

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LAS PÁGINAS DE INTERNET QUE PERMITEN EL ACCESO A CONTENIDOS SIN AUTORIZACIÓN DE LOS TITULARES DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL: EL CASO YOUKIOSKE

La persecución penal de las páginas de Internet que permiten el acceso a contenidos sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual: el caso Youkioske

El caso Youkioske ha supuesto un punto de inflexión en la lucha contra la piratería digital en el ámbito penal. La Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 5 de marzo de 2015, impuso elevadas penas de prisión, que alcanzaban los seis años, a los gestores de la página web Youkioske (que permitía el acceso a obras protegidas mediante enlaces), por un delito contra la propiedad intelectual y por un delito de constitución e integración en una organización criminal. No obstante, la posterior Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2015 anuló la aludida sentencia de la Audiencia Nacional, debiéndose dictar otra en su lugar en la que se describan los hechos probados con mayor precisión, especialmente a la vista de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014, dictada en el Asunto C-466/12, Svensson.

The criminal prosecution of web pages that provide links to copyrighted materials: the Youkioske case

The Youkioske case is a turning point in the fight against digital piracy in the criminal jurisdiction. The Judgment of the Criminal Chamber of the National Court of 5 March 2015 imposed on the convicts a total prison sentence that went up to six years, for operating the Youkioske web page (with links to copyrighted materials), for an IP crime and for the criminal offence of organized crime. However, the recent Judgment of the Criminal Chamber of the Supreme Court of 27 October 2015 overturned the Judgment of the National Court, deeming that another Judgment must be issued by the latter, in which the proven facts must be more precisely described, especially in view of the Judgment of the European Court of Justice of 13 February 2014, in case C-466/12, Svensson.

PALABRAS CLAVE

derechos de autor, propiedad intelectual, enlaces, organización criminal, Youkioske, Caso Svensson

KEY WORDS

copyright, intellectual property, links, organized crime, Youkioske, Svensson Case.

Fecha de recepción: 20-7-2015

Fecha de aceptación: 15-9-2015

INTRODUCCIÓN: LA LUCHA CONTRA LA PIRATERÍA

El caso Youkioske ha marcado un importante hito en la lucha contra la piratería digital en España. La Sentencia nº 6/2015, de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 5 de marzo de 2015 (la «**Sentencia de la Audiencia Nacional**») ha sido la primera en imponer elevadas penas de prisión (nada menos que seis años) a los administradores y gestores de contenido de una página web —www.youkioske.com— que permitía a sus usuarios acceder a obras protegidas por derechos de propiedad intelectual —prensa, libros y cómics—, sin la autorización de sus titulares.

Esta sentencia tiene especial relevancia en un contexto en el que España ha intensificado la guerra antipiratería con contundentes cambios legislativos, a saber, (i) la reciente reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual («**TRLPI**») operada por la Ley 21/2014, de 4 de noviembre —en vigor desde enero de 2015—, en la que, entre otras cuestiones, se aumenta hasta los 600.000 euros las

sanciones máximas para las webs que vulneran los derechos de propiedad intelectual y se amplía la lucha contra la piratería a las páginas de enlaces así como a los intermediarios, anunciantes o servicios de pago *on line* que colaboren con estas webs; y (ii) la reforma del Código Penal (el «**CP**»), operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo («**LO 1/2015**») —en vigor desde el pasado julio de 2015— que incrementa las penas de los delitos contra la propiedad intelectual (arts. 270 a 272 CP), penaliza por primera vez de forma expresa y específica las páginas de enlaces, refuerza las medidas accesorias e introduce cambios en la redacción de los tipos.

No es de extrañar que jurisprudencia y legislación caminen en la misma dirección y hayan querido lanzar una seria advertencia a las páginas que se lucran indebidamente con contenidos protegidos (especialmente, las páginas de enlaces). Según el último «*Observatorio de la piratería y hábitos de consumo de contenidos digitales*», preparado por la consultora especializada independiente GfK y presentado el pasado mes de marzo de 2015 por la

Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos, el 87.94% de los contenidos digitales consumidos en España en 2014 fueron piratas y hubo 4.316 millones de accesos ilegales a contenidos protegidos. España, a pesar de estar fuera de la lista negra de la piratería que recoge el último informe publicado en abril de 2015 por la Oficina de Comercio de Estados Unidos —salió de la lista el año 2013—, sigue siendo uno de los países respecto de los cuales, en palabras del citado informe, «*permanecen las preocupaciones y son necesarios pasos adicionales*» en la lucha contra la piratería.

No obstante todo lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Nacional fue posteriormente anulada por la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 638/2015, de 27 de octubre de 2015 (la «**Sentencia del Tribunal Supremo**»). Como detallaremos *infra*, la principal razón para la anulación de la Sentencia de la Audiencia Nacional ha sido la falta de precisión en el relato de los hechos considerados probados por la Sentencia de la Audiencia Nacional, especialmente a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el «**TJUE**») (Sala Cuarta) de 13 de febrero de 2014 (C-466/12 —Caso *Svensson*—).

HECHOS PROBADOS EN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Para el análisis del caso Youkioske es importante tener en cuenta los hechos considerados probados por la Sentencia de la Audiencia Nacional. Dichos hechos fueron los siguientes:

- Dos de los tres acusados, junto con otras cinco personas no identificadas radicadas en Ucrania, participaron en una asociación para comunicar públicamente, a través de internet, obras de prensa escrita y libros sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.
- Dicha comunicación pública se realizaba a través de la página web www.youkioske.com, que ofrecía la posibilidad de leer *on line* las citadas obras, sin coste para los usuarios. Los usuarios accedían sin restricciones a las obras a través de un menú con enlaces a los contenidos protegidos, visualizando los mismos desde la propia página web, sin necesidad de descargarse los archivos (mediante «*streaming*»). A través de la web era posible acceder a más de 17.000 publicaciones, de distintos países (España, Alemania, Italia, Inglaterra, Portugal, Rusia y Holanda). Las publicaciones incluían prensa, magazines, libros y cómics, clasificados en distintas categorías. Se especifica que entre las obras objeto de publicación reiterada se encontraban los diarios El Mundo, Marca, El País, El Economista, Diario As, Público y Expansión; así como las revistas Año Cero, Enigmas, Historia de Iberia Vieja, Gigantes del Básquet, El Mundo del Gato y Playboy (cuyos representantes formularon denuncias).
- Los acusados se lucraban a través de la publicidad contenida en la página web, mediante «*banners*» (espacios publicitarios localizados permanentemente en la web) o «*videos pre roll*» (anuncios publicitarios que ocupaban la pantalla antes de la visualización de la obra elegida), que si eran «*pinchados*» por los usuarios les redirigían a la página web del anunciante. Los acusados percibieron, en total, 196.280,71 euros por este concepto, en un periodo de 3 años (dichas ganancias fueron finalmente decomisadas, junto con los efectos informáticos intervenidos).
- La página se encontraba alojada en un servidor en Canadá. El dominio (www.youkioske.com) se encontraba registrado a nombre de una sociedad domiciliada en Belice. Y las publicaciones se encontraban alojadas en servidores virtuales en EEUU y Francia. La facturación a través de la publicidad era realizada por una mercantil española.
- Los dos acusados condenados decidían qué obras se subían a los servidores aludidos y llevaban a cabo gestiones de administración y control de la web. Los colaboradores radicados en Ucrania (no identificados) realizaban las copias de las publicaciones y las subían a los servidores, siguiendo instrucciones de los dos condenados sobre qué obras subir, la forma y el momento de hacerlo, percibiendo a cambio una remuneración.
- Los archivos se subían a través de falsas cuentas de usuarios creadas con este fin, dando la apariencia de que www.youkioske.com era una página de enlaces a redes de intercambio de archivos «*peer to peer*» o P2P.
- Los titulares de las obras afectadas requirieron reiteradamente a los acusados para que dejaran de utilizarlas.

- Se causó un perjuicio a las entidades personadas como acusadoras particulares en el procedimiento penal (Editorial América Ibérica, S.A., Asociación de Editores de Diarios Españoles y Centro Español de Derechos Reprográficos), pero se deja para los trámites de ejecución de sentencia la determinación de su importe (lo cual se hará a la vista del art. 140 del TRLPI, por remisión del art. 272.1 CP).

A la vista de los anteriores hechos probados, la Sentencia de la Audiencia Nacional condenó a dos de los acusados (i) por **un delito agravado contra la propiedad intelectual**, a la pena de prisión de tres años cada uno, a la pena de multa de 6.000 euros (20 meses, con una cuota diaria de 10 euros) y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las profesiones de administrador de servidores y páginas web y gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años; y (ii) por **un delito de constitución e integración en una organización criminal**, a la pena de tres años de prisión cada uno e inhabilitación especial para el sufragio pasivo.

LA CONDENA POR EL DELITO CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La anulación de la Sentencia de la Audiencia Nacional por el Tribunal Supremo

La Sentencia de la Audiencia Nacional consideró que concurrían todos los requisitos del delito contra la propiedad intelectual, en su modalidad agravada (arts. 270.1 y 271 b) CP). En particular, la Audiencia Nacional consideró que los acusados habían *comunicado públicamente* obras protegidas (prensa escrita, libros y cómics) sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual.

No obstante, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo anuló la Sentencia de la Audiencia Nacional precisamente por considerar que la indeterminación de los hechos probados impedía afirmar que los acusados habían *comunicado públicamente* obras protegidas. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo también consideró que la Sentencia de la Audiencia Nacional debió pronunciarse sobre si la gravedad de la conducta justificaba la condena penal, así como sobre la regularidad de la actuación policial durante la fase de instrucción (en particu-

lar, la clausura de la página web Youkioske llevada a cabo por la policía).

El concepto de comunicación pública y la Sentencia del TJUE del caso *Svensson*

Aunque la Sentencia de la Audiencia Nacional especificaba que la conducta analizada podría constituir un acto de «reproducción» de obras protegidas, gran parte del debate reflejado en la dicha sentencia versaba sobre si el hecho de gestionar una página web con enlaces a obras protegidas podría considerarse un acto de «comunicación pública».

El concepto de comunicación pública se encuentra definido en el art. 20 TRLPI, de acuerdo con el cual «Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo». En particular, el apartado 2, letra i) de dicho artículo, introducido mediante la Ley 23/2006, de 7 de julio, que implementaba 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 (la «Directiva 2001/29»), considera un acto de comunicación pública «La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija».

En lo que respecta al hecho de que la puesta a disposición del público se haga mediante enlaces, la Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2014 (C-466/12 —Caso *Svensson*—), había confirmado que facilitar enlaces en internet sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas por derechos de autor debe calificarse como «puesta a disposición» y, en consecuencia, como «acto de comunicación». No obstante, especifica la Sentencia del TJUE, dicha conducta solo constituye un acto de «comunicación pública» en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 2001/29 si la comunicación se dirige a un «público nuevo», que no hubiese sido tomado en consideración por los titulares de derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público. Por ello, sí sería necesaria la autorización de los titulares de los

derechos de autor si, por ejemplo, la obra ya no está a disposición del público en la página en la que fue comunicada inicialmente o cuando solo lo está para un público limitado (por ejemplo, a usuarios abonados). En cambio, si no existe un público nuevo, no se produce un nuevo acto de comunicación pública y, por tanto, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen el enlace a las obras.

En el apartado de «*Hechos probados*» de la Sentencia de la Audiencia Nacional no se especificaba si las obras a las que conducían los enlaces de la página web Youkioske se dirigían a un «*público nuevo*». Tan sólo en el apartado de «*Fundamentos de Derecho*» se indicaba que «*a la mayor parte*» de los contenidos publicados en la página web Youkioske «*tan sólo se podía acceder a través de páginas en las cuales había que suscribirse y pagar un precio para su uso*», mientras que Youkioske permitía su libre acceso, sin coste para el usuario.

Es precisamente en este apartado en que el Tribunal Supremo estima que los hechos considerados probados por la Audiencia Nacional no son suficientemente precisos. Para el Tribunal Supremo, la Sentencia del TJUE del caso *Svensson* «*sirve para dar un significado preciso a la conducta típica cuya modalidad ha sido objeto de condena, comunicar públicamente*». De acuerdo con el Alto Tribunal, cabe inferir de dicha sentencia que «*los enlaces, aunque sean actos de puesta a disposición, no son actos de “comunicación pública” en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieran la autorización de los titulares de derechos, salvo que se dirijan a un público nuevo, no contemplado por los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial. No existe un público nuevo, por ejemplo, cuando los titulares de derechos sobre la obra enlazada habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los “internautas”*».

Así, en relación con los diarios mencionados en los hechos probados (El Mundo, El País, el Marca, etc.) el Alto Tribunal afirma que es un hecho notorio que los mismos se publican en ediciones digitales. Por ello, del relato fáctico contenido en la Sentencia de la Audiencia Nacional no es posible conocer si la puesta a disposición del público de dichas publicaciones a través de Youkioske se dirigía a un «*público nuevo*», siendo este un «*elemento necesario para la catalogación de comunicación pública que hace típica la conducta*». Esta imprecisión se une al hecho de que la Audiencia Nacional consideró probado que los acusados han «*comunicado públicamente*» las obras protegidas, utilizando así el mismo término que se recoge en art. 270 CP («*comunicar públicamente*»),

lo que implica la predeterminación del fallo y vulnera el derecho de defensa de los acusados.

La falta de concreción de los hechos también se predica de los supuestos libros comunicados a través de Youkioske, dado que la Audiencia Nacional no especificó título alguno objeto de comunicación. La referencia a 17.000 revistas y diarios contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional tampoco es suficientemente precisa, debiéndose concretar qué obras protegidas se ponían a disposición a través de Youkioske. Así, en palabras del Tribunal Supremo: «*el relato fáctico de la sentencia, debe ser más explícito en la redacción del hecho y desde ahí realizar la subsunción. El redactado no relaciona libros sobre los que se haya realizado la conducta típica del delito, ni señala los objetos de la propiedad intelectual transgredidos, en los términos que resultan de la Sentencia del TJUE, caso Svensson, y que debe explicitarse en qué medida, al tiempo de los hechos, las publicaciones en la página web “youkioske” no habían sido previamente comunicadas en las ediciones digitales de los mismos titulares. Habrá de examinarse las periciales realizadas en la causa, en su caso, y declarar que el contenido de lo publicado en youkioske estaba protegido porque no había sido publicado anteriormente*».

El propio Tribunal Supremo indica que esta imprecisión en la redacción de los hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Nacional aparece «*comprometida por el escrito de acusación, también parco en la expresión del hecho*». En todo caso, se acuerda anular dicha sentencia para que la Audiencia Nacional dicte otra en su lugar en la que «*teniendo en cuenta lo anteriormente argumentado, la prueba practicada y evitando definir con el empleo de la locución del tipo penal, se redacte un nuevo hecho que, en su caso, permita la subsunción en la norma objeto de acusación*». En todo caso, esta nueva sentencia deberá respetar el principio acusatorio y ajustarse a los hechos que fueron objeto de acusación.

El carácter fragmentario del Derecho penal: sólo las conductas más graves deben ser sancionadas penalmente

El Tribunal Supremo también realiza importantes apreciaciones acerca del carácter fragmentario del Derecho penal. Esto es, el Derecho penal sólo debe perseguir las lesiones más graves al bien jurídico protegido (en este caso, derechos de propiedad intelectual). Las lesiones a los derechos de propiedad intelectual que carezcan de tal gravedad deben ser sancionadas por vías distintas de la penal. En

particular, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que el TRLPI «prevé la existencia de una función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital a desarrollar por la denominada Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, a la que corresponde la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a vulneraciones por los responsables de los servicios de la sociedad de información. Entre sus funciones, además de la vigilancia e investigación de denuncias, está la imposición de sanciones que pueden llegar a la interrupción de la prestación de un servicio cuando se vulneren los derechos de propiedad intelectual (art. 158 ter)». Continúa el Tribunal Supremo indicando que «Con la creación de esta Sección Segunda se hace efectiva la vigencia de uno de los principios básicos del sistema penal, el carácter fragmentario que lo informa, reservando la actuación del Derecho penal a los ataques más graves al bien jurídico, a los más intolerables al régimen de la propiedad intelectual; en tanto que la represión de conductas contrarias al Derecho menos graves serán corregidas por medio del Derecho civil, reclamaciones sobre el contenido patrimonial del derecho, y el Derecho administrativo sancionador, en cuanto comprometan la prestación de un servicio público».

No podemos obviar que la Sentencia de la Audiencia Nacional estimó aplicable el subtipo agravado del apartado b) del art. 271 CP: «Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados». Para la aplicación de este subtipo agravado, la Audiencia Nacional consideró los hechos de especial gravedad, a la vista de los perjuicios ocasionados, en particular por el elevado número de visitas que recibía la página y por el hecho de que era visitada desde 50 países. Asimismo, la Audiencia Nacional tuvo en cuenta que el perjuicio causado superaba con creces los 50.000 euros, que es el límite aplicable para la agravación de los delitos de estafa y apropiación indebida (art. 250.1.5º CP) y que, para la Audiencia Nacional, podía ser utilizado como referencia para la aplicación del subtipo agravado del apartado b) del art. 271 CP. A pesar de considerar aplicable dicho subtipo agravado, la sentencia de la Audiencia Nacional no incorporaba razonamiento alguno relativo al carácter fragmentario del Derecho penal.

A la vista de todo lo anterior, el Tribunal Supremo considera que la Sentencia de la Audiencia Nacional debió referirse a la gravedad de la actuación de los acusados que justifique, en su caso, la condena por la vía penal, en lugar de por la vía civil o administrativa.

La posible vulneración del derecho de defensa de los acusados, por la clausura de la página Youkioske durante la fase de instrucción

Por último, en su recurso de casación ante el Tribunal Supremo los acusados también afirmaban que la actuación de la policía de cerrar la página web Youkioske (siguiendo instrucciones del Ministerio Fiscal) les impidió probar la realidad de la conducta objeto de acusación, dándose por acreditada la ilicitud de la página, vulnerándose así su derecho a la presunción de inocencia. La Sentencia de la Audiencia Nacional no se refería a esta cuestión, a pesar de que esta queja ya se había planteado ante la misma.

Por ello, el Tribunal Supremo considera que la nueva sentencia de la Audiencia Nacional que se dicte deberá «motivarse sobre la queja planteada, en la instancia y en casación, sobre la regularidad de la clausura de la página y en qué medida esa actuación policial ha impedido la acreditación de los hechos o el planteamiento de una defensa adecuada a la imputación del hecho».

Otros pronunciamientos de la Sentencia de la Audiencia Nacional en relación con el delito contra la propiedad intelectual, no afectados directamente por la Sentencia del Tribunal Supremo

La Sentencia de la Audiencia Nacional contenía otros pronunciamientos que no se han visto afectados directamente por la Sentencia del Tribunal Supremo. En particular, (i) la afirmación de que la página web Youkioske no era una página de enlaces a redes «peer to peer» o P2P; (ii) el «repaso» jurisprudencial acerca de la relevancia penal de dichas páginas de enlaces a redes P2P; (iii) la concurrencia de los elementos subjetivos del delito del art. 270 CP; y (iv) los pronunciamientos sobre la responsabilidad civil derivada del delito. A menos que la nueva sentencia de la Audiencia Nacional sea absoluta, es razonable pensar que dichos pronunciamientos no serán modificados en la nueva sentencia que se dicte por la Audiencia Nacional.

La página web Youkioske no era una página de enlaces a redes «peer to peer»

La Audiencia Nacional consideró probado que eran los propios acusados los que subían a la página (con

la colaboración de personas en Ucrania) las obras protegidas. La página web Youkioske no era, como aparentaba ser, una página de enlaces a redes de intercambio de archivos «peer to peer» o P2P. Como regla general, las páginas de enlaces a redes «peer to peer» únicamente permiten que los usuarios se conecten entre sí y desde sus propios ordenadores para intercambiar archivos, no siendo la página de enlaces la que directamente pone a disposición de terceros una obra protegida, sino los propios usuarios. En estos casos, el soporte técnico que proporciona la página de enlaces podría considerarse de simple intermediación (como detallaremos en el siguiente apartado, se han identificado posturas encontradas en la jurisprudencia acerca de la relevancia penal de la páginas de enlace «peer to peer»; no obstante, dicha discusión queda en gran medida superada por la nueva redacción del art. 270 CP, introducida por la LO 1/2015, como luego se detallará). Pero en el caso Youkioske eran los propios acusados, gestores de la página web, quienes se encargaban de poner a disposición del público obras protegidas. Para aparentar ser una página de enlaces a redes «peer to peer», los archivos eran subidos a la página por los acusados (o por sus colaboradores en Ucrania) mediante falsas cuentas de usuarios.

En consecuencia, la Audiencia Nacional no consideró aplicable la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información dispuesta en el art. 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (la «LSSI»). Este precepto exime a dichos prestadores de servicios de responsabilidad por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios por los enlaces a otros contenidos o por incluir en sus contenidos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos, cuando (i) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización (típicamente, los derechos de autor); o (ii) si tienen este conocimiento, actúan con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. El mismo apartado 2 del citado art. 17 ya dispone que dicha exención no es aplicable «en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúa bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos». Por tanto, siendo los propios acusados los que se encargaban de subir las obras protegidas a los servidores enlazados con Youkioske, queda claro que dicha exención de responsabilidad no es aplicable.

Asimismo, a la vista del carácter colectivo y lucrativo del acto de comunicación pública, la Audiencia Nacional también consideró que la actividad de Youkioske no podría ampararse en el límite de la copia privada (art. 31.2 TRLPI), ni en el derecho de cita (art. 32 TRLPI).

La relevancia penal de las páginas de enlaces a redes «peer to peer» (P2P)

Aunque Youkioske no era una página de enlaces a redes «peer to peer» (que enlazan en última estancia a archivos en los ordenadores de particulares, a través de sitios de intercambio de archivos), sino que eran los propios acusados los que se encargaban de subir a los servidores los contenidos protegidos, la Sentencia de la Audiencia Nacional ahondaba en el debate jurisprudencial sobre la relevancia penal de las webs de enlaces a redes P2P, a la vista de la redacción del art. 270 CP previa a la LO 1/2015.

Así, la Audiencia Nacional acudió al resumen de las distintas posturas jurisprudenciales reflejado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1ª, de 12 de noviembre de 2014, que confirmaba la condena al administrador de la web «Bajatetodo.com», conectada mediante enlaces ordenados, estructurados y clasificados por contenidos a redes «peer to peer». Como indica la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 (la «Circular FGE 1/2006»), la particularidad de las redes P2P es que «los ficheros no están en un sitio de la Red responsabilidad del servidor sino que los ficheros están dispersos en los múltiples ordenadores interconectados a través de una aplicación informática». Los distintos argumentos utilizados por la jurisprudencia penal son, básicamente, los siguientes:

- (1) Las resoluciones que consideraban que dichas páginas constituían el delito del art. 270 (en su redacción previa a la LO 1/2015) argumentaban que la actuación de indexar enlaces y clasificarlos por contenidos constituye una «comunicación pública» en el sentido amplio descrito en el apartado anterior, no tratándose de una simple intermediación en el sentido del art. 17 LSSI (así lo consideró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2011: «tanto desde la perspectiva del LPI como de la LSSI entiende el Tribunal que la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras

concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno». Esta es la postura defendida en la Sentencia de la Audiencia Nacional.

- (2) Las resoluciones que consideraban que dichas páginas no constituían el delito del art. 270 (en su redacción previa a la LO 1/2015) argumentaban que (i) las páginas de enlaces a redes P2P realizan un labor de simple intermediación, no alojando los archivos ni realizando directamente la descarga, no constituyendo un acto de comunicación pública; (ii) sus administradores sólo responderán de los contenidos a los que enlazan si tienen conocimiento efectivo de su ilicitud o carácter lesivo (en el sentido del art. 17 LSSI, exigiéndose en algunos casos una resolución administrativa previa que declare el carácter lesivo de los contenidos, para que pueda afirmarse la existencia de este conocimiento efectivo); y (iii) de acuerdo con el principio de subsidiariedad del Derecho penal, la normativa administrativa proporciona respuestas adecuadas para la identificación y cierre de dichas webs con contenidos prohibidos por el TRLPI (en particular, a través de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura, que ejerce funciones de salvaguarda de los derechos de autor frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información).

En todo caso, el anterior debate se ha visto superado por la nueva redacción del art. 270.2 CP (introducido por la LO 1/2015), que tipifica expresamente las páginas de enlaces a redes P2P: «*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 ánimo de lucro y el perjuicio de tercero: elementos subjetivos específicos

El art. 270 CP, en su redacción previa a la LO 1/2015, exigía el elemento subjetivo consistente en actuar con «ánimo de lucro». La concurrencia de este requisito en los casos de las páginas de enlaces también ha sido objeto de debate en la jurisprudencia, en la medida en que, como regla general, dichas páginas se lucran a través de la publicidad y no mediante el cobro de una cantidad a los usuarios que deseen acceder a las obras protegidas.

Así, una línea jurisprudencial sostenía que no concurría el ánimo de lucro exigido en estos casos, pues el beneficio económico no estaba vinculado directamente con la comunicación pública de la obra protegida. A modo de ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, de 20 de enero de 2014.

Otra línea jurisprudencial, mantenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional, entendía aplicable un concepto amplio de ánimo de lucro, que incluiría los beneficios obtenidos indirectamente, a través de la publicidad. La Sentencia de la Audiencia Nacional también afirma que estos supuestos encajan en el restrictivo concepto de ánimo de lucro comercial referido en la Circular FGE 1/2006.

En todo caso, este debate también puede considerarse superado tras la reforma operada por la LO 1/2015. Ahora basta que el sujeto activo actúe «*con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto*». Por tanto, el ánimo de obtener un beneficio económico a través de la publicidad puede equipararse a un beneficio económico indirecto, referido ahora de modo expreso en el tipo del art. 270 CP.

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Nacional consideró que la actuación de los acusados perjudicaba «*las expectativas del legítimo titular de explotar su derecho y obtener legítima ganancia con la misma*» y que, por tanto, habían actuado «*en perjuicio de tercero*».

La responsabilidad civil derivada del delito

Como indica el art. 272.1 CP «*La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposi-*

ciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios».

En lo que respecta al cálculo de la indemnización, dicho precepto se remite al art. 140 TRLPI, de modo que dicha indemnización incluirá tanto el daño emergente como el lucro cesante. Además, también podrá incluir los gastos de investigación incurridos para obtener las pruebas utilizadas en el procedimiento judicial. Para la determinación de la cuantía, el art. 140 TRLPI permite al perjudicado elegir entre dos criterios de cálculo: (i) el de las consecuencias económicas negativas causadas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita, incluyendo también el daño moral; o (ii) la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

En la Sentencia de la Audiencia Nacional se dejaba para la fase de ejecución de sentencia el cálculo de la responsabilidad civil derivada del delito, actuando en todo caso las cantidades reclamadas por los perjudicados como límite máximo, en virtud del principio de ración.

LA CONDENA POR EL DELITO DE CONSTITUCIÓN E INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIÓN CRIMINAL

La Sentencia del Tribunal Supremo no se refiere a la condena por el delito de constitución e integración en una organización criminal (art. 570 bis CP) contenida en la Sentencia de la Audiencia Nacional. No obstante, en el caso de que la nueva Sentencia de la Audiencia Nacional absuelva a los acusados del delito contra la propiedad intelectual, es razonable pensar que también les absolverá del delito de constitución e integración en organización criminal (dado que la Sentencia de la Audiencia Nacional afirmaba que la finalidad de la organización criminal en la que se integrarían los acusados era, precisamente, la comisión de delitos contra la propiedad intelectual). Por el contrario, en el caso de que la nueva sentencia de la Audiencia Nacional vuelva a condenar a los acusados por el delito contra la propiedad intelectual, lo más probable es que también mantenga la condena por el delito del art. 570 bis CP. En todo caso, reproducimos a continuación los pronunciamientos de la Audiencia Nacional en

relación con el delito de constitución e integración en organización criminal.

La primera cuestión a aclarar a este respecto era la norma aplicable. Por un lado, el apartado c) del art. 271 CP tipifica como un subtipo agravado del delito contra la propiedad intelectual *«Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual»*, previéndose en este caso una pena prisión de 1 a 4 años (en su redacción anterior a la LO 1/2015). Por otro lado, también se tipifica en el art. 570 bis CP el delito autónomo de constitución e integración en una organización criminal, cuyo tipo básico prevé una pena de prisión 3 a 6 años, cuando la finalidad del grupo sea la comisión de delitos no graves, como es el caso del delito contra la propiedad intelectual. Como regla general, los concursos de normas se resuelven siguiendo las reglas del art. 8 CP, siendo de aplicación preferente las reglas de especialidad (el precepto especial se aplicará con preferencias al general) y de consunción (el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en él). De acuerdo con ambas reglas, sería de aplicación el citado subtipo agravado del delito contra la propiedad intelectual. No obstante, la Audiencia Nacional consideró que en este caso existía una regla específica para resolver este concurso de normas, dispuesta en el apartado 2 *in fine* del art. 570 quáter CP (*«En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del artículo 8»*). Así, la Audiencia Nacional estimó que la decisión del legislador era que dicho concurso debía resolverse por la regla de la alternatividad, aplicándose el tipo con mayor pena, que en este caso era el delito de constitución e integración en una organización criminal, con mayor pena que el subtipo agravado del delito contra la propiedad intelectual.

El art. 570 bis CP define el concepto de organización criminal como *«la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas»*. La Sentencia de la Audiencia Nacional consideró que aunque sólo condenaban a dos personas, quedó acreditado que éstos contaban con el apoyo de otras cinco personas no identificadas radicadas en Ucrania, de modo que la organización estaría formada por al menos siete personas.

Así, la Audiencia Nacional no consideró necesario condenar a más de dos personas por dicho delito pues quedaba acreditado que eran más de dos los integrantes de la organización. En palabras de la Audiencia Nacional: «(...) *aun a pesar de la falta de identificación queda acreditado, si está probada la integración de otras personas en la organización, y además están acreditados los hechos por ellas llevados a cabo, así como la naturaleza de sus tareas, no hay inconveniente alguno a juicio de la Sala en poder condenar a los dos acusados por el delito de organización criminal, aunque sólo sean dos los condenados*».

Por otro lado, como indica el art. 570 bis CP, la finalidad de la organización criminal debe ser la de «cometer delitos», en plural. No se considera organización criminal la que tiene como fin la comisión de un sólo delito. En la Sentencia de la Audiencia Nacional, aunque solo se había condenado por un delito contra la propiedad intelectual, se precisaba que el delito se había cometido mediante distintas actuaciones criminales que individualmente lesionaban el bien jurídico protegido y que tuvieron lugar durante más de dos años, lo que es suficiente para entender que existía una organización criminal (aunque no se condenaba por un delito *continuado* contra la propiedad intelectual).

Así, la Audiencia Nacional consideró que concurrían todos los requisitos del delito de constitución e integración en organización criminal: (i) agrupación de más de dos personas; (ii) de carácter permanente; (iii) con una estructura específica, en la que sus miembros se reparten tareas y funciones; y (iv) que tiene la finalidad de cometer delitos.

Por último, la Audiencia Nacional no consideró aplicable el subtipo agravado consistente en que la

organización «disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables» (art. 570 bis.2.c) CP). Los medios tecnológicos utilizados en este caso (página web y servidores) eran imprescindibles para la comisión del delito, no pudiendo considerarse medios avanzados que facilitaban su ejecución o la impunidad de los culpables. Esto es, sin dichos medios tecnológicos no habría sido posible la comisión del delito, de modo que su utilización no incrementaba el desvalor de la conducta. Además, los acusados tampoco pretendían proteger su identidad mediante la utilización de perfiles falsos, sino dar la apariencia de que Youkioske era una página de enlaces a redes «peer to peer».

CONCLUSIONES

El caso Youkioske supone un importante hito en la lucha contra la piratería digital, especialmente por las elevadas penas de prisión impuestas por la Sentencia de la Audiencia Nacional.

No obstante, la anulación de dicha sentencia por el Tribunal Supremo confirma que la utilización de la vía penal para la represión de conductas que infringen derechos de autor debe respetar los principios y garantías propios del Derecho penal, como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como el principio de subsidiariedad del Derecho penal.

PATRICIA LEANDRO VIEIRA DA COSTA Y
NORA OYARZÁBAL OYONARTE*

* Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje, y del Área de Mercantil, respectivamente, de Uría Menéndez (Madrid).