedo detenerme en los detalles, pero si la acción del sujeto que actúa para la empresa, administrador, representante legal o trabaja-

⁸ En cualquier caso, aun cuando se pudiera encontrar sustento para una posición formal de garantía, en definitiva que la Ley estableciese el deber de impedir el resultado, desde el punto de vista material, resulta altamente cuestionable que exista una equivalencia con la acción positiva de cooperar a la distribución o reproducción típicas. Con carácter general, sobre este extremo, más detenidamente, vid. nuestro trabajo M. Gómez Tomillo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet* (2ª ed.), *op. cit.*, pp. 123 y ss.; vid., asimismo, A. Galán Muñoz, *Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, especialmente pp. 184 y ss.

⁹ La reflexión, evidentemente, es casi universal; vid. ya Mitchell P. Goldstein, «Service Provider liability for acts committed by users: what you don't know can hurt you», 18 *J. Marshall J. Computer & Info. L.* 591, 2000.

¹⁰ En cualquier caso, el desarrollo de protocolos que hacen innecesaria la intervención de esos servidores probablemente harán que desaparezcan, por lo que, probablemente, nos encontremos ante un problema de escasa proyección futura.

dor, no es objetivamente relevante, difícilmente se puede imputar delito alguno a la persona jurídica titular del servidor, en los términos del art. 31 bis CP¹¹.

En definitiva, carece de sentido plantearse responsabilidad alguna tanto del responsable del servidor que permite el contacto entre dos usuarios de la red, como de la persona jurídica titular del citado servidor.

III. RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DEL CASO MEGAUPLOAD Y ANÁLOGOS, CONFORME AL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

En cuanto al caso *Megaupload*, probablemente deba sostenerse que tales situaciones podrían tener relevancia penal en España. Como es conocido, el artículo 270, apartado segundo, CP se refiere a la acción de almacenamiento de obras literarias, artísticas o científicas¹². Incluso, de forma incomprensible, este tipo se conforma con elementos menos exigentes que el apartado primero. Este último, referido a las conductas nucleares de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública, exige, además, ánimo de lucro (que obviamente concurriría en los hechos que nos ocupan) y el que la acción curse en perjuicio de terceros¹³. Probablemente en este caso no pueda sostenerse que haya distribución. Tal acción suele interpretarse en conexión con el art. 19 de la LPI, esto es, «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma»¹⁴. Entiendo que no se puede decir que quien almacena la obra, permitiendo que otros accedan a ésta, la pone a disposición del público, puesto que quien lleva a cabo esta última conducta es quien «sube» la obra al servidor de forma accesible a cualquiera. Acciones completamente diversas como

¹¹ El citado precepto regula, precisamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Como es conocido, tal precepto requiere para poder imputar un delito a una persona jurídica que sus administradores de hecho o de derecho, representantes legales o incluso trabajadores hayan cometido un delito. Esta exigencia plantea no pocos problemas, cuyo análisis obviamente desbordan nuestras posibilidades aquí; en general, permítasenos remitirnos a nuestro trabajo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2011, en particular, sobre la cuestión apuntada, vid. pp. 57 y ss.

¹² No entramos en la cuestión de la relevancia jurídico-civil de la conducta; con carácter general, vid., por todos, I. Garrote Fernández-Díez, «Acciones civiles contra los prestadores de servicios...», *op. cit.*, pp. 91 y ss.

¹³ Sostiene la necesidad de trasladar tales requisitos también al apartado 2, R. Mata y Martín, *Comentarios al Código Penal*, ed. Lex Nova, (M. Gómez Tomillo —dir.—), 2010, art. 270, p. 1040; P. Faraldo Cabana, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, 2009, p. 187; R. Bercovitz Rodríguez-Cano; J.J. Marín López, «El límite de copia privada y las redes de intercambio “peer to peer”», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° III- 2007, pp. 233-234. En cuanto al contenido de ambos elementos, permítasenos reiterar la cita de nuestro trabajo, «Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet», *op. cit.*, pp. 215 y ss.

¹⁴ Decimos «suele» porque es discutible que haya una automática vinculación del intérprete penal a los conceptos utilizados por la Ley de Propiedad Intelectual.

la del usuario que «sube» la obra y la del que aloja el contenido, no pueden ser subsumidas bajo idéntica calificación jurídica. Como mucho, pues, habría que hablar de complicidad, o cooperación. Sin embargo, para ello sería preciso que quien «sube» la obra actuase típicamente, lo cual es discutible a la vista de la exigencia de los requisitos del ánimo de lucro y perjuicio para terceros¹⁵ y, sobre todo, la exigencia de un dolo común entre cómplice y autor. En cualquier caso, entiendo que esa potencial calificación es desplazada por otra, la de autoría de la conducta prevista en el apartado 2 del artículo 270, el cual se refiere al almacenamiento no consentido de la obra artística, literaria o científica. Un razonamiento análogo puede seguirse si se estima que la acción de subir una obra a un servidor haciéndola accesible a cualquiera constituye un acto de comunicación pública¹⁶.

¹⁵ Es discutible si hay ánimo de lucro comercial como viene exigiendo la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006 de 5 de mayo. Desde luego sí que habría un ánimo de lucro entendido de forma muy amplia como la voluntad de obtener cualquier clase de ventaja. Evidentemente, desde esta última perspectiva sí que lo habría, en la medida en que quien cuelga una obra sometida a derechos de propiedad intelectual, que es descargada por terceros obtenía en el sistema *Megaupload* ciertas ventajas, que podían llegar a la obtención de beneficios económicos. En este último caso, apenas puede cuestionarse el ánimo de lucro «comercial». Sobre este último elemento, vid., ampliamente, R. Bercovitz Rodríguez-Cano; J.J. Marín López, «El límite de copia privada y las redes de intercambio “peer to peer”», *op. cit.*, pp. 215 y ss., con consideraciones críticas relativas a la interpretación de la Fiscalía, pp. 225 y ss.

¹⁶ Parece que la amplitud de la definición legal de distribución permite captar tal comportamiento (vid., J.M. Palma Herrera, «Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho Penal», *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005, pp. 675-6, para quien la comunicación pública se encuentra en una relación de subsidiariedad con respecto a la distribución, de manera que sólo puede haber comunicación pública si no hay distribución; J. Gómez Lanz, «Una aproximación jurídico-penal a la circulación de obras del espíritu a través de redes “peer-to-peer”: algunas notas sobre la responsabilidad criminal de los usuarios», *Revista Vasca de Economía* 51, 2002, p. 47). Sin embargo, como es conocido, se ha estimado que se trata de un acto de comunicación pública (así la Circular de la Fiscalía 1/2006; F. Miró Llinares, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, 2005, p. 191; J.G. Fernández Teruelo, «Respuesta penal frente a la piratería en Internet: subsunción típica y criterios de imputación objetiva de los ISPs», *Revista de Derecho penal*, 8, 2003, p. 44; J.J. González de Alaiza Cardona, «Napster: copias robadas, responsabilidad de los intermediarios y otros interrogantes para el Derecho del Autor en Internet», *Revista de Propiedad Intelectual*, 6, 2000, pp. 73 y ss.; A. Gil Gil; C. Martín Fernández, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud», *In Dret* 2/2009, (última visita 1 de abril de 2012), pp. 12 y 16. La misma discusión en cuanto a la calificación que merece tal conducta se registra en el ámbito del Derecho privado, donde J.F. Ortega Díaz, (*Los enlaces en Internet. Propiedad intelectual e industrial y responsabilidad de los prestadores*, 2006 p. 137 quien, en el ámbito del Derecho privado, sostiene que estamos ante un acto de comunicación pública argumentado con el artículo 8 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Asimismo, se cita el artículo 20.2 i) de la Ley de Propiedad Intelectual tal y como queda redactado tras la reforma de 2006, y conforme a la cual constituyen actos de comunicación pública especialmente «La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija». Para este autor, pues, no es suficiente para que haya distribución la difusión de algunos archivos informáticos (*id.*, pp. 138-139, donde proporciona ulterior información bibliográfica).

Centrándonos, pues, en el almacenamiento, literalmente implica poner o guardar en un almacén, guardar o reunir muchas cosas. En consecuencia, pocas dudas caben de que almacena tanto quien sube las obras al servidor, como quien las aloja en este último. Se puede decir que se trata de un delito de los denominados por la dogmática alemana de «ambiguos», esto es, susceptibles de ser cometidos tanto por acción como por omisión. Asimismo, entiendo que almacena tanto quien guarda múltiples ejemplares de una sola obra, como quien guarda un solo ejemplar (o unos pocos ejemplares) de muchas obras. No obstante, para su persecución jurídico penal en España debería encontrarse el correspondiente servidor dentro de nuestras fronteras nacionales.

Ciertamente, el artículo 270.2 CP contiene un delito que requiere necesariamente la presencia de dolo. Los responsables del servicio venían argumentando que ellos almacenaban información no sometida a derechos de propiedad intelectual y que no tenían por qué saber lo que sus clientes alojaban en sus servidores y compartían con otros usuarios. Es frecuente que quienes analizan estas cuestiones en este punto se remitan al artículo 16 de la LSSI, conforme al cual es preciso un conocimiento efectivo para que los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos estén sometidos a responsabilidad¹⁷. Sin embargo, como hemos analizado en otro momento, lo que no es posible es que la LSSI determine lo que es el conocimiento en el dolo característico del Derecho penal (aunque sólo sea porque carece de rango de Ley Orgánica, necesario para regular en esta última materia y, además, no es posible que aquél tenga un contenido específico en este grupo de delitos, diferenciándose de los demás)¹⁸. En definitiva, el citado art. 16 LSSI es un precepto que puede tener aplicación en otros ámbitos, singularmente en el Derecho civil, pero no en el marco del Derecho penal. Como mucho, en este último cam-

¹⁷ Concretamente, el citado precepto dispone: «1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse. 2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador». En cuanto a los precedentes en la experiencia jurisprudencial norteamericana de esta regulación y su extensión a Europa, vid., por todos, J.J. López Ortega, «Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en internet», *Internet y Derecho penal*, Cuadernos de Derecho judicial, 2001, pp. 108 y ss.; R. Xalabarder Plantada, «La responsabilidad de los prestadores de servicios de internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios», *Revista de Internet, Derecho y Política* 2-2006, especialmente, pp. 2, 5-6.

¹⁸ Vid., ampliamente, nuestro trabajo, *Responsabilidad civil y penal por delitos cometidos a través de Internet*, op. cit., Cap. 7.3.2 B), pp. 123 y ss.

po puede tener relevancia bien para construir una posición de garantía en el caso de la comisión por omisión, bien para excluir la responsabilidad como causa de justificación, en tanto en cuanto no se haya producido la notificación a la que alude el art. 16 LSSI. Acaecida esta última, sin embargo, de acuerdo con lo expuesto, no hay automáticamente dolo.

Procede, pues, un examen diferenciado de las exigencias del dolo en el apartado 2 del artículo 270 CP que, como hemos señalado, sería el susceptible de ser aplicado¹⁹. No puedo detenerme en estos momentos en un análisis detallado de la cuestión. Sin embargo, quizá sea suficiente con apuntar dos ideas. Por una parte, cabe sostener que ni siquiera estamos ante una hipótesis de dolo eventual, caracterizada porque el sujeto se mueve en el ámbito de la duda, y, pese a ello, decide actuar. Es obvio que los responsables del servicio no tenían la duda de que el servicio de almacenamiento que proporcionaban era empleado para alojar contenidos sometidos a derechos de propiedad intelectual, sin el consentimiento de su titular. Tampoco propiamente estamos ante un caso de dolo de segundo grado, en el que, indisolublemente asociado al resultado perseguido por el sujeto, se presentan otros fines, no directamente queridos, pero ilícitos. Parece claro que la situación era a la inversa. Lo que se quería directamente eran fines ilícitos, indisolublemente asociados a los cuales se presentaban otros lícitos. Probablemente, pues, haya que estimar un dolo de primer grado, donde el fin perseguido por el autor es la comisión de la infracción. Entiendo que ni siquiera se puede argumentar con la ausencia de suficiente concreción en el dolo del sujeto, por cuanto el tipo se limita a exigir el almacenamiento de una obra de estas características y, por consiguiente, no se requiere que se sepa, concretamente, qué obras eran²⁰. De esta forma, habría un solo delito y no tantos como obras almacenadas. Ciertamente existen muchos otros sistemas de almacenamiento que no pueden garantizar que no se empleen para llevar a cabo acciones lesivas de derechos de propiedad intelectual a través de mecanismos análogos al de *Megaupload* (v.g. *Dropbox*). Sin embargo, en la medida en que no se encuentran

¹⁹ El artículo 270.2 CP requiere que los hechos se lleven a cabo «intencionadamente». Es posible sostener que ese adverbio se refiere a las hipótesis de dolo directo o de primer grado y no a las de dolo de segundo grado o a las de dolo eventual. Desde nuestra perspectiva, esta última sería una intelección incorrecta. Sin embargo, como expondremos en el texto, incluso desde tal perspectiva es posible estimar que quienes llevan a cabo acciones como la de los responsables de *Megaupload*, incidirían en España en responsabilidad penal.

²⁰ Piénsese que, incluso, la jurisprudencia, frecuentemente, se ha satisfecho con el conocimiento de la situación de riesgo generada (vid. STS 327/2007, de 27 de abril (RJ 4724), Fto. Jco. 3º, 4: «obra con dolo todo el que conociendo el peligro concreto generado por su acción no adopta ninguna medida para evitar la realización del tipo», entre otras muchas). Obviamente la discusión también está presente en el medio anglosajón y particularmente en los Estados Unidos en este y en otros contextos. Así, el Tribunal Supremo de este último país ha sostenido que la voluntaria ceguera «is a higher standard of scienter than recklessness...“knowledge” may be interpreted to mean (1) actual knowledge; (2) recklessness or reckless disregard...(3) willful blindness»; sobre esta cuestión en este específico contexto, puede verse, por ejemplo, Lorelei D. Ritchie, «Is “Willful Blindness” the New “Recklessness” after Global-Tech?» 21 *Fed. Cir. B.J.* 165 (2011-2012).

orientados específicamente a facilitar tales acciones que no constituyen una parte sustancial de su modelo de negocio, se puede decir que se mueven dentro de los márgenes del riesgo permitido.

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que casos como el de *Megaupload*, u otros análogos que pudieran surgir, poseen relevancia penal, conforme al ordenamiento jurídico español. Por ello, como expresábamos *supra*, en tales supuestos carece de todo sentido la intervención de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual tal y como es entendida en la actualidad. Otra cosa es que pudiese asignársele un papel diferente, del que nos ocuparemos *infra*, en el apartado dedicado a propuestas político-criminales.

Una ulterior cuestión que ha de tenerse en cuenta es que, como ya hemos indicado, los delitos contra la propiedad intelectual son delitos susceptibles de imputarse a las personas jurídicas, con independencia de la responsabilidad de un concreto sujeto físico. En definitiva, no sería preciso ni siquiera individualizar al concreto responsable del servidor en el que se aloja el contenido para iniciar actuaciones jurídico penales contra la sociedad titular.

IV. LA DIFUSIÓN DE ENLACES A CONTENIDOS SIN CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

1. AUSENCIA DE RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL

Un análisis diferenciado merece el caso de quien difunde el enlace desde una página web que permite acceder directamente al contenido, pero sin realizar ninguna clase de puesta a disposición del público de contenido alguno, obviamente, sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual²¹. En la jurisprudencia penal española tal cuestión se ha planteado ya en bastantes resoluciones, con tendencias dispares. Por una parte, la línea que estimo mayoritaria es la que se pronuncia por la atipicidad de estas conductas. Por otra, se encuentran las resoluciones que propugnan la relevancia penal.

Dentro del primer bloque se encontraría el Auto de la AP Madrid 18 enero 2008 (JUR 2008\38002), precisamente en un caso en el que desde la página www.sharamula.com se facilitaban «enlaces», sin alojar archivos, ni realizar directamente la descarga (vid., especialmente, los Ftos. Jcos. 4º y 5º). En el mismo

²¹ Además de las obras que citemos, desde una perspectiva civil, puede verse R. Sánchez Aristi, «Enlaces a contenidos que infringen derechos de propiedad intelectual: ¿prestación de un servicio de intermediación o provisión de contenidos? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 24 febrero de 2011 (caso “elrincondejesus”)», *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento* (Aranzadi), nº 33 (2011), pp. 421 y ss.

también se cita un auto del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona, de 7 de marzo 2003, en el que el titular de la página web www.ajoderse.com incluía enlaces a otras páginas *web* que facilitaban métodos para ver gratis TV de pago. En este último caso, la denuncia fue interpuesta por el grupo de empresas que operan bajo la marca ONO por los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En ambas resoluciones se acude a la LSSI para excluir la responsabilidad por ausencia de dolo, sobre la base del artículo 17 de la citada Ley que dispone «Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada». Dado que no hubo prueba de ello, se estimó decaída la posibilidad de acusar. Entiendo que la cuestión, sin embargo, debe plantearse en el marco del tipo objetivo y no en el del subjetivo, entre otras cosas porque, como hemos indicado, lo que no puede ser es que la LSSI diga cuándo hay dolo y cuándo deja de haberlo. Ello puede ser válido para el ámbito civil, pero no para el penal.

También, en la misma línea absolutoria, se encuentra el Auto de la AP Madrid 159/2011 de 10 de marzo (ARP 2011\285), en el caso *Indicedonkey*, donde se acudió para absolver a la falta de ánimo de lucro²². Nuevamente, entiendo que debió plantearse la falta de tipicidad objetiva y no la subjetiva. Finalmente, el Auto de la AP Madrid 179/2011 de 15 de marzo (JUR 94764) utiliza la creación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual como argumento a favor de la atipicidad de la conducta consistente en facilitar enlaces desde los que descargar obras protegidas. Esta última resolución señala que, en vez de modificar el Código Penal, el legislador ha arbitrado este procedimiento, lo que para él es un síntoma de que la conducta es impune sobre la base del principio de subsidiariedad: «El Legislador, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlace de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada. El ordenamiento jurídico ha arbitrado un procedimiento específico para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a la actividad de los proveedores de servicios, procedimiento que debe utilizarse antes de acudir a la jurisdicción penal».

En el bloque de resoluciones que estiman la relevancia penal se encontraría la Sentencia del Juzgado de lo penal núm. 1 de Logroño 1 308/2008 de 25 de noviembre (JUR 2009\194099)²³. La sentencia fue condenatoria, pero al ser por

²² Vid., asimismo SJP núm. 1 de Baracaldo 49/2011 de 11 de febrero.

²³ Concretamente de forma confusa indica que «las cuatro páginas web, en las que aparecen carátulas, tenía cada una a un administrador de los contenidos y unas veinte personas ayudantes que publicaban siempre enlaces al mensaje donde se encontraban los enlaces de la obras oferta-

conformidad no se entró en detalles. Asimismo, puede verse el Auto de la AP Murcia 201/2009 de 16 de septiembre (JUR 406651)²⁴ o la SAP Vizcaya 530/2011 de 27 de septiembre (ARP 1213)²⁵.

Desde mi punto de vista, debe prevalecer la línea jurisprudencial mayoritaria. Quien difunde enlaces a contenidos sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual incrementa el riesgo de masiva reproducción ilícita de la obra. Sin embargo, no lleva a cabo un delito contra la propiedad intelectual, independientemente de la tesis que se acoja para delimitar la autoría. No se puede decir que el proveedor de enlaces por sí mismo lleve a cabo las acciones típicas previstas en el art. 270 CP, singularmente no ejecuta la distri-

das de vídeo juegos». Asimismo, el Auto de la AP Madrid 554/2010 de 11 de mayo (JUR 298807) indica que «Aunque la Sala no desconoce resoluciones de otras Audiencias Provinciales favorables a incardinar este tipo de conductas como actos de comunicación pública en el 270 del CP, como el auto de 16/9/09 de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 5), el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1ª, de 18 de febrero de 2008 o el Auto de la AP de Barcelona de 11/11/09, no es menos cierto que este no es el criterio mayoritario, tampoco lo es el de la Audiencia Provincial de Madrid, ni de esta Sección».

²⁴ Que argumenta, de forma ciertamente pobre, que «en la medida que a través de las páginas con enlaces al P2P se pone a disposición de los usuarios de Internet los medios necesarios para la obtención de obras sujetas a derechos de Propiedad Intelectual, sin autorización de sus titulares, las conductas que se realizan a través de las redes P2P tienen cabida en los comportamientos típicos del artículo 270.1 del Código Penal».

²⁵ En cuyo Fto. Jco 4º se lee que «Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en “descargar” realiza un acceso a la página p2p correspondiente, pero solo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en “descargar” accedan a la película o la música correspondiente. En nuestra opinión, esta labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad. Como hemos visto, el art. 17 se preocupa por la licitud del contenido enlazado por un prestador de servicios de intermediación, pero compartimos con los recurrentes que se trata más bien de un acto propio a través del cual (a través del artificio técnico de introducir al usuario en la página de intercambio de archivos p2p y dar acceso directo a un contenido concreto de esa página) los acusados realizan un acto propio de comunicación, un acto de puesta a disposición a cualquier usuario potencial de esa página de un contenido que vulnera derechos de terceros... El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaba a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión». En definitiva, se sostiene que estamos ante un acto de comunicación pública, en la línea de algunas sentencias civiles, como la SAP Barcelona, Sección 15ª de 24 de febrero de 2011, al respecto, vid. R. Sánchez Aristi, «Enlaces a contenidos que infringen derechos de propiedad intelectual...», *op. cit.*, particularmente, pp. 426 y ss. y, su propio criterio en pp. 428 y ss., con apoyo en jurisprudencia del TJUE y en algunas resoluciones extranjeras, pero admitiendo que se trata de comunicación pública *lato sensu*. Entiendo que en Derecho penal, sin embargo, no cabe esa interpretación extensiva.

bución o comunicación pública de la obra literaria, artística o científica²⁶. No hay distribución porque no hay un objeto material tangible como requiere el artículo 19.1 de la LPI. Pero tampoco hay comunicación pública porque no es lo mismo difundir el lugar en el que se encuentra el contenido prohibido que difundir el contenido mismo que es lo que prohíbe el tipo (referido a comunicar públicamente la obra, no el sitio en el que se encuentra)²⁷. Formulado de otra manera, la comunicación pública requiere una acción que incida sobre un objeto material, en sentido técnico-penal, que es la obra literaria, artística o científica. En el caso que nos ocupa, la acción de quien difunde el enlace no tiene como objeto material tal obra, sino algo diferente. En definitiva, estaríamos ante una conducta intermedia que no puede equipararse con la acción típica prevista en el artículo 270 CP sin incidir en una analogía prohibida, incompatible con el principio de legalidad que estrictamente rige en Derecho penal. Finalmente, no cabe acudir a figuras de participación en el delito, complicidad o cooperación necesaria, en la medida en que lo impide el principio de accesoriedad, ya que para ello se requeriría de una acción principal típica y antijurídica. Sin embargo, esta última no existe ya que la descarga del contenido sometido a derechos de propiedad intelectual es impune²⁸.

2. LA POTENCIAL PRESENCIA DE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DE ACTUACIÓN DE LA SECCIÓN SEGUNDA

Descartada la existencia de un delito, en el caso de la conducta del proveedor de enlaces, cabe sostener que estamos ante una infracción administrativa para cuya apreciación sería competente la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad intelectual, sobre la base de los artículos 158.4 LPI, apartado segundo y 8 e) LSSI²⁹. Evidentemente, tal posibilidad se ampliaría a cualquier

²⁶ Vid., no obstante, F. Miró Llinares, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*, op. cit. pp. 191-2, quien sostiene que cabría acudir a la figura de la autoría mediata por instrumentalizar a sujetos activos que actúan sin la presencia del necesario elemento subjetivo de lo injusto; no obstante, su posición parte del presupuesto que aquí no hemos compartido de que el artículo 270 CP requiere de un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en la intención de perjudicar a un tercero; manifiestan sus dudas sobre el criterio de Miró, R. Mata y Martín, «Protección penal de los derechos de autor en internet», *Estudios de Derecho Judicial* 138-2007, p. 116; A. Gil Gil; C. Martín Fernández, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud», *In Dret* 2/2009, (última visita 1 de marzo de 2012), p. 20.

²⁷ Con más detalle, permítasenos remitirnos a nuestro trabajo, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet...*, op. cit., pp. 75 y ss. y 163 y ss.

²⁸ Es una posición prácticamente unánime; vid. nuestro trabajo «Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet», op. cit., pp. 215 y ss.; A. Gil Gil; C. Martín Fernández, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial», op. cit., *passim*; J.M. Palma Herrera, «Las redes P2P de intercambio de archivos...», op. cit., especialmente, pp. 682 y ss.

²⁹ Sostiene el carácter sancionador del procedimiento administrativo y, en consecuencia, su sometimiento a los principios que inspiran las sanciones, R. Durán Rivacoba, «La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información...», op. cit., apdo. 6.

otra hipótesis susceptible de determinar la intervención de la citada Comisión. Semejante criterio parece desprenderse precisamente del citado art. 158.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual que dispone que en esta clase de procedimientos «serán de aplicación los derechos de defensa previstos en el artículo 135 de la Ley 30/1992». Como es conocido, el citado artículo 135 de la Ley 30/1992, hace referencia a algunos de los derechos del presunto responsable de una infracción administrativa.

Desde nuestra perspectiva, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual no puede decirse que sea competente para apreciar la presencia o ausencia de infracciones administrativas y proceder a su sanción o, al menos, si ése fuera el caso, la regulación sería incompatible con garantías constitucionales básicas. Las razones sobre las que se sustenta tal posición son múltiples.

En primer lugar, se trataría de un extraño caso de infracción administrativa perseguible sólo a instancia de parte (probablemente el único en el sistema español). Ciertamente, no se trata de un obstáculo insalvable para estimar que realmente estamos ante tal infracción administrativa. De la misma manera que en el marco del Derecho penal existen delitos que sólo se persiguen previa denuncia del ofendido o mediante querrela, nada impediría que acaeciese lo mismo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, aunque se tratase de un fenómeno excepcional. Sin embargo, resulta por completo incompatible con una potencial condición de infracción administrativa la posibilidad prevista en el art. 13.4 del RD 1889/2011, de 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Conforme a tal norma, la Sección Segunda puede continuar con sus actuaciones cuando los hechos revistan caracteres de delito sin perjuicio de su denuncia ante la autoridad competente. Si estuviésemos ante una infracción administrativa, habría una flagrante vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente procesal.

En segundo lugar, una infracción administrativa debe respetar una serie de garantías, comenzando por la de tipicidad o de taxatividad³⁰. En el caso que nos ocupa, habría que partir del art. 158.4 LPI, apartado segundo, que requiere la existencia de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual, «siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial». Ciertamente, cabe entender que algunos de los conceptos que utiliza la norma y, concretamente, el ánimo de lucro y la exigencia de que el servicio sea «susceptible de causar un daño patrimonial» pueden ser interpreta-

³⁰ Ampliamente, M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho penal administrativo*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, 2010, cap. 4.

dos a la luz de la construcciones efectuadas en el ámbito del Código Penal³¹. Sin embargo, el núcleo de la conducta, la existencia de un servicio «que vulnera derechos de propiedad intelectual», difícilmente puede entenderse que sea conciliable con la exigencia de predeterminación de la conducta. Cláusulas tan amplias en la definición de las conductas prohibidas pueden ser muy útiles para captar cualquier cosa que se quiera sancionar, pero, precisamente por su amplitud, no predeterminan claramente el ámbito de lo prohibido. Piénsese lo que sería que el Código Penal o las leyes administrativas sancionadoras definesen los tipos sancionadores en términos como «el que atente contra el medio ambiente», «el que atente contra la hacienda pública», etc. recurriendo a la deficiente técnica de hacer una referencia al bien jurídico en la definición de la conducta típica. Al respecto, puede ser ilustrativo considerar que el artículo 270 CP alude a múltiples posibilidades de conductas lesivas para la propiedad intelectual (reproducción, plagio, distribución, comunicación pública, almacenamiento, importación, exportación...). La duda que surge es si se está refiriendo a alguna de ellas la LPI. La respuesta no puede ser afirmativa puesto que, en ese caso, no sería competente la Sección Segunda de la Comisión.

Al margen de ello, desde el punto de vista de la exigencia de taxatividad, son múltiples las dudas que se presentan relativas a las conductas captadas. Así, por ejemplo, es cuestionable si está comprendida dentro del art. 154 LPI la acción de difusión de enlaces a contenidos sometidos a derechos de autor, sin consentimiento de su titular, la cual no aparece descrita en la ley penal. Algo semejante se puede decir del ya analizado servicio consistente en conectar usuarios de redes P2P para el intercambio de esta clase de contenidos. Ulteriores dudas presentan algunos de los casos apuntados por algún comentarista, concretamente si es suficiente para la imposición de medidas restrictivas previstas en la Ley con que se comunique públicamente de forma no autorizada un fonograma mediante su ejecución automática al abrir una determinada página web³². Tampoco está claro qué ocurre cuando una página web proporcione un

³¹ Téngase en cuenta que el artículo 270 de este último cuerpo legal se refiere a quien «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente en todo o en parte una obra literaria, artística o científica». Los elementos en perjuicio de tercero y, especialmente, con ánimo de lucro, han generado una abundantísima literatura científica y jurisprudencia. Al respecto, vid., por muchos, A. Gil Gil; C. Martín Fernández, «Sobre la tipicidad de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial», *op. cit.*, 48 y ss.; J.M. Palma Herrera, «Las redes P2P de intercambio de archivos desde la perspectiva del Derecho Penal», pp. 677 y ss, 679 y ss.; M. Gómez Tomillo, «Responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de internet», *op. cit.*, pp. 215 y ss.; J.G. Fernández Teruelo, *Derecho penal e internet*, Valladolid, 2011, pp. 75 y ss.; P. Faraldo Cabana, *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio...*, *op. cit.*, pp. 174 y ss. Llamam la atención sobre el dato de que el ánimo de lucro es una nota distintiva de los servicios de la sociedad de la información, de acuerdo con la definición de tales servicios que efectúa la LSSI, B. Cortés Fernández; P. Merry Monereo; I. Cárdenas Artola, «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 62-2011, pp. 107-108.

³² Lo apuntan B. Cortés Fernández; P. Merry Monereo; I. Cárdenas Artola, «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», *op. cit.*, p. 108, quienes se preguntan por lo que ocurre cuando se trata de un solo video que vulnera derechos de autor.

enlace profundo a otra o un enlace de superficie a una *website* que no desea ser enlazada³³. Al margen de estas cuestiones, otras irán surgiendo en el futuro en la medida en que vayan apareciendo en la realidad nuevas situaciones. No parece, pues, que se pueda dudar de la incompatibilidad con la exigencia de taxatividad.

En tercer lugar, en contra de que hoy la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual sea competente para sancionar infracciones administrativas, se encuentra lo que se conoce como garantía penal, esto es, la exigencia de que las consecuencias jurídicas asociadas a una determinada conducta prohibida estén claramente especificadas en la Ley. Ya resulta una cuestión extraña que la conducta sancionada se encuentre prevista en una Ley (LPI) y las consecuencias teóricamente punitivas se regulen en otra (art. 122 bis de la Ley 28/1998 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa). Sin embargo, más allá de un problema de deficiente regulación técnica, la cuestión que surge es cuáles son en concreto tales medidas. El citado art. 122 bis se refiere a cualquiera para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual³⁴. No debe olvidarse que si el cierre de páginas web o impedir el acceso a ellas o a algunos de sus contenidos son algunas de las posibilidades con las que cuenta la Comisión, no se trata precisamente de medidas menores, cuando, además, tienen una duración en principio indefinida³⁵. Del mismo modo, no se puede perder de vista que en la página clausurada puede que se alojen muy diversos contenidos y el cierre va a afectar a todos ellos, tengan relevancia o no desde el punto de vista de los derechos de propiedad intelectual. En definitiva, es inevitable preguntarse cuándo procede

³³ Sobre estas cuestiones, vid. J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet*, op. cit., pp. 123 y ss.

³⁴ En otro ámbito, puede resultar significativo el art. 25 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la rápida retirada de las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil que se encuentren en su territorio y procurarán obtener la retirada de las páginas de esa índole que se encuentren fuera de su territorio. 2. Los Estados miembros podrán adoptar medidas para bloquear el acceso a las páginas web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil a los usuarios de Internet en su territorio. Dichas medidas se establecerán mediante unos procedimientos transparentes y ofrecerán garantías adecuadas, sobre todo con miras a garantizar que la restricción se limite a lo necesario y proporcionado, y que los usuarios estén informados del motivo de la restricción. Estas garantías también incluirán la posibilidad de recurso a los tribunales».

³⁵ Téngase en cuenta que el artículo 534 del CP tipifica conductas cuya consideración en este campo no está de más. La citada norma se refiere a «La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva». Se trata de una figura claramente anticuada. Literalmente sólo puede aplicarse a las hipótesis informáticas que nos ocupan la modalidad consistente en establecer censura «previa». Por lo tanto, parece que no será típica la acción de la autoridad administrativa que ordene el cierre de una página web ya difundida. Por lo tanto, en todo caso, parece que el funcionario que actúa bajo su amparo actuará justificadamente.

una medida y cuándo otra de las posibles, e indeterminadas, opciones en manos de la Sección Segunda, más allá de la vaga referencia al principio de proporcionalidad que figura en el artículo 158.4 LPI.

En cuarto lugar, si la Comisión se ocupase de infracciones administrativas, debería aplicarse el principio de culpabilidad, o, más precisamente, de imputación subjetiva. Ello supone la necesidad de que se acredite la existencia de dolo o imprudencia para proceder a imponer una sanción. Con otras palabras, la objetiva vulneración de derechos de propiedad intelectual no sería suficiente para determinar consecuencia alguna. Con ello, no sólo se arrojaría sobre la Comisión (y la jurisdicción contencioso-administrativa) una compleja carga, sino que, probablemente, estaría restringiéndose en exceso el ámbito de sus posibilidades de actuación³⁶.

En quinto lugar, una infracción administrativa requiere un procedimiento que respete unas garantías procedimentales mínimas. Sin embargo, aquí el procedimiento previsto es, con mucho, menos garantista que los análogos en materia sancionatoria. Al respecto, resulta claramente insuficiente remisión al artículo 135 de la Ley 30/1992. Así, no se consideran cuestiones elementales como la separación de la instrucción y la decisión (art. 134.2 de la misma Ley 30/1992)³⁷; el trámite de audiencia se limita a lo previsto en el art. 158.4, pfo. 3, LPI, conforme al cual cabe que «en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual». Muy poco, o nada, se dice de múltiples cuestiones básicas en un procedimiento sancionador: posibilidades de recusación y abstención, presunción de inocencia (regulada en el art. 137 LRJAPyAC y no en el art. 135 de la misma Ley), admisión o denegación de medios de prueba, carga de la prueba, carácter vinculante de decisiones judiciales previas (*non bis in idem*), características de la resolución teóricamente sancionatoria (que supone

³⁶ No obstante, se ha sostenido que la responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual es subjetiva y no objetiva; al respecto, vid., por ejemplo, E. Serrano Gómez, «Los daños punitivos en la propiedad intelectual», *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, (M. Gómez Tomillo, dir.), Ed. Lex Nova, 2012, p. 78.

³⁷ En el mismo sentido también R. Durán Rivacoba, «La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *op. cit.*, p. 14. Téngase en cuenta que en el artículo 17 del RD 1889/2011, de 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual se dispone que actuará como órgano instructor el titular de la Secretaría de la Sección Segunda; que el art. 21 dispone la posibilidad de que tal órgano instructor practique de oficio pruebas que estime pertinente y que es la propia Sección Segunda la que dicta la resolución (art. 22). El secretario es miembro de la comisión con voz y sin voto, conforme al art. 14.3 del Reglamento. En definitiva, la separación de las fases de instrucción y resolución, en absoluto es perfecta, puesto que quien ha instruido forma parte del órgano decisor (aunque, ciertamente, sin voto).

un deber de motivación, una diferenciación entre los hechos que se estiman probados y la calificación que merece, etc.)³⁸, entre otras.

Por último, se encontraría la consideración de que, siendo un procedimiento administrativo sancionador, requiere para proceder a imponer las teóricas sanciones de una autorización judicial, la cual no cuenta con parangón alguno en otros ámbitos en los que se despliegan tales funciones punitivas de la Administración.

En definitiva, puede concluirse que, si se sostuviese que estamos ante una infracción administrativa, difícilmente pasaría un filtro de constitucionalidad.

3. EL PRESUPUESTO FÁCTICO DE ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN COMO ILÍCITO CIVIL

Descartado que una infracción administrativa (y mucho menos un delito) pueda determinar la actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, se deduce que para ello debe concurrir un ilícito civil. De ninguna otra cosa podemos estar hablando, puesto que ausente la antijuridicidad de la conducta, no cabe intervención restrictiva de derechos individuales alguna, si se sigue la máxima democrática conforme a la cual todo lo que no está prohibido está permitido. Debe concurrir, pues, una vulneración de los derechos de explotación reconocidos en el artículo 17 LPI. Debemos ceñir nuestro análisis a las hipótesis que pueden determinar la actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, esto es, aquellos comportamientos que no sean constitutivos de delito. Entre estos últimos, de acuerdo con lo expuesto, destacarían las hipótesis en las que desde una página web se proporcionan enlaces que permiten la descarga de contenidos sometidos a derechos de propiedad intelectual. Pues bien, parece que la jurisprudencia en estos casos viene inclinándose por la existencia de tal ilícito civil³⁹. Otra cosa serían los

³⁸ Vid., no obstante, punto 8 de la disposición final cuadragésimo tercera de la Ley de Economía Sostenible que modifica el apdo. 5 de la Disposición Adicional 4 de la LRJCA.

³⁹ Así parece entenderlo, por ejemplo, la SAP Barcelona 83/2011 de 24 de febrero, Fto. Jco. 2º que afirma que «El art. 20.1 TRLPI parte de un concepto muy amplio de comunicación pública, pues alcanza a “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. Y el apartado 2 del mismo art. 20, al especificar actos concretos que suponen comunicación pública, se refiere expresamente, en la letra i), a: “la puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija”. El demandado, al permitir desde su página web la descarga directa, lleva a cabo una puesta a disposición del público, y en concreto del que visita la página web y solicita la descarga, de las obras afectadas. Y del mismo modo al permitir también la audición de los archivos, sin descarga, pues con la audición el solicitante tiene acceso al archivo musical, aunque se limite a escucharlo en ese momento. En la medida en que ambas operaciones se realizan desde la página web del demandado, puede concluirse que es éste quien lleva a cabo la puesta a disposición del público de las obras, al margen de si ha sido él u otro quien las haya colgado en la red». Vid. J. Massaguer Fuentes, «Los derechos de autor en los medios y soportes electrónicos y digitales», *Diario La Ley* 7800, sección Tribuna, 17 de febrero de 2012, IV.

supuestos en los que lo que se facilita no es un enlace para la descarga directa del contenido, sino la conexión a una red P2P⁴⁰.

La cuestión que inmediatamente surge es por qué si estamos ante un ilícito civil se han atribuido competencias en esta materia a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (vid. el art. 122 bis de la Ley 29/1998 de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)⁴¹. Obviamente tal decisión se encuentra conexa, al menos, con dos datos. Por una parte, con la cuestionable previa intervención de un órgano administrativo⁴². Por otra parte,

⁴⁰ La misma sentencia de la SAP Barcelona 83/2011 de 24 de febrero sostiene (Fto. Jco 5º) que «En una red de archivos compartidos p2p, quien, disponiendo de un archivo musical o de una película, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente p2p, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del art. 31.2 TRLPI, pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto en el art. 20.2.i) TRLPI. Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. Por supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. Pero el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la “puesta a disposición” en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del art. 20.2 TRLPI como acto de comunicación pública. Como se ha argumentado en la doctrina: “la puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P; son, por tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición. Cuando un usuario acude a la página de enlaces y pulsa en un link, se ejecuta el programa cliente que ese usuario tiene instalado en su ordenador (v.gr. *eMule*), y se inicia la descarga del archivo desde los ordenadores donde la obra se halla puesta a disposición. En esa descarga, los datos no pasan por el servidor donde se aloja el sitio web de enlaces, de modo que el usuario que descarga no recibe los datos (la obra) a través del sitio de enlaces, sino directamente desde los ordenadores que alojan ese archivo. No hay, pues, ni siquiera una participación en la transmisión de los datos que pudiera entenderse como una suerte de «retransmisión»». En este sentido, compartimos la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia de que en nuestra Ley de Propiedad Intelectual “no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de las redes P2P”. Ahora bien, aunque estos actos indirectos o secundarios no se aprecian incluidos en el texto legal como constitutivos per se de una infracción de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, y no pueden fundar por ello una acción resarcitoria, sí podrían dar lugar a un pronunciamiento de cesación, a la vista de cómo se regula en el art. 138.III en relación con el art. 139.1.h) TRLPI». Del texto expuesto, no deja de ser sorprendente que una acción que no resulta ser antijurídica, sin embargo, pueda determinar una acción de cesación. Un criterio diverso en la literatura científica puede verse, entre otros, en J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet*, op. cit., p. 137.

⁴¹ Debe tenerse en cuenta que la Comisión actúa exclusivamente a instancia de parte, y no de oficio, esto es, previa denuncia del ofendido, mediante un modelo predeterminado que se encuentra en el Reglamento. Aquel podría actuar de igual forma ante la jurisdicción civil que podría adoptar las medidas cautelares correspondientes.

⁴² Entiendo que en semejante sentido crítico se pronuncia R. Durán Rivacoba al afirmar que «resulta polémico que un órgano administrativo juzgue preliminarmente cuestiones materiales relativas a intereses de los particulares que, de otra forma, le serían vedadas» («La protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la sociedad de la información y de comercio electrónico», op. cit., p. 9); «el respaldo jurisdiccional se ventila en una instancia —la contencioso administra-

con la idea de que si, ciertamente, en la LPI ya existían mecanismos civiles para la tutela de los derechos de propiedad intelectual análogos a los en este trabajo analizados, aquéllos fracasaron por múltiples factores (entre otros, la dificultad de localizar al infractor y el problema de los servidores localizados en el extranjero)⁴³. Sin embargo, el panorama legislativo relativo a la protección judicial de la propiedad intelectual se ha complicado extraordinariamente, en la medida en que hasta tres jurisdicciones diferentes pueden intervenir sobre una misma materia (civil, penal y contencioso-administrativa). Por ello mismo se puede plantear el problema de la vinculación entre unas y otras: qué ocurre si la jurisdicción de lo contencioso-administrativo autoriza la adopción de medidas, posteriormente se presenta una demanda por los mismos hechos ante los tribunales de lo civil y éstos descartan la existencia de vulneración de derecho de propiedad intelectual alguno. ¿Están vinculados los jueces de lo civil a lo establecido en el ámbito de lo contencioso-administrativo? Parece claro que no. Probablemente, en tal hipótesis se abrirían las puertas a una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración.

Una ulterior cuestión conexas con la naturaleza jurídica del ilícito que puede determinar la actuación de la Sección Segunda es la relativa a las páginas web, cuyos titulares ya han sido objeto de un procedimiento penal y absueltos. Se ha sostenido que en estos casos no puede la Comisión actuar contra ellas⁴⁴. Desde nuestro punto de vista, por el contrario, aceptada la relevancia civil del hecho, nada obsta a la actuación de la Comisión, la cual no tiene que entrar a analizar cuestiones de naturaleza jurídico-penal. Algo semejante ocurrirá en el caso de aquellas que tengan pendiente un procedimiento judicial penal. En la medida en que una y otra actuación (la penal y la desarrollada por la Comisión) tienen objetos diferenciados, ningún obstáculo debería haber para simultanearlas. Obviamente, a conclusiones diversas debe llegarse si el previo pleito tuvo naturaleza civil por el efecto de cosa juzgada⁴⁵.

tiva— muy discutible a la vista de la materia y de los intereses en juego» (id., p. 10). Vid., asimismo, J. Damián Moreno, «Consideraciones en torno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web (a propósito de la Ley Sinde)», *La Ley* 7455, 28 de julio de 2010, p. 5: «se puede correr el riesgo de desapoderar al sistema judicial de sus tradicionales atribuciones; nada impediría al legislador atribuir a órganos de similar naturaleza la protección de otro tipo de intereses que pudieran derivarse del ejercicio de cualquier otro ámbito de la actividad económica (alquileres, reclamación de cuotas de comunidades de propietarios, insolvencias empresariales, etc.)».

⁴³ Vid., por todos, M. Durán Rivacoba; V. García Llerena, «Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de internet», *Actualidad civil*, 10, 2011; B. Cortés Fernández; P. Merry Monereo; I. Cárdenas Artola, «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», *op. cit.*, pp. 86-87. En el caso de la SAP Barcelona 83/2011 de 24 de febrero, el fracaso se debió a motivos de corte puramente procesal.

⁴⁴ B. Cortés Fernández; P. Merry Monereo; I. Cárdenas Artola, «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», *op. cit.*, p. 104.

⁴⁵ Se ha destacado, con razón, que nuestro país cuenta con unos tribunales especializados a quienes se les ha atribuido la resolución de las controversias relativas a la defensa de los derechos de propiedad intelectual (art. 86 ter LOPJ); no es descartable el que pueda surgir algún conflicto entre el Ministerio de Cultura y los Juzgados de lo Mercantil, que tendría que ser resuelto a través del

4. PROPUESTA POLÍTICO-LEGISLATIVA: LA TIPIFICACIÓN JURÍDICO-PENAL O, AL MENOS, JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DE LA DIFUSIÓN DE ENLACES A CONTENIDOS PROTEGIDOS POR DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL NO CONSENTIDA POR SU LEGÍTIMO TITULAR

Aceptado que los hechos relevantes para la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, como mucho, son constitutivos de un ilícito civil y no penal o administrativo, puede llegarse a la conclusión de que en España existe un claro déficit de tutela de la propiedad intelectual.

En efecto, particularmente quien difunde enlaces a contenidos de propiedad intelectual sin consentimiento de su titular tiene poco que perder y mucho que ganar, en la medida en que lo máximo que arriesga es que le cierren la página web o se bloquee el acceso a aquélla. Mientras tanto puede lucrarse mediante la publicidad o abrir otra una vez culminado el proceso de cierre. Obviamente, en otros sistemas se puede hacer frente a tal situación, por ejemplo, mediante el establecimiento de un sistema de daños punitivos. Sin embargo, éste casa mal con los principios de los que parte el modelo europeo⁴⁶. Una alternativa podría ser la que permite trasladar los beneficios obtenidos al titular de los derechos de propiedad intelectual quebrantados, como ocurre en el sistema español, conforme al art. 140.2 LPI⁴⁷. Sin embargo, incluso en este caso, se presenta el problema de que un mal cálculo del beneficio obtenido, por debajo del efectivo, hace que siga siendo rentable la comisión del ilícito.

Desde nuestra perspectiva, la manera mas eficaz de superar algunos de los problemas actuales (desde luego, no todos) y mejorar la situación de palpable insuficiente protección de la propiedad intelectual sería encontrar una fórmula para la tipificación jurídico-penal de la conducta dolosa de la difusión de enlaces a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual, sin consentimiento expreso o tácito de su legítimo titular, especialmente cuando los hechos cursen con ánimo de lucro y en perjuicio de ese titular⁴⁸. En tal propuesta resultaría indiferente si el enlace permite obtener directamente el contenido (por permitir el acceso a servidores del tipo *Megaupload*) o su repro-

cauce previsto en la LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales (art. 38 LOPJ); vid. J. Damián Moreno, «Consideraciones entorno al procedimiento previsto para el cierre de páginas web...», *op. cit.* p. 3.

⁴⁶ Permítasenos la cita de nuestro trabajo «Daños punitivos: Análisis desde una perspectiva jurídico-penal. Al mismo tiempo reflexión sobre las garantías en fenómenos materialmente sancionatorios», *Límites entre el Derecho sancionador y el Derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, (M. Gómez Tomillo, dir.), Ed. Lex Nova, 2012, pp. 21 y ss.

⁴⁷ Hemos sostenido en otro lugar que no se trata propiamente de daños punitivos. Ampliamente sobre el tema vid. E. Serrano Gómez, «Los daños punitivos en la propiedad intelectual», *op. cit.*, especialmente pp. 85 y ss., quien no descarta *de lege ferenda* su introducción (p. 88).

⁴⁸ Critica un teórico principio de *free link*, J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, pp. 122-123, donde parece aceptar la intervención del Derecho penal ante excesos.

ducción mediante la técnica conocida como *streaming*. Desde nuestro punto de vista, la tipificación jurídico-penal debería alcanzar también a quien proporciona públicamente el enlace a redes P2P, con lo que se superaría la situación actual en la que para algunos ni siquiera se estima el hecho constitutivo de un ilícito civil⁴⁹.

Obviamente el criterio político-criminal apuntado, hasta donde alcanzamos, no es frecuente en nuestro medio, pese a que, de hecho, como hemos expuesto, una línea jurisprudencial minoritaria viene aceptando la punibilidad de tales conductas ya con el Derecho vigente. Nuestra propuesta pretende zanjar definitivamente la cuestión. No parece que con ello se contrariase el principio de *ultima ratio* característico del Derecho penal. Por una parte, estimamos que la propiedad intelectual constituye un bien jurídico que debe ser tutelado por medio del Derecho penal, lo cual es escasamente cuestionado en la actualidad. Por otra, se trataría de crear un delito de aptitud abstracta; proporcionar enlaces como los descritos constituye una acción apta para que se genere una situación de riesgo para los derechos de propiedad intelectual ajena. Finalmente, tal decisión llevaría aparejada un ulterior efecto beneficioso. Las compañías que insertan publicidad en tales páginas probablemente estarían incentivadas a dejar de hacerlo, puesto que siempre puede recaer sobre ellas la acusación de complicidad en el delito⁵⁰. Esto último plantea el interesante problema desde el punto de vista penal de si cabe la responsabilidad de la persona jurídica por complicidad en un delito susceptible de ser imputado a otra persona jurídica⁵¹.

Debe tenerse en cuenta que la propuesta aquí formulada deja a salvo a los llamados motores de búsqueda del tipo de *google*. En definitiva, lo que se está propugnando es punir a quien publicita el enlace que lleva directamente al contenido protegido, no a quien proporciona el enlace que lleva a páginas web. La acción de proporcionar enlaces a tales páginas que, a su vez, pueden bien contener directamente el contenido o proporcionar el enlace al contenido alojado por un tercero debería seguir siendo impune⁵². Entiendo que en estos últimos

⁴⁹ Piénsese en la red de intercambio *BitTorrent*, la cual, al contrario que otras redes de intercambio, no incluye ningún mecanismo de búsqueda de archivos. Los usuarios de *BitTorrent* deben localizar por sus propios medios los archivos torrent que necesita el protocolo. Normalmente, estos archivos pueden descargarse desde las páginas web como *thepiratebay*. Sobre la cuestión civil, vid., por todos, R. Sánchez Arísti, «Enlaces a contenidos que infringen derechos de propiedad intelectual...», *op. cit.*, *passim*.

⁵⁰ Ninguna duda cabe de que incentivar económicamente una acción típica, incrementa el riesgo de que aquélla tenga lugar, por lo que se incide directamente en el concepto técnico de complicidad; al respecto, vid. M. Gómez Tomillo, *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, arts. 28 b) y 29.

⁵¹ Nos hemos pronunciado a favor de tal posibilidad en nuestra *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, pp. 176 y ss.

⁵² Nuevamente el art. 17 LSSI entiendo que sólo es operativo al margen del Derecho penal; en cualquier caso, vid. sobre la cuestión I. Garrote Fernández-Díez, «Acciones civiles contra los prestadores de servicios...», *op. cit.*, pp. 100 y ss.

casos ni siquiera cabría acudir a una cooperación necesaria o complicidad por múltiples razones que no es preciso detallar, pero que van desde la ausencia de riesgo prohibido a la falta de los necesarios requisitos subjetivos y, concretamente, del llamado doble dolo del cómplice.

En todo caso, el concreto alcance de la figura delictiva sugerida debe ser cuidadosamente perfilado para evitar un excesivo alcance del tipo. De esta forma, por ejemplo, no se debe captar el excepcional caso de un enlace de superficie⁵³ no consentido a otras páginas web que, sin embargo, rechazan el ser enlazadas, mediante una prohibición expresa o la adopción de medidas tecnológicas a tal efecto⁵⁴. Del mismo modo, no parece que un enlace profundo que se estime que vulnera un derecho de propiedad intelectual, *per se*, deba determinar la presencia de un ilícito penal⁵⁵. Finalmente, entre otras cautelas, no debe merecer igual consideración jurídico-penal la difusión puntual de un enlace, por ejemplo en un *blog*, que la sistemática realización de tal actividad en una página inequívocamente dedicada a tales menesteres. En el primer caso, probablemente, sería suficiente con la tipificación de una simple falta que incluso podría ser perseguida tan sólo a instancia de parte.

Alternativamente, podría establecerse una infracción administrativa. Como es evidente, la delimitación político-legislativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es muy discutible⁵⁶. No obstante, si se estima que, sobre la base del principio de *ultima ratio*, no debería intervenir el Derecho penal en esta materia, nada debería obstaculizar a la creación de una infracción administrativa. De esta última manera, se garantizaría una más ágil intervención del Estado ante hechos de esta naturaleza, aunque se perdería contundencia. Al mismo tiempo, tal actuación sería más coherente con la atribución de competencias a la Administración en este campo que la actual solución. No obstante, la construcción de una infracción administrativa debería ser respetuosa con la exigencia de taxatividad (obviamente tam-

⁵³ Entendido como el enlace a una página inicial de un *website*: vid., por todos, J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, pp. 35 y 123.

⁵⁴ Vid. J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, p. 125, quien rechaza que el titular de los derechos exclusivos de una página web tenga amparo legal en el derecho de propiedad intelectual en sentido estricto para prohibir un enlace de este tipo.

⁵⁵ Nos referimos a los que dirigen al usuario hacia una de las páginas interiores de una website ajena, evitando el paso por la página principal (vid., por todos, J.F. Ortega Díaz, *Los enlaces en Internet*, *op. cit.*, pp. 35 y 126, quien estima que se trata de una práctica que vulnera derechos de propiedad intelectual y, concretamente, tanto el de comunicación pública, así como el derecho a la integridad de la obra (art. 14.4 LPI). A tal efecto, se argumenta con la idea de que, por una parte, no se respeta el orden establecido por el creador de la página y, por otro, se le puede causar un perjuicio al evitar, por ejemplo, la publicidad que eventualmente pudiera estar insertada en la página de inicio (id., p. 127, donde proporciona ulteriores referencias).

⁵⁶ Por todos vid. M. Gómez Tomillo; I. Sanz Rubiales, *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, *op. cit.*, Cap. 2, apdo. 7; P. Rando Casermeiro, *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia, 2010, *passim*.

bién con el resto de garantías, como culpabilidad, proporcionalidad, etc.), y debería llevar aparejada la presencia de un procedimiento sancionador en sentido estricto, no agotándose en la mera referencia legal al artículo 135, como ocurre en la actualidad.

La simple sanción administrativa de la difusión de enlaces en los casos que nos ocupa parece claro que resultaría menos eficaz que la tipificación jurídico-penal. Por una parte, no parece cuestionable que el Derecho penal posee un efecto preventivo general más intenso que el Derecho administrativo sancionador. Por otra, en este último sector del ordenamiento jurídico no hay sanción para los partícipes, cómplices o cooperadores necesarios. En consecuencia, no habría posibilidad de sancionar a las compañías que insertaran publicidad en páginas de esta naturaleza. Este último obstáculo, sin embargo, puede superarse, si es que se desea una extensión de lo punible, sancionando también como infracción administrativa autónoma a tales empresas, siempre que, desde nuestra perspectiva, se acredite la existencia de dolo. Finalmente, si tan sólo de una infracción administrativa se tratase, existirían importantes restricciones a la hora de investigar los hechos.

Desde nuestra perspectiva, pues, resulta más oportuna la respuesta jurídico-penal. En el escenario propuesto, el papel de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual debería reducirse simplemente a asegurarse de que concurren los necesarios requisitos de dolo para la punición jurídico-penal de la conducta. A tal efecto, sería suficiente con que se limitase a enviar un aviso de que aloja ilícitamente contenidos sometidos a derechos de propiedad intelectual (o de que se están proporcionando enlaces ilícitos), tras un procedimiento análogo al actual que no requeriría intervención judicial. Entiendo que, con ello, incluso en la versiones más exigentes, sería suficiente para estimar presente, cuanto menos, dolo eventual. Por consiguiente, no debería otorgársele el papel de impulsar medidas de cierre de páginas o, como mucho, actuaría para hacer frente a los supuestos en los que los proveedores de servicios operan en el extranjero.

Obviamente con la propuesta aquí sugerida no se acabaría con la mal llamada piratería, toda vez que permanecería sin resolver, precisamente, el problema de los servidores que se encuentran en el extranjero y, especialmente, en países no cooperadores, y que, por ejemplo, no conceden la extradición por estos delitos, al tiempo que poseen una legislación en la materia más tolerante. Sin embargo, la solución a ese problema requiere de acciones de política internacional que van más allá de nuestras posibilidades. En todo caso, de los artículos 2, 3 y 4 LSSI se desprende que con independencia del lugar desde el que se preste el servicio, la Comisión de Propiedad Intelectual puede actuar si entiende que el servicio está destinado específicamente al público español. Incluso cuando ése no sea el caso y se encuentren en el extran-

jero cabe ordenar a los prestadores de servicios españoles que impidan el acceso desde España (art. 11.4 LSSI)⁵⁷.

Evidentemente ni con la creación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, ni con la propuesta aquí efectuada se atajaría el uso de redes P2P puras⁵⁸. En cuanto a estas últimas, existe un amplio acuerdo en que el uso individual de tales redes en la actualidad no posee relevancia penal y que tampoco debe ser criminalizada. Esto último, probablemente, constituiría un esfuerzo inútil, por múltiples razones (entre otras, la dificultad de prueba, vinculada a la escasa gravedad del hecho aislado y al derecho al secreto de las comunicaciones⁵⁹, etc.). En cualquier caso, la punición de la difusión de enlaces contribuiría a limitar su impacto.

⁵⁷ Vid. sobre el particular M.A. Michinel Álvarez, «La peligrosa vocación extraterritorial de la Ley Sinde», *Actas de derecho industrial y de derecho de autor*, vol. 31, 2010-2011, 301-318.

⁵⁸ De la misma opinión son, por ejemplo, B. Cortés Fernández; P. Merry Monereo; I. Cárdenas Artola, «La Ley Sinde: funciones y disfunciones», *op. cit.*, p. 105.

⁵⁹ Vid., por ejemplo, A. Saiz Garitaonandia, «Algunas notas sobre el secreto de las comunicaciones personales y la posible intervención de las mismas», *Derecho penal informático* (J. De la Cuesta Arzamendi, dir.), Thomson-Civitas, 2010, pp. 281 y ss.; M. Durán Rivacoba; V. García Llerena, «Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de internet», *op. cit.*, *passim*.