



## DOCUMENTO ANALIZADO

### **CIRCULAR 8/2015, 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.**

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Problemática de la calificación jurídica de la actividad de las páginas de enlace con anterioridad a la LO 1/2015. Los conceptos de comunicación pública y de ánimo de lucro. 2.1. Contenido y alcance del concepto de comunicación pública. 2.2. Contenido y alcance del concepto de ánimo de lucro. 3. Novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo en los delitos contra la propiedad intelectual. 3.1. Nueva redacción del art. 270. 1 del Código Penal. 3.1.1. Redefinición y ampliación de las conductas típicas. 3.1.2. Modificación del elemento subjetivo. 3.1.3. Ampliación de los derechos objeto de protección. 3.2. La tipificación expresa de la vulneración de los derechos de la Propiedad Intelectual a través de los servicios de la sociedad de la información. 3.2.1. Formas de explotación ilícita a través de los servicios de la sociedad de la información. 3.2.2. Análisis del art. 270.2 del Código Penal. A) Responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. B) La atipicidad de la conducta de los motores de búsqueda. C) Responsabilidad penal y aportación de los contenidos por los usuarios de internet. 3.3. Conductas de exportación, almacenamiento e importación 3.4. Conductas relacionadas con las medidas de protección tecnológica de las obras o prestaciones 3.4.1. Instrumentos concebidos o adaptados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de las obras o prestaciones. 3.4.2. Medidas tecnológicas: actos de modificación, de eliminación, de elusión y de facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección 3.5. Medidas cautelares. Medidas de retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo de acceso. 3.6. Penalidad de los delitos contra la propiedad intelectual. 3.7. Los subtipos agravados 4. Responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual. 5. Cláusula de vigencia 6. Conclusiones

## 1. Introducción

La reforma llevada a efecto en el Código Penal en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo afecta de modo sustancial a la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual, encuadrados en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II dedicado a los *delitos relativos a la Propiedad Intelectual e Industrial, al Mercado y a los Consumidores*.

El Preámbulo de la citada Ley Orgánica, en su apartado XVII, explica que los delitos contra la propiedad intelectual *son objeto también de revisión en esta reforma, a fin de ofrecer una adecuada protección jurídico-penal, aunque sin olvidar que la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta*

*materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.*

Cualquier estudio relativo a los delitos contra la propiedad intelectual obliga a tomar como punto de partida la regulación que de estos derechos se contiene en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante LPI). Al respecto ha de tenerse en cuenta que dicho texto legal, en su redacción actualmente vigente aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, fue modificado primeramente por Ley 5/1998, de 6 de marzo, y después por Ley 23/2006, de 7 de julio. Posteriormente, la disposición final cuadragésimo tercera de la Ley 2/2011, *de economía sostenible* modificó también la LPI y, en concreto, su art. 158, en relación con la regulación de la Comisión de Propiedad Intelectual, a la que se confiere un papel fundamental en la salvaguarda y protección de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por responsables de los servicios de la sociedad de la información. La última modificación del Texto Refundido se debe a la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, que modifica no solo aquél, sino también la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La reforma efectuada por la Ley 23/2006 perseguía diversos objetivos expresamente reseñados en su propia Exposición de Motivos y entre ellos la incorporación al Derecho español de la 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. A través de esta Directiva la Unión Europea, a su vez, pretendía dar cumplimiento a los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996 sobre Derechos de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.

La protección de los derechos de autor en el espacio digital viene siendo una preocupación constante en los países de nuestro entorno al igual que en el ámbito internacional y en las Instituciones europeas que pretenden la necesaria armonización en esta materia. A ello se refiere expresamente el art. 14 del Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio y también, entre otras, la resolución del Parlamento Europeo de 10 de abril de 2008 sobre una agenda europea para la cultura en un mundo globalizado. Han de citarse igualmente en este marco las conclusiones del Consejo de Ministros de la UE de 20 de noviembre de 2008 relativas a la lucha contra la piratería en el entorno digital o la resolución del Consejo de Ministros de la UE de 1 de marzo de 2010 sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el mercado interior. También aborda esta materia la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004.

Al respecto ha de recordarse que la Directiva 2001/29/CE llamaba la atención sobre la incidencia que el desarrollo tecnológico está teniendo en la multiplicación y diversificación de los sectores de creación, producción y explotación de los derechos de autor y consideraba que aun cuando la protección de esos derechos no exigía la elaboración de nuevos conceptos sí que resultaba necesaria la adaptación y complementación de los mismos para adecuarse a las nuevas formas de explotación. Por ello, una de las novedades fundamentales introducidas por Ley 23/2006 -que incorporó a nuestra legislación esta Directiva- fue la adaptación del concepto de comunicación pública al nuevo entorno tecnológico en que se explotan los derechos, con la pretensión, como posteriormente se analizará, de mejorar la persecución de las vulneraciones de los derechos intelectuales

cometidas a través de los servicios de la sociedad de la información.

La última modificación operada en la LPI por Ley 21/2014, de 4 de noviembre, implementa en nuestro ordenamiento otras dos Directivas comunitarias en materia de derechos de autor. Por un lado, la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines y por otro lado, la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Al tiempo, esta reforma de la LPI afecta también a otras materias, entre las que cabe destacar la modificación de la regulación sobre los límites de la copia privada y, de manera paralela, la denominada compensación equitativa por copia privada, y el reforzamiento de los mecanismos de protección y tutela de los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, tanto por vía administrativa, a través del impulso de la actividad de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, como en el ámbito jurisdiccional civil. En particular, se mejora, en beneficio de los titulares, la figura de las diligencias preliminares, utilizadas en la práctica para obtener información preparatoria de un posterior proceso judicial, mediante la modificación del art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este sentido, la Exposición de Motivos declara que el objetivo de la Ley es *mejorar la eficacia de los mecanismos legales para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a las vulneraciones que puedan sufrir en el entorno digital*.

Como puede constatarse de lo hasta ahora expuesto, la vertiginosa evolución normativa pone de manifiesto una progresiva preocupación del Legislador por la incidencia que el actual desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante TICs) y su utilización generalizada entre los ciudadanos está produciendo en esta materia, dada la habitualidad con que aquéllos hacen uso de la red para acceder a obras o prestaciones para su propio uso y disfrute y sin contar con la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. La reforma del Código Penal objeto de la presente Circular obedece a esta creciente preocupación y a la necesidad de solventar los problemas que, para la persecución de los delitos cometidos a través de las TICs, ha venido planteando la anterior redacción del art. 270 CP.

Por ello, y antes de abordar el estudio del nuevo articulado, resulta conveniente analizar cuáles han sido tales dificultades con un doble objetivo: facilitar el entendimiento del calado de la reforma y su incidencia en la efectiva persecución de estas conductas y ofrecer soluciones y criterios de actuación a algunas cuestiones jurídicas que se están planteando con ocasión de la tramitación y enjuiciamiento de los procedimientos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015.

## **2. Problemática de la calificación jurídica de la actividad de las páginas de enlace con anterioridad a la LO 1/2015. Los conceptos de comunicación pública y de ánimo de lucro**

Las principales dificultades que se han planteado para la persecución de las vulneraciones de la propiedad intelectual cometidas mediante páginas de enlace y en general a través de las TICs se concretaban en entender que dichas actuaciones no integraban ninguna de las conductas típicas definidas en el derogado art. 270 CP y en considerar que en este tipo de actividades no concurría el elemento subjetivo del ánimo de lucro.

Esta problemática no fue objeto de análisis específico en la Circular 1/2006, de 5 de mayo, *sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003* dado que, en la fecha de su publicación, no se había generalizado la utilización de las páginas de enlace como medio o instrumento para la localización y/o acceso irregular a obras protegidas, por lo que las referencias en dicho documento a esta materia son de carácter meramente circunstancial. Además, hay que recordar que la publicación de la citada Circular tuvo lugar antes de la reforma operada en la LPI por Ley 23/2006, de 7 de julio, con la que se dio al concepto de comunicación pública una nueva dimensión, como a continuación se indicará, por lo que tampoco hubo oportunidad de analizar la repercusión que ese nuevo planteamiento tiene para la persecución de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, ha de indicarse que en los últimos años se han dictado diversas resoluciones tanto de tribunales españoles como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que han ido perfilando los contornos de la calificación jurídica de estas actividades, haciendo factible su persecución y castigo aun antes de que se llevara a efecto la reciente modificación del Código Penal. Son precisamente estos criterios, que a continuación se exponen, los que habrán de ser utilizados por los Sres. Fiscales en los procedimientos en trámite y que tienen por objeto hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

## **2.1. Contenido y alcance del concepto de comunicación pública**

Como se ha adelantado, uno de los principales obstáculos para la actuación penal contra estas conductas ha venido dado por la interpretación estricta que venían haciendo nuestros tribunales penales del concepto *comunicación pública* a los efectos de aplicación del art. 270 CP, y, en particular, de la posibilidad de encajar en este concepto la actividad que se desarrolla a través de páginas web con enlaces a *peer to peer* y de aquellas que ofrecen vínculos para descargas directas o en *streaming* desde servidores virtuales o físicos, con el objetivo, en todo caso, de facilitar el acceso irregular a contenidos protegidos.

Según el art. 20.1 LPI es comunicación pública *todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a una obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*, contemplándose, tras la modificación operada en dicho precepto por la Ley 23/2006, de 7 de julio, en el número segundo del citado artículo y dentro de la relación de conductas específicamente consideradas como comunicación pública, la del apartado i), que entiende como tal *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*. Precisamente la incorporación concreta de esta conducta como acto de comunicación pública tuvo por objeto adaptar la regulación existente a la evolución de las TICs, dando cabida a la persecución y sanción de las conductas que utilizan dichas tecnologías para vulnerar los derechos de autor.

Sin embargo, fueron varios los argumentos utilizados para justificar la inexistencia de responsabilidad penal en estos casos. El principal de ellos sostiene que el contenido de la página es únicamente una relación de enlaces o *links* sin previo depósito de las obras o prestaciones en la misma, por lo que, en consecuencia, el responsable de la página web se limita a ofrecer/facilitar al usuario el lugar donde pueden encontrar los contenidos, pero sin llevar a efecto, en sentido estricto, una *comunicación pública* directa de los mismos ya que no tiene a su

disposición dichos contenidos. Este planteamiento ha sido asumido en múltiples resoluciones de órganos judiciales territoriales en las que se razona que el citado comportamiento es atípico porque no integra ninguna de las actividades que específicamente sancionaba el art. 270 CP. De acuerdo con este criterio se ha entendido que si el Legislador no había previsto como tal el favorecimiento o la facilitación de la realización de esas mismas conductas, el hecho no podía ser perseguido penalmente.

En apoyo de esta misma tesis se ha señalado que estas conductas han de considerarse como de mera intermediación y por tanto, sometidas únicamente al régimen de responsabilidad que establece el art. 17 de la Ley 34/2002 *de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico* (LSSICE). Además, en los supuestos en que los enlaces a lo que dirigen es a páginas P2P de intercambio de archivos se argumentaba también que, en realidad, la conexión que facilita el enlace conduce a un sistema en el que no existe un responsable último que aloje o almacene el contenido ilícito, es decir, a lo que enlaza es a un conjunto indeterminado de usuarios conectados entre sí, por lo que no es factible plantear una posible relación de convivencia entre quien facilita el enlace y quien aloja el contenido al que fraudulentamente se accede.

En definitiva, pese a la modificación que se operó en el art. 20 LPI en el año 2006, no ha sido pacíficamente aceptada la relevancia penal de estas conductas. Ciertamente se han dictado algunas resoluciones judiciales que, apoyándose en la incorporación del nuevo apartado i) en el citado art. 20.2 LPI, han considerado que es típica la actividad que se realiza a través de estas páginas de enlace, pero ha de reconocerse que esta posición, hasta el momento, venía siendo minoritaria.

Las dificultades anteriormente mencionadas han determinado que el Ministerio Fiscal, en los últimos años, haya venido reclamando la tipificación expresa de la actividad de las páginas web de enlaces que facilitan intencionadamente la localización de contenidos protegidos que son puestos a disposición de los internautas de forma ilícita en la red. Con ese fin el Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 en relación al Anteproyecto de reforma del Código Penal propuso que se incorporara en el art. 270.1 CP la conducta de “facilitar el acceso” a contenidos protegidos, comportamiento típico que se sumaría a los de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública.

No obstante, la cuestión que se ha venido planteando en orden a determinar si el hecho de facilitar enlaces a obras protegidas ha de entenderse como “puesta a disposición” y, en consecuencia, sobre si constituye o no un acto de “comunicación pública”, queda resuelta en gran medida tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), dictada en fecha 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12, conocido como caso *Svensson*, en la que el Tribunal Europeo interpreta el sentido del apartado primero del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE. Según este precepto que fue incorporado por Ley 23/2006 al art. 20.2 i) de nuestra LPI, *los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija.*

En el caso analizado en la Sentencia los demandantes son dos periodistas suecos, autores de artículos de

prensa publicados con su autorización en la versión digital del periódico Göteborgs-Posten donde podían consultarse libremente. La demandada, Retriever Sverige, gestionaba una página web que facilitaba a sus clientes listas de enlaces de internet sobre los que se podía pulsar y que conducían a artículos publicados en otras páginas de internet, entre ellos los enlaces a las noticias y artículos publicados por los demandantes. Los demandantes entendían que se había vulnerado su derecho exclusivo a poner a disposición del público sus artículos. Aun cuando el TJUE, falló en contra de los periodistas demandantes, debido a que sus artículos se encontraban a disposición del público en general en su propia página web y sin ningún tipo de restricciones, la sentencia que se examina resulta de gran importancia para la protección de los derechos de propiedad intelectual por dos razones fundamentales: porque indica claramente que los *enlaces* son actos de puesta a disposición de obras protegidas y, por lo tanto, actos de comunicación pública y, además, porque reconoce que es facultad exclusiva de los titulares de derechos de propiedad intelectual autorizar la difusión de sus obras por cualquier procedimiento -y por tanto mediante el enlace a las mismas- a un público nuevo distinto a aquel que estaba inicialmente autorizado para ello.

Efectivamente, la doctrina sentada en esta resolución del TJUE, ha perfilado el contenido del elemento normativo *comunicación pública* razonando que ha de asociarse a la concurrencia de dos elementos acumulativos: el acto de comunicación de una obra y su puesta a disposición de un público.

En cuanto al primer elemento, *acto de comunicación*, indica el Tribunal que:

- Es un concepto *que debe interpretarse de modo amplio (...)* con el fin de garantizar un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor.

- Para que exista un “acto comunicación” basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad.

- 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 disposición.

En lo que se refiere al segundo elemento, referido al *carácter público de la comunicación*, entiende el Tribunal que solo hay comunicación pública cuando la misma se dirija a un público *nuevo* que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la difusión inicial de la obra. Es decir, concurrirá este requisito en todos aquellos supuestos en los que, de forma irregular, se confiera a la obra un ámbito de difusión más allá del autorizado por el titular de los derechos sobre la misma y, por ello, la puesta a disposición de esos contenidos a través de las páginas de enlace a una pluralidad de personas que exceden del marco de la autorización del titular, constituirá un acto de comunicación pública.

Esta doctrina se ha visto reforzada más recientemente por la Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2014 dictada en el asunto C-348/13 *Bestwater*, donde el Tribunal vuelve a interpretar el art. 3 de la Directiva 2001/29/CE poniendo el acento en la necesidad de que la difusión se dirija a un público nuevo para considerarla comunicación pública, entendiendo que no hay tal cuando se incorpora a una página web un video protegido por

derechos de autor que ya había sido publicado sin limitación alguna en el canal Youtube, porque ni se difunde a un público nuevo ni se divulga por medios técnicos específicamente diferentes. En consecuencia, a *sensu contrario*, ha de entenderse que habrá comunicación pública cuando la obra se ponga a disposición de un público nuevo y distinto al que inicialmente iba dirigida, en condiciones de acceder a ella aunque no se haga uso de esa posibilidad.

En definitiva, tras las citadas resoluciones se cuenta con una interpretación, realizada por el órgano competente para ello, del sentido que ha de darse a la expresión *comunicación pública* utilizada en el art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE, plenamente aplicable al art. 20 LPI y, por tanto, también al 270 CP dado su carácter de elemento normativo del tipo. Este planteamiento ya ha sido acogido por algunas resoluciones de Audiencias Provinciales y últimamente por la STS nº 638/2015, de 27 de octubre que, con cita expresa en esta resolución del TJUE, destaca su especial relevancia para la interpretación en nuestra norma penal del contenido de la expresión *comunicación pública* utilizada en el tipo penal.

En consecuencia, esta decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene un incuestionable valor en la persecución penal de los comportamientos antes mencionados que se llevan a efecto a través de las páginas de enlace y deberá orientar la actuación del Ministerio Fiscal al respecto. Por ello, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio en orden a la correcta interpretación y aplicación del concepto *comunicación pública*, en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

## **2.2. Contenido y alcance del concepto de ánimo de lucro**

Acreditar la concurrencia del *ánimo de lucro*, exigido en dichos términos en el art. 270 CP en su redacción anterior a la LO 1/2015 de 30 de marzo, constituía el segundo obstáculo para la persecución penal de estas conductas. En relación con ello se ha venido entendiendo, y así lo hace la Circular 1/2006, que debe tratarse de un ánimo de lucro de carácter comercial, quedando fuera del ámbito de represión penal aquellas conductas en las que el autor pretende la obtención de cualquier tipo de ventaja o utilidad personal distinta de la comercial. Esta interpretación encuentra respaldo en el Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia dado en Budapest en noviembre del año 2001 y ratificado por España en mayo de 2010, cuyo art. 10, al exhortar a los Estados Parte a tipificar en sus ordenamientos jurídicos determinadas manifestaciones delictivas ejecutadas a través de las TICs y concretamente lo que define como delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de derechos afines, circunscribe su ámbito de aplicación a *los actos que se cometan deliberadamente, a escala comercial y por medio de un sistema informático*.

Sin embargo para integrar el ánimo de lucro algunos órganos judiciales han venido exigiendo que se acreditara el dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente. No puede compartirse este criterio. Al respecto debe recordarse que el tipo penal vigente hasta el día 1 de julio de 2015 no exigía, en modo alguno, que la ganancia necesariamente se obtuviese a través de una contraprestación abonada por el usuario en atención al acceso a la obra obtenida ilícitamente. En este sentido la Circular 1/2006, al referirse a la existencia de un lucro comercial, apunta más bien a un beneficio económico derivado de una actividad

empresarial tomada en su conjunto como tal actividad económica, con independencia de que la ganancia se derive directamente de todos y cada uno de los accesos irregulares a obras protegidas, siempre que el resultado último, valorado globalmente, resulte beneficioso desde el punto de vista económico para el responsable de la dicha actividad comercial.

Así, las páginas web utilizan distintos procedimientos para cubrir los gastos de su actividad y obtener beneficios de la misma. Una de las fórmulas empleadas consiste en insertar publicidad no gratuita en la página web a través de *banners*

(pancartas publicitarias), *pop-ups* (ventanas emergentes), *pop-under* (ventana emergente que aparece tras la ventana en uso), o videos *pre-roll* (videos que deben ser vistos obligatoriamente antes de acceder al contenido). Igualmente se pueden obtener cuantiosos ingresos mediante la venta de los datos personales que en ocasiones se exigen a los usuarios -generalmente cuenta de correo electrónico y número de teléfono- para tener acceso a los contenidos ilícitos, datos que posteriormente son clasificados y vendidos a otras empresas. En uno y otro caso los ingresos que pueden obtenerse están en relación con las visitas que recibe la página, de tal forma que a mayor número de visitas mayores ganancias económicas, por lo que, en definitiva, cuanto mayor sea el volumen de material al que una página de enlaces puede conducir a sus usuarios, mayores son los beneficios susceptibles de obtenerse como consecuencia de esta actividad.

Por otra parte, no es inusual que el administrador de la página utilice otros modos de financiación. Así sucede cuando, de modo consciente y deliberado, se reduce la velocidad de descarga o de visionado con el objetivo de que los usuarios opten por un medio más rápido. A tal fin ofrecerá un servicio *premium* por el que, previa llamada a un número de teléfono de tarificación adicional - cuyo sobre coste revierte en beneficio del administrador - pondrá a disposición del usuario una contraseña que le permitirá la descarga más rápida o la obtención de un contenido que no se encuentra a disposición de todo el público.

Pues bien, las dificultades que se vienen exponiendo para encajar la actividad de las páginas web de enlaces en las conductas tradicionalmente contempladas en el art. 270 CP son las que han motivado la modificación del propio precepto, no solo mediante la tipificación expresa en el art. 270.2 CP de este tipo de actuaciones, que facilitan el acceso a contenidos protegidos sin contar con la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, sino también con la modificación en el tipo básico (art. 270.1) del elemento subjetivo del tipo, la redefinición de las conductas típicas y la ampliación de los derechos objeto de protección.

Como se ha indicado anteriormente, en la tramitación y resolución de los procedimientos en curso a la fecha de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta los argumentos expuestos, tanto en lo que se refiere al contenido y alcance del elemento normativo *comunicación pública*, como en lo relativo a la interpretación que ha de darse al ánimo de lucro exigido por el art. 270 CP en su anterior redacción, en el que se integran no solo los beneficios directos sino también los indirectos que reporte o pueda reportar la actividad ilícita.

### **3. Novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en los delitos contra la propiedad intelectual**

### **3.1. Nueva redacción del art. 270. 1 del Código Penal**

Conforme a la nueva redacción del art. 270.1 CP *será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses el que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra o prestación literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

Las novedades se concretan en una redefinición, mediante su ampliación, de las conductas típicas, un cambio en el elemento subjetivo del tipo y una ampliación de los derechos protegidos.

#### **3.1.1. Redefinición y ampliación de las conductas típicas**

Junto a las tradicionales acciones típicas de reproducción, plagio, distribución y comunicación pública se incluye ahora una cláusula genérica cual es *cualquier otro modo de explotación económica*.

A esta expresión cabe atribuirle dos sentidos distintos que no obstante deben entenderse complementarios entre sí:

En primer término se configura como cláusula de cierre en la que puede encontrar cabida cualquier otro modo de disfrute o aprovechamiento de las obras o prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual y por cualquier otro medio que permita el estado de la técnica en cada momento. El precepto abandona el catálogo cerrado de conductas y pasa a ser omnicomprensivo de cualesquiera otras formas de explotación de los derechos de propiedad intelectual que puedan surgir en el futuro, partiendo de la realidad de que el proceso vertiginoso de evolución tecnológica genera continuamente situaciones y posibilidades no previstas en la LPI. Buen ejemplo de ello ha sido la necesidad, recientemente materializada, de incluir como nuevas manifestaciones o modos de explotación de los derechos de propiedad intelectual las emisiones por cable o por satélite.

Es claro que el Legislador ha querido brindar una protección plena a los derechos de propiedad intelectual añadiendo a la reproducción, plagio, distribución y comunicación pública otros medios o modos de explotación de los derechos que eventualmente pudieran aparecer, haciendo de las primeras conductas la especie y de la segunda, la explotación, el género.

El Legislador reconoce así que pueden existir formas de vulnerar los derechos de explotación distintas a las modalidades tradicionalmente previstas en el art. 270.1 CP, acercando además su redacción a lo dispuesto en el art. 17 LPI, que reconoce al autor de una obra el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación *en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación*, que no podrán ser ejercitados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la mencionada Ley. Las facultades dominicales del autor y del titular sobre las obras se extienden, por tanto, a cualquier forma de explotación de la misma, presente o futura, conocida o por conocer. Se evita de esta forma que la falta de mención expresa en el

tipo haga inviable el reproche penal de nuevas conductas de explotación ilícita de derechos que pudieran aparecer en el futuro.

Pero además, en segundo término, ha de entenderse que la cláusula genérica que incorpora el precepto vigente no es únicamente una cláusula de cierre, sino que, al tiempo, la expresión *explotar económicamente* ofrece una pauta para interpretar todos los anteriores comportamientos típicos: reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente.

Como se ha indicado, el art. 17 LPI reconoce al autor de una obra el ejercicio exclusivo del derecho a su explotación en cualquier forma; y si bien el art. 270.1 ha incorporado como conducta típica la *explotación*, le ha añadido el calificativo de *económica*. La inclusión expresa de esta cualificación, relacionada con la circunstancia de que los derechos de explotación -frente a los derechos morales- tienen siempre un contenido patrimonial, no puede ser obviada ya que va a determinar la significación que ha de darse no solo a la explotación, como género, sino también a la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, como especies.

El Diccionario de la R.A.E define *explotar* como *sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio*; si a ello se une la decisión del Legislador de incluir en el precepto el adverbio *económicamente*, solo cabe concluir que todas las conductas típicas habrán de estar dirigidas a la obtención de un rendimiento económico, ganancia o ingreso.

Desde este punto de vista la nueva redacción del precepto, por un lado, ampliaría las conductas típicas a aquellos futuros modos de explotación que permita el estado de la técnica, pero, por otro, circunscribiría la aplicación del precepto a aquellas actividades con las que se pretende obtener una rentabilidad económica más allá del mero aprovechamiento o satisfacción personal. En consecuencia, quedaría excluida de sanción penal la actividad de los meros usuarios que acceden a las obras o prestaciones protegidas de forma irregular, ya que los mismos no llevan a cabo ningún tipo de explotación económica.

Por tanto, aun cuando la referencia genérica a *cualquier otro modo de explotación económica* sirve en primer término para configurar el precepto como un catálogo abierto de conductas típicas, la verdadera trascendencia que ha de darse a tal expresión es que, de un modo nítido, el Legislador ha optado por dejar *extramuros* del derecho penal las conductas que no lleven consigo un rendimiento económico para el sujeto activo.

Esta decisión de política criminal queda aún más patente si relacionamos la expresión *explotación económica* con el nuevo elemento subjetivo del tipo, como se expondrá a continuación.

### **3.1.2. Modificación del elemento subjetivo**

El art. 270, tanto en el número primero (tipo básico) como en el número segundo (infracción de los derechos de propiedad intelectual a través de los servicios de la sociedad de la información) como en el cuarto (distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional) como en el 5.d) (elusión de medidas tecnológicas) ha sustituido el elemento subjetivo del tipo, que hasta ahora era el ánimo de lucro, por el *ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*.

El Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo explica esta variación en los siguientes términos: ... *sustituyéndose, además, el elemento subjetivo “ánimo de lucro” por el de “ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto”, con el que se pretende abarcar conductas en las que no se llega a producir un lucro directo, pero sí un beneficio indirecto.*

Esta variación en el elemento subjetivo trata de superar las discrepancias que la interpretación del requisito *ánimo de lucro* venía generando en orden a incriminar ciertos comportamientos vulneradores de estos derechos. Así, con su redefinición, tendrán cabida algunas conductas que, hasta ahora, por algún sector, se consideraban excluidas, por no colmar las exigencias del ánimo de lucro, entre ellas, las formas indirectas de conseguir ingresos económicos, a las que se ha hecho referencia *supra*.

El nuevo elemento subjetivo, tomado de la legislación civil y administrativa, donde son habituales los conceptos similares al beneficio económico, va a permitir que la intención de obtener ingresos, o cualquier otro rendimiento evaluable económicamente y susceptible de obtenerse por motivo o con ocasión de la realización de una conducta típica, colme la exigencia de actuar con el propósito de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

A la vista de la actual definición del elemento subjetivo cabe plantearse si siguen vigentes los criterios establecidos en relación con el ánimo de lucro en la Circular 1/2006. Al respecto ha de recordarse que la interpretación efectuada por la FGE de este elemento, como ánimo de lucro comercial, es acorde con la normativa europea. Ejemplo de ello es el considerando 14 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento y del Consejo que identifica los actos llevados a cabo a escala comercial *con los realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos* y, como ya se ha indicado, el artículo 10 del Convenio del Consejo de Europa sobre Ciberdelincuencia que vincula la sanción penal de las infracciones a los derechos de la propiedad intelectual a su ejecución a escala comercial. La Circular 1/2006 insiste en la necesidad de reservar la protección penal de los derechos de propiedad intelectual a los supuestos de infracciones más graves con el fin de evitar el solapamiento con el ámbito civil de protección, razonando al respecto que *en este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no podía tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debía ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial*. Recientemente la STS nº 638/2015, de 27 de octubre recuerda de nuevo la necesidad de reservar *la actuación del Derecho penal a los ataques más graves al bien jurídico, a los más intolerables al régimen de la propiedad intelectual*.

Puede concluirse que esta interpretación sigue siendo válida, no solo en atención a la normativa internacional mencionada, sino también porque, a la vista de los términos utilizados por el Legislador para ampliar las conductas típicas, no cabe otra. La respuesta penal, por tanto, solo tendrá lugar cuando la acción se realice a través de una conducta cuyo fin sea la explotación de obras y prestaciones en orden a obtener beneficios económicos, sea de manera directa o indirecta; es decir, cuando el sujeto actúe con ánimo de lucro comercial, entendido como intención de obtener un rendimiento económico, ganancia o ingreso.

En definitiva, el beneficio podrá obtenerse de manera directa o indirecta, pero siempre se referirá a una ganancia o ventaja distinta del mero ahorro del precio por el disfrute de la obra o prestación, y obtenida a escala comercial, esto es, mediante una actividad orientada a esta finalidad.

Esta concepción del elemento subjetivo del injusto enlazada con la dimensión patrimonial que acompaña siempre a los derechos de explotación -que resulta patente tras la incorporación al precepto de la expresión o *de cualquier otro modo explote económicamente*- lleva a la conclusión de que el mero aprovechamiento del acceso a un contenido protegido, eludiendo el abono de la contraprestación exigible, quedará al margen de los tipos penales.

Con ello el Legislador ha optado por dejar *extramuros* de la respuesta penal a los usuarios o particulares que realicen las conductas típicas al margen de una actividad comercial, lo que puede deducirse del propio Preámbulo de la norma cuando indica que *la Ley de Propiedad Intelectual es el instrumento de protección natural en esta materia y que es absolutamente necesario lograr un cierto equilibrio entre esa protección de la propiedad intelectual y la que también deriva del legítimo uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*.

### **3.1.3. Ampliación de los derechos objeto de protección**

Junto a las obras literarias, artísticas o científicas, el art. 270.1 CP ha incluido las prestaciones. No existe en la LPI ni en la legislación civil una definición específica de lo que haya de entenderse por *prestación*, si bien es pacífica la doctrina que entiende por tales los derechos afines reconocidos en el Libro II de la LPI y que son distintos a los derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, atribuidos al autor o a sus cesionarios, sobre sus creaciones.

El libro II de la LPI contempla como tales las interpretaciones artísticas (arts. 105 a 113), que corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes; las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales (arts. 114 a 125) que corresponden a los productores de los mismos; las transmisiones o emisiones realizadas por las entidades de radiodifusión (arts. 126 y 127) y las meras fotografías (art. 128).

Ha de señalarse que los derechos del autor confluyen con los derechos de las personas o entidades anteriormente mencionadas, como expresamente establece el art. 131 LPI, a cuyo tenor la protección de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II es compatible con los derechos reconocidos al autor intelectual de la obra. También confluyen con los que corresponden a los titulares de las obras derivadas y que igualmente son objeto de protección. A estas últimas se refiere el art. 11 LPI al indicar que, *sin perjuicio de los derechos del autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad intelectual las traducciones y adaptaciones; las revisiones, actualizaciones y anotaciones; los compendios, resúmenes y extractos; los arreglos musicales, y cualesquiera transformaciones de una obra literaria artística o científica*.

Con la incorporación expresa de las prestaciones como objeto de protección del tipo penal se solventan las discrepancias doctrinales surgidas en torno a la cuestión de si las mismas se encontraban amparadas por la anterior dicción del art. 270.1. Ciertamente, este se refería tanto a las conductas que afectaban a los derechos

de propiedad intelectual generados por obras literarias, artísticas o científicas como a las que incidían sobre los derechos generados con su transformación, interpretación o ejecución artística, lo que permitía interpretar que en éstas últimas tenían cabida algunos de los derechos recogidos en el Libro II de la LPI. Sin embargo, no han faltado opiniones contrarias a esta postura que, en cualquier caso, quedan superadas con la inclusión expresa de las prestaciones en la actual definición del tipo.

Esta ampliación expresa del objeto material del delito en el que ya, sin duda alguna, se incorporan las grabaciones audiovisuales y las transmisiones de las entidades de radiodifusión, permitirá proteger tales prestaciones aunque ni la grabación ni la transmisión tuvieran por objeto una obra intelectual, pues aquéllas merecen protección de manera autónoma y con independencia de cuál sea su contenido; así, por ejemplo, las retransmisiones de un evento deportivo, de un concurso, de un debate, etc. Ello resulta, en referencia a los derechos de los productores de grabaciones audiovisuales, de los arts. 120 y ss LPI, que tras definir qué se entiende por tales reseñan los derechos que corresponden al productor de las mismas y, en lo que respecta a las entidades de radiodifusión, del art. 126 LPI, que especifica cuáles son los derechos exclusivos de éstas.

### **3.2. La tipificación expresa de la vulneración de los derechos de la propiedad intelectual a través de los servicios de la sociedad de la información**

#### **3.2.1. Formas de explotación ilícita a través de los servicios de la sociedad de la información**

La STJUE de 13 de febrero de 2014, caso *Svensson*, dictada cuando aún se encontraba en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, supuso un punto de inflexión en la interpretación del art. 3.1 de la Directiva 2001/29/CE y, en consecuencia, del concepto de comunicación pública del art. 20.2.i) LPI, incorporado a su vez, al art. 270 del CP como elemento normativo del tipo.

Pese a que la interpretación que efectúa la citada resolución del concepto de comunicación pública, como puesta a disposición de un público nuevo, facilitaba el camino para la incriminación de la actividad desarrollada por las páginas web de enlace, el Legislador estimó oportuno mantener la previsión del Proyecto del Código Penal y tipificar específicamente la actividad de las páginas de enlace en el actual art. 270.2 CP conforme al cual *la misma pena se impondrá a quien, 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.*

El adecuado análisis de este precepto requiere conocer los diversos modos en que las obras o prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual están siendo explotadas de modo ilícito a través de los servicios de la sociedad de la información. La experiencia en la investigación de las conductas infractoras de estos derechos en Internet permite sistematizar las formas más comunes de ilícita explotación, a fecha de la presente Circular, del siguiente modo:

**Descargas directas FTP.** En este caso la descarga se lleva a efecto directamente desde el servidor, bien sea físico, bien virtual, en el que están alojados los contenidos ilícitos, al equipo de los usuarios que quieren acceder a la obra en cuestión. El usuario debe incorporar al navegador la dirección URL (la dirección en internet) del sitio web donde se alojan los contenidos infractores, lo que permitirá que el navegador los encuentre y los muestre de forma adecuada para poder acceder a los mismos y, desde allí, descargarlos a su ordenador.

Este procedimiento es poco utilizado, ya que la actividad que realiza el responsable del servidor encaja claramente en el concepto de comunicación pública dejando al descubierto de posibles acciones civiles y/o penales a quienes conscientemente alojan los contenidos poniéndolos a disposición de terceros pese a no contar con los correspondientes derechos de explotación. Efectivamente, se trata de un supuesto plenamente encuadrable en el art. 20.2. i) LPI. Estos servidores se encuentran ubicados en la mayoría de los casos en el extranjero, lo que incrementa las dificultades para la investigación y persecución de dichas conductas.

**Páginas web de enlaces.** Estas páginas facilitan el acceso irregular a contenidos o prestaciones protegidas mediante el ofrecimiento de enlaces a los mismos. Los usuarios no acceden directamente al sitio web en el que se alojan las obras o prestaciones infractoras sino que lo hacen a través de una página web que les redirecciona al sitio en que se alojan tales contenidos. Lo habitual será que la página web no se limite simplemente a ofrecer el enlace, sino que además realice actividades de selección, clasificación y ordenación de los *links*, facilitando así la localización o el acceso a los contenidos o prestaciones de interés para el internauta.

Las páginas web de enlaces permiten, a su vez, dos alternativas:

a) Desde la página web se enlaza a un servidor externo de gran capacidad donde las obras o prestaciones se encuentran alojadas y al que los usuarios acceden precisamente a través de ese vínculo.

b) Desde la web se establecen enlaces a sistemas P2P. En esta variante al usuario le basta con pinchar uno de los *links* sistematizados en la página web para acceder inmediatamente a la obra escogida, acceso que se realiza a partir de los programas de intercambio de archivos P2P. Es este un sistema de transferencia de archivos entre usuarios donde estos actúan a la vez como servidores y clientes porque los contenidos ilícitos objeto de trueque se encuentran alojados en sus respectivos equipos. Existen diversos tipos de programas de intercambio como *eMule*, *BitTorrent*, *Azureus*, *eDonkey*, etc.

A los efectos de la responsabilidad penal hemos de distinguir entre el uso que cada internauta hace de la red P2P y el uso que de dicha red hace el responsable de la página que enlaza o redirecciona a la misma.

Por lo que se refiere a los usuarios particulares, la actividad generalmente no es susceptible de calificarse como intermediación, dado que se limita a una puesta en común de archivos por parte de un número indeterminado de sujetos -cada usuario aporta lo que tiene y toma del conjunto lo que necesita-. Al margen de la irregularidad de esta conducta, como ya se indicaba en la Circular 1/2006, no cabe encajar estos comportamientos en el tipo penal del art. 270 CP, tanto en el derogado como en el actualmente vigente, debido a la ausencia de ánimo de obtener beneficio económico, sea directo o indirecto. Solo sería apreciable una intención de conseguir el ahorro de la contraprestación o cualquier otra ventaja personal que no es equiparable al elemento subjetivo exigido,

máxime cuando no se realiza en el marco de una actividad económica, ni siquiera rudimentaria.

Frente a la actuación de los simples usuarios del sistema P2P se erige la actividad del responsable de la página de enlaces que redirecciona hacia el sistema P2P, que normalmente estará presidida por la intención de obtener un beneficio, sea directo o indirecto, y conllevará una actividad de intermediación que, en muchos supuestos irá acompañada de la organización de los enlaces en la forma en que se estime más adecuada, cómoda o práctica para facilitar el acceso y utilización de los mismos por parte de los usuarios. La vulneración de derechos de propiedad intelectual a través de páginas web de enlace suele articularse mediante la presentación al usuario de una relación de enlaces o *links*, cada uno de ellos acompañado de una carátula con una imagen representativa y/o un breve resumen del contenido de la obra correspondiente. De esta manera el administrador de la página (*webmaster*) asume la función de organizar estos enlaces y ordenarlos para facilitar el acceso y utilización de los mismos por los terceros usuarios de su actividad. Así las cosas, claramente se deduce la diferencia de papeles que desempeñan los usuarios de la red P2P y el *webmaster*, de tal modo que cuando este último redirecciona al sistema P2P y con ello obtiene un rendimiento económico, realiza una actividad de intermediación merecedora de reproche penal.

En definitiva, las páginas web de enlaces -tanto directos como a sistemas P2P- ofrecen un mecanismo ágil y sencillo de acceso a obras protegidas sin disponer de los derechos de explotación ni de la autorización de sus legítimos titulares, a cuyo fin los administradores realizan una labor permanente y constante para el mantenimiento de la web y soportan los gastos necesarios para ello, gastos que en cualquier caso resultan suficientemente compensados, pues los responsables de esta intermediación suelen obtener cuantiosos beneficios a resultas de la publicidad que se inserta en la página de enlaces o a través de otros modos de financiación indirecta. En la mayor parte de los supuestos el *webmaster* no actúa individualmente, sino que se sirve de otras personas para mantener actualizados los contenidos que ilícitamente ofrece a los visitantes de la página; así, cuenta con la colaboración de los subidores o *uploaders*, que también obtendrán ganancias en función del número de descargas o accesos en *streaming* a las obras que hayan subido. A su vez los *uploaders* pueden obtener por sí mismos las copias fraudulentas o contar con la ayuda de terceras personas cuya colaboración puede consistir en grabar directamente las películas en las salas de cine donde se proyectan, comprimir el material audiovisual que posteriormente es subido por el *uploader* o desproteger un videojuego que posteriormente es comunicado públicamente a través de la página web. Tanto el *uploader* como su colaborador participan en la actividad vulneradora de los derechos de la propiedad intelectual y, por ello, serán merecedores de reproche penal cuando su actuación se ajuste a los requisitos exigidos por cada uno de los tipos penales que protegen estos derechos.

Ha de señalarse, por último, que en algunas ocasiones las páginas web de enlaces se encuentran enmascaradas bajo la apariencia de *foros* en los que los *links* son *subidos* por los usuarios, que hacen las funciones de *uploaders*. En estos casos quienes aportan los links obtienen sus ganancias directas mediante la contratación de cuentas *premium*, con contraprestación económica, por parte de los restantes usuarios del foro, por lo que la financiación indirecta a través de publicidad queda en un segundo plano.

En las dos modalidades examinadas -descargas FTP y páginas de enlace- cabe la posibilidad de que el acceso

a los contenidos o prestaciones por parte de los internautas se realice bien mediante la descarga completa en el dispositivo electrónico del usuario, bien mediante su reproducción en *streaming*. En esta última variante no se efectúa la descarga de los contenidos protegidos en el ordenador/dispositivo del interesado, sino únicamente su reproducción instantánea en el mismo. Cierto es que la reproducción en *streaming* de contenidos a partir de las redes P2P no está aun plenamente desarrollada pero todo indica que las ventajas que ofrece este sistema darán lugar a su futura generalización entre los usuarios de internet. Cualquiera de estas modalidades puede integrar la tipicidad penal.

### **3.2.2. Análisis del art. 270.2 del Código Penal**

Vistas las diversas formas en que se vulneran los derechos de propiedad intelectual a través de Internet, en el análisis del tipo penal previsto en el art. 270.2 deben destacarse diversos aspectos:

A). Mediante la tipificación de la conducta desarrollada por las páginas que almacenan contenidos infractores o que enlazan a ellos se está regulando la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información por este tipo de actuaciones.

La conducta que se sanciona es la de facilitar 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 protegidas.

De la redacción del precepto se desprende que la *facilitación del acceso* lo es a las obras o prestaciones que se encuentran en los sitios web que alojan contenidos y desde los que se realizan las descargas directas, mientras que la *facilitación de la localización* está referida a la actividad de las páginas web de enlaces. En el primer caso, referido a sitios web para descargas directas FTP, nos encontraríamos ante una actuación vulneradora desarrollada por un prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos o contenidos, mientras que en el segundo, aplicable a las páginas de enlaces, se trata de la actividad de un prestador de servicios de enlaces a contenidos. Uno y otro son prestadores de servicios de intermediación.

Como se ha indicado anteriormente, en el primero de los supuestos claramente estamos ante un acto de comunicación pública, pues las obras o prestaciones se almacenan por el propio prestador de servicios y el usuario puede directamente descargarse o acceder a los contenidos que se ofrecen sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

Es a la actividad de los prestadores de intermediación que ofrecen servicios de enlace a la que el Legislador presta especial atención. Efectivamente, aun cuando la expresión *facilitar el acceso o la localización* en internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual permite entender que están incluidos en su dicción cualesquiera modos en que pueda producirse esta forma de comunicación pública, según el estado del desarrollo tecnológico, el precepto se refiere a uno de ellos manera específica, al indicar *...en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos...*

En cualquiera de los casos, se trata de prestadores de servicios que se encuentran sometidos a lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio de *Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*

(LSSICE), que en su art. 13 establece que están sujetos a responsabilidad penal, civil o administrativa. Por ello, para comprender el alcance de la tipificación de estas conductas es necesario abordar, aun cuando sea someramente, el régimen de responsabilidad que para tales prestadores establecen los arts. 14, 16 y 17 LSSICE, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio, sobre comercio electrónico.

Así, el art. 14 de dicha disposición legal se refiere a la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso, el art. 16 a la de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y el art. 17 a la responsabilidad de quienes faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda.

Los arts. 16 y 17 contienen una regulación muy similar para ambos tipos de prestadores; así el art. 16 dispone que los que ofrecen un servicio de intermediación consistente en albergar datos o contenidos (sitios web FTP, *hosting*) no serán responsables por la información almacenada, y el 17 que tampoco lo serán los prestadores de servicios que faciliten enlaces a otros contenidos (páginas web de enlaces) o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos (motores de búsqueda) por la información a la que dirijan o a la que redireccionen, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada (en el caso de *hosting*) o la actividad o la información a la que remiten o redirigen (en el caso de páginas web de enlaces o de buscadores) es ilícita o 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 (en el caso de *hosting*) o para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente (en el caso de páginas web de enlaces o de buscadores).

Por tanto, para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios de que venimos hablando es necesario que sus responsables tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información almacenada o a la que se enlaza. A partir de esta regulación legal, ha sido la interpretación de este requisito del “conocimiento efectivo de la ilicitud” lo que ha supuesto un nuevo obstáculo para la apreciación de la responsabilidad de las páginas web infractoras de derechos de propiedad intelectual, junto con los ya examinados relativos al concepto de comunicación pública y/o a la concurrencia de lucro comercial.

*Y es que los arts. 16 y 17 LSSICE disponen que 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.*

Partiendo del tenor literal de dichos artículos se ha venido entendiendo, en orden a considerar responsables tanto civil como penalmente a los prestadores de servicios, que la acreditación de la concurrencia del conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido o de la información que almacenan o a la que remiten exigía la

existencia, al respecto, de una resolución del órgano judicial o administrativo competente comunicada al interesado. Sin embargo, en los últimos años, el Tribunal Supremo ha dictado diversas resoluciones que suponen una quiebra en esta línea tradicional de interpretación del precepto, en concreto las SSTS (Sala Primera) 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. De acuerdo con esta línea jurisprudencial, para entender que concurre el conocimiento efectivo que exigen los arts. 16 y 17 LSSICE, no resulta imprescindible que se haya dictado una resolución por órgano competente en atención a la ilicitud de los contenidos y que dicha resolución haya sido comunicada al servicio de almacenamiento o enlace, sino que el conocimiento de la irregularidad del material que se almacena o al que se enlaza puede obtenerse por cualesquiera otros medios, así mediante una notificación fehaciente y fundamentada de la parte afectada o incluso por la mera constancia de

la ilicitud cuando sea evidente por sí misma. Por tanto, la apreciación de dicho elemento intelectual en cada supuesto concreto quedará sometida a las reglas ordinarias sobre valoración del material probatorio existente.

Esta toma de posición del Tribunal Supremo tiene su fundamento en el tenor literal del art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, de Comercio Electrónico, que en España fue implementada por la LSSICE. Efectivamente, el art. 14 de la Directiva, relativo a los supuestos de exención de la responsabilidad de prestadores de servicios de alojamiento de datos (*hosting*) determina que para que estos puedan ser considerados no responsables de los datos almacenados es preciso o bien que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita - supuesto al que nos referimos - o bien que no tengan conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito. Aun cuando este segundo inciso no fue incluido en la LSSICE, la mencionada jurisprudencia, interpretando esta Ley a la luz de la Directiva, ha entendido que la ilicitud de los contenidos almacenados puede llegar a conocimiento del prestador no solo por resolución del órgano judicial o administrativo competente, sino también por la propia naturaleza de la actividad, cuando es patente su ilicitud o igualmente dicho extremo se notifica de forma fehaciente por el interesado.

Acreditado dicho conocimiento, cualquiera que sea su origen, entra en juego la diligencia exigible a los prestadores, que habrán de proceder a retirar los datos, o a hacer imposible el acceso a ellos -en el caso de prestadores de almacenamiento- o a suprimir o inutilizar el enlace correspondiente -en el caso de prestadores de servicios de enlace a contenidos o instrumentos de búsqueda-.

Sin embargo, esta obligación no supone la exigencia a estos prestadores de un deber específico de cuidado que implique una actuación permanente y generalizada de control preventivo, a su costa, de todos los contenidos con los que operan, a fin de evitar o impedir los que sean ilícitos. En esa línea, la Sentencia de la Sala Tercera del TJUE, de 24 de noviembre de 2011 -e igualmente en la Sentencia del mismo Tribunal de 16 de febrero de 2012, asunto Netlog-, con cita expresa del art. 15.1 de la Directiva 2000/31/CE, recuerda que está vedado a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un prestador de servicios a proceder a la supervisión general de los datos que transmita en su red, e idéntica conclusión se obtiene del art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (protección de la libertad de empresa) y de los arts. 8 y 11 del mismo

documento (derechos fundamentales a la protección de datos y libertad de recibir o comunicar informaciones). Por ello en la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, ya mencionada, el Tribunal declara que las Directivas 2000/31/CE; 2001/29/CE; 2004/48/CE; 95/46/CE y 2002/58/CE leídas conjuntamente deben interpretarse en el sentido de que es contrario a las mismas efectuar un requerimiento judicial por el que se ordene a un proveedor de servicios observar las siguientes conductas: a) establecer un sistema de filtrado de todas las comunicaciones electrónicas que circulen por sus servicios b) que se aplique indistintamente con respecto a toda su clientela c) con carácter preventivo d) exclusivamente a sus expensas e) sin limitación de tiempo.

En conclusión, la responsabilidad de los prestadores de servicios de almacenamiento y/o de enlace debe analizarse enmarcada en los parámetros que están siendo examinados. Es decir, la exención de responsabilidad a que se refieren los arts. 16 y 17 LSSICE no resultaría procedente cuando se acredite que dichos proveedores de servicio tenían conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos almacenados o a los que enlazaban, con independencia de la existencia de una resolución que así lo declare y de que la misma les hubiera sido notificada. Sin embargo, esta conclusión no permite afirmar que les sea exigible un deber específico de cuidado que implique una actuación permanente y generalizada de control, a su costa, de esos contenidos a fin de evitarlos o impedirlos.

Regulada así la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ha de reflexionarse acerca de si la normativa que acabamos de examinar tiene puntos de fricción con la tipificación penal y expresa de la actuación de estos servicios cuando infringen derechos de propiedad intelectual. La respuesta ha de ser necesariamente negativa. Cada regulación tiene su ámbito concreto y más teniendo en consideración que los arts. 14 a 17 LSSICE no suponen reglas de atribución de la responsabilidad, sino, al contrario, de exoneración de la responsabilidad.

No obstante, ha de señalarse que los administradores de páginas web que infringen derechos de propiedad intelectual, suelen tener conocimiento efectivo de que la actividad que realizan vulnera los derechos de propiedad intelectual. En muchos casos son plenamente conscientes de ello y asumen que su actividad principal gira en torno a una explotación no autorizada de los mismos. Así es llamativo que en no pocas ocasiones el carácter ilícito de la actividad se trasluce del propio nombre con el que se publicita la página web, nombre que sirve de reclamo para los usuarios y que suele incorporar términos tales como *pirata*, *estrenos*, *gratis* o *free*.

No hay, pues, contradicción entre la regulación relativa a la exoneración de la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información contenida en la LSSICE y la tipificación de la conducta de aquellos cuando sea vulneradora de derechos de la propiedad intelectual, pues la punición de esas conductas exige un plus, ya que no solo requiere el conocimiento efectivo de que la conducta es ilícita, sino también que esta se verifique con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

B). Atipicidad de la actividad de los motores de búsqueda.

La facilitación neutral y meramente técnica del acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de sus titulares, no colma las exigencias de la conducta típica prevista en el art. 270.2 CP, tal y como razona el Preámbulo de la Ley en relación con ello al indicar que .../o

*anterior no afecta a quienes desarrollen actividades de mera intermediación técnica, como puede ser, entre otras, una actividad neutral de motor de búsqueda de contenidos o que meramente enlacen ocasionalmente a tales contenidos de terceros.*

Esta exclusión de tipicidad encuentra su razón de ser en el propio modo de funcionamiento de los motores de búsqueda consistente en rastrear constantemente la red mediante un programa informático, recabando información de las páginas web que se encuentran alojadas en miles de servidores de internet para, una vez obtenida la información, analizarla, compilarla y generar un índice a través de otro programa informático. Todo el proceso de recopilación, organización e indexación tiene lugar sin la intervención humana, pues se realiza de manera automática sobre todas las páginas web y sin un examen específico de los contenidos de cada una, ya que el objetivo del motor de búsqueda es la indexación de toda la información disponible en la red para reflejar mejor la realidad de aquella. En consecuencia se trata, como indica el art. 270.2 CP y el propio Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de una actividad meramente técnica y neutral.

Aun cuando los sitios web pueden optar por no aparecer en los resultados de la búsqueda, incorporando para ello un código que hará que queden ocultos ante los programas de rastreo, las páginas web infractoras de derechos de propiedad intelectual no suelen utilizar esta posibilidad ya que, por el contrario, su máximo interés está en ser indexadas por los motores de búsqueda. Esto es así porque su modelo de negocio consiste precisamente en obtener el mayor número de usuarios posible que, con sus visitas a la página, generarán ingresos al administrador, de carácter directo o, como ocurre en la mayoría de los casos, indirectos, en la forma expuesta *supra*. Por ello no es extraño que estos motores de búsqueda ofrezcan entre sus resultados el acceso a páginas vulneradoras de derechos de propiedad intelectual.

De todo ello se desprende que en la actividad de los prestadores de servicio que proporcionan instrumentos de búsqueda (*Google, Bing, Yahoo, Alexa, Ask, AOL Search, Foofind*, etc) no concurren los elementos que configuran el tipo penal que se examina, pues, aun cuando en el desarrollo de su actividad indiquen contenidos o redireccionen a sitios web que infringen derechos de propiedad intelectual, ello no implica una explotación ilícita de los mismos ni la obtención de un beneficio económico directo o indirecto. Tampoco confluye el elemento intencional, ya que, como se ha dicho, actúan mecánicamente y sin analizar contenidos. Los ingresos económicos que un prestador de servicios de búsqueda obtiene de la publicidad provienen de la que directamente contratan los anunciantes para posicionarse en un lugar privilegiado en la pantalla y, en principio, nada tienen que ver con los ingresos que obtiene directa o indirectamente el responsable de las páginas web infractoras a las que nos referimos.

Sin embargo, la exclusión de responsabilidad penal determinada por el ejercicio de una actividad neutral y meramente técnica - siempre limitada a tal actividad y sin que exista un concierto con los reales infractores, en cuyo caso su actuación dejaría de ser neutral y meramente técnica -, no implica que, en los casos en que el resultado de la búsqueda muestre un determinado sitio web a través del cual se infrinjan derechos de propiedad intelectual, tal actuación deba quedar al margen de cualquier reacción, aun cuando fuere la civil o la administrativa, pues aquella actuación deberá ser examinada conforme al régimen general de exoneración de responsabilidad previsto en el art. 17 LSSICE, anteriormente expuesto.

En consecuencia, si el titular de los derechos sobre las obras o prestaciones enlazadas (o su representante o las entidades de gestión) notifica al prestador de servicios de búsqueda la actividad irregular de la web indexada, o si el propio prestador pudiera tener conocimiento de dicho extremo, por ser ello patente (en los términos de la jurisprudencia ya estudiada), este tendría el conocimiento efectivo de la ilicitud de aquella actividad y solo podría exonerarse de su responsabilidad procediendo a desindexar el enlace o el contenido infractor.

En estos casos, si el prestador de motores de búsqueda no procede de manera voluntaria a la desindexación de los contenidos, podría plantearse su eventual responsabilidad penal por un delito contra la propiedad intelectual derivado del incumplimiento del deber legal (ex art. 17.1.b LSSICE) de desindexación de aquéllos, siempre que concurren los demás elementos propios del tipo penal que ya han sido examinados.

Ha de señalarse, no obstante, que la desindexación no supone sin más que los contenidos infractores desaparezcan de internet, pues, como se ha dicho, son contenidos ya publicados en la red y almacenados en los servidores que alojan la página web. En consecuencia, además de actuar respecto del prestador que ofrece el motor de búsqueda, habrá que dirigirse por cualquiera de las vías que ofrece nuestro ordenamiento jurídico - penal, civil o administrativa - contra el sitio web desde el que se realizan las descargas directas o contra la página de enlaces, con el fin de que se retiren los contenidos infractores o incluso se cierre la página, pues de otro modo, tales contenidos infractores seguirán siendo accesibles en internet y podrían volver a ser indexados.

Por último, debe recordarse que de conformidad con el art. 17.2 LSSICE, no procede la exoneración de responsabilidad del prestador de motores de búsqueda cuando el servicio de la sociedad de la información que infrinja los derechos de propiedad intelectual actúe bajo la dirección, autoridad o control del propio prestador de instrumento de búsqueda. En este caso podría apreciarse un supuesto de coautoría previsto en el art. 28 CP si se tratase de una persona física. De tratarse de una persona jurídica, debe recordarse que la posibilidad de que las mismas puedan incurrir en responsabilidad penal por este tipo de delitos se encuentra expresamente prevista en el art. 288 CP en relación con el 31 bis.

C) Responsabilidad penal y aportación de los contenidos por los usuarios de internet.

Dispone el inciso último del art. 270.2 CP que la conducta será típica *aunque dichos enlaces hubieran sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios* (art. 270.2, inciso último CP).

Esta previsión legal obedece al hecho de que, en ocasiones, quienes facilitan al *webmaster* los enlaces son los propios usuarios que actúan como *uploaders* sin recibir nada a cambio, con la sola finalidad de incrementar el número de obras o prestaciones que se ofrecen a un público del que forma parte el propio *uploader*. Esta circunstancia, sin embargo, no ha de ser obstáculo, según establece el propio precepto, para el reproche penal de quien administra la web y clasifica y ordena los enlaces subidos gratuitamente, obteniendo por ello algún tipo de ventaja evaluable económicamente.

Ahora bien, de ello también puede derivarse responsabilidad para estos *uploaders*: la experiencia ha puesto de manifiesto que en no pocos casos quien facilita enlaces o contenidos actúa concertadamente con el

administrador de la página web y con otras personas, en un claro modelo de negocio que persigue obtener ganancias mediante la explotación ilícita, de manera sistemática y organizada, de los derechos de propiedad intelectual. Así, quienes facilitan al *webmaster* enlaces o contenidos y reciben por ello cantidades de dinero u otro tipo de ventajas económicas, en función del número de obras que han proporcionado y obtenido por sí mismos o a través de terceros mediante su grabación fraudulenta en salas de cine o por cualquier otro medio, incurrirán por ello en responsabilidad criminal.

Al margen de estos supuestos, y de cualquier otro en el que el usuario pretenda obtener un beneficio económico directo o indirecto, ha de recordarse que, como ya se ha expuesto y se indicaba también la Circular 1/2006, el mero hecho de *subir* a la página web la obra protegida resultará atípico, toda vez que la actuación del usuario no vendrá presidida por el elemento subjetivo exigido por el tipo penal.

Esta misma falta del elemento subjetivo impide considerar típica la actividad de las páginas de enlaces que son creadas y mantenidas por los propios usuarios y en las que no figura publicidad alguna, ni se exige contraprestación para acceder a los contenidos, ni existen otras vías para la obtención de rendimientos económicos por quienes las mantienen. Ello sin perjuicio de que tal actividad, como vulneradora de la LPI en tanto que realiza un acto de comunicación pública, pueda ser objeto de acciones civiles o administrativas.

### **3.3. Conductas de exportación, almacenamiento e importación**

Estas conductas, anteriormente sancionadas en el art. 270.2 CP, se tipifican ahora en el 270.5 letras a) y b). Además de la modificación de su ubicación, la actual regulación ha introducido un requisito que acota expresamente la transcendencia penal de las conductas consistentes en exportar, importar o almacenar ejemplares de obras, producciones o ejecuciones, incluidas las copias digitales de las mismas, protegidas por los derechos de propiedad intelectual. En efecto, tales comportamientos solo serán delictivos cuando las obras, producciones o ejecuciones exportadas, importadas o almacenadas estén destinadas a *ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente*. De este modo la conducta típica, además de estar presidida por el dolo, pues siempre ha de ser intencionada, ha de ir acompañada de otro elemento de carácter finalístico conforme al cual no será suficiente el mero acopio de objetos protegidos, sino que el mismo ha de tener por objeto realizar una actividad infractora de los derechos de las previstas en el tipo penal. Desde este punto de vista tales conductas solo serán típicas y punibles cuando fueran instrumentales de la distribución o comercialización de las obras o producciones sobre las que recaen.

Esta modificación supone una mejora técnica que no varía la interpretación que hasta ahora se venía haciendo de tales conductas por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2006.

### **3.4. Conductas relacionadas con las medidas de protección tecnológica de las obras o prestaciones**

La LO 1/2015 ha introducido en los apartados c) y d) del art. 270.5 dos nuevos tipos delictivos que castigan los actos ilícitos contra las medidas tecnológicas eficaces de protección de las obras o prestaciones: la eliminación o modificación de tales medidas y la elusión o facilitación de la elusión de las mismas. Sin embargo ya en la reforma operada por LO 15/2003 se introdujeron como delictivos ciertos actos preparatorios, que se encontraban

sancionados en el art. 270.3 y han pasado, tras su reenumeración, a constituir el vigente art. 270.6.

Las tres conductas típicas tienen su origen en la Directiva 2001/29/CE, que en el art. 6 de su capítulo III, y bajo el epígrafe *Protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos*, dispone:

*1. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que se persigue ese objetivo.*

*2. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que:*

*a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o*

*b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o*

*c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.*

La reforma, para adaptar nuestra legislación al mencionado artículo, viene a sancionar tres tipos de comportamientos que se analizarán en los epígrafes siguientes (3.4.1 y 3.4.2).

### **3.4.1. Instrumentos concebidos o adaptados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de las obras o prestaciones**

*Conforme al art. 270.6 CP será castigado también con una pena de prisión de seis meses a tres años quien fabrique, importe, ponga en circulación o posea con una finalidad comercial cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en los dos primeros apartados de este artículo .*

El precepto castiga los actos preparatorios previos a las conductas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual. Frente a la anterior redacción del art. 270.3, la actual regulación incorpora dos novedades que suponen mejoras técnicas.

En primer lugar, se suprime el requisito de que el dispositivo o componente esté *específicamente destinado* a la inutilización o neutralización del sistema protector, que suponía que aquéllos debían ser no solo idóneos para esa finalidad, sino también haber sido creados con este exclusivo propósito.

Los problemas prácticos que tal exigencia llevaba consigo propiciaron la modificación del precepto para sustituir la expresión *específicamente* por la de *principalmente (concebido, producido, adaptado o realizado)*, que es,

además, la utilizada en la Directiva. Con ello se superan las dificultades para la aplicación del tipo derivadas de la exigencia de que el instrumento o medio hubiera sido creado precisamente para la supresión de las medidas que protegían las obras o prestaciones, pues bastaba con que el medio o instrumento, además de servir para suprimir o neutralizar el dispositivo de protección, tuviera cualquiera otra utilidad, para que ello impidiera la aplicación del tipo penal.

La redacción actual supone que tales programas o medios, siempre que permitan la supresión o neutralización ilícita, aunque tengan otras utilidades menores o accesorias, serán aptos para integrar la conducta típica. En cualquier caso, la idoneidad del medio o instrumento para suprimir o neutralizar las medidas técnicas de protección, y el hecho de que haya sido creado para esta finalidad, habrá de deducirse de su propia naturaleza, de su funcionalidad y/o del modo en que pueda ser utilizado, extremos que en no pocas ocasiones habrán de ser concretados mediante el oportuno informe pericial.

La segunda mejora técnica se refiere a que la conducta típica consistente en la posesión de tales instrumentos o medios lo ha de ser también con finalidad comercial. El anterior art. 270.3 CP castigaba a quien tuviese en su poder cualquiera de estos medios, sin exigir expresamente que esa tenencia o posesión tuviera una ulterior finalidad lucrativa. Con esta modificación se incorpora el sentido del art. 6.2 de la Directiva, cuya dicción literal es la de *posesión con fines comerciales*.

Ha de señalarse que como consecuencia de las dos modificaciones que experimenta este precepto, el ilícito penal pasa a ser idéntico a las conductas previstas en los arts. 102 y 160.2.c) LPI, este último modificado por Ley 23/2006, de 7 de julio, que incorporó la Directiva de forma literal. Se produce, al menos en apariencia, un total solapamiento entre la protección penal y la civil.

El elemento diferenciador entre el ilícito penal y el ilícito civil lo marca la concurrencia de lo que en la dicción anterior del Código Penal para estos delitos era el ánimo de lucro y ahora es el ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. En el mismo sentido se expresaba la Circular 1/2006 respecto del art. 270.3, en su redacción original.

### **3.4.2. Medidas tecnológicas: actos de modificación, de eliminación, de elusión y de facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección**

La LO 1/2015 incorpora al precepto otras conductas que, como se ha dicho, ya estaban previstas en el art. 6 de la Directiva 2001/29/CE bajo el epígrafe *protección de medidas tecnológicas e información para la gestión de derechos*.

Con anterioridad a la reforma, las conductas de elusión de las medidas tecnológicas se encontraban contempladas únicamente en la legislación civil, en el art. 160.1 LPI, según redacción dada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, conforme al que *los titulares de derechos de propiedad intelectual reconocidos en esta Ley podrán ejercitar las acciones previstas en el Título I de su Libro III contra quienes, a sabiendas o teniendo motivos razonables para saberlo, eludan cualquier medida tecnológica eficaz*.

Con la actual regulación, sin embargo, pasan a ser conductas típicas contempladas como dos comportamientos distintos, tipificados en el art. 270.5, letras c) y d), ambos relacionados con las medidas tecnológicas de protección de derechos de propiedad intelectual.

Las medidas tecnológicas se establecen tanto para controlar el acceso a la obra o prestación como la utilización que se hace de ellas, y pueden ser definidas como los procedimientos, técnicas, dispositivos, componentes, o combinación de éstos, cuya función es controlar, impedir o restringir el acceso o la utilización de las obras y/o prestaciones protegidas por los derechos de propiedad intelectual, impidiendo aquellos actos que no cuenten con la autorización de los titulares de derechos de las obras y/o prestaciones correspondientes.

Entre ellas se encuentran las medidas de control de acceso, como un software que impida llegar a la obra hasta que no se introduzca una clave o contraseña y que, además, puede tener un periodo de validez determinado; los sistemas que restringen la reproducción, y permiten realizar una sola copia digital de la obra (o un número limitado de ellas), o sólo permiten realizar la copia a un usuario registrado o bien que impiden la conversión a otros formatos; los sistemas que sólo permiten la reproducción en determinados dispositivos que tienen ciertas características y no en otros; los mecanismos que permiten la visualización o audición de la obra protegida, pero no su reproducción, su descarga, ni su impresión; los que impiden la copia de los contenidos digitales cuando circulan por cables o vías de conexión entre diferentes dispositivos; o los sistemas que impiden la descarga, y sólo permiten la audición o visualización en *streaming*.

Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o prestación protegida puede ser vigilado por los titulares de derechos mediante un control de acceso, un control de copiado, o un procedimiento de protección (o codificación) que sólo permite el uso de la obra a aquellas personas que cuenten con autorización.

El art. 270. 5 c) CP castiga a quienes *favorezcan o faciliten la realización de las conductas a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo eliminando o modificando, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, las medidas tecnológicas eficaces incorporadas por éstos con la finalidad de impedir o restringir su realización.*

Se contemplan en este artículo los supuestos en que el sujeto activo elimina o modifica una medida tecnológica con conocimiento de que posteriormente un tercero explotará la obra o prestación que protegía; esto es, el sujeto activo es persona distinta a aquélla que, tras la eliminación o modificación de las medidas tecnológicas de protección por parte del sujeto activo, va a reproducir, distribuir, comunicar públicamente o explotar de cualquier otro modo la obra o prestación protegidas.

De la redacción del precepto se desprende que no toda actuación de eliminación o modificación de las medidas tecnológicas será típica, tan solo aquélla que se efectúe para favorecer o facilitar la posterior realización de algunos de los delitos previstos en los números 1 o 2 del artículo; por lo que el sujeto activo ha de ser conocedor, al menos de forma genérica, de esta ulterior actividad a desarrollar por terceras personas.

El Legislador ha convertido en delito autónomo lo que no es sino una forma de colaboración en el posterior delito

consistente en la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Como delito autónomo, quedará consumado siempre que el autor haya conseguido eliminar o modificar las medidas tecnológicas con la intención de favorecer o facilitar la vulneración de derechos, aun cuando no se haya llevado a efecto la reproducción, distribución, comunicación pública de las obras o prestaciones que la medida tecnológica protegía.

No se exige que el sujeto actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, siendo suficiente que el dolo abarque el conocimiento de que ulteriormente otras personas van a cometer los delitos contra la propiedad intelectual.

El art. 270.5.c) CP ha plasmado lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2001/29/CE, ya transcrito, en el que se insta a los Estados miembros a establecer una protección adecuada contra la elusión de las medidas tecnológicas *cometida por una persona a sabiendas o teniendo motivos razonables para saber que se persigue ese objetivo*.

La conducta de quienes eliminan las protecciones de películas, música o videojuegos con la finalidad de que sean terceras personas, generalmente los administradores de los sitios web o de las páginas de enlace infractoras, quienes lleven a cabo los actos de comunicación pública o distribución, colma con su actuación este tipo penal.

Sin embargo, el elemento subjetivo sí se exige para la segunda de las conductas típicas ahora incorporadas al Código Penal. Efectivamente, el art. 270.5.d) castiga a quienes *con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, con la finalidad de facilitar a terceros el acceso a un ejemplar de una obra literaria, artística o científica, o a su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicado a través de cualquier medio, y sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios, eluda o facilite la elusión de las medidas tecnológicas eficaces dispuestas para evitarlo*.

Claramente se infiere que el autor es persona distinta a la que, tras su actuación, infringirá los derechos de propiedad intelectual mediante la explotación de la obra o prestación. El autor pone a disposición de terceras personas, a cambio de una ventaja patrimonial, un método, herramienta o instrumento que les permitirá acceder a las obras o prestaciones protegidas y explotarlas ilícitamente, o bien las utiliza él mismo para eludir la medida tecnológica de protección de aquéllas facilitando de esa forma el acceso a las mismas por parte de terceros.

El precepto castiga tanto al que elude efectivamente la protección, como al que con su actuación facilita a un tercero la elusión de la medida tecnológica de protección. En cualquiera de los dos casos el sujeto activo actúa guiado por la intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

A diferencia de la conducta prevista en el art. 270.5.c), el comportamiento tipificado en el art. 270.5.d) aparece como independiente del que, en definitiva, lleven a cabo las terceras personas a quienes facilita el acceso a la obra o prestación. El sujeto activo elimina la medida de protección tecnológica u ofrece a terceras personas los modos o medios para su elusión pero se desvincula de la ulterior infracción de derechos aunque este sea el resultado último de su acción, y es en razón del carácter independiente de su conducta que se exige la

conurrencia de la intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto, como elemento diferenciador de los ilícitos civiles.

Encuentran encaje en este precepto supuestos muy habituales en los que se encontrarían comprendidos, por ejemplo, quienes ofrecen, a cambio de un precio, *hackear* videoconsolas con el fin de que puedan instalarse en ellas videojuegos piratas. Dado su tenor literal, también colmaría el tipo penal la conducta de quien, a cambio de un rendimiento económico, alecciona acerca del modo en que se pueden eludir las medidas tecnológicas de protección. Así, son frecuentes las páginas web en las que aparecen tutoriales sobre esta materia que facilitan la elusión de tales medidas; sin embargo, sólo incurrirán en ilícito penal si la información que suministran es idónea para conseguir la elusión de la medida de que se trate y si actúan además con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

Se trata de un tipo penal similar al previsto en el art. 286.3 CP, que castiga a quien facilite a terceros el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa; con la particularidad de que el art. 286.3 no exige que concurra ánimo de lucro.

En los apartados c y d) del art. 270.5 -con las peculiaridades ya señaladas entre uno y otro- se sancionan actos previos a las conductas propiamente infractoras de los derechos de propiedad intelectual que, a diferencia de las conductas previstas en el art. 270.6 -fabricación, importación, puesta en circulación o posesión con fines comerciales de medios principalmente concebidos para neutralizar o suprimir dispositivos de protección- suponen ya una efectiva elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección. Es por ello que, aun siendo también conductas previas a las directamente vulneradoras de los derechos, están más cercanas a ellas, y, *ab initio*, son merecedoras de una pena superior a la del art. 270.6 CP.

### **3.5 Medidas cautelares. Medidas de retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo de acceso**

Conforme al art. 270.3 CP *en estos casos, el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción. Cuando a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual a que se refieren los apartados anteriores, se ordenará la interrupción de la prestación del mismo, y el juez podrá acordar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual.*

*Excepcionalmente, cuando exista reiteración de las conductas y cuando resulte una medida proporcionada, eficiente y eficaz, se podrá ordenar el bloqueo del acceso correspondiente*

El precepto, junto a una referencia genérica a las medidas cautelares, hace una mención expresa a determinadas medidas, novedosas en el Código Penal pero ya contempladas en la LPI y en la LSSICE. La mención de unas y otras en el mismo artículo y la indicación de que las de retirada de obras y/o prestaciones y

de interrupción de la prestación del servicio deberán adoptarse de manera preceptiva por el juez, obliga a realizar una primera reflexión sobre si tales medidas pueden ser adoptadas durante la tramitación del procedimiento y/o en la sentencia que pone fin al mismo

Un examen detenido del precepto, así como de la regulación civil y administrativa de estas medidas, evidencia que las mismas podrán adoptarse bien como cautelares durante la tramitación del procedimiento bien como definitivas en la sentencia que se dicte. Efectivamente, se trata de medidas que ya se encontraban contempladas en el art. 141 LPI como medidas cautelares, por lo que, pudiendo ser acordadas con esta naturaleza ante un ilícito civil, con más razón habrá que admitir su adopción frente a infracciones más graves de los derechos de propiedad intelectual merecedoras de reproche penal.

Su adopción, con carácter cautelar, quedará sujeta a la ponderada decisión del juez ajustándose al régimen general de cualquier medida provisoria. La decisión al respecto, por tanto, debe ser siempre potestativa y efectuada en atención a las circunstancias del caso y a la entidad de los indicios existentes.

Pese a los términos imperativos empleados por el art. 270.3 (*el juez o tribunal ordenará la retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción...y/o...se ordenará la interrupción de la prestación del servicio de la sociedad de la información*), este carácter vinculante no operará cuando las medidas se acuerden en su modalidad cautelar. Otra interpretación sería contraria al régimen general de las medidas cautelares, que, por su propia naturaleza, sólo pueden establecerse cuando resulten justificadas en cada caso concreto y cuando, de no adoptarse, puedan producirse durante la pendencia del proceso situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia condenatoria.

Antes de analizar específicamente estas medidas, es preciso insistir en la importancia de la adopción de cualesquiera de ellas para la protección de los derechos de la propiedad intelectual, especialmente en los casos en que la vulneración tiene lugar a través de los servicios de la sociedad de la información, toda vez que las características del medio empleado facilitan la comisión de la actividad ilícita a gran escala y, al mismo tiempo, dificultan su persecución, lo que exige una rápida respuesta para evitar la continuidad en la situación de riesgo para el bien jurídico protegido. La Circular 1/2006 se refería ya a ello al señalar que *la adopción de tales medidas debe entenderse podrá ser acordada de oficio por el Juez de instrucción, o a petición del Ministerio Fiscal, sin que resulte presupuesto necesario la previa petición del titular del derecho infringido, dado que tras la reforma de la LO 15/2003, nos encontramos ante delitos perseguibles de oficio. Es por ello, que los Sres. y Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia de la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual, y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.*

Ya se ha indicado que con anterioridad a la reforma efectuada por LO 1/2015 la adopción de medidas cautelares podía ampararse en el art. 143 LPI a cuyo tenor *en las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en los procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de*

*cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.* Dicho precepto ha de ser interpretado en relación con el art. 141 del mismo texto legal, ya citado, que ofrece un amplio catálogo de medidas previstas para la protección de los derechos de propiedad intelectual.

De entre las medidas relacionadas en el art. 141 LPI, además de las expresamente mencionadas en el vigente art. 270.3 CP, ha de reseñarse, por su especial relación con la materia que nos ocupa, la prevista en su apartado 4º, relativa al secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes a los que se refieren los arts. 102.c) y 160.2 LPI. Tales efectos son aquéllos cuya única función sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador o que esté principalmente concebido, producido, adaptado, comercializado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de las medidas tecnológicas de protección de las obras o prestaciones. Esta medida cautelar se encuentra, en consecuencia, íntimamente ligada con el tipo delictivo contemplado en el art. 270.6, que supone un adelantamiento de la barrera penal al castigar la fabricación, importación, puesta en circulación o incluso la posesión con finalidad comercial de tales instrumentos.

El catálogo de medidas cautelares del art. 141 LPI se completa con otras de igual naturaleza tales como la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate, el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado para la reproducción o comunicación pública y el embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales utilizados para la comisión del ilícito.

En definitiva, el Legislador ha optado por citar expresamente en el nuevo art. 270.3 CP algunas de las medidas previstas en el art. 141 LPI y en los arts. 8 a 11 de la LSSICE para que sean acordadas con carácter definitivo en la sentencia que ponga fin al proceso, sin perjuicio de su aplicación cautelar en los términos antes indicados. Ello, sin embargo, no limita la posibilidad de instar y acordar, al amparo del art. 13 de la LECrim, durante la tramitación del procedimiento, cualesquiera otras de las previstas en el art. 141 LPI al que se remite expresamente el art. 143 del mismo texto legal al referirse a la adopción de medidas cautelares en causas criminales.

La retirada de obras o prestaciones infractoras puede llevarse a efecto tanto en el entorno físico como en el virtual. En el primer supuesto el secuestro de objetos o ejemplares que vulneran los derechos de propiedad intelectual, está previsto como medida cautelar en el art. 141.3 LPI; y, respecto del segundo, la retirada de contenidos que se encuentran alojados en sitios web y vulneran derechos de propiedad intelectual es objeto de tratamiento en los arts. 8.1 y 11.1 LSSICE, según redacción dada por la ley 2/2011, de 4 de marzo, de *Economía Sostenible*.

En cuanto a la interrupción del servicio está prevista expresamente en los arts. 8.1 y 11.1 LSSICE como medida a adoptar para la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual y también como medida cautelar en el art. 141 LPI, pudiendo incardinarse según el caso en su número 2, que prevé *la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley*, o en su número 6, que contempla *la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual*.

A su vez, la medida de bloqueo puede entenderse incluida, al igual que la interrupción del servicio, en el propio apartado 6 del art. 141 como *suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual*, refiriéndose también a ella el art. 11.2 LSSICE.

Llama la atención que el Legislador, en el art. 270.3 CP, realice un diverso tratamiento de las medidas examinadas, pues la retirada de contenidos y la interrupción del servicio se establecen como preceptivas, mientras que al bloqueo de acceso le atribuye un carácter potestativo y, además, únicamente podría adoptarse en los casos excepcionales especificados en el último inciso del art. 270.3, que se concretan en los supuestos en que exista reiteración de la conducta infractora y/o el bloqueo de acceso sea una medida proporcionada, eficiente y eficaz para evitar que continúen vulnerándose los derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, la finalidad de unas y otras es muy semejante, en particular las de interrupción del servicio o bloqueo de acceso al mismo, y las dos requieren de la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, tal y como establecen los artículos ya mencionados de la LSSICE, así como el art. 138 LPI, que dispone que *tanto las medidas de cesación específicas contempladas en el art. 139.1.h) como las medidas cautelares previstas en el art. 141.6 podrán también solicitarse, cuando sean apropiadas, contra los intermediarios 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, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Dichas medidas habrán de ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias.*

La única diferencia entre ambas medidas radica en que la interrupción del servicio permitirá la clausura de la página infractora que se encuentre en nuestro país -a cuyo fin podrán darse las órdenes oportunas al prestador de servicio de alojamiento radicado en España- y, por su parte, el bloqueo de acceso procederá cuando la página infractora se encuentre ubicada fuera de España. En este segundo caso la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación consistirá en impedir que desde nuestro país pueda accederse a la página localizada más allá de nuestras fronteras.

Al analizar concretamente los requisitos que exige el artículo 270.3 para la medida de bloqueo ha de recordarse que la reiteración delictiva viene siendo entendida como la sucesiva comisión de ilícitos penales cuando los previamente cometidos no han sido aún juzgados y sentenciados. Pero lo cierto es que nada se dice en el Código Penal acerca del número de ilícitos que han haberse cometido para considerar que la conducta es reiterada. Podría servir de pauta interpretativa el apartado 6º del art. 158 ter LPI, que regula el procedimiento para el restablecimiento de la legalidad de que conoce la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Dicho apartado, si bien no utiliza el término reiteración, se refiere a la *reanudación por dos o más veces de actividades ilícitas por parte de un mismo prestador de servicios de la sociedad de la información. A estos efectos se dispone que se entenderá por reanudación de la actividad ilícita el hecho de que el mismo responsable contra el que se inició el procedimiento explote de nuevo obras o prestaciones del mismo titular, aunque no se trate exactamente de las que empleara en la primera ocasión, previa a la retirada voluntaria de los contenidos.*

En definitiva, aun cuando la reiteración se presenta como un concepto jurídico indeterminado de difícil interpretación, en lo que concierne a las infracciones de derechos de propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información –que, como se ha indicado, suelen realizarse a escala comercial y con una mínima estructura que les permite ejecutar esa explotación económica-, su aplicación no debe plantear problemas ya que el hecho de haber creado esa infraestructura revela precisamente la vocación de permanencia de la actividad a la que va dirigida, lo que servirá para fundamentar en muchos supuestos la existencia de esa reiteración o persistencia en la actividad ilícita que permitirá la adopción de la medida de bloqueo de acceso.

Por lo que se refiere a la segunda de las circunstancias previstas en el precepto, que la medida de bloqueo resulte *proporcionada, eficiente y eficaz*, como ya se ha expuesto, pese a que el Legislador la califica de excepcional, se trata de una situación que concurrirá en una gran parte de los supuestos, pues vendrá dada por el hecho de que el prestador de servicios de intermediación se encuentre ubicado fuera de España donde, por lo tanto, el bloqueo resultará el único medio idóneo y apto para evitar la continuidad en nuestro país del efecto vulnerador de los derechos afectados

No debemos finalizar el análisis de las medidas de interrupción del servicio o de bloqueo de acceso sin hacer alguna reflexión acerca de su naturaleza en los casos en que se impongan en sentencia. Estas medidas, como se ha indicado, se encontraban ya contempladas en la LPI no solo con carácter cautelar (art. 141) sino también como medidas para el cese de la actividad ilícita (art. 139) o para el restablecimiento de la legalidad (art. 158 ter, que prevé su adopción en el procedimiento administrativo ante la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual). Su incorporación al Código Penal, sin embargo, no les otorga la consideración de penas pues no se encuentran incluidas en la relación del art. 33 CP. Solo en los casos en que el ilícito sea cometido por una persona jurídica, posibilidad contemplada en el art. 288 CP, las medidas podrían entenderse incluidas en las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33. Por su parte, si el ilícito ha sido cometido por una organización o grupo de personas que por carecer de personalidad jurídica no estén comprendidas en el art. 31 bis, aun cuando cabe su imposición, no tendrán la naturaleza de pena sino de *consecuencia accesoria* al amparo de lo dispuesto en el art. 129 CP.

No obstante, estos ilícitos no son perpetrados exclusivamente ni en todas las ocasiones por personas jurídicas o por grupos de personas, sino que también se cometen por personas individuales. En este caso, la imposición de estas medidas podría considerarse como una *consecuencia accesoria* del delito, en el marco del comiso previsto en el art. 127 CP, asimilando la retirada de contenidos, la clausura de la página web mediante la interrupción del servicio o el bloqueo de acceso a la misma con la pérdida de los bienes, medios o instrumentos con que se haya ejecutado el delito.

En este punto no está de más recordar que los delitos contra la propiedad intelectual están incluidos entre los que pueden dar lugar al decomiso ampliado, al decomiso sin sentencia y al decomiso de bienes de terceros, regulados en los arts. 127 bis a 127 octies CP, según redacción dada por LO 1/2015.

Por último, debe tenerse presente que la LO 1/2015 también ha modificado el art. 367 ter.3º LECrim, en el que se dispone que podrá procederse a la destrucción anticipada de los efectos intervenidos con ocasión de un delito

contra la propiedad intelectual una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente, asegurando la conservación de las muestras que resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones, salvo que la autoridad judicial acuerde mediante resolución motivada su conservación íntegra en el plazo de un mes desde la solicitud de destrucción.

### **3.6 Penalidad de los delitos contra la propiedad intelectual**

Las penas experimentan un importante endurecimiento, pues el límite máximo se eleva a cuatro años de prisión, que puede alcanzar los seis años en el supuesto de que concurra alguna de las circunstancias de agravación del art. 271 CP. Estas penas son de aplicación al tipo básico (art. 270.1 CP), al tipo de vulneración de derechos de propiedad intelectual a través de los servicios de la sociedad de la información (art. 270.2 CP) y a las conductas de importación, almacenamiento, exportación, así como las de elusión o facilitación de la elusión de las medidas técnicas de protección (art. 270.5 CP).

No obstante, cuando en las conductas típicas contempladas en los apartados primero y quinto del art. 270 CP concurren las condiciones y circunstancias previstas en el apartado cuarto del mismo artículo, la pena podrá ser sensiblemente inferior por la aplicación de los subtipos atenuados. En este sentido el Preámbulo de la Ley Orgánica indica que se ha establecido *un marco penal amplio que ofrece al juez un margen adecuado para ajustar la pena a la gravedad de la conducta*.

Nótese que esta reducción de la pena no será de aplicación a la vulneración de derechos efectuada a través de los servicios de la sociedad de la información, lo que tiene su razón de ser en que los subtipos atenuados se ciñen a los supuestos de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional o a aquellos en que la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener y las características del culpable hacen merecedor a este de un menor reproche penal. Resulta evidente que esa comercialización a pequeña escala es incompatible con el efecto multiplicador que tiene internet, y, en consecuencia, con el mayor potencial lesivo para los derechos que se produce a través de los servicios de la sociedad de la información.

Las conductas típicas previstas en el art. 270.5, serán castigadas, según se indica al inicio del precepto, *con las penas previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos*. Esta remisión implica que la pena será la señalada en el 270.1, pero cabrá igualmente, en su caso, apreciar los subtipos atenuados previstos en el art. 270.4 CP. Aunque algunas de las conductas típicas castigadas en el art. 270.5 pueden parecer incompatibles con los subtipos atenuados (tal es el caso de la exportación, importación o almacenamiento, ya que parecen implicar una actuación a gran escala), no ocurre lo mismo con las conductas de eliminación, modificación, elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, compatibles con las circunstancias atenuatorias previstas en el referido apartado cuarto.

Esta solución contrasta con el hecho de que no sean aplicables las ventajas del art. 270.4 a las conductas sancionadas en el art. 270.6 -que como se ha indicado están más alejadas de la efectiva vulneración de los derechos de propiedad intelectual que los actos de eliminación, modificación o elusión de medidas tecnológicas eficaces previstos en el art. 270.5.c y d-, al establecerse en el mismo un marco penológico inamovible de seis meses a tres años de prisión. Parece ilógico que esta conducta típica no pueda beneficiarse de una menor

penalidad en aquellos casos en que concurren las circunstancias previstas en el art. 270.4, determinadas por el carácter ocasional de la actividad desplegada, las características del autor y/o a la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener.

### 3.7 Los subtipos agravados

Se mantienen los subtipos agravados ya existentes desde la modificación operada por LO 15/2003, si bien se incrementa de un modo sensible la pena y se introducen algunas mejoras técnicas. El art. 271 CP asigna a estos subtipos la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años.

En la letra a) se contempla el supuesto de que *el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica*.

Esta circunstancia ha sido objeto de una mejora técnica pues, junto al *beneficio obtenido*, se ha incorporado al precepto la referencia al beneficio *que se hubiera podido obtener*.

En la letra b) se agrava la responsabilidad cuando *los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados*.

La agravación se hace depender de que los hechos (no los beneficios reales o previsibles) o los perjuicios ocasionados revistan especial gravedad. La modificación respecto de la regulación anterior estriba en la incorporación, como fundamento de la cualificación de la conducta, de una referencia al *número de obras o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición*.

Esta modificación es acorde con la incorporación de las prestaciones como objeto de la conducta típica y permitirá una más concreta valoración de los hechos, sobre todo cuando la infracción no se lleva a efecto en el entorno físico sino a través de los servicios de la sociedad de la información, pues, en este caso, no se puede hablar propiamente de *objetos* producidos ilícitamente, sino de actos de comunicación pública o de puesta a disposición de un público de las obras o prestaciones de que se trate, sin que ello se materialice en soporte físico alguno.

En cualquier caso, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, la *especial gravedad*, cuyo contenido habrá de ir decantándose por vía jurisprudencial.

Cuando la agravación venga dada por la especial importancia de los perjuicios ocasionados, la evaluación de la entidad de los perjuicios habrá de efectuarse tomando en consideración los criterios expresados en el art. 140 LPI, que se exponen más adelante.

En la letra c) se considera como subtipo cuando *el culpable pertenezca a una organización o asociación*,

*incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.*

Este subtipo agravado fue incorporado en la modificación operada por la LO 15/2003 y tiene su fundamento en la constatación de que las infracciones de los derechos de propiedad intelectual se cometen especialmente a través de grupos organizados y jerarquizados de personas; circunstancia de la que se hace eco el parágrafo 9 del preámbulo de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto a los derechos de propiedad intelectual, de 29 de abril de 2004

Por esta misma razón la LO 15/2003 modificó el art. 282 bis LECrim, incluyendo los delitos contra la propiedad intelectual en el listado de infracciones penales que permiten la utilización de la figura del agente encubierto, siempre que sean cometidos en el seno de una organización criminal.

Como ya puso de relieve la Circular 2/2011, de 2 de junio *sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las Organizaciones y Grupos Criminales*, en estos supuestos de subtipos agravados se produce un concurso de normas entre el precepto correspondiente y los arts. 570 bis o 570 ter CP, cuando el sujeto activo de estos delitos es, al tiempo, integrante y/o dirigente del grupo u organización en cuyo seno se lleva a efecto la acción ilícita. Resulta procedente, por tanto, recordar aquí el criterio establecido en dicha Circular, que en aplicación de lo establecido en art. 570 quater 2 in fine remite en estos casos a la regla 4ª del art. 8 CP, y por tanto establece que *en tales supuestos los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el art 570 quater CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el art. 570 bis o el art. 570 ter, en su caso y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.*

La letra d) contempla el supuesto de *que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.*

#### **4. Responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual**

El art. 272 CP dispone que la extensión de la responsabilidad civil se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios. Aun cuando el mencionado precepto no ha sido objeto de reforma, sí lo fue el art. 140 LPI, regulador de esta materia, en virtud de la Ley 19/2006, de 5 de junio. Siendo esta reforma posterior a la Circular 1/2006, no pudieron reflejarse en la misma los novedosos criterios introducidos para la determinación de los daños y perjuicios, por lo que parece oportuna su mención en la presente.

Conforme al nuevo art. 140 LPI:

*1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo 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. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.*

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

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.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

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.

Para asegurar la satisfacción de las responsabilidades civiles por los daños, incluso los morales, y por los perjuicios sufridos, será preciso instar del órgano judicial la adopción de las medidas cautelares oportunas tendentes a garantizar que, de dictarse sentencia condenatoria, la indemnización pueda hacerse efectiva. Estas medidas podrán ser las previstas expresamente en la legislación civil (intervención y depósito de ingresos, secuestro de instrumentos, productos o componentes o entrega de ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de la indemnización previstas en los arts. 139 y 141 LPI), o las más habituales contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para asegurar las responsabilidades pecuniarias.

Las medidas cautelares civiles habrán de adoptarse sin perjuicio de las que se acuerden para evitar que se siga cometiendo el ilícito penal, y, por ende, que el titular de los derechos continúe sufriendo los perjuicios derivados de ello (retirada de ejemplares, interrupción del servicio o bloqueo de acceso, arts. 270.3 CP y 141 LPI).

## **5. Cláusula de vigencia**

La presente Circular se ocupa esencialmente de la persecución penal de las conductas vulneradoras de derechos de propiedad intelectual que se cometen a través de los servicios de la sociedad de la información, materia que únicamente se ha abordado de forma referencial en la Circular 1/2006, sobre delitos contra la propiedad intelectual e industrial por lo que, en ese aspecto, complementa el contenido de la misma.

No obstante los Sres. Fiscales deberán tener en cuenta que tanto la Circular 2/1989 sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual y la Circular 1/2006, en los aspectos relacionados con la propiedad intelectual, han quedado profundamente afectadas la primera de ellas por la publicación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 y la segunda por las modificaciones operadas posteriormente en dicho texto, concretamente la llevada a efecto por Ley 23/2006, de 7 de julio que introdujo novedades importantes en los conceptos de reproducción, distribución y comunicación pública -elementos normativos de los tipos penales contra la propiedad intelectual- así como también en la regulación de la copia privada como límite al derecho de reproducción.

Ambas Circulares han quedado también afectadas por las sucesivas reformas del Código penal y, en particular,

por la reciente modificación operada por LO 1/2015.

## 6. Conclusiones

1ª La reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual operada por LO 1/2015 obedece a la necesidad de ofrecer respuestas legales ante las nuevas formas de vulneración de estos derechos vinculadas al desarrollo de las TICs solucionando con ello los problemas jurídicos que han ido surgiendo, en los últimos años, en la persecución penal de este tipo de conductas.

Las modificaciones introducidas en esta materia en el Código Penal incorporan a su articulado los más recientes criterios de interpretación fijados tanto por la Jurisprudencia de nuestros Tribunales como por la de los Tribunales Europeos en la resolución de diversas cuestiones que han dificultado la aplicación de los tipos penales vigentes hasta el 1 de julio de 2015.

En consecuencia, esta Circular responde al doble propósito de establecer pautas para la interpretación y aplicación de los nuevos tipos penales incorporados en la reforma y, al tiempo, ofrecer soluciones y criterios de actuación respecto a algunas cuestiones jurídicas que se plantean en los procesos incoados antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

2ª Hasta la reforma que se analiza, la persecución penal de muchas de las acciones vulneradoras vinculadas al uso de las TICs se ha visto dificultada por dos motivos distintos. De un lado, por el entendimiento de que la actividad desarrollada por las webs de enlace no era incardinable en ninguna de las conductas típicas relacionadas en el derogado art. 270 CP, y en particular en el concepto de *comunicación pública*, y de otro por considerar que únicamente era apreciable la concurrencia de ánimo de lucro en los supuestos en que las descargas irregulares de obras protegidas generaran una obligación de contraprestación directa.

3ª 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 *sobre armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información*.

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.

4ª En la interpretación del requisito del ánimo de lucro los Sres. Fiscales habrán de tomar en consideración la doctrina sentada al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor dicho elemento intencional ha de entenderse como ánimo de lucro comercial, quedando al margen de la persecución penal aquellos comportamientos que

pretenden la *obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial*.

Para la concurrencia de este elemento, el beneficio derivado de la actividad ilícita puede obtenerse bien directamente -a través de contraprestaciones económicas por cada acto de descarga o acceso irregular a obras protegidas- o bien indirectamente -mediante ganancias obtenidas por publicidad, por la comercialización de los datos de los usuarios u otros medios-. La interpretación que la Circular 1/2006 hace del lucro comercial alcanza, por tanto, a los supuestos en que el beneficio económico aparece como el resultado de la actividad ilícita analizada en su conjunto, con independencia de que los accesos irregulares a contenidos no sean remunerados.

En consecuencia los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio para la determinación de la concurrencia del ánimo de lucro 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.

5ª La LO 1/2015 ha modificado la redacción del tipo básico del art. 270 CP -que se enumera como art. 270.1-, incorporando al mismo novedades significativas que se concretan en la redefinición y ampliación de las conductas típicas, la modificación del elemento subjetivo y la ampliación de los derechos objeto de protección.

6ª El nuevo art. 270.1 CP abandona el sistema de *numerus clausus* en la concreción de las conductas típicas al añadir a las tradicionales de reproducir, distribuir, plagiar y comunicar públicamente, la expresión *cualquier otro modo de explotación económica*. Con ello se pretende abarcar toda forma de aprovechamiento irregular de derechos que pueda surgir en función del estado de la técnica en cada momento, evitando una definición excesivamente cerrada de los comportamientos típicos que haga inviable el reproche penal ante mecanismos o formas de actuación -impensables actualmente- que resulten, en el futuro, merecedores de ello.

La cualificación de la actividad con el adverbio *económicamente* sirve de pauta para la interpretación no solo de la explotación, como género, sino también de las acciones de reproducción, distribución, plagio o comunicación pública como especie y habrá de ser interpretada en el sentido de que únicamente serán típicas las acciones de esta naturaleza dirigidas a la obtención de un rendimiento económico, ganancia o ingreso.

7ª Los tipos delictivos derivados de la reforma operada por LO 1/2015 sustituyen el requisito del ánimo de lucro, utilizado en la regulación anterior, por el de *obtener un beneficio económico directo e indirecto*, circunstancia que se produce tanto en el art. 270.1 CP como en los arts. 270.2, 270.4 y 270.5 apartado d). Tal modificación tiene como objetivo solventar las discrepancias acerca de la inclusión en el tipo penal de aquellas conductas en las que los beneficios económicos se obtengan por vía indirecta (publicidad, comercialización de datos...) en línea con lo indicado en la conclusión cuarta y en el cuerpo de esta Circular.

Esta redefinición del elemento subjetivo y la utilización del adverbio *económicamente* para delimitar el alcance de las conductas típicas, llevan a concluir que el mero acceso irregular a un contenido protegido, sin otra finalidad que el ahorro del precio que pudiera exigirse por el disfrute de la obra o prestación, queda extramuros del derecho penal.

8ª El art. 270.1 CP hace expresamente extensiva la protección penal a las *prestaciones* junto a la que ya

otorgaba el derogado art. 270 a las obras literarias, artísticas o científicas o a su transformación, interpretación o ejecución artística. Habrá de entenderse por *prestaciones* los derechos afines o conexos contemplados en el libro II LPI y concretamente las interpretaciones artísticas -arts. 105 a 113-, las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales -arts. 114 a 125-, las transmisiones o emisiones realizadas por las entidades de radiodifusión -arts. 126 y 127- y las meras fotografías -art. 128-.

9ª El art. 270.2 CP sanciona específicamente las actividades de vulneración de derechos de propiedad intelectual desarrolladas por los prestadores de servicio de la sociedad de la información mediante la facilitación del acceso/localización irregular de contenidos protegidos en Internet. Tal actividad solo será típica cuando, además de realizarse con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero -elementos comunes con la conducta del art. 270.1-, se lleve a efecto de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento puramente técnico. El precepto abarca cualquier modo en que pueda materializarse la comunicación pública de contenidos, si bien se refiere expresamente al más generalizado de ellos, las páginas de enlace, al indicar...*en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados a las obras y contenidos.*

10ª La exigencia de una actuación activa y no neutral ni meramente técnica del prestador de servicios implica el conocimiento efectivo de que las obras o prestaciones que aloja o a las que redirecciona se están ofreciendo irregularmente sin la autorización de los legítimos titulares de derechos.

El *conocimiento efectivo*, elemento exigido en los arts. 14 a 17 LSSICE que regulan la responsabilidad penal, civil y administrativa de los prestadores de servicios, ha sido interpretado por una consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que dicho conocimiento puede adquirirse tanto con la notificación de una resolución dictada al efecto por órgano competente para ello como a través de una comunicación expresa del afectado o, incluso, por la mera constancia de la ilicitud cuando sea evidente por sí misma.

En atención a ello, la apreciación de la concurrencia de este elemento por los Sres. Fiscales habrá de hacerse, en cada supuesto concreto, de acuerdo con criterios ordinarios de valoración del material probatorio.

11ª La actividad que desarrollan los motores de búsqueda, consistente en rastrear automáticamente la red para indexar, sin previa selección de los mismos, todos los contenidos disponibles con el objetivo de ofrecerlos debidamente ordenados y sistematizados a los internautas constituye, en principio, un claro ejemplo de actuación meramente técnica y neutral, por lo que, aun cuando eventualmente pudieran facilitar el acceso a contenidos irregulares, tal conducta resultaría atípica al no concurrir los elementos exigidos por el tipo penal.

No obstante, cuando por cualquiera de los medios indicados en la conclusión anterior el responsable del motor de búsqueda tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que redirecciona, vendría obligado, conforme al art. 17.1b) LSSICE, a suprimir o inutilizar el enlace a dichos contenidos irregulares para exonerarse de una posible responsabilidad civil administrativa o incluso penal –si concurrieran el resto de los requisitos del tipo delictivo- derivada de esa conducta.

12ª La actividad que desarrollan los prestadores de servicios de la sociedad de la información será perseguible

penalmente cuando concurren los presupuestos legales para ello, aunque los enlaces que ofrezcan al público hayan sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios (art. 270.2, inciso último), ya que tal circunstancia no varía la naturaleza de actividad de intermediación realizada por el responsable de la página al facilitar el acceso irregular a contenidos con la finalidad de beneficiarse económicamente en perjuicio de tercero.

Ello no obstante, habrá de analizarse la eventual responsabilidad criminal en que pueden incurrir estos *uploaders* e incluso la de quienes con ellos colaboran, grabando la obra en la sala de cine u obteniéndola irregularmente por cualquier otro medio. Cuando unos y otros actúan concertadamente con el prestador de servicios, y en consecuencia obtienen una contraprestación económica por su actividad o una participación en los beneficios derivados de la ilícita explotación de esas obras y prestaciones, ha de entenderse que participan activamente en la actuación criminal por lo que se harán acreedores de sanción si concurren el resto de los requisitos que exige el tipo penal. Por el contrario, la mera *subida* de contenidos protegidos efectuada por el *uploader* con la única finalidad de hacer posible su disfrute por otros internautas resultará atípica -salvo que la obtención de los mismos constituya por si sola un delito- toda vez que la acción del *uploader* no vendrá presidida por el elemento subjetivo que exige el tipo penal.

13ª En los apartados a) y b) del nuevo art. 270.5 se sancionan las conductas de exportación, almacenamiento e importación, anteriormente tipificadas en el art. 270.2. La actual regulación acota expresamente la trascendencia penal de estos comportamientos al incorporar como requisito del tipo el elemento finalístico de que las obras exportadas, importadas y/o almacenadas estén destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente. Esta modificación, que supone una mejora técnica, no varía la interpretación que de estas conductas se hizo en la Circular 1/2006.

14ª El nuevo art. 270.6 castiga determinadas conductas relativas a la fabricación o puesta en circulación de cualquier medio apto para la supresión o neutralización de medidas tecnológicas de protección. Se introducen dos novedades:

En primer término, se sustituye la exigencia -contemplada en el antiguo art. 270.3- de que el dispositivo o componente *esté específicamente destinado* a la inutilización o neutralización del sistema protector por la de que el mismo esté *principalmente concebido, producido, adaptado o realizado* con esa finalidad, lo que facilitará, sin duda, la aplicación de esta figura.

De otro lado, se delimita el alcance de la aplicación del tipo penal en los supuestos de posesión de estos medios o instrumentos, exigiendo que la misma tenga *finalidad comercial*.

15ª En los nuevos tipos penales previstos en los apartados c) y d) del art. 270.5 se sancionan determinados actos de eliminación, modificación, elusión y facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, hasta ahora únicamente contemplados en la legislación civil (art 160.1).

El apartado c) del art. 270.5 tipifica como delito autónomo lo que no es sino una forma de colaboración en un posterior ilícito de vulneración de los derechos de propiedad intelectual sancionable por los párrafos 1º y 2º del mismo art 270 CP. Ello explica que en esta figura no se exija la concurrencia del ánimo de obtener un beneficio

económico, bastando con que el dolo abarque el conocimiento de que esa acción va a servir para la ejecución de actividades de vulneración, más o menos concretadas, de derechos protegidos.

La eliminación de las medidas tecnológicas de protección de películas, libros o videojuegos para que otros – generalmente los administradores de páginas web de enlace o de alojamiento- exploten económicamente esas mismas obras encajará plenamente en este tipo penal.

16ª El apartado d) del art. 270.5 sanciona a quien, de forma genérica, pone a disposición de terceros un método, herramienta o instrumento que les permita acceder a obras y prestaciones protegidas y explotarlas ilícitamente o bien, personalmente, hace ineficaces las medidas tecnológicas establecidas para, de esta forma, hacer factible el acceso a las mismas por parte de otras personas. El autor de esta conducta se desvincula de las ulteriores actividades vulneradoras y por ello el tipo penal exige, para su tipicidad que se actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto.

La conducta de quienes, a cambio de un precio, *hackean* videoconsolas para la instalación de juegos piratas o los tutoriales remunerados sobre esta materia, que con frecuencia se ofrecen en Internet, constituyen buenos ejemplos de este tipo de actuaciones.

17ª En el nuevo art. 270.3 CP se regulan las medidas que pueden adoptarse en el curso del proceso para proteger los intereses y derechos de las víctimas y evitar que se perpetúen en el tiempo los efectos del delito. Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar y también como definitivas al dictarse sentencia.

Aun cuando el Legislador se refiere expresamente a las medidas de retirada de obras o prestaciones, de interrupción del servicio de prestación que difunde exclusiva o preponderantemente esos contenidos y de bloqueo de acceso a los mismos, el precepto habilita al Juez para acordar, con esa finalidad, y con carácter cautelar, cualquier otra que considere oportuna, en clara referencia a las medidas cautelares relacionadas en el art. 141 LPI, y a las que se remite el art. 143 del mismo texto legal cuando contempla la posibilidad de adopción de medidas cautelares en causas criminales.

18ª Las medidas cautelares se encuentran sometidas al régimen general de adopción de medidas provisionales que, por propia naturaleza, son facultativas y únicamente deben acordarse cuando resulten justificadas para proteger los intereses de los perjudicados y evitar se prolonguen en el tiempo los efectos del delito.

Sin perjuicio de ello, las especiales características de estos delitos y la potencialidad que ofrecen las TICs para la difusión de contenidos, hacen de plena actualidad las indicaciones realizadas al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor *los Sres. y Sras. Fiscales instaran durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia en la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.*

19ª Las medidas de interrupción de la prestación del servicio y de bloqueo de acceso al mismo, participan de

una misma naturaleza. La diferencia radica en que la interrupción del servicio supone la clausura de la página infractora que se encuentre en nuestro país y el bloqueo procederá cuando la página infractora se encuentre ubicada fuera de España. En este último caso serán los prestadores nacionales de servicios de internet los que colaborarán para impedir que desde nuestro país pueda accederse a esa página localizada más allá de nuestras fronteras.

Las notas de excepcionalidad, reiteración de conductas y proporcionalidad, eficiencia y eficacia que exige el precepto para la adopción de la medida de bloqueo fácilmente concurrirán en la generalidad de los supuestos en que se estime necesario acudir a esta solución. Así, en cuanto a la reiteración, no ha de olvidarse que la persistencia en la actividad ilícita es una de las características de este tipo de delitos y, en cuanto a las restantes, es evidente que en los supuestos en que la página infractora radique fuera de nuestras fronteras, el bloqueo será la única medida posible para evitar que en nuestro país se sigan produciendo los efectos del delito.

20ª Los beneficios del art. 270.4 únicamente serán aplicables a las conductas sancionadas en el art. 270.1 y en los distintos apartados del art. 270.5. El Legislador ha excluido su aplicación en los supuestos del art. 270.2, lo que es plenamente coherente con el efecto multiplicador que ofrecen las TIC,s y, en consecuencia, con el mayor potencial lesivo para los derechos protegidos cuando la vulneración se produce a través de los servicios de la sociedad de la información.

21ª En los procedimientos por hechos ilícitos de esta naturaleza, los Sres. Fiscales deberán solicitar, como consecuencia accesoria, el comiso de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos utilizados para su ejecución de conformidad con el art. 127 CP. En ocasiones esta medida coincidirá con las de retirada de contenidos o interrupción del servicio a que se refiere la conclusión 17ª.

Ha de recordarse asimismo que los delitos contra la propiedad intelectual están incluidos entre los que pueden dar lugar al decomiso ampliado, al decomiso sin sentencia y al decomiso de bienes de terceros (arts. 127 bis a 127 octies en su actual redacción) y también que es posible la destrucción anticipada de estos efectos en las circunstancias y condiciones previstas en el art. 367 ter 3º LECrim.

22ª El art. 272 CP deriva la determinación de la responsabilidad civil por estos delitos a los preceptos de la LPI sobre cese de la actividad ilícita (art. 139) e indemnización de daños y perjuicios (art. 140).

A fin de asegurar la satisfacción de las responsabilidades civiles, los Sres. Fiscales instarán la adopción de las medidas cautelares necesarias para ello, tanto las previstas en los arts. 139 y 141 LPI como las genéricas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

Madrid, 21 de diciembre de 2015

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO**

**Consuelo Madrigal Martínez-Pereda**

**EXCMOS./AS. E ILMOS./AS. SRES./AS. FISCALES DE SALA, FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES PROVINCIALES Y DE ÁREA.**

