

Acciones civiles y penales contra los sitios web de enlaces infractores de derechos de propiedad intelectual

Juan Palomino Segura

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
ECONÓMICO E INVESTIGACIONES

Andy Ramos Gil de la Haza

Counsel de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE PROPIEDAD INTELECTUAL,
INDUSTRIAL Y TECNOLOGÍA

Guillermo Meilán Iglesias

Abogado de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL
ECONÓMICO E INVESTIGACIONES

I. Introducción	76
II. La calificación jurídica del hipervínculo y el concepto de “comunicación pública”: la Ley 23/2006 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	77
III. Acciones civiles contra las páginas de enlace	83
1. Infracción directa de derechos de propiedad intelectual	83
2. Acciones dirigidas a intermediarios	86
IV. La persecución penal de los delitos relativos a la propiedad intelectual: la actividad de las webs de enlaces como fenómeno delincuencia	88
1. La extensión del tipo del artículo 270.2 del CP	89
2. La necesaria remisión a la LSSI y la relevancia del “conocimiento efectivo de la ilicitud”	90
3. El “ánimo de lucro” como elemento determinante del delito	91
4. ¿Ha supuesto la reforma del CP de 2015 una declaración implícita de la atipicidad de las conductas acaecidas con anterioridad?	93
V. Conclusiones	94

Índice



Resumen: La actividad desarrollada a través de las conocidas como *webs de enlaces* ha facilitado el acceso a obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, sin contar con la preceptiva autorización de sus titulares. Durante más de una década, la numerosa jurisprudencia existente, tanto en el orden civil como en el penal, no fue capaz de dar una respuesta unívoca a la cuestión. A pesar de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha manifestado en diferentes resoluciones sobre la naturaleza jurídica de un enlace de hipertexto, y de la modificación del artículo 270 del Código Penal en 2015, la cuestión sigue siendo controvertida, en especial en el orden penal y por nuevos comportamientos que llevan a cabo los infractores de derechos de propiedad intelectual.

Abstract: The activity carried out through so-called link websites has facilitated access to works and other subject matters which are protected by copyrights, without the corresponding authorisation of their owners. For more than a decade, abundant civil and criminal case law has not been able to give a univocal answer to the issue. Despite the fact that the Court of Justice of the European Union has expressed its opinion on the legal nature of a hypertext link, and the amendment of article 270 of the Criminal Code in 2015, in various decisions, the issue remains controversial, especially in the criminal order and in light of new forms of behaviour of copyright infringers.



Palabras clave: Infracción, propiedad intelectual, enlace, delito, penal, página web, tecnologías de la información, plataformas de intercambio de archivos, intermediario, Internet, comunicación pública, descarga, autorización, titular, ánimo de lucro.

Keywords: Infringement, copyright, link, offence, criminal, website, IT, file-sharing platforms, communication to the public, download, authorisation, rightholder, economic gain.

Acciones civiles y penales contra los sitios web de enlaces infractores de derechos de propiedad intelectual¹

I. Introducción

A lo largo de la historia, los autores de obras creativas y la industria cultural y del entretenimiento han estado muy condicionados por la evolución tecnológica, tanto en su vertiente positiva, ya que el disfrute de contenidos musicales o audiovisuales mejoraba gracias a nuevos dispositivos y formatos, como en la negativa, puesto que cada salto tecnológico traía consigo nuevos retos para que los titulares de derechos pudiesen ejercitar sus derechos exclusivos sin injerencias. El sector del entretenimiento es, quizá, uno de los más dinámicos y cambiantes que existen, ya sea por el cambio de hábito de los consumidores, por la actualización tecnológica constante o por su inherente inquietud creativa. Esto le ha obligado a una perpetua reivindicación para contar con leyes que protegiesen los derechos de propiedad intelectual de manera adecuada a cada momento histórico y tecnológico y, posteriormente, para que la normativa fuese correctamente aplicada por los tribunales.

El primer gran desafío tecnológico al que tuvo que enfrentarse la industria cultural fue la popularización de las primeras impresoras, que permitían la realización de copias exactas de obras literarias de manera no industrial a un precio muy asequible. Posteriormente, en la década de los años 70 y 80 del siglo pasado, las industrias musical y cinematográfica tuvieron que adaptarse ante la comercialización de los primeros aparatos de grabación domésticos en cinta magnética (los conocidos casetes musicales o los soportes Betamax o VHS) que, si bien abrieron un nuevo mercado (el *home video*), también trajeron consigo la posibilidad de realizar copias caseras de obras de entretenimiento. Igualmente, en esta época se extendieron en determinadas regiones los llamados vídeos comunitarios, que suponían una suerte de red de difusión desplegada en una zona o edificio específico, a través de los cuales sus operadores facilitaban el disfrute de canales de televisión de pago o los últimos estrenos cinematográficos a cambio de un precio.

No obstante, la tecnología que, sin lugar a dudas, ha provocado una mayor perturbación del sector del entretenimiento ha sido la extensión del uso de ordenadores personales y la implantación generalizada de Internet, que permiten, respectivamente, realizar copias de canciones y películas casi fieles a la fuente original y ser compartidas con prácticamente cualquier persona en cualquier parte del mundo, al no existir soporte tangible. En un primer momento fue la tecnología *peer-to-peer* ("P2P"²) la que abrió la puerta a los usuarios al intercambio masivo de archivos con obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, simultaneándose con la explotación, generalmente comercial, de sitios de Internet donde sus administradores facilitaban a sus visitantes, a través de hiperenlaces de textos (*links*), el acceso a archivos alojados en grandes servidores de Internet (en el argot, *cyberlockers*).

1 Este artículo pretende reflejar el estado de la cuestión, sin mostrar necesariamente la opinión de sus autores ni la posición del Despacho en el que trabajan. Cada caso necesitará un análisis particular de las circunstancias aplicables al mismo.

2 No ahondaremos sobre las mismas al no ser el objeto de este artículo, si bien recomendamos el trabajo de SÁNCHEZ ARISTI, R., *El intercambio de obras protegidas a través de las Plataformas Peer-to-Peer*, Instituto de Derecho de Autor (2007), ISBN: 978-84-936087-3-6.

Estos desafíos a los derechos exclusivos de autores, productores y artistas fueron resolviéndose a través de la aprobación de límites a sus derechos de explotación³, con la promulgación de nuevas leyes y recursos jurídicos⁴ que protegían de manera tuitiva los derechos de dichos titulares, y mediante sentencias judiciales⁵ que trataban de interpretar la normativa existente ante estos nuevos fenómenos sociales provocados por la tecnología.

En este contexto, durante casi dos décadas, el legislador y los tribunales han moldeado la consideración jurídica de los enlaces de Internet, que son instrumentos básicos para su propio funcionamiento, así como las consecuencias por la utilización de estos para, de alguna forma, infringir derechos de terceros, todo lo cual será objeto de análisis en el presente trabajo.

II. La calificación jurídica del hipervínculo y el concepto de “comunicación pública”: la Ley 23/2006 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como es bien conocido, el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (“LPI”) otorga derechos exclusivos a los titulares reconocidos en la misma o a sus cesionarios. De esta forma, cualquier explotación de una obra o prestación requiere la autorización de sus legítimos titulares, ya sea mediante reproducción, distribución, comunicación pública o transformación, salvo que la misma pueda ampararse en cualquiera de los límites reconocidos en los artículos 31 a 40 LPI. Si bien no resultó arduo calificar jurídicamente determinadas conductas ocurridas en Internet, al ser palmariamente infractoras de derechos de propiedad intelectual, otras, como argumentamos, fueron más complejas, entre las que se incluyen el establecimiento de enlaces a obras y prestaciones puestas a disposición a través de la Red.

Así, el hecho de copiar en un servidor de Internet obras musicales o audiovisuales para, posteriormente, facilitar su acceso a cualquier usuario de la red suponía, sin lugar a dudas, la vulneración de los derechos de reproducción y comunicación pública de los titulares de las mismas, reconocidos en los artículos 18 y 20 LPI, y, si existía ánimo de lucro, en el artículo 270 del Código Penal (“CP”). Sin embargo, la cuestión no era tan clara respecto, no a estos archivos puestos a disposición en Internet, sino a los enlaces que dirigen a los mismos, los cuales constituyen una suerte de coordenadas de localización compuestos de pocos *bits* de información dispuestos de manera textual. A través de dicho enlace, un usuario podía conocer dónde se encontraba alojada⁶ una copia de una canción, libro, película o serie de televisión, para acudir a ella y proceder a su visionado o descarga.

Desde un punto de vista técnico, un enlace (también denominado hiperenlace o *link*) es un elemento, generalmente código en formato HTML, que establece una

3 Como el límite de copia privada, recogido en el artículo 31.2 LPI.

4 De hecho, desde el año 2003 se han aprobado hasta doce modificaciones de la LPI, contando prácticamente todas ellas con mecanismos para luchar contra la denominada *piratería digital*, y se han introducido cambios en el Código Penal hasta en tres ocasiones, también con el objetivo de disminuir el impacto de la explotación no autorizada de obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual.

5 Las más relevantes, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los casos *Svensson* y *GSMedia*, que desarrollaremos más adelante.

6 Si bien, generalmente, el enlace dirige a una copia alojada en un servidor de Internet, no siempre es así, ya que dicho localizador puede apuntar, además, hacia el disco duro del ordenador personal de un usuario conectado a una red P2P (por ejemplo, eDonkey 2000 o BitTorrent).

referencia a un recurso disponible en Internet, ya sea en la propia *World Wide Web* o en otro tipo de redes, como *ed2k* o *BitTorrent*. De esta forma, a través de un enlace, su proveedor facilita a cualquier usuario de la red la localización de un recurso específico, ya sea este un archivo de texto, audiovisual, sonoro, un programa de ordenador o de cualquier otro tipo.

7 SÁNCHEZ ARISTI, R., "Enlazadores y Seudoenlazadores en Internet: del rol de intermediarios hacia el de proveedores de contenidos que explotan obras y prestaciones intelectuales" en *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, ISSN 2174-1840, Vol. 2, Nº. 5 (septiembre), 2012, págs. 91-135.

8 Según la LPI, la *comunicación pública* es "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. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo".

9 Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la LPI.

10 Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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.

11 Nos referimos en concreto a las modalidades de *transmisión o retransmisión* "por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo", contempladas en los apartados d) y e) del artículo 20.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, ahora en los apartados e) y f) del mismo artículo de la LPI.

Por otro lado, no hay una sola tipología de enlaces, sino que, según sus características, tendrán una naturaleza u otra. Aunque no existe una clasificación unificada sobre los tipos de enlaces existentes, cierta doctrina española⁷ ha distinguido, principalmente y en relación a la forma en la que se ponen a disposición del usuario dichos recursos de una red de cualquier tipo, tres categorías: enlaces de superficie, enlaces profundos y enlaces ensamblados. Según esta clasificación, el primer tipo es el que dirige a un usuario a la página principal de otro sitio web; el enlace profundo es aquel que conecta con un recurso interno dentro del mismo; y, finalmente, el enlace ensamblado permite transcluir o embeber un elemento alojado en un servidor ajeno (vídeos, fotografías, audios, etc.) en el propio sitio web del enlazador, dando la apariencia al usuario de que dicho recurso incrustado es propio de dicho sitio web, cuando la realidad es que, como decimos, se encuentra ahí gracias a un enlace.

La interpretación del concepto de enlace ha constituido el mayor escollo para conseguir que los responsables de estos sitios web pudieran ser condenados en sede civil o penal. Aunque la LPI contenía ya desde su entrada en vigor en 1987 una definición clara del concepto de comunicación pública en su artículo 20.1⁸, el problema radicaba en que ninguna de las modalidades descritas en el apartado segundo de dicho artículo daba encaje específico al mero acto de facilitación de una obra o prestación en Internet hasta que la norma fue reformada en 2006.

Así, la Ley 23/2006⁹ traspuso la Directiva 2001/29/CE¹⁰, que tipificó expresamente, además de otros actos ocurridos a través de Internet que ya tenían reflejo en la norma¹¹, la mera puesta a disposición de obras y prestaciones como una modalidad más del derecho exclusivo de comunicación pública, mediante la redacción dada a la letra i) del artículo 20.2 LPI: "son actos de comunicación pública (...) 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".

Una adecuada redacción de los derechos exclusivos era imperativa, no solo a los efectos de las posibles acciones civiles ante infracciones de derechos de propiedad intelectual, sino también para acciones ante el orden penal. En este sentido, la construcción del artículo 270 CP obligaba a acudir a determinada legislación especial para interpretar el contenido de los elementos normativos del tipo¹²

12 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª) núm. 590/2010, de 28 de septiembre de 2010 [ARP 2011\64]: "(...) Siendo este precepto un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales".

(como la LPI y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (“LSSI”¹³), a lo que se unía el hecho de que el Tribunal Supremo había ya desarrollado jurisprudencialmente, años atrás, un concepto amplio de “comunicación pública”, que pretendía dar cabida en el mismo a todo tipo de conductas que la tecnología pudiera prever en un futuro¹⁴.

Aunque parecía que, con ello, el problema quedaba resuelto, sin embargo, la realidad era la falta de unanimidad respecto a la naturaleza jurídica de un enlace de texto, tanto en el orden civil como penal. Esta situación produjo, de facto, la proliferación de numerosos pronunciamientos judiciales contradictorios. Por un lado, se sucedían decisiones judiciales que entendían que la actividad de enlace no tenía relevancia jurídica a estos efectos por no concurrir el elemento de “comunicación pública” antes referido¹⁵. Por el otro, se creó una corriente jurisprudencial¹⁶ que sí condenaba estas conductas al considerar que las mismas eran actos por los cuales una pluralidad de personas accedían a obras y prestaciones creativas, siempre que la actividad desarrollada por los autores de los hechos comportara algún tipo de ordenación o clasificación de los contenidos que se ponían a disposición del público –lo que, por otro lado, sucedía en la inmensa mayoría de las ocasiones–.

La interpretación de este último grupo de pronunciamientos judiciales se vio confirmado por el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en el asunto C-466/12, con sentencia de 13 de febrero de 2014¹⁷, en el denominado caso *Svensson*¹⁸. En él, el TJUE resolvió una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de apelación de Svea (Suecia), en la que, entre otras cosas, se preguntaba “si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?”.

16 Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria (Sección 1ª) núm. 40/2008, de 18 de febrero de 2008 [ARP\2008\262]; Vizcaya (Sección 1ª) núm. 530/2011, de 27 de septiembre de 2011 [ARP\2011\1213]: “la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno”; y Valencia (Sección 4ª), núm. 40/2014, de 20 de enero de 2014 [ARP\2014\179]: “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 limitaban 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 este sentido entendemos con los recurrentes que está actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP”, entre otros.

17 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), asunto C-466/12, de 13 de febrero de 2014; Nils Svensson y otros c. Retriever Sverige AB. ECLI:EU:C:2014:76.

13 Esta ley traspone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre comercio electrónico. Para eximir de responsabilidad a un prestador de servicios que facilite enlaces a otros contenidos, el artículo 17 LSSI exige que (i) dicho prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; o (ii) si tiene dicho conocimiento, que actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

14 Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 876/2001, de 19 de mayo de 2001 [RJ 2001\9955]: “(...) lo verdaderamente integrador del tipo es la modalidad de comunicación pública, que se puede llevar a efecto por cualquiera de los medios descritos con anterioridad e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro”.

15 Autos de las Audiencias Provinciales de Madrid (Sección 2ª) núm. 582/2008, de 11 de septiembre de 2008 [ARP 2008\498]; (Sección 23ª) núm. 554/2010, de 11 de mayo de 2010 [JUR 2010\298807]; (Sección 2ª) núm. 369/2011, de 30 de junio de 2011 [JUR 2011\287705]; de Álava (Sección 2ª) núm. 52/2012, de 3 de febrero de 2012 [ARP 2012\219]; de A Coruña (Sección 1ª) núm. 22/2013, de 8 de enero de 2013 [JUR 2013\22001]; o de León (Sección 3ª) núm. 67/2014, de 20 de enero de 2014 [ARP 2014\22], entre otros.

El TJUE respondió con rotundidad que “el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de “puesta a disposición” y, en consecuencia, de “acto de comunicación” en el sentido de la referida disposición¹⁹”. Sin embargo, según el Tribunal, no toda acción de enlazar constituía un acto de explotación que requería la autorización de los derechos de propiedad intelectual de la obra o prestación enlazada, lo cual, por otro lado, hubiese puesto en peligro la naturaleza misma de Internet, en la que la labor de enlazar es intrínseca en su propia arquitectura. De esta forma, y siguiendo la tendencia marcada en asuntos anteriores²⁰, el TJUE consideró que para que existiese una comunicación al público en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE, además, era necesario que un acto de comunicación (un enlace) se realizase con la misma técnica a la comunicación inicial (es decir, a través de Internet) y que se dirigiese a un “público nuevo”, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público.

18 Este caso no versaba sobre una página donde se disponían, de manera ordenada y sistematizada, enlaces que dirigían hacia obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, sino que fue iniciado por unos periodistas que publicaron en la página de Internet del periódico Göteborgs-Posten, en abierto, una serie de artículos que, posteriormente, fueron enlazados por el demandado, Retriever Sverige, mediante links que permitían al internauta acceder a dichos artículos publicados por el medio.

19 Apartado 20 de la sentencia.

20 Véanse la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05; el auto de 18 de marzo de 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09; y la sentencia ITV Broadcasting y otros, C-607/11.

21 Apartado 23 de la sentencia.

22 En el sentido del punto 40 del asunto C-306/05, citado *supra* en nota el pie 20.

De esta forma, a través del concepto “público nuevo”, el TJUE estableció en qué casos el acto de enlazar suponía una explotación de derechos de propiedad intelectual, en concreto una puesta a disposición de, en nuestro caso, el artículo 20.2.i) LPI, que requería de la autorización del titular de la obra o prestación enlazada. Así, mientras que todo enlace supone un acto de comunicación y mientras que quien establece enlaces que permiten a un número indeterminado de destinatarios potenciales acceder a una obra realiza una “comunicación a un público²¹”, dicha conducta únicamente será un acto de puesta a disposición cuando se permita acceder a la obra a un “público nuevo”, que no coincide con el previsto para el acto de comunicación original de la misma²².

Sin embargo, el TJUE no resolvió explícitamente²³ en este asunto qué ocurría cuando se establecía un enlace hacia un recurso de Internet protegido por derechos de propiedad intelectual y puesto a disposición sin la preceptiva autorización de sus titulares de derechos. Dicha cuestión se planteó poco después, en el asunto C-160/15, resuelto mediante sentencia de 8 de septiembre de 2016, en el llamado caso *GS Media*²⁴, por una cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Tribunal Supremo de los Países Bajos), en el que se debía resolver si la acción de enlazar hacia un archivo informático alojado en un *cyberlocker*, que contenía determinadas fotografías protegidas por derechos autor y

23 Aunque, desde nuestro punto de vista, sí implícitamente, precisamente al establecer la Sala Cuarta del TJUE, en el Apartado 24 de la sentencia, que el concepto de *público nuevo* incluye a todo aquel no tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial. En tanto en cuanto no se da el presupuesto inicial de una comunicación autorizada por el titular de derechos de la obra en cuestión, todo *público* que acceda a la misma *será nuevo*, al no haber sido tomado en consideración por los titulares correspondientes.

24 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), asunto C-160/15, de 8 de septiembre de 2016; *GS Media BV y Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker*. ECLI:EU:C:2016:644.

que habían sido facilitadas en dicho servidor sin autorización de sus legítimos titulares, suponía una “comunicación pública”. En esencia, el tribunal neerlandés preguntó, mediante sus tres cuestiones prejudiciales, que se dilucidase si, y en qué circunstancias, el hecho de colocar en un sitio de Internet un hipervínculo que remite a obras protegidas, disponibles libremente en otro sitio de Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor, constituye una “comunicación al público” en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE.

Como no podía ser de otra forma, el TJUE siguió la tendencia marcada en los asuntos anteriores, si bien introdujo nuevos elementos ante tales actos de enlazado hacia obras o prestaciones no autorizadas en origen por el titular de derechos, los cuales han sido duramente criticados por la doctrina²⁵. En el caso *GS Media*, el TJUE hizo un repaso a su jurisprudencia reciente en materia de “comunicación pública”, destacando, además del concepto “público nuevo” del caso *Svensson*, dos aspectos que habían sido enunciados en asuntos anteriores, pero que ahora establecían como esenciales en este tipo de actuaciones: (i) el papel ineludible del usuario junto con el carácter deliberado de su intervención²⁶; y (ii) el carácter lucrativo de una comunicación al público²⁷.

Hasta esta sentencia, los componentes cognoscitivos y volitivos (dolo) y la finalidad económica (ánimo de lucro) eran elementos ajenos a las infracciones en materia civil²⁸ de derechos de propiedad intelectual, es decir, existía una infracción de derechos cuando se explotaba una obra, sin perjuicio del ánimo de infringir los mismos o de obtener una ventaja económica con ello. Sin embargo, el TJUE, en el caso *GS Media*, y en relación a los enlaces de hipertexto en Internet, consideró que ambos aspectos, además del resto establecidos en asuntos anteriores, debían tenerse en consideración al analizar si ha existido una “comunicación pública”.

Consecuentemente, el TJUE estableció que, en cada caso particular, “cuando la colocación del hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de Internet la realiza una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que esta persona no sepa, y no pueda saber razonablemente, que dicha obra había sido publicada en Internet sin la autorización del titular de los derechos de autor”²⁹. Como decimos, dicho componente cognoscitivo era ajeno al derecho de autor, si bien parecía heredado del régimen de exención de responsabilidad establecido en la Directiva 2000/31/CE, que establecía la responsabilidad de un prestador de servicios de intermediación, respecto de ciertas conductas de terceros, cuando tuviesen “conocimiento efectivo” de las mismas.

La misma relevancia tiene el desigual régimen que establece el TJUE cuando el enlazador tiene o no una finalidad económica, ya que cuando existe ánimo de lucro establece que cabe esperar del mismo una mayor diligencia para asegurarse de que la obra o prestación enlazada no se ha puesto a disposición de manera ilegal, estableciendo una presunción iuris tantum respecto de la existencia de un acto no autorizado de comunicación pública al enlazar a la misma³⁰. Esta presunción podría romperse si el enlazador con ánimo de lucro consigue demostrar

25 Incluyendo a GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El concepto autónomo de «comunicación al público» en la jurisprudencia del TJUE”, en *Revista Pe.I.* (2019) núm. 61, pág. 53 y ss.

26 Apartado 35 de la sentencia.

27 Apartado 38 de la sentencia.

28 No así en el orden penal que, como veremos más adelante, sí exige ambos elementos para que una determinada conducta pueda enmarcarse en el tipo del artículo 270 CP.

29 Apartado 47 de la sentencia.

30 Apartado 51 de la sentencia.

que no conocía, ni razonablemente podía conocer, que el archivo al que enlazaba había sido puesto a disposición en origen sin autorización de sus correspondientes titulares de derechos.

Esta solución finalista del TJUE a la cuestión de los enlaces de hipertexto, como decimos, ha sido duramente criticada por la mayor parte de la doctrina española³¹, al dejar la existencia del propio acto de “comunicación pública” a factores externos al mismo, algo inédito en los derechos de autor. Es decir, hasta la resolución de dichas cuestiones prejudiciales, un acto de explotación dependía de las circunstancias fácticas del propio acto. Sin embargo, ahora habrá una “comunicación al público”, inicialmente solo en el contexto de enlaces de Internet, según haya o no conocimiento sobre el carácter ilícito del contenido al que se enlaza, el cual se presume o no dependiendo del contexto en el que se dé, según la finalidad lucrativa o no del enlazador.

El tratamiento que ha realizado el TJUE se completa con otras dos resoluciones judiciales, las relativas a los asuntos C-527/15³² y C-610/15³³, ambos propiciados por Stichting Brein, fundación neerlandesa dedicada a la defensa de los intereses de los titulares de derechos de autor, en los que se cuestionaba la existencia de actos de comunicación pública por, respectivamente: (i) la venta de dispositivos que tenían precargados enlaces que permitían el acceso a sitios de Internet de difusión ilícita de contenidos por *streaming*; y (ii) la gestión en Internet de una plataforma de intercambio que, al indexar metadatos relativos a obras protegidas y proporcionar un motor de búsqueda, permitía a los usuarios de esa plataforma localizar dichas obras e intercambiarlas en una red entre pares (P2P).

En ambos casos, la respuesta del TJUE fue afirmativa, ampliando los actos de comunicación pública incluso a actividades de venta de dispositivos con enlaces precargados y de gestión de plataformas donde los enlazadores son, de facto, terceros, si bien en donde los responsables tanto de la venta de los aparatos, como de la administración del sitio web tienen un rol activo³⁴ respecto al acceso de obras y prestaciones protegidas. Esta posición extensiva y tuitiva del TJUE respecto a los derechos de autor contrasta con otras resoluciones, también recientes, donde ha limitado el concepto de “comunicación pública”, no considerando su existencia, por ejemplo, en las salas de espera de consultas odontológicas³⁵ o en vehículos de alquiler³⁶.

31 Incluyendo a SÁNCHEZ ARISTI, R., “La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [caso *Svensson*])”, en *Revista Pe.I.* (2014) núm. 46, págs. 45 - 95 y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., “El concepto autónomo de “comunicación al público” en la jurisprudencia del TJUE”, en *Revista Pe.I.* (2019) núm. 61, pág. 53 y ss.

32 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 26 de abril de 2017; *Stichting Brein y Jack Frederik Wullems*. ECLI:EU:C:2017:300.

33 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 14 de junio de 2017; *Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV*. ECLI:EU:C:2017:456.

34 Recuerda esta argumentación al también notorio asunto C-324/09 del TJUE, en cuya sentencia, de 12 de julio de 2011, se estableció que cuando un prestador de intermediación tenía un papel activo en una conducta de un tercero, debía responder de ella, aunque no tuviese “conocimiento efectivo” específico de la misma.

35 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera), de 15 de marzo de 2012; *Società Consortile Fonografici (SCF) y Marco Del Corso*. ECLI:EU:C:2012:140.

36 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), de 2 de abril de 2020; *Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå u.p.a. (Stim), Svenska artisters och musikers intresseorganisation ek. för. (SAM) y Fleetmanager Sweden AB, Nordisk Biluthyrning AB*. ECLI:EU:C:2020:268.

Sea como fuere, la realidad es que, tras varios años de discusión doctrinal y de sentencias judiciales contradictorias, gracias a la interpretación del TJUE del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE respecto a los enlaces de Internet, en la actualidad se puede trazar una línea suficientemente clara respecto si la provisión de enlaces supone un acto de “comunicación pública” o si, por el contrario, dicha actividad es neutra desde el punto de vista de derechos de autor. De esta forma, todo enlace supone un acto de comunicación, si bien no tendrá el carácter de “pública”, salvo que se dirija a un colectivo diferente al pretendido inicialmente por el titular de derechos. Asimismo, no se consumará el acto cuando el enlazador no tenía conocimiento del posible origen ilícito del archivo enlazado, conocimiento que se presume en aquellas circunstancias en las que dicha provisión de *links* tiene un ánimo de lucro.

A pesar de todo lo descrito anteriormente, en nuestro país se siguieron sucediendo pronunciamientos de juzgados y audiencias provinciales contrarios a castigar, al menos penalmente, este tipo de comportamientos³⁷, como veremos en el apartado IV del presente trabajo.

III. Acciones civiles contra las páginas de enlace

1. Infracción de derechos de propiedad intelectual

La LPI establece en el Título I de su Libro III, en los artículos 138 a 141, las acciones y procedimientos que pueden iniciar, en el orden civil, los titulares de derechos de propiedad intelectual contra cualquier persona que, sin autorización, explote su obra o prestación, ya sea porque la reproduzca, distribuya, comunique públicamente o transforme. Principalmente, la LPI confiere al titular de derechos la facultad de exigir la cesación de la actividad ilícita del infractor, así como una indemnización por los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140³⁸.

De entre el catálogo de medidas que ofrece el artículo 139 LPI sobre el cese de la actividad ilícita, tienen especial relevancia respecto al infractor, y para la cuestión objeto del presente trabajo, las siguientes:

- a) La suspensión de la explotación o actividad infractora.
- b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.
- c) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones.

Adicionalmente, el infringido está facultado para solicitar la indemnización por los daños materiales y morales causados, en los términos fijados en el artículo 140

37 Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) núm. 317/2015, de 5 de junio de 2015 [Id. CENDOJ: 17079370042015200023].

38 Artículo 138 LPI.

LPI, los cuales comprenden no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. Sin embargo, los criterios que ofrece el apartado segundo de dicho artículo respecto al cálculo de la indemnización son a todas luces insuficientes tanto para el infringido como para cumplir una finalidad disuasoria de evitar la infracción de este tipo de derechos. La LPI establece que la indemnización por la infracción de derechos de propiedad intelectual se realizará conforme a cualquiera de los siguientes criterios:

- a)** Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.
- b)** La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Afirmamos que estos criterios son insuficientes porque, generalmente, los infringidos no pueden demostrar fácilmente los perjuicios o consecuencias económicas negativas que le ha supuesto la acción ilícita, que les permitiría exigir los beneficios obtenidos por el infractor, que igualmente son difícilmente identificables respecto de un contenido específico en casos como el aquí analizado, de páginas de enlaces con miles de obras y prestaciones protegidas. Por ello, en la mayoría de las ocasiones, el titular de derechos se ve obligado a acudir al criterio establecido en el artículo 140.2.b) LPI, el cual no solo limita enormemente las posibilidades de resarcimiento del titular, sino que, además, se basa en la regalía hipotética que hubiese percibido, la cual tampoco es sencilla de calcular.

Por otro lado, el titular de derechos tiene igualmente, por mor del artículo 141 LPI, un inventario de medidas cautelares específicamente adaptadas para las obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, de las cuales son de interés para el presente análisis las siguientes:

- 1.** La intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.
- 2.** La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.

En efecto, un titular de derechos de propiedad intelectual cuyo contenido protegido está siendo explotado a través de Internet tendrá interés de accionar contra todas aquellas personas físicas o jurídicas que participan en dicho acto, que son, principalmente, las siguientes: (i) el *uploader* o persona que cargó en un servidor de Internet la obra o prestación en cuestión; (ii) los intermediarios que permiten técnicamente el acceso público y disfrute de dicha obra, los cuales serán objeto

de análisis individualizado en el siguiente apartado; y (iii) cualquier persona que, mediante enlaces, propicia la difusión del contenido ilícito.

En un plano teórico, un autor, productor o cualquier otro titular de derechos puede iniciar acciones civiles contra cualquier persona que hubiese reproducido en un servidor de Internet su obra o prestación, para su posterior comunicación al público, solicitando la suspensión de dicha actividad, la prohibición de llevarla a cabo de nuevo o incluso la incautación de los medios tecnológicos utilizados para la misma. No obstante, por la propia arquitectura de Internet, el titular de derechos suele enfrentarse a la ardua tarea de la identificación del infractor contra el que dirigir la acción, motivo por el cual el afectado se ve abocado a utilizar la vía penal contra el infractor directo. Esto permite unas medidas de investigación, con determinados recursos y prerrogativas a favor de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, de las que, por motivos obvios, se carecen en el orden civil.

Por este y otros motivos, en España, los titulares de derechos, cuando debieron enfrentarse al fenómeno de las páginas de enlaces, por un lado, dirigieron sus acciones al orden penal y, por otro, cuando iniciaban procedimientos civiles, no accionaban contra los *uploaders* o quienes, en primer término, infringían sus derechos de propiedad intelectual, sino contra aquellos que facilitaban la localización de tales archivos a través de páginas perfectamente estructuradas y ordenadas, los cuales eran más fácilmente identificables.

Sin embargo, los primeros procedimientos civiles que se produjeron en nuestro país contra sitios webs de enlaces tuvieron desenlaces contrarios a los titulares de derechos. Así, entre 2009 y 2011, diversos pronunciamientos judiciales denegaron medidas cautelares³⁹ o directamente desestimaron demandas⁴⁰ contra páginas de enlaces, por considerar que, aunque el administrador de la página contribuye a la infracción, no realizaba ninguna reproducción, distribución ni comunicación pública de las obras o prestaciones objeto de los procedimientos. Incluso, en algún caso, como el notorio *Elrincondejesús*, la Audiencia Provincial de Barcelona⁴¹, estimó la existencia de actos de comunicación por la provisión de enlaces que hacía el sitio web, respecto a los *links* que permitía la descarga directa de archivos alojados en servidores, no así los que derivaban a redes P2P⁴².

Tras estas primeras resoluciones judiciales, tremendamente perjudiciales para los titulares de derechos, la situación actual es, por fortuna, bien diferente gracias a la armonización introducida por las sentencias del TJUE de los casos *Svensson* y *GS Media*. En consecuencia, en la actualidad, un titular que entienda que sus derechos están siendo infringidos por la provisión de enlaces a través de un sitio web, podrá, en el orden civil, iniciar acciones de cesación y exigir una indemnización por los daños y perjuicios causados, además de requerir la adopción de medidas cautelares, siendo más probable que hace unos años que las mismas sean admitidas si se dan todos los requisitos establecidos legal y jurisprudencialmente.

39 Es el caso *Agujero.com*, resuelto mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 6 de mayo de 2009.

40 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010.

41 Sentencia 83/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24 de febrero de 2011. ECLI: ES:APB:2011:3.

42 Esta resolución fue duramente criticada por la doctrina, entre otros, PEGUERA POCH, M., "Tratamiento Jurisprudencial de los Sitios Web que Proporcionan Enlaces a Obras y Prestaciones Protegidas", en *Revista Pe.I.* (2012) núm. 42, pág. 65.

2. Acciones dirigidas a intermediarios

Tradicionalmente, las acciones civiles ante infracciones de derechos de propiedad intelectual se dirigían, como no podía ser de otra forma, únicamente contra los propios infractores. A diferencia de las conductas delictuales, en las que la labor e involucración de terceras personas como cómplices o cooperadores necesarios tienen relevancia penal, en el orden civil no era habitual dirigir acciones de cualquier tipo contra terceros que, de una forma u otra, participaban o estaban implicados, con o sin conocimiento, en la actividad infractora. Sin embargo, para conductas ilícitas ocurridas en Internet, donde existen múltiples intermediarios (proveedores de acceso a redes, empresas de alojamiento, motores de búsqueda, etc.) que tienen cierta capacidad de control, *a priori* o *a posteriori*, sobre las mismas, se antojaba necesario articular recursos jurídicos para que los titulares de derechos pudieran accionar también contra ellos.

Existe la percepción de que la responsabilidad y las acciones que se pueden dirigir contra estos intermediarios de Internet se encuentra regulada exclusivamente en la LSSI, en los artículos 13 a 17, sobre los que ahondaremos más adelante. No obstante, la LPI también establece, en concreto en los artículos 138, 139 y 141, suficientes recursos para dirigir acciones contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual. En este mismo sentido, llama la atención la reducida aplicación de dichos recursos por los titulares de derechos hasta fechas muy recientes, cuando estos están vigentes en nuestro país desde la modificación de la LPI por la Ley 19/2006⁴³, que traspuso la Directiva 2004/48/CE, conocida como Directiva *Enforcement*⁴⁴.

Lo cierto es que, en muchas ocasiones, un titular de derechos encuentra numerosos obstáculos para iniciar acciones contra el administrador de una página de enlaces, ya sea por su anonimidad, por ser residente en un tercer país o por cambiar constantemente de localización (física o electrónica). Por este motivo, estratégicamente, en los últimos años, las acciones por infracciones de derecho de propiedad intelectual se están dirigiendo, además, contra los intermediarios de Internet cuyos servicios son utilizados por terceros para infringir derechos de propiedad intelectual.

Como anticipábamos, el artículo 138 LPI, por un lado, establece un régimen de responsabilidad secundaria sobre quienes induzcan a realizar una conducta infractora, contra quienes cooperen con la misma o contra quienes cuenten con una capacidad de control sobre la conducta del infractor⁴⁵; y, por otro, permite instar acciones de cesación contra cualquier tipo de intermediario a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta ley, aunque los actos de dichos intermediarios no constituyan en sí mismos una infracción.

El régimen de responsabilidad secundaria del artículo 138.II LPI se aprecia idóneo en la actualidad para desarrolladores de *software* o de servicios webs que están principalmente concebidos para que los usuarios del mismo infrinjan derechos

43 Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. BOE-A-2006-9960.

44 Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2004/48/oj>

45 Recuerda este régimen de responsabilidad a las doctrinas de *contributory copyright infringement* y *vicarious liability* de EE.UU., las cuales imputan responsabilidad por infracciones realizadas por terceros cuando, en el primero caso, el intermediario tiene conocimiento de la infracción y contribuye activamente a ella; y, en el segundo, tiene capacidad de control sobre la conducta infractora y obtiene un beneficio económico derivado de ella.

de propiedad intelectual, como, por ejemplo, *software* P2P⁴⁶. Así, tras la doctrina marcada por el TJUE en los casos *Svensson* y *GS Media*, carece de sentido argumentar que los administradores de una página de enlaces realizan cualquiera de los actos descritos en el segundo párrafo del artículo 138 LPI, por el cual tendrían responsabilidad secundaria, cuando ya es posible imputarles responsabilidad directa, por los actos de puesta a disposición que realizan a través de la provisión de enlaces. Únicamente podría discutirse su responsabilidad en el supuesto de que estos administrasen un sitio web de enlaces en el que los mismos no fuesen facilitados por ellos, sino por sus propios usuarios, lo cual es habitual en algunos de estos servicios, en cuyo caso el administrador podría invocar el artículo 17 LSSI. Sin embargo, esta opción entendemos que también se debe descartar por el “papel activo” que tiene el gestor del sitio web de enlaces, en cuyo caso será igualmente responsable de dicha infracción en aplicación de la doctrina del TJUE sobre responsabilidad de prestadores de servicios de Internet⁴⁷.

Adicionalmente, como adelantamos, un afectado puede solicitar acciones de cesación, por mor del párrafo cuarto del artículo 138 LPI, contra los intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual reconocidos por la ley. Al no establecer la LPI la tipología de intermediarios a los que se refiere, ello se debe interpretar en sentido amplio, facultándose para requerir la cesación de tales servicios a, por ejemplo, operadores de pago, servicios de alojamiento, buscadores de Internet o proveedores de acceso. De esta forma, un titular de derecho puede exigir, por ejemplo, a un proveedor de alojamiento que cese el servicio que está prestando a un sitio web de enlaces, o a un proveedor de Internet que bloquee el acceso a dicho servicio a sus abonados⁴⁸. En cualquier supuesto, el propio artículo dispone que la medida adoptada debe ser “objetiva, proporcionada y no discriminatoria”, para evitar situaciones de suspensión de servicios ilimitadas en el tiempo o que pudiese mermar injustificadamente derechos fundamentales del afectado por la medida.

Es reseñable que las acciones que se pueden dirigir contra estos intermediarios incluyen la cesación o suspensión de los servicios, no así cualquier tipo de indemnización por daños y perjuicios, que deberá ser dirigida en todo caso al responsable directo de la infracción o, si se quiere llevar a cabo hacia el intermediario, se deberá demostrar que incitó, cooperó o tenía capacidad de control sobre la conducta infractora (artículo 138.II LPI) o que su rol no fue el de un mero intermediario neutro, sino que tuvo un papel activo en la infracción (artículos 16 y 17 LPI).

Finalmente, el catálogo de posibles medidas contra los intermediarios incluye la solicitud de medidas cautelares consistentes, específicamente, en que se decrete la suspensión o bloqueo de los servicios que está prestando a un posible infractor y que son utilizados por este para cometer el acto ilícito⁴⁹. De hecho, en los últimos años la estrategia procesal de determinados titulares de derechos, ciertamente exitosa, es la solicitud de medidas cautelares para el bloqueo de determinados sitios webs, la cual va dirigida contra los prestadores de acceso a Internet que, si bien en los primeros procedimientos solían oponer cierta resistencia, parece que están tendiendo a allanarse en la mayoría de los casos por

46 De hecho, esta doctrina de la responsabilidad secundaria trató de argumentarse por la representación letrada del conocido asunto *ManolitoP2P*, por el que gran parte de la industria discográfica española demandó al desarrollador de tres programas P2P por permitir a sus usuarios intercambiar archivos musicales, sin autorización de sus titulares de derechos. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28, sentencia de 31 de marzo de 2014; ECLI: ES:APM:2014:4112), realizó un profuso análisis de estos regímenes de responsabilidad indirecta, incluyendo su aplicación en EE.UU., para, finalmente, rechazar su posible aplicación en nuestro país, afirmando que correspondía al poder legislativo positivizarlo, lo cual, de hecho, se estaba realizando en paralelo, ya que la modificación de la LPI en ese punto estaba, en el momento de publicación de la sentencia, en pleno trámite parlamentario.

47 Sentencias *L’Oreal y otros*, C-324/09 (EU:C:2011:474); Sentencia *Scarlet Extended*, C-70/10 (EU:C:2011:771); y Sentencia *SABAM*, C-360/10 (EU:C:2012:85), principalmente.

48 De hecho, este recurso permite soluciones ciertamente creativas, como la adoptada recientemente por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid (sentencia de 11 de febrero de 2020; ECLI: ES:JMM:2020:2), que, tras una solicitud de Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U. ha ordenado el bloqueo de determinados sitios de enlaces a las principales operadoras de acceso a Internet de España. La novedad es que la medida, adoptada por el allanamiento de los demandados, se extiende por tres temporadas futbolísticas y es dinámica, es decir, semanalmente Telefónica Audiovisual Digital podrá actualizar el listado de sitios webs objeto de bloqueo si estos hubiesen cambiado de localización para evitar el mismo.

diversos motivos, adoptándose la medida cautelar de manera ágil y sin apenas contratiempos⁵⁰.

49 Artículo 141.6 LP.

50 Ejemplo de ello es el Auto adoptado por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 11 de marzo de 2019, adoptando medidas cautelares de bloqueo contra los sitios web Elitetorrenz.biz, Mejortorrent1.com, Gnula.nu, Mejortorrent.org y Gnula.se (noticia completa en: <http://www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/EstaPasandoDetalleActualidad.aspx?i=2317&s=1> – último acceso el 20 de abril de 2020).

51 Recomendamos, en este punto, el trabajo de LLOPIS NADAL, P., "El ejercicio de la acción de cese contra el intermediario no infractor (las dudas suscitadas en torno a la aplicación del artículo 138.IV LPI frente a los ilícitos cometidos en Internet)", *Revista Pe.I.* (2018) núm. 59, pág. 51 a 99.

52 Sin embargo, conviene recordar que dicho principio del derecho penal va dirigido al legislador y no al aplicador de la norma, es decir, al juzgador, quien deberá aplicarla en los términos establecidos por el poder legislativo, pudiendo aplicar dicho principio únicamente en caso de oscuridad de la norma.

53 La reforma operada en el Código Penal de 1973 mediante la Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre, introdujo el artículo 534 bis a), que se constituye como el germen del actual artículo 270 CP, referido a los delitos relativos a la propiedad intelectual.

Comprobamos, por tanto, que los titulares de derechos cuentan desde hace años con un amplio repertorio de acciones contra quienes explotan sus obras o prestaciones sin autorización y contra determinados intermediarios, ya sean responsables secundarios de la conducta ilícita o meros prestadores de servicios en línea a quienes se acuden para propiciar la infracción. A pesar de los mismos, actualmente, la vía civil está siendo más utilizada para acciones dirigidas contra tales intermediarios, por carecer de determinados medios y recursos para la investigación y obtención de pruebas sobre dichas conductas infractoras, en cuyo caso el orden penal, como veremos a continuación, puede ofrecer una mejor solución para los titulares de derechos⁵¹.

IV. La persecución penal de los delitos relativos a la propiedad intelectual: la actividad de las webs de enlaces como fenómeno delincencial

Entre las diferentes controversias suscitadas a propósito de la protección de los derechos de propiedad intelectual en el ámbito civil, se han venido planteando a lo largo de los años –si cabe, con mayor virulencia– dudas y críticas sobre la procedencia de que dichos derechos deban ser protegidos también por el ordenamiento jurídico-penal. Estas críticas se acentúan especialmente en el marco de investigaciones penales que afectan a webs de enlaces, siendo ciertamente habitual que la estrategia de defensa se funde, en un modo u otro, en el principio de intervención mínima del derecho penal⁵².

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el legislador español ya desde el año 1987 optó por prescindir de la técnica legislativa que había venido utilizándose hasta la fecha, consistente en la técnica de la norma penal en blanco, pasando a dotar al tipo penal de una redacción muy similar a la del actual artículo 270 CP⁵³. Esta reforma supuso un importante cambio en la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual, habida cuenta de que dotó al tipo penal de una mayor sustantividad mediante la inclusión de nuevos elementos normativos ("reproducir", "plagiar", "distribuir" y "comunicar públicamente") y que, como ocurre en la actualidad, debían ser integrados acudiendo a la normativa reguladora de la materia, esto es, la LP⁵⁴.

Como se ha explicado anteriormente, la rápida evolución tecnológica ha requerido de la continua adaptación y reforma de la normativa civil reguladora de los

54 Concretamente, la definición de los conceptos de reproducción, distribución y comunicación pública vienen incluidos en los artículos 18, 19 y 20 de la LPI, respectivamente. Por su parte, la definición de "plagiar" podemos encontrarla en la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (STS 8255/2006): "por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio".

derechos de propiedad intelectual, clave en la integración del tipo penal. Esta circunstancia, que supuso una complejidad adicional a las ya existentes, y los diferentes usos sociales que se abrazaron en un contexto de crisis financiera, impidieron en muchas ocasiones proporcionar una respuesta eficaz desde el plano penal a un fenómeno como el de las webs de enlaces, tal y como se ha podido avanzar en secciones anteriores.

Como resultado de esta situación, y a la vista del progresivo impacto económico y social de este fenómeno, el legislador optó por reformar sustancialmente el artículo 270 CP en el año 2015⁵⁵. A través de esta modificación, además de incrementar considerablemente las penas asociadas al delito –equiparándolas en los supuestos más graves con los delitos más graves contra el orden socioeconómico–, se incluye un apartado específicamente dedicado a sancionar la actividad de facilitación de enlaces a contenidos en sitios web. En esta sección analizaremos desde el punto de vista penal cuál es el estado de la cuestión en la actualidad.

1. La extensión del tipo del artículo 270.2 CP

El artículo 270.2 CP sanciona a aquellos que “en la prestación de servicios de la sociedad de la información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”.

Por su parte, el apartado tercero del citado artículo 270 CP prevé que la autoridad judicial ordene la retirada de las obras objeto de la infracción, de tal forma que cuando, a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente contenidos objeto de la propiedad intelectual, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo (o su bloqueo en casos excepcionales), pudiéndose acordar “cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”.

El nuevo espectro normativo permite alcanzar diversas conclusiones. La primera de ellas es que la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información queda regulada en el artículo 270.2 CP. Dicha responsabilidad queda anudada a que dichos prestadores de servicios realicen, de manera activa y no neutral, dos conductas diferenciadas: la primera, la de “facilitar el acceso” a contenido protegido, es decir, a sitios web que alojan dicho material y que permiten su visualización, reproducción o descarga. La provisión de este tipo de enlaces constituye en sí misma un acto de comunicación pública, en su modalidad de puesta a disposición, colmándose de tal forma la doctrina ya explicada sobre los enlaces de profundidad. En segundo lugar, se sanciona también

55 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

“facilitar la localización” de obras protegidas, actividad propia de sitios web de enlaces –entendemos que aquellas con enlaces de superficie–, llegándose a especificar “en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos (...), aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios”.

En definitiva, el artículo 270.2 CP viene a eliminar, de un plumazo, todas las dudas que pudieran perdurar en relación con la atipicidad penal de conductas consistentes en la facilitación de *links* que permitan el acceso y/o localización de obras protegidas, superando la ya mencionada jurisprudencia y doctrina penal relativa a los enlaces de superficie y profundidad.

Por otro lado, es muy reseñable la expresa inclusión de las medidas previstas en el artículo 270.3 CP, por medio de las cuales se proporciona una amplia habilitación legal al juez penal para que adopte medidas eficaces (consistentes en la interrupción o bloqueo del servicio) para el cese de la actividad ilícita, ya sea en un ámbito cautelar o, necesariamente, en sede de ejecución de sentencia. Pero lo que es más importante, la habilitación que proporciona el artículo 270.3 CP no se limita a la interrupción o bloqueo del servicio, sino que se extiende a “cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual”, incluidas las expresamente previstas en los artículos 141 LPI (relativo a las medidas cautelares) y 195 LPI (relativo a la función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual).

2. La necesaria remisión a la LSSI y la relevancia del “conocimiento efectivo de la ilicitud”

Así las cosas, sin perjuicio de que el precepto analizado no incluya conceptos propios de la LPI como sí hace el artículo 270.1 CP (“reproducir”, “distribuir” y “comunicar públicamente”), su aplicación requiere necesariamente un detenido estudio de normativa extrapenal, en este caso, la LSSI y, más concretamente, sus artículos 14 (relativo a la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso), 16 (relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos) y 17 (relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda). En este sentido, tanto el artículo 16 como el 17 LSSI articulan una exención de responsabilidad para los prestadores respecto de los servicios prestados siempre que: (i) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada (en el caso de *hosting*) o a la que redirigen (en el caso de *enlazadoras*) es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; o (ii) aun teniendo dicho conocimiento, actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (en el caso de *hosting*) o suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (en el caso de *enlazadoras*)⁵⁶.

56 Ver supra nota al pie 12.

Como puede apreciarse, el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de acuerdo con la LSSI, se hace depender

de la existencia de un “conocimiento efectivo” de la ilicitud. En este sentido, tanto el artículo 16 como el 17 LSSI establecen que el prestador de servicios tendrá un conocimiento efectivo “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”.

Con este contexto normativo, y tras unos primeros años en los que primó una interpretación restrictiva sobre cuándo y en qué circunstancias se adquiriría un conocimiento efectivo (anudada a la existencia de una resolución de un órgano competente), la Sala 1ª del Tribunal Supremo abrió una ya consolidada línea jurisprudencial en virtud de la cual dicha exigencia se puede colmar con una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada o, incluso, cuando la ilicitud resulte evidente a la vista de la actividad de alojamiento o enlace⁵⁷.

Una vez se haya probado el “conocimiento efectivo” del prestador, corresponderá al tribunal penal valorar su diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (en el caso de *hosting*) o suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (en el caso de *enlazadoras*), no pudiéndoseles exigir una supervisión generalizada y permanente de control preventivo de todos los datos con los que operan y que sea asumida en exclusiva por ellos, tal y como dispone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁸.

3. El “ánimo de lucro” como elemento determinante del delito

La concurrencia del elemento subjetivo del tipo, el ánimo de lucro, constituye el rasgo determinante del ilícito penal en detrimento del ilícito civil. Siendo esto así, lo cierto es que la valoración de dicho elemento en sede penal ha generado amplios debates doctrinales que han llevado, en ocasiones, al dictado de sentencias absolutorias, convirtiendo el elemento del ánimo de lucro en un escollo más en la protección penal de los derechos de propiedad intelectual.

El debate doctrinal se ha venido planteando en dos ámbitos. El primero de ellos tiene que ver con el contexto social derivado del desarrollo de la tecnología en los años 90 y principios de los 2000. Estos fueron los años del desarrollo y boom de tecnologías como el P2P, que permitían el intercambio masivo de archivos con obras y prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual, en un

57 Sentencias del Tribunal Supremo nº 773/2009, de 9 de diciembre; 316/2010, de 18 de mayo; 72/2011, de 10 de febrero; 742/2012, de 4 de diciembre; 128/2013, de 26 de febrero; 144/2013, de 13 de marzo y 805/2013, de 7 de enero de 2014.

58 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea núm. C 70/2010 de 24 de noviembre de 2011.

contexto esencialmente colaborativo y altruista⁵⁹. Esta realidad social planteaba serias dudas sobre la persecución penal de cierto tipo de conductas debido a la definición tradicional acuñada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo respecto del “ánimo de lucro” en los delitos socioeconómicos, que en definitiva albergaba la obtención de cualquier tipo de ventaja o beneficio particular.

Siendo esto así, ¿significaba que un usuario de una red P2P podía ser perseguido penalmente por el hecho de haberse ahorrado el precio de una entrada de cine? ¿Contravendría esta interpretación el principio de intervención mínima que rige el derecho penal? Estas dudas fueron pormenorizadamente analizadas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, en la que se concluyó que, a los efectos de la persecución de los delitos contra la propiedad intelectual, la interpretación del concepto de ánimo de lucro debía separarse del tradicionalmente construido por la Sala 2ª, debiendo exigirse un plus, cual es, la obtención de un “ánimo de lucro comercial”.

Esta interpretación se sostenía en dos argumentos: el primero partía del tratamiento homogéneo de los derechos de propiedad intelectual e industrial a nivel comunitario. En la medida que los delitos contra la propiedad industrial ya exigían un ánimo de lucro comercial, difícilmente podía sostenerse que la protección de los derechos de propiedad intelectual pivotaran sobre una interpretación más extensiva del ánimo de lucro; y, en segundo lugar, se consideró la Propuesta de Directiva y de Decisión Marco del Parlamento y del Consejo, presentada por la Comisión el 12 de julio de 2005, sobre medidas penales para asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, donde se incluía una mención a la obligación de los Estados Miembros de considerar delito “todas las infracciones intencionales de los derechos de propiedad intelectual a escala comercial”. El criterio de la Fiscalía General del Estado ha sido refrendado por medio de su Circular 8/2015⁶⁰ y, hoy en día, se trata de una cuestión superada.

59 Debemos referirnos a la magnífica ponencia contenida en la sentencia de la Audiencia Nacional 2/2016, de 6 de enero (*Caso Youkioske*) que dice sobre este particular: “Las interpretaciones que sostiene la licitud de las páginas P2P y similares cuando se producen comunicaciones públicas, se han quedado obsoletas y ancladas a una concepción de la red de la década de los 90, donde Internet fue concebida como una red de ordenadores comunicados entre sí a través de diferentes IP con el fin de posibilitar el acceso mutuo, y el intercambio de información en un contexto esencialmente colaborativo y solidario -aplicado a nuestro caso como un club de lectores que se intercambian sus libros, periódicos y revistas-; pero a partir de los años 2000, estos clubes colaborativos y altruistas fueron siendo superados por el control cuasi absoluto que ejercen los gestores centralizados de datos (portales y motores de búsqueda), encargados de organizar el acceso a los contenidos ubicados en los sitios web y servidores conectados a Internet. (...) P2P nace como un intercambiador directo de recursos sin un control central definido; pero el problema surge cuando ese intercambio solidario de contenidos ya no se realiza entre usuarios, sino que se convierten en una exposición y comunicación pública en una página Web que se convierte en un auténtico mercado. Imaginemos como se hacía el viejo trueque entre personas, y como más tarde se transformó en un mercado ubicado en un lugar concreto donde las personas acuden a intercambiar sus productos; pero el problema surge cuando estos productos son de un legítimo titular ajeno y se hace un uso especulativo con el mismo. (...) Las redes P2P, no son ilegales como tal, simplemente son un modo de compartir archivos valiéndose de las oportunidades que ofrece Internet, pero pueden convertirse en ilegales civil o penalmente y ahora administrativamente en función de los contenidos y sus usos- como mínimo siempre que se facilite el acceso generalizado e indiscriminado de una obra protegida, aunque sea en un sistema descentralizado, se está lesionando el derecho y constituye un ilícito en general, siendo de naturaleza penal cuando se concurren el resto de requisitos del art. 270 del CP”.

El segundo de los ámbitos de discusión tiene que ver con la conexidad del ánimo de lucro (en definitiva, de las ganancias obtenidas) con la actividad delictiva. O dicho en términos jurídico-penales, la existencia del ánimo de lucro comercial se hacía depender de que se pudiera acreditar un dolo específico de obtener un beneficio directamente resultante de la conducta delictiva (esto es, de la explotación de obras o prestaciones protegidas por derechos de propiedad intelectual). La reflexión que diversos órganos judiciales hacían, y que derivaban en archivos o absoluciones, era la siguiente: el ánimo de lucro solo concurriría si un sitio web de enlaces obtuviera un beneficio directo de sus usuarios para así poder acceder a los contenidos protegidos (es decir, a través de servicios de suscripción⁶¹). Esta interpretación excluía todo beneficio derivado de la publicidad que pudiera estar alojada en el sitio web o de métodos alternativos de obtención de beneficios, tales como la venta de los datos facilitados por los usuarios en el proceso de alta o los servicios *premium*. Estas dudas interpretativas, más actuales en el tiempo, fueron objeto de rechazo en la ya citada Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, en la que, de manera contundente y fundada, se defendía la procedencia de considerar la actividad económica en su conjunto, de tal forma que debiera entenderse colmado el elemento del ánimo de lucro comercial cuando al prestador del servicio le resultara beneficioso acometer la actividad delictiva. Esta interpretación ha sido refrendada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en sus sentencias relativas al *Caso Youkioske*⁶².

60 Circular 8/2015, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015.

61 Autos de las Audiencias Provinciales de Huelva (Sección 1ª) de 1 de septiembre de 2010 (rec. 302/2009) [Id. CENDOJ: 21041370012010200141]: "He aquí la razón por la que existen serias dudas interpretativas de que la facilitación gratuita de descargas de música, imagen o combinaciones de ambas sin que el beneficiario tenga que satisfacer nada a cambio pueda directamente ser considerada como una actividad lucrativa, aunque se aprovecha la frecuentación del portal por los usuarios para hacer publicidad (ésta, sí, remunerada) de bienes o servicios ofrecidos por terceros"; y de Madrid (Sección 1ª) núm. 159/2011, de 10 de marzo de 2011 [Id. CENDOJ: 28079370012011200006], entre otros.

62 Sentencias del Tribunal Supremo núm. 638/2015, de 27 octubre de 2015 [RJ 2015\4803] y 920/2016, de 12 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5970].

4. ¿Ha supuesto la reforma del CP de 2015 una declaración implícita de la atipicidad de las conductas acaecidas con anterioridad?

Ante la inclusión en el Código Penal del artículo 270.2 en el año 2015 se plantea la duda de si las actividades de enlace a contenidos protegidos resultaban atípicas con anterioridad a la entrada en vigor de la citada reforma o si, por el contrario, la reforma viene a clarificar la tipificación de dichas conductas.

A este respecto, debemos remitirnos, de nuevo, a la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015, con cuyo criterio coincidimos. En esencia, la Circular instruye a los Fiscales a perseguir penalmente la actividad de enlace a través de sitios web antes de la entrada en vigor de la reforma de 2015, atendiendo a las siguientes razones:

- (i) La interpretación del elemento normativo "comunicación pública" del artículo 270.1 CP vigente antes de la entrada en vigor de la reforma también debía incluir la actividad de enlace a través de sitios web⁶³; y
- (ii) El "ánimo de lucro" al que se refería el artículo 270 CP vigente antes de la entrada en vigor de la reforma debía incluir los beneficios obtenidos directamente como resultado de producirse el acto material de descarga, y también los beneficios indirectos obtenidos como consecuencia de la publicidad, servicios *premium*, venta de datos, etc.

Desde un punto de vista jurisprudencial, la situación continúa lejos de alcanzar una solución pacífica y sigue arrojando a día de hoy pronunciamientos manifiestamente contradictorios, especialmente para conductas anteriores a la modificación de 2015 del Código Penal, como consecuencia de la interpretación del concepto de “comunicación pública”⁶⁴. Y ello a pesar de que la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁶⁵, en línea con la jurisprudencia del TJUE, ya ha determinado que la actividad de enlace web a una obra o prestaciones protegidas no autorizadas por sus titulares de derecho, encaja con el concepto de “comunicación pública” del artículo 270 CP vigente antes de la reforma de 2015.

63 Página 29 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2015: “El concepto comunicación pública es un elemento normativo del art. 270 CP que ha de ser interpretado a la luz del art. 20.1 LPI y del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE (...). Dicho concepto ha sido recientemente interpretado por la STJUE de 13 de febrero de 2014 que entiende como tal todo acto de comunicación -o puesta a disposición- a un público nuevo distinto del autorizado por el titular del derecho para acceder a su obra, indicando expresamente dicha resolución que la conducta consistente en facilitar links o enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas a un público no autorizado para ello, constituye un acto de comunicación pública. En consecuencia, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio en la interpretación del elemento normativo comunicación pública en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015”.

64 Sentencia nº 222/2019 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, que absuelve a los acusados en el caso SeriesYonkis [Id CENDOJ: 30030510042019100001]; Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Jaén núm. 241/2019, de 13 de mayo de 2019 [JUR 2019\270646], que condena por estos hechos, y que posteriormente fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3ª) número 370/2019, de 27 de noviembre de 2019.

Así las cosas, deberemos esperar, pues, a que el Tribunal Supremo tenga ocasión de analizar un supuesto en el que se plantee expresamente esta circunstancia para conocer cuál es su posición al respecto y despejar así, de una vez por todas, las dudas jurisprudenciales que a día de hoy continúan sucediéndose.

V. Conclusiones

En el presente trabajo hemos visto cómo la tecnología digital y las redes telemáticas han ofrecido grandísimas oportunidades a la industria del entretenimiento, aunque, en paralelo, esta ha tenido que hacer frente a actividades vulneradoras de sus derechos que conseguían replicar sus contenidos de manera más fácil, rápida, fidedigna al original y con una capacidad expansiva sin precedentes en anteriores saltos tecnológicos. Sin embargo, el mayor reto ha sido calificar jurídicamente determinadas acciones llevadas a cabo en Internet, tanto por usuarios de redes P2P como por sitios web que facilitaban enlaces hacia archivos con obras audiovisuales, música, videojuegos o *software* no autorizados por sus respectivos titulares.

En nuestro país, tras un primer lustro con tímidas resoluciones judiciales de instancia, casi todas proclives a absolver, en vía civil y penal, a los administradores de sitios web de enlaces, paulatinamente dicha tendencia judicial se fue corrigiendo con pronunciamientos de audiencias provinciales y, sobre todo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es quien, a raíz de la sentencia del caso *Svensson*, provocó un punto de inflexión en esta cuestión.

Sin embargo, en la actualidad aún nos encontramos con dos principales retos: (i) la calificación de aquellas conductas anteriores a la modificación del Código Penal de 2015 que aún se encuentran *sub judice*, sobre las que se están produciendo resoluciones contradictorias⁶⁶; (ii) la constante capacidad regeneradora de la piratería digital que, ante la indiscutible ilicitud de actividades como el desarrollo de *software* P2P claramente destinado a infringir derechos de propiedad

65 Sentencias del Tribunal Supremo núm. 638/2015, de 27 octubre de 2015 [RJ 2015\4803] y 920/2016, de 12 de diciembre de 2016 [RJ 2016\5970] (*caso Youkioske*): “El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares”.

intelectual, o la administración de webs de enlaces hacia contenidos protegidos, las actividades infractoras en la actualidad utilizan nuevos medios y mecanismos para dificultar su persecución, como *proxys*, servicios de anonimización o intermediarios residentes en países poco colaboradores con la persecución de estas conductas.

No obstante, la situación, en la actualidad, dista mucho de la existente hace apenas unos años, ya que tanto la actividad legislativa como jurisprudencial descrita en el presente artículo han ayudado sobremedida a los titulares de derechos a paralizar las infracciones de sus derechos cometidas en Internet. Ello, unido a la creciente involucración de los prestadores de servicio de Internet para mitigar este tipo de conductas, hace que la industria del entretenimiento pueda vislumbrar el futuro con mejores perspectivas a las que tenía hace apenas una década.

66 Discrepamos con aquellas que optan por la absolución al considerar que la conducta no era delictual en el momento de la comisión. Opinamos que esta interpretación supone una incoherente aplicación de la doctrina del TJUE respecto a la manera armonizada en la que deben interpretarse las normas, criterio que es aplicable no solo a los asuntos posteriores a cada resolución de este órgano europeo, sino también a los anteriores, cuyos hechos se hubiesen producido con la norma en cuestión en vigor.