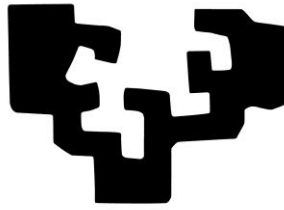


eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

**ZUZENBIDEKO GRADUA**

**2015/2016 IKASTURTEA**

**JABETZA INTELEKTUALAREN AURKAKO DELITUAK  
INTERNETEN:**

Obren komunikazio publikoaren problematika P2P sareetan

**Egilea**

Patxi Ordozgoiti Pons

**Zuzendaria**

Enara Garro Carrera

Gradu amaierako lana

Donostia, 2016ko maiatzaren 16a

## **Aurkibidea**

<b>Laburduren zerrenda</b> .....	3
<b>1. SARRERA</b> .....	4
<b>2. JABETZA INTELEKTUALAREN AURKAKO DELITUAK INTERNETEN. KODE PENALAREN AZTERKETA</b> .....	6
<b>2.1. Babesturiko ondasun juridikoa</b> .....	6
<b>2.2. Kode Penaleko 270.1 artikulua</b> .....	8
2.2.1. Portaera tipikoa .....	8
2.2.1.1. <i>Komunikazio Publikoa</i> .....	9
2.2.1.1.1. <i>Komunikazio publikoa Svensson eta BestWater kasuen ostean</i> .....	10
2.2.1.1.2. <i>Komunikazio Publikoa GS Media BV kasuaren ostean</i> .....	12
2.2.1.2. <i>Beste edozein esplotazio ekonomiko</i> .....	14
2.2.2. Tipo subjektiboa.....	14
2.2.2.1. <i>Irabazia ekonomikoa zuzenean edo zeharka</i> .....	14
2.2.2.2. <i>Hirugarren baten kaltetan</i> .....	16
<b>2.3. Kode Penaleko 270.2 artikulua</b> .....	17
2.3.1. Portaera tipikoa .....	18
2.3.1.1. <i>Erraztea</i> .....	18
2.2.1.1.1. <i>Modu aktibo eta ez neutral batean</i> .....	19
2.2.1.1.2. <i>Bereziki</i> .....	20
2.2.2. Tipo Subjektiboa .....	21
<b>3. ANALISI KRITIKOA</b> .....	21
<b>3.1. Erreformaren beharra</b> .....	21
3.1.1. Jurisprudenziaren banaketa .....	22
3.1.1.1. <i>Svensson eta BestWater kasuen ondorioak eta “Youkioske” kasua</i> .....	23
3.1.1.2. <i>Svensson eta BesteWater-etik GS Media kasura</i> .....	25
3.1.2. Kode Penalaren erreforma beharrezkoa al zen? .....	26
3.1.2.1. <i>KP 270.2 erreformatzeko beharra</i> .....	26
3.1.2.2. <i>KP 270.1 erreformatzeko beharra</i> .....	28
3.1.3. Ondorioak.....	30
<b>3.2. Jabetza intelektualaren aurkako delituen autoreak</b> .....	30
3.2.1. Interneteko jardueran topatzen diren subjektu ezberdinak .....	31

3.2.1.1.	<i>Downloaderrak</i> .....	31
3.2.1.2.	<i>Uploaderrak</i> .....	32
3.2.1.3.	<i>Interneten Zerbitzuak eskaintzen dituzten subjektuak edo ISP-ak</i> .....	33
3.2.1.4.	<i>Estekak errazten dituztenak</i> .....	35
3.2.2.	Komunikazio publikoaren autoreak .....	36
3.2.2.1.	<i>Komunikazio Publikoaren erantzulea</i> .....	38
3.2.2.2.	<i>Partaidetza</i> .....	39
3.2.3.	Ondorioak.....	40
<b>3.3.</b>	<b>Interneteko pirateriaren aurrean erantzun eraginkorra</b> .....	<b>41</b>
3.3.1.	Esku hartze penal minimoa errespetatzeko beharra .....	41
3.3.1.1.	<i>Zuzenbide penala eta honen izaera subsidiarioa</i> .....	41
3.3.1.2.	<i>Zuzenbide penala eta honen izaera zatikatua</i> .....	42
3.3.2.	Prozedura administratiboa zigor zuzenbidearen alternatiba gisa .....	44
3.3.2.1.	<i>Frantziar eredua. HADOPI legea</i> .....	44
3.3.2.2.	<i>Jabetza Intelektualaren Batzordea eta honen Bigarren Atala</i> .....	46
3.3.2.3.	<i>CPI-ren prozedura eraginkorra al da?</i> .....	47
3.3.3.	Prozedura Zibila eskubideak babesteko bide gisa .....	48
3.3.3.1.	<i>Legez kontrako jarduera geldiarazteko akzioa</i> .....	49
3.3.3.2.	<i>Indemnitazio akzioa</i> .....	50
3.3.4.	Eraginkorra al da Espainiar ordenamendua?.....	50
<b>4.</b>	<b>ONDORIOAK</b> .....	<b>51</b>
<b>5.</b>	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>54</b>

## **Laburduren zerrenda**

**CD:** Compact Disc

**CPI:** Comisión de la Propiedad Intelectual

**DADVSI:** Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

**DPD:** Direction de la Protection des Droits

**DVD:** Disco Versátil Digital

**EBJA:** Europar Batasuneko Justizia Auzitegia

**HADOPI:** Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

**IP:** Internet Protocol

**ISP:** Internet Service Provider

**KP:** Kode Penala

**LSSICE:** Ley de Servicios de la Sociedad de la Información

**P2P:** Peer-to-Peer

**TRLPI:** Texto Refundido de Ley de Propiedad Intelectual

**USB:** Universal Serial Bus

## **1. SARRERA**

Egunerokotasunean aurrera eramaten ditugun jarduerak mundu juridikoan erreflexua dute modu oso anitzean. Azken hamarkadan jabetza intelektualaren aurkako delituen inguruan eztabaida sakona sortu da, hain zuzen aurrerapen teknologikoek, eta bereziki Interneten globalizazioak ondasun juridiko honen babesean tentsioak sortu dituelako. Teknologia berriek, eta Interneten masifikazioak aukera berriak ireki ditu autoreek beren obrak garatzeko eta publiko handiagoa lortzeko, baina autore edo eskubideen titularrentzat aukera bat dena gehiegikeriaz obrak esplotatzeko bide ere bihurtu da. Honela, Internetek kultura kontsumitzeko modu ezberdin eta berehalakoa sortu du, gure kontsumo ohiturak aldatuz eta eskaintza kultural handiago bat sortuz. Dena den honek gatazka argi bat sortu du kontsumitzaile hauen eta jabetza intelektualaren eskubideen titularren artean, kontsumo kulturala normalean titularren eskubideak errespetatu gabe egiten baita. Tentsio honek bere isla eduki du mundu juridikoan, honen azterketa egingo delarik lan honetan.

Lan honi aurre egiteko lehenik eta behin beharrezkoa izango da aztertzea zein den gure ordenamenduan jabetza intelektualaren aurkako delituen konfigurazioa. Beraz lehen atala azterketa objektibo batera bideratuko da, aztertuz delituaren elementu objektibo eta subjektiboak zeintzuk diren, eta hauen garapenaren azterketa txiki bat eginez. Azterketa hau funtsezko elementu bat izango da, behin ulertuta modu objektibo batean zein den espainiar ordenamenduan delitu hauek duten arauketa, honen azterketa kritiko bat egingo delako. Analisi honen helburuak bi izango dira: lehenik eta behin aztertuko dira delitu hauek jasandako azken erreforman (Kode Penalaren erreformatzen duen 1/2015 Lege Organikoaren erreforman) egindako aldaketak beharrezkoak diren bai aurreko egoerari begira, bai jurisprudentzian emandako azken kasuei begira; eta bigarrenik, aztertuko da espainiar ordenamenduak eskaintzen duen babes penalaren egokia eta eraginkorra den. Hain zuzen, babes penal hutsak ez baitu honen eraginkortasuna ezta egokitasuna bermatzen. Halaber, aipamen berezi bat egingo zaio esku hartze penal minimoaren printzipiori, askotan dudak jarri baita esku hartze penalak delitu hauetan aipaturiko printzipioa errespetatzen duenetz.

Azterketa honek guztiak ondorio argi batera bideratzen gaitu, erakutsiz nola ordenamenduak eskaintzen duen konfigurazioa ez den egokia gaur egungo Interneten

erabilera eta babes eraginkor baten beharra kontuan edukita. Era berean, lan honek azalera ekartzen du mundu juridikoan teknologia berriek sortzen dituzten arazo eta erronkak, izan ere teknologia berrien garapen azkarrak arazo berriak sortzen ditu, eta horien aurrean askotan indarrean dagoen arauketa ez da nahikoa. Azken finean gure eguneroko bizitzan hain arrunta bihurtu den jarduera batek, mundu juridikoan erronka berri bat sortu du, ikusiko dugun bezala konponbide baketsu bat beharrezkoa eginez alderdi guztien interesak asetzeko, ordenamenduaren printzipio nagusiekin errespetuan noski.

## **2. JABETZA INTELEKTUALAREN AURKAKO DELITUAK INTERNETEN. KODE PENALAREN AZTERKETA**

### **2.1. Babesturiko ondasun juridikoa**

Lan honi hasiera emateko Kode Penalak babesten duen ondasun juridikoa identifikatu beharko da. Ondasun juridiko hau identifikatzea ez da kontu baketsua izan doktrinan, baina 1995ko Kode Penala indarrean sartzearekin batera badirudi arazoa argitu dela. Hala, gaur egun nahiko argia dirudien arren zein den babesten den ondasun juridikoa, doktrinan emandako gatazka ulertzea funtsezkoa da ondasun juridiko bera ulertzeko.

Doktrinan urte luzez bi muturreko korronte identifikatu dira, eta hauen erdian korronte moderatuago batzuk. Lehen korrontea “patrimonialista” dugu, honen arabera Kode Penalak babesten duen ondasun juridikoak izaera ekonomikoa du. Hauen ustez Kode Penalak jabetza intelektualaren eskubide ekonomikoei loturiko ondasunak babesten ditu. Ikuspuntu honen beste muturrean korronte “pertsonalista” kokatzen da, hauen arabera babesten dena da autore batek bere obraren gaineko aita-amatasuna, hots, obraren gaineko eskubide moralak. Bi teoria hauen tartean teoria mixtoak ditugu, defendatuz bai eskubide moralak bai eskubide patrimonialak babesten direla, batzuen ustez modu berean, eta beste batzuen ustez bietako bat lehentasunez.

Doktrinaren banaketa honek, eta ondasun juridikoa modu batean edo bestean ulertzeak ondorio semantikoak ere badakartza. Honela, ikuspuntu patrimoniala babesten dutenek ulertzen dute delitua “jabetza intelektualaren” aurka burutzen dela. Aldiz, ikuspuntu pertsonalista babesten dutenek “autore eskubideen” aurkako delituez dihardute.

Gauzak honela, 1995ko Kode Penala indarrean sartzean duda guztiak argitzen dira, argi eta garbi korronte patrimonialista nagusituz. Hainbat elementu izan dira korronte honen gailentzea baieztatzeraz bultzatzen gaituztenak. Lehenik eta behin irabazi asmoa dugu, 1995ko Kode Penalaren aurretik astungarri bat zena, baina kode berriak funtsezko elementu subjektibo bezala arautzen duena. Beharrezko elementu bat izatea, eta ez astungarri bat, gauzak asko argitzen ditu, babesten den ondasun juridikoari izaera ekonomikoa emanaz. Halaber, irabazi asmoa elementu subjektibo bihurtzeak

berarekin dakar plagioaren portaera tipikoa ere argitzea. Ikuspuntu pertsonalista eta mixtoa babesten zutenek ulertzen zuten plagioarekin eskubide moral bat babesten zela, obraren aita-amatasuna gainekoa, eta Kode Penalean tipifikatua egotea delituen izaera pertsonalistaren erakusle zela. Dena den, irabazi asmoa beharrezko elementu subjektibo bihurtzen den unetik, plagioak beti izan beharko du irabazi asmo bat, hots, beti edukiko du izaera ekonomikoa. Azkenik, kontuan eduki behar da delitu hauek Kode Penalaren barruan duten kokapena: Jabetza intelektualaren aurkako delituak Kode Penaleko XIII tituluan, XI kapituluan, lehen atalean arautzen dira. Tituluari erreparatzen badiogu jabetuko gara ondarearen eta ordena sozioekonomikoaren aurkako delituen titulu pean kokatzen garela. Halaber, titulua ez da “autore eskubideen aurkako delituak” izenburu pean arautzen baizik eta “jabetza intelektualaren aurkako delituak” titulu pean. Honek argi eta garbi ikuspuntu patrimonialista nagusitzen du, bai ikuspuntu sistematiko batetik bai ikuspuntu semantiko batetik.

Egia da Jabetza Intelektualaren Legera<sup>1</sup> jotzen badugu (TRLPI hemendik aurrera) ikusiko dugula jabetza intelektualaren edukia bigarren artikuluan arautzen duela, eta hau bi alderdik osatzen dutela: zati bat izaera pertsonaleko eskubideek osatuko dute, eta bestea izaera ekonomikoko eskubideek osatuko dute<sup>2</sup>. Beraz eskubide moralen existentzia ukatu ezin den zerbait da, hau da, jabetza intelektualaren eskubideen titularrek eskubide moral eta ekonomikoko batzuk izango dituzte. Hala ere, premisa hau ukatu gabe, Kode Penalean babesten den ondasun juridikoa ez da izaera moralekoa baizik eta izaera ekonomikoa, hots, jabetza intelektualaren eskubide ekonomikoei loturiko ondasunak babesten dira.

Eskubide ekonomikoa TRLPI-n arautzen dira, 17. Artikuluan. Bertan definitzen da eskubide hauek direla autore edo eskubideen titular batek obra batengan duen esplotazio ekonomikoa eskusiborako eskubidea. Eskubide hauen artean bereziki aipatzen

---

<sup>1</sup> España. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. [Internet] *Boletín oficial del Estado*, 1996ko apirilaren 22a, 97 zenbakia, 14369-14396 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri:

<https://www.boe.es/boe/dias/1996/04/22/pdfs/A14369-14396.pdf>

<sup>2</sup> MATA Y MARTIN, Ricardo M. “Derecho Comunitario y responsabilidad penal por lesión de la propiedad intelectual”. MATA Y MARTIN, Ricardo M. (Dir.) / JAVATO MARTIN, Antonio M<sup>a</sup> (coord.) et al. *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet* Liburuan. Madrid, La ley, 2011, 170. Orr “Desde una perspectiva más restrictiva en algunos países, como España, la noción de Propiedad Intelectual se corresponde únicamente con los derechos de autor. Y estos derechos de autor se conciben como una modalidad especial de derecho de dominio sobre un objeto, que atribuyen determinados derechos exclusivos de tipo moral y de tipo patrimonial al titular de los mismos sobre obras literarias, artísticas o científicas originales”.



ditu lau bide esplotazio ekonomikorako: erreprodukzioa, banaketa, komunikazio publikoa eta transformazioa. Jarduera hauetako batzuk aurrerago aztertuko ditugu, ikusiko dugun bezala Kode Penaleko portaera tipikoak baitira.

## 2.2. Kode Penaleko 270.1 artikulua

Jabetza intelektualala osatzen duten bi alderdiak analizatu ondoren, eta azertu ostean zein den ikuspuntu penal batetik esanguratsua dena, orain bai Kode Penala aztertzeari ekingo diogu.

Jabetza intelektualaren aurkako delituak oro har 270-272 artikuluetan arautzen dira, nahiz eta Internet bitartez egiten diren delituei dagokionez 270. artikuluan zentratuko garen. Izan ere, 271. Artikuluak tipo kalifikatua arautzen du, eta 272. Artikuluak erantzukizun zibilari dagokiona. Ondorioz 270. Artikulua da benetan delitu mota hauetan kontuan eduki beharrekoa, honek osatzen baitu arauketaren muina.

Halaber, 270. Artikulu honen barruan ere aztertzeke interesa duten parrafoak orokorrean bi dira: 270.1 eta 270.2. artikulua, hauetan topatzen ditugun portaera tipikoak Internet bitartez burutu daitezkeen bakarrak baitira.

Ez da ahaztu behar 270.3 artikulua erreformatua izan dela artikulua guztiz berri bat osatuz. Gainera, artikulua berri hau lan honen harira dator, jabetza intelektualaren aurka ematen diren Interneteko arau hausteen kautela neurri modura jokatuz. Aipamen berezirik egingo ez zaion arren, erreformaren fruitu den artikulua bat dela kontuan eduki behar da.

### 2.2.1. Portaera tipikoa

Funtsean egin behar den lehen azterketa 270.1 artikulua tipikotzat jotzen dituen portaeraren azterketa da. Kode penalak hainbat portaera zerrendatzen ditu lerroalde honetan baina ez du hauen definiziorik ematen, beharrezkoa bihurtuz definizio bat ematen duen legera jotzea. Hala igorpena Jabetza intelektualaren legera egiten da, bertan Kode Penalak tipikotzat jotzen dituen portaera guztien definizioa emanez<sup>3</sup>. Behin hauen

---

<sup>3</sup> PEGUERA POCH, Miquel. “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”. *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, 2012, 42. Zenb., 70. Orr.: “*El análisis en sede penal lleva necesariamente al juez a examinar disposiciones de la LPI a los efectos de apreciar si la conducta enjuiciada realiza alguno de los elementos integrados en el tipo objetivo del delito*”

definizio non dagoen jakinda, Interneten ematen diren delituetan garrantzia handiena duen portaera aztertu behar dugu: komunikazio publikoa. Portaera honen inguruan eztabaida handia dago, ikusiko dugun bezala jurisprudentziak kasu askotan ez du argi eduki portaera burutzen den edo ez estekak errazten dituzten webguneetan, epai kontraesankorrak emanez. Ondorioz portaera honen gora-beheretan atentzio berezia jarriko dugu.

### *2.2.1.1. Komunikazio Publikoa*

Komunikazio publikoa definitu aurretik, beharrezkoa da hau “banaketa” portaeratik bereiztea, biak oso antzekoak izan arren ezberdinak baitira. Jabetza Intelektualaren Legearen 19.1 artikuluan definitzen da banaketa zer den, eta definizio horretan eskatzen da publikoari eskura jartzen zaion obra euskarri ukigarri (“*tangible*”) batean egotea eskatzen da. Argi eta garbi Internet bidez eskuragarri jartzen diren obrak ez dira soporte material edo ukigarri batean komunikatzen, nahiz eta komunikazioaren ostean medio ukigarri batean finkatu (erreprodukzioa litzakeena) daitezkeen, hala nola, CD, DVD edo USB batean. Horregatik gure azterketa komunikazio publikoan zentratuko dugu.

Ezinbestean beraz ondorengo galdera egin behar dugu: *zer da komunikazio publikoa?* Komunikazio publikoaren lehen definizio bat ematen da TRLPI 20.1 artikuluan. Honek definizio orokor bat eskaintzen du: Pertsona aniztasun batek obra bat eskuratzen duenean aurretiaz bakoitzari ale indibidual bat komunikatu gabe<sup>4</sup>. Definizio honetaz gain, artikuluan bertan modu berezi batean komunikazio publikoa diren beste hainbat jarduera arautzen dira. Interneteko kasuetarako araudia 20.2.i) artikuluan<sup>5</sup> dugu, bertan ezartzen den bezala egindako komunikazioa komunikazio publikoa izango da. Ondorioz, ulertuko dugu Kode Penalak zigortzen duen portaera tipiko baten aurrean egongo garela obra publiko orokor eta anitz bati Internet bidez (kable zein uhinen bitartez)

---

*previstos en el art. 270.1 CP, ya que la propia definición del tipo supone una remisión a la regulación de la LPI.”*

<sup>4</sup> Zehazki hala definitzen du komunikazio publikoa TRLPI 20.1 artikulua: *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.*

<sup>5</sup> TRLPI 20.1.i artikulua honela aurreikusten du komunikazio publikoa Interneterako: *“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.”*

eskuragarri jartzen bazaio edozein toki eta unetan gozatzeko aurretiaz bakoitzari ale bana komunikatzeko beharrik gabe.

2.2.1.1.1. *Komunikazio publikoa Svensson eta BestWater kasuen ostean*

Jada ikusi dugu jabetza intelektualaren legeak nola definitzen duen komunikazio publikoa, eta ondorioz gai gara ezagutzeko zein den Kode Penalean zigortzen den portaera tipikoa. Dena den, komunikazio publikoa Interneten nola ematen den ulertzeko, eta bereziki Interneten erabiltzen diren estekak komunikazio publikoaren kontzeptuaren barruan dauden edo ez zehazteko, Svensson eta BestWater kasuak kontuan edukitzea ezinbestekoa da. Lanean zehar ikusiko dugun bezala estekak P2P sareetan funtsezko garrantzia edukiko dute, eta beraz hauen erregimena sakonki landuko dugu.

Svensson kasua Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak (4. salak) 2014ko otsailaren 13an emandako epaia<sup>6</sup>, 2001/29/CE<sup>7</sup> zuzentarauaren aplikazioan sortutako arazo aurre judiciala konpontzeko eman zena. Arazoa web orrialde baten eta kazetari batzuen artean sortu zen. Kazetari hauetako bat kasuari izena ematen dion Nils Svensson dugu, web orrialde batean berriak argitaratzen zituen. Era berean, beste webgune batek, Retriever Sverige AB sozietatearen jabetzakoak, Interneten eskuragarri zeuden albiste eta berriak eskaintzen zituen bere webgunean, esteka bitartez jatorrizko webgunera birbidaliz. Kasu honetan eztabaida zen hori komunikazio publikoa kontsidera zitekeen edo ez. EBJA-k ebatzi zuen komunikazio publikoaren existentzia gertatuko dela beti ere obraren eskubideen titularrak aurretiaz aurreikusi ez zuen publiko berri bati komunikatzen zaionean. Jatorrizko obra Interneten modu ireki batean eskegi zenez, ulertu

---

<sup>6</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4) [Internet]. Caso Svensson y otros contra Retriever Sverige AB. Sentencia 13 de febrero de 2014 [Kotsultatua 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=414171>:

<sup>7</sup> Unión Europea. 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 [Internet]. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* 2001eko ekainaren 22a, 167 zenb., 10-19 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri: <https://www.boe.es/doue/2001/167/L00010-00019.pdf>

zen Internet osoa zela potentzialki jatorrizko publikoa, eta beraz ez zegoela publiko berririk<sup>8</sup>

Ebazpen honen ostean BestWater kasuak bide beretik jotzen du, publiko berriaren irizpidea indartuz, eta baieztatuz komunikazio publikorik ez dagoela publiko berririk ezean; eta publiko berririk ez dagoela obra bat Interneten modu ireki batean eskaintzen bada<sup>9</sup>

Beraz orain arte ikusi dugun komunikazio publikoaren definizioari irizpide hau gehitu behar zaio: Publiko berri baten beharra, hots titularrak bere obra komunikatzean aurreikusi ez zuen publiko potentzial bat. Svensson eta BestWater kasuetan ebatzi zen sarean modu ireki eta mugarik gabe obra bat publikatzean, Interneteko publiko guztiari zabaltzen zaiola potentzialki, eta ondorioz esteka batek ezingo duela publiko berririk erakarri; hau da, ez dela komunikazio publikorik egongo publiko berririk ez dagoelako.

Definizio honek hein batean gauzak argitzen dituen arren, dudak ere sortzen ditu, izan ere, *nahikoa da komunikatua egotea obra bat, hots, Interneten eskuragarri egotea komunikazio publikoa dagoela baieztatzeko? Edo beharrezkoa da titularrak berak baimendutako komunikazio bat izatea?* Svensson kasuan egindako interpretazioaren aplikazioari jarraiki nahikoa dirudi baimenik gabe publiko berri bati obra komunikatzea komunikazio izateko.

---

<sup>8</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4). Caso Svensson... op. cit. 27-28 parrafoak: *“En estas circunstancias procede hacer constar que, cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial. En consecuencia, dado que no existe un público nuevo, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público como la del litigio principal.”*

<sup>9</sup> Union Européenne. Cour de justice de l'Union européenne (9ème chambre) [Internet]. Affaire BestWater International GmbH contre Michael Mebes et Stefan Potsch. Ordonnance du 21 octobre 2014 [Azken kontxulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=159023&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=416161> : *“Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que le seul fait qu'une œuvre protégée, librement disponible sur un site Internet, est insérée sur un autre site Internet au moyen d'un lien utilisant la technique de la «transclusion», telle que celle utilisée dans l'affaire au principal, ne peut pas être qualifiée de «communication au public», au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, dans la mesure où l'œuvre en cause n'est ni transmise à un public nouveau ni communiquée suivant un mode technique spécifique, différent de celui de la communication d'origine.”*

2.2.1.1.2. *Komunikazio Publikoa GS Media BV kasuaren ostean*

Svensson eta BestWater kasuen ondorioz komunikazio publikoaren interpretazio guztiz zabala garatu zen, honen bitartez ahalbideratu baitzen hainbat kasutan kondena epaiak ematea estekak errazten zituzten webguneak zigortuz. Publiko berria obraren titularrek aurreikusi ez zuten publiko bat zela ulertzen zen, hots, Interneten zabaltzeko aurreikusia ez zegoen obra bat, sarean zabaltzean beti izango zen komunikazio publikoa. Eta ez bakarrik lehen aldiz baimen gabe zabaltzen zenean, baita zabaltze eta bir-zabaltze guztietan. Doktrina eta jurisprudentzian Svensson kasuari jarraiki komunikazio publikoa ia beti ulertzen zen, komunikazio zein bir-komunikazio kasuetan, izan ere jatorrizko titularrak Interneten modu ireki batean zabaldu ez bazuen obra, beti izan zezaketen potentzialki publiko berri bat.

Dena den, interpretazio hau oso zabala da, eta urtetan indarrean izan den arren aldatu egin daiteke GS Media BV<sup>10</sup> auziaren ondorioz. Kasua modu labur batean azalduz, GS Media BV-k webgune bat zuen non argazki baterako estekak publikatu zituen eskubideen titularren baimenik gabe. Argazki hauek, baina, ez zeuden GS Media BV-ren webgunean baizik eta beste kanpoko webgune batean. Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. eta Britt Geertruida Dekker-ek, autore eskubideen titularrek, demanda bat jarri zuten webgunearen kontra argazkiak publikoki komunikatzeagatik beraien baimenik gabe. Horren aurrean epaileak hainbat galdera aurre-judizial aurkeztu zizkion EBJA-ri:

- 1) a) Aurkeztu zuen lehen galdera izan zen ea komunikazio publikorik zegoen esteka bitartez jabetza intelektualaz babestua zegoen obra baten esteka errazten bazuen, komunikatzeko baimenik gabe, kontuan edukita hau jada Interneten zegoela eta erabiltzaileak hartara iris zitezkeela.
- b) Halaber galdetzen du ea garrantzia duen komunikazio publikoa baloratzeko obra aurretiaz publikoki komunikatua egotea.

---

<sup>10</sup> Unión Europea. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos) [Internet] GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV y otros. Petición planteada el 7 de abril de 2015 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21a]. Eskuragarri: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=164772&mode=1st&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=839998>

- c) Era berean galdetzen du garrantzitsua ote den esteka errazten duenak jakitea obran horren komunikazioa ez dagoela baimendua, edo titularren baimenik ez duela jakitea.
- 2) a) Lehen galderari erantzuna ezezkoa izateko kasuan, galdetzen da komunikazio publikorik egongo litzatekeen, jada Interneten argitaratua bada go baina zaila bada bertara iristea, ez guztiz ezinezkoa baina bai gaitza.
- b) Halaber, lehen galdera osatzeko, esteka errazten duenak jakin beharko lukeen esteka bitartez errazten duen obra aurkitzea ez dela, erraza itauntzen da.
- 3) Azkenik galdetzen da ea beste testuingururik kontuan eduki behar den baloratzeko komunikazio publikoa dagoen edo ez obra bat aurretiaz titularraren baimenik gabe publikoki komunikatu ez bada.

Galdera hauen erantzunak lan honen garapenerako guztiz funtsezkoa dira, baina EBJA-k oraindik ez du epairik eman. Dena den, Melchior WATHELET EBJA-ko Abokatu Nagusiaren gomendioak<sup>11</sup> kasu honen inguruan bai ezagutzen ditugula, eta arazoa argitzeko lagungarri dira. Epaia eman arte kasu honen inguruan ez da irizpide zehatzik egongo galdera hauen erantzuna jakiteko, eta ondorioz Svensson eta BestWater irizpideak aldatu edo kontsolidatzen diren jakiteko. Hala ere, gomendio hauek kontuan edukitzekoak dira epai eman bitartean, lotesleak ez baina bai garrantzitsuak direlako.

Lehenik eta behin Abokatu Nagusiak erantzuten du bere ustez ezin dela ulertu komunikazio publikorik dagoenik, ez behintzat 2001/29 zuzentarauak ematen dion interpretazioan, izan ere esteka errazten duen pertsonaren portaera ez da derrigorrezkoa, beste bide batzuetatik ere lor ba daiteke obrara iristea. Beraz, jada komunikatua bada go obra bat Interneten, nahiz eta bertara iristea zaila izan, ulertuko da ezin dela komunikazio publikoaren objektu izan. Halaber ulertzen du, GS Media BV-ren parte hartzea derrigorrezkoa ez izanik, ez dagoela komunikazio publikorik bere jardueran jada komunikatua baitago, eta ondorioz, ez dela titularraren baimenik behar komunikazio originala ez baita. Hau da, GS Mediaren portaera ez da ezinbestekoa komunikazio publikoa egoteko obra publiko berri bati zabalduz, beraz ezin da komunikazio publiko gisa ulertu.

---

<sup>11</sup> Unión Europea. Conclusiones del Abogado General sr. Melchior WATHELET [Internet]. GS Media BV contra Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc. y Britt Geertruida Dekker. Conclusiones presentadas el 7 de abril de 2016 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21a]. Eskuragarri: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175626&pageIndex=0&doclang=es&m ode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=839998>

Laburbilduz, irizpide hauek Svensson eta BestWater kasuen gehiegizko aplikazio baten edo interpretazio hedakor bat ekiditen dute, ulertuz bir-komunikazioa ez dela komunikazio publikoa. Dena den, gomendioak ez direla lotesleak gogoratu behar da, baina honek ez du esan nahi kontuan hartu behar ez direnik.

#### 2.2.1.2. *Beste edozein esplotazio ekonomiko*

Kode Penalaren erreforman txertatu den beste elementu bat da itxiera modura funtzionatzen duen azken jarduera tipiko da: “*de cualquier otro modo explote económicamente*”. Argi geratzen da legegileak etorkizunera begira egindako aldaketa bat dela hau. Ukaezina izan da teknologia berrien garapen azkarra, horren aurrean legeak askotan zaharkituak geratzen dira. Hau ekiditeko legegileak itxiera araua ezarri du, eta nolabait obrak esplotatzeko beste bide bat aurkitzen bada jada tipifikatutako portaeretatik at, hau ere haien baitan bilduko du.

Azken finean hau da orain arte gertatu dena estekak errazten dituzten webguneekin (aurrerago garatuko den bezala), ba zirudien zegoen araudia ez zela nahikoa, edo behintzat ez guztiz egokia izandako aurrerapen teknikoek ondorioz. Hori dela eta legegileak egoera errepikatzea ekidin nahi du, ahalik eta portaera gehienak barne bilduz eta *numerus apertus* zerrenda bat eginez.

#### 2.2.2. Tipo subjektiboa

Portaera tipikoa aztertu ostean eman beharreko hurrengo pausua portaera hauen tipo subjektiboak aztertzea izango da, eta gure kasuan bi elementu subjektibo aztertu beharko dira: irabazi ekonomikoa zuzenean edo zeharka eta hirugarren baten kaltetan izatea irabazi hau.

##### 2.2.2.1. *Irabazia ekonomikoa zuzenean edo zeharka*

Puntu hau da legegileak 1/2015 Lege Organikoaren bitartez aldatu duen elementuetako bat da, aurrerago sakontasun gehiagoz aztertuko duguna. Atal honetan, baina, helburu nagusia elementuaren izaera eta honen konfigurazioa aztertzea da, balorazio posibleak gerorako utziz.

1/2015 Lege Organikoak Kode Penala erreformatu aurretik, “irabazi asmoa” edo “*animo de lucro*” zen tipoa osatzen zuen elementu subjektiboa, hala ere gaur egun indarrean dagoen tipoa “irabazi ekonomikoa zuzenean edo zeharka” da, hots, “*beneficio economico directo o indirecto*” da. 1/2015 lege organikoaren zioen azalpenean XVII. atalean<sup>12</sup> argi geratzen da aurretiaz zigortuak ez zeuden portaerak zigortzea dela asmoa. Hau da, zuzenean irabazi asmo bat ez zutelako lehen zigortzen ez ziren portaerak orain zigortuak izango dira zeharkako irabazia espresuki tipifikatuz

Esan bezala erreforma aurretik irabazi asmo bat eskatzen zen, aipatu gabe hau zuzenean edo zeharka lor zitekeen. Dena den irabazi asmo hau mugatua zegoen eta ez zuen edozein abantaila ekonomikok osatuko, soilik irabazi ekonomiko edo patrimonial erreal batek osatuko zuen<sup>13</sup>. Puntu hau argi uzteak badu bere garrantzia, izan ere irabazi patrimonial bat izateko behar honek esan nahi du portaera tipikoa aurrera eramaten duen edozein pertsonak, elementu subjektiboari dagokionez bere asmoa obra batengatik ez ordainduz dirua aurrezteak badu, hau ez da portaera tipiko kontsideratuko elementu subjektibo honen faltagatik<sup>14</sup>.

Zehaztapen honi dagokionez ulertzen da indarrean jarraitzen duela, eta egia den arren elementu subjektiboa zabaldu egin dela, oraindik bilatzen dena irabazi patrimonial bat da eta ez abantaila hutsa. Ikuspuntu hau baieztatzen du 1/2015eko erreformaren ondoren Ministerio Fiskalak jabetza intelektualaren aurkako delituen inguruen emandako zirkularrak, berretsiz beharrezkoa dela irabazi patrimonial bat izatea eta ez soilik abantaila bat.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Pena [Internet] *Boletín oficial del Estado*, 2015eko martxoaren 31a, 77. Zenbakia, 27061-27176 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 22a]. Eskuragarri: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf> . Honela dio zioen azalpenak: “*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*”.

<sup>13</sup> RODRIGUEZ MORO, Luis *Tutela penal de la propiedad intelectual*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 2012, 412. Orr. “*En el delito contra los derechos de propiedad intelectual, el ánimo de lucro consiste en la intención de conseguir un enriquecimiento, ganancia o beneficio patrimonial ilícito con la reproducción, distribución, plagio o comunicación pública no autorizada de alguna obra protegida, o de su transformación, interpretación o ejecución artística. Cualquier otro tipo de ventaja, provecho o utilidad no patrimonial debe quedar fuera del concepto de ánimo de lucro*”.

<sup>14</sup> Zentzu honetan ulertzen zuen ere Ministerio Fiskalak 1/2006 zirkularrean, 2.2c ondorioetan: “*El elemento de ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de lucro comercial.*”.

<sup>15</sup> Ministerio fiskalaren 8/2015 zirkularrak ere 4. Ondorioan hala adierazten zuen irabazi asmoaren inguruan: “*En la interpretación 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*



Beraz zentzu horretan oraindik ere irabazi asmo ekonomiko bat eskatzen da, nahiz eta orain irabazi asmo hori zuzenean edo zeharka lor daitekeen. Aldaketa honen zergatia argia da, espresuki zigortu nahi zen Interneten jabetza intelektualaren babespean zeuden obrak publikoki komunikatzen zituzten webguneak. Hala ere, gune hauek askotan ez zuten modu zuzen batean dirua irabazten, hau da, ez zuten diru sarrerarik obra baten komunikazioagatik, baizik eta zeharkako modu batean gunean ikusgai ziren iragarkiengatik. Aldaketaren ondorioz lehen elementu subjektiboa betetzen ez zuten web orrialdeek orain zigortuak izan daitezke iragarkiek sorturiko irabaziengatik.

#### 2.2.2.2. Hirugarren baten kaltetan

Arestian aztertu berri dugun elementu subjektibo honi beste hau gehitu behar zaio: aurrera eramaten den portaera tipikoa eta lortzen den irabazi ekonomikoa hirugarren baten kaltetan egitea. Kontua da nola ulertu kalte hau, honetarako hiru bide topatzen baititugu, oro har doktrinak honela identifikatu dituenak: Lehen aukera izango da portaerak modu efektibo eta konprobagarri batean ondarean kalte bat sortzea; bigarrena, portaeraren elementu subjektibo beharrezko bezala ulertzea, hau da, kalte hori sortzeko dolo zehatz bat izatea; eta aldiz, hirugarren ikuspuntuak tendentziala den zerbait bezala interpretatzen du, hau da, portaerak egokia izan behar du ondarean kalte bat sortu ahal izateko.<sup>16</sup>

Hiru aukera hauek guztiz posibleak eta bideragarriak dira, eta ez dago argi zein den jarraitu behar den irizpidea, hiru bideak egokitzen bai dira “*perjuicio de un tercero*”

---

*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.”*

<sup>16</sup> GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen. *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 2012, 138-139 orr: “*Más allá de este aspecto la concreción del elemento dista de ser unánime, hasta el punto de ser tres, básicamente, las posibles claves a que se presta su interpretación. Conforme a la primera de ellas, tal exigencia demandaría de la comprobación de que a consecuencia de la conducta se ha causada efectivamente un perjuicio en el patrimonio ajeno. (...) Para la segunda interpretación, por el contrario, tal elemento típico obedecería conceptualmente a los perfiles de los llamados elementos subjetivos del injusto, expresivo en consecuencia, de una finalidad específica de la conducta, en cuanto manifestación de una tendencia interna del autor. Todavía conforme a una tercera interpretación, la exigencia en comentario podría entenderse como característica objetiva del comportamiento, evocando así el requisito de aptitud o idoneidad objetiva de la conducta para producir dicha lesión”.*

deritzon horri. Erantzun argirik ez dagoen arren badirudi doktrinak<sup>17</sup> eta jurisprudenziaren alderdi batek<sup>18</sup>, elementu abstrakturantz jotzen dutela.

Elementu honen zailtasuna oso lotua dago P2P sareen masifikazioarekin, izan ere pertsona bakar batek obra bat komunikatzea Internet bitartez ez du kalte berezirik sortzen, baina milioika pertsonak milioika obra komunikatzeak bai sor dezakeela kalte bat. Hala ere kalte hori zehaztu eta pertsona konkretu bati lotzea ezinezkoa da ia. Honek beharrezko egiten du elementu abstraktu bezala ulertzea<sup>19</sup>.

### **2.3. Kode Penaleko 270.2 artikulua**

Kode Penaleko 270.1 artikulua aztertu ostean, aldaketa handiena jasan duen lerroaldea aztertuko dugu, ikusiko dugun bezala tipo guztiz berri bat da, aurreko Kode Penalean inolaz ere aurreikusten ez zena. Erreforma indarrean sartu aurretik eztabaida argia zegoen Entzutegi Probintzial ezberdinen artean, ez zegoen argi estekak errazten zituzten web orrialdeek 270.1 artikuluko tipoa betetzen zuten edo ez, eta Auzitegi Gorenaren irizpiderik ezean, legegileak erreforman arazoa konpontzea erabaki du (edo hori dirudi aurrerago ikusiko dugun bezala). Hau da beraz aztergai dugun artikulua zergatia, ez baitu inolako zerikusirik lehenagoko 270.2 artikuluekin.

---

<sup>17</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “La responsabilidad penal por delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de Internet”. MATA Y MARTIN, Ricardo M. (Dir.)/ JAVATO MARTIN, Antonio M<sup>a</sup> (coord.) et al. *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet* Liburuan. Madrid, La ley, 2011, 220. Orr. “*el tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual hoy alojado en el art. 270 CP español es un delito de aptitud abstracta o de peligro hipotético, como categoría específica dentro de los delitos de peligro abstracto en sentido amplio. Se exigiría que el comportamiento sea objetivamente idóneo para causar el perjuicio ajeno*”.

<sup>18</sup> España. Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1<sup>a</sup>) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 426/2014, de 12 de noviembre de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2014/1545]: “*El perjuicio de tercero se contempla precedido de la preposición “en” lo que lo califica como requisito tendencial, sin necesidad de que produzca resultado*”.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor., 2007, 180. Orr. “*Los internautas involucrados en el intercambio de ficheros P2P ni obtienen un lucro comercial en el sentido apuntado, ni tampoco ocasionan un perjuicio de la suficiente entidad a los titulares. Cosa distinta es que la suma de efectos de las conductas de miles de personas que toman parte en estas redes sí represente un impacto económico considerable en el patrimonio de los titulares de derechos*”.

### 2.3.1. Portaera tipikoa

Artikulu honen azterketa zatika egingo da bertan agertzen diren elementuen ulermen eraginkorra bermatzeko, ikusiko den bezala, oso artikulu luze eta konplexua baita.

#### 2.3.1.1. Erraztea

Zentzurik hertsienean lerroaldea aztertuta konturatuko gara portaera tipikoa, edo behintzat portaera tipikoa biltzen duen aditz tipikoa, “erraztu” edo “*facilitar*” dela. Halaber, irakurtzen jarraitzen badugu lerroaldeak zehazten digu zer den erraztu behar dena: “*el acceso o localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual*”. Honen bitartez tipiko kontsideratzen da Interneten oso ohikoak diren web orrialdeen jarduera: esteka bitartez beste webgune batera igortzea erabiltzailea, hau da, aztergai dugun, kasuan obra kokatua dagoen webgune edo P2P sarera.

P2P deskarga metodo hau oso ohikoa da, gehien erabiltzen dena ez esatearren, eta funtzionamendua oso sinplea du: webguneak berez ez dauka bere zerbitzarian jabetza intelektualaz babestua dagoen obra edo edukirik, baina webgune honetan P2P sareetara iristeko estekak eskaintzen dira, eta hauetan klik eginez, sare honetara iritsiko gara, beti ere ordenagailuan hori ahalbideratzen duen softwarerik badago. Honela jabetza intelektualaren babespean dagoen obra bat jaisteko aukera edukiko da. Gauzak konplexuago egiteko deskarga ez da zerbitzari zentralizatu batetik egiten, beste erabiltzaileen ordenagailuetatik egiten da, sare deszentralizatu bat osatuz<sup>20</sup>. Egitura honek bi ondorio dauzka: lehena, estekak eskaintzen dituen webguneak ez duela inolako obrarik gordetzen bere zerbitzarian; eta bigarrena, zentzurik hertsienean obraren komunikazio publikoa, edo behintzat jatorrizko komunikazio publikoa, zeinaren bitartez obra bat publiko berri baten esku jartzen den, sare deszentralizatuko subjektuek egiten dute, eta ez webgunearen administratzaile edo jabeek.

Hori guztia dela eta, legegileak ulertu du momentu arte indarrean zegoen 270.1 artikulua ez zela nahikoa portaera hauek zigortzeko, eta jada esan bezala Entzutegi Probintzial batzuk ere berdin ulertu zuten. Hauen ustez, ez zegoen komunikazio

---

<sup>20</sup> SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. *El intercambio de obras... op. cit.*, 47. Orr “*No existe pues en estas redes un servidor central en el que quede almacenada, o que por el que necesariamente discurra, la información de la que se nutren los usuarios. Los contenidos están en todo momento ubicados en carpetas compartidas que los usuarios crean en sus respectivos ordenadores. En rigor, la red se apoya en un gigantesco servidor virtual compuesto por los discos duros de los miles de internautas conectados*”.

publikorik webguneek ez baitzituzten zuzenean obrak eskaintzen, hauetara iristeko aukerra errazten zuten. Beraz erraztea portaera tipikoaren barruan gelditu zedin, legegileak artikulua hau sortzea erabaki zuen.

#### *2.2.1.1.1. Modu aktibo eta ez neutral batean*

Halaber errazteko portaera tipikoa den honek forma zehatz bat izan behar du: modu aktibo eta ez neutral batean, eta tratamendu teknikoak bakarrik eskaini gabe egin behar da. Portaera tipikoaren zehaztasun hau ulertzeko 2001/31 zuzentaraura, eta baita honen transposizioa egiten duen 34/2002 legera<sup>21</sup> (LSSICE hemendik aurrera) jo behar da. Bertan agertzen baita Interneteko Bitartekaritza Zerbitzuak eskaintzen dituzten subjektuek noiz edukiko duten erantzukizuna (aurrerago sakonduko dugu puntu honetan). Hala estekak errazten dituzte webguneei dagokionez, zuzentarauak ezer esaten ez duen arren, legeak bere 17. Artikuluan bai adierazten duela, eta bertan zehazten da edukiaren legekontrakotasun ezagutzarik ez bada ez dela honengatik erantzule izango.

Halaber, zuzentarauak ezartzen duen beste printzipioetako bat da bitartekaritza zerbitzu hauetan parte hartzea duen subjektuak edukiak aldatuz, komunikazioaren hartzailea aldatuz edo portaera nolabait aktiboak edukiz, ezingo duela erantzukizuna salbuesten zaiola aldarrikatu (Salbuespen hauek aurrerago sakonago aztertuko ditugu). Horregatik Kode Penalak ere galdatzen du portaera ez neutral bat edukitzea beharrezkoa dela, izan ere, kontrako kasuan kontraesan bat sortuko litzake LSSICE eta Kode Penalaren artean.

---

<sup>21</sup> España. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [Internet] *Boletín oficial del Estado*, 2002ko uztailearen 12a, 166 zenb., 25388-25403 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri: <https://www.boe.es/boe/dias/2002/07/12/pdfs/A25388-25403.pdf>

## 2.2.1.1.2. Bereziki

Lerroaldea amaitzeko Kode Penalak zehaztasun gehiago ematen du portaera bat bereziki adieraziz: *“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”*<sup>22</sup>

Argi geratzen da lerroalde hau portaera zehatz batzuk zigortzeko pentsatua dagoela: Internet bitartez jabetza intelektualaren babespean dauden obretara estekak errazten dituzten webguneak, hauek errazte prozesu horretan nolabaiteko parte hartze aktiboa dutenean. Puntu honen hasieran adierazi bezala, normalean Interneten obrak eskaintzen dituzten webguneek egitura hau jarraitzen dute, eta jurisprudentziak kasu batzuetan KP 270.1 artikuluko portaera tipikorik ez zegoela ulertu zuenez, legegileak espresuki hau zigortzea erabaki du.

Halaber, oso garrantzitsua da irakurtzea nola ulertzen den webgunea erantzule izango dela estekak errazteagatik nahiz eta esteka hauen ondorioz sortzen den komunikazio publikoa beste subjektu batek egin. Berebat, espresuki aurreikusten da webguneako erabiltzaileek beraiek eskaintzea estekak, izan ere hau baita webguneen egituraren beste ezaugarrietako bat: webgunearen erabiltzaileek askotan obrak jaisteko estekak eskaintzen dituzte, komunikazio publikoko jarduera bat burutuz. Horregatik, tipo honen arabera estekak errazten dituzten webguneak honengatik ere erantzule izango dira. Honek adierazi nahi du nahiz eta webgunearen administratzaileak berak ez komunikatu estekak, hauei trataera ez neutral bat ematen badio (LSSICE-ko salbuespenetatik ateraz) erantzule izango dela erabiltzaileek egindako arau hausteengatik.

---

<sup>22</sup> España. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. [Internet] *Boletín oficial del Estado*, 1995ko azaroaren 24a, 281 zenb., 33987-34058 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri: <https://www.boe.es/boe/dias/1995/11/24/pdfs/A33987-34058.pdf>

### 2.2.2. Tipo Subjektiboa

Tipo subjektiboari dagokionez, 270.1 artikuluan azertu dugun bezala bi elementuk osatzen dute: zuzenean edo zeharka irabazi ekonomikoak izatea, eta aldi berean hirugarren baten kaltetan izatea hau. Bi elementu hauek modu berean konfiguratzeko dira lerroalde honetan, eta beraz ez dute merezi berriro azertuak izatea. Honela, 1.1.2 “Tipo subjektiboa” puntuan esandako guztia aplikagarri zaio lerroalde honi.

## 3. ANALISI KRITIKOA

Jabetza intelektualaren aurkako delituen konfigurazioa aztertuta, Interneten ematen diren delitu posibleak aztertuta eta oro har testuingurua zehaztuta, analisi objektibo horretan oinarritutako analisi subjektibo edo kritiko bat egingo dugu.

Puntu honetan hurrenez hurren aztertuko da, lehenik eta behin Interneteko pirateriaren aurkako borrokan Kode Penalak erreformarik behar zuen edo ez; ondoren, benetan delitu hauen erantzule nor den eta nor zigortzen den; eta azkenik, pirateriaren aurkako jarduna zein den, eta bereziki esku hartze penal minimoaren printzipioarekin bateragarri ote den.

### 3.1. Erreformaren beharra

Argi ikusi da Kode Penalak artikulua hauetan erreforma sakonak jasan dituela, bai bere 270.1 artikuluan, baina bereziki 270.2 artikulua berrian. Hala ere, honek guztiz zilegi den lehen galdera bat sortzen digu: *beharrezkoa al zen erreforma hau? Hots, Interneteko pirateriaren aurka borrokatzeko, zuzenbide penalak momentuan zituen tresnak ez al ziren egokiak arau haustea gelditzeko?* Galdera honi erantzuteko pausuz pausu webgune hauen aurrean jurisprudentziak izandako erreakzioak aztertuko ditugu. Modu orokor batean komunikazio definitu dugun arren, oraingo honetan definizio honetara daramaten elementuen azterketa sakonagoa egingo dugu.

## 3.1.1. Jurisprudenziaren banaketa

Arestian azaldu dugun moduan, jurisprudenziaren erantzuna ez da inolaz ere bateratua izan, alderantziz, Entzutegi Probintzial ezberdinek arazo berdinarean aurrean konponbide eta oinarri guztiz kontrakoak proposatu dituzte. Batzuk ulertzen zuen estekak errazteko jardueraren atzean komunikazio publikoa zegoela; aldiz jurisprudenziaren beste zati batek ulertzen zuen ez zegoela inolako komunikazio publikorik, eta webguneek ez zutela ez daturik gordetzen ez obraren jaitiera beren zerbitzaririk bideratzen, portaera bakarra errazte bat izanik.<sup>23</sup>

Ikusten dugu nola azpimarratzen den desberdinasun argi bat: estekak erraztea eta zerbitzari propio batean edukiak izatea. Egoera guztiz ezberdina litzake webguneek beren zerbitzarietan jabetza intelektualaren babespean dauden obrak gorde eta publikoki komunikatuko balituzte, kasu horretan bai, inolako dudarik gabe, portaera tipiko bat litzake. Hala ere, hau ez da egoera inondik inora, eta zentzurik hertsienean ezin da baieztatu webguneek komunikazio publikorik egiten dutenik P2P saretarako estekak erraztean. Egia da sare hauetan komunikazio publiko bat ematen dela (aurrerago aztertuko da sare hauen subjektuen erantzukizun posiblea), baina webguneek lana errazten dute, beraz ez dago komunikazio publikorik beren jardueran. Jurisprudenziaren alderdi honek adierazten du esteka eskaintzean ez dela artxiboaz disposatzen, eta beraz ezin dela komunikazio publiko kontsideratu.<sup>24</sup> Ondorioz nahiko argia dirudi jurisprudenziaren alderdi honen aburuz komunikazio publikorik ez dagoela, nagusiki jarduera tipikoak adierazten duen aditza berdina ez delako.

Dena den, kontua ez da hemen amaitzen, adierazi bezala beste jurisprudenziaren zati batek justu kontrako aldarrikatzen du. Beste hainbat sententziak ulertu dute komunikazio publikoa existitzen dela, eta gainera portaera neutral huts bat ez denez,

---

<sup>23</sup> España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Auto 582/2008, de 11 de septiembre de 2008 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2008/498], 5. OJ: *“De la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial y tal como ya ha apuntado el juez de instrucción, se desprende que la actividad de página Web [www.sharamula.com](http://www.sharamula.com) se centra en facilitar "enlaces", ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en «enlazar»”.*

<sup>24</sup> España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 301/2011, de 7 de julio de 2011 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [AC/2011/1505], 2. OJ: *“Pero el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. No realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. El ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" en que consiste la actividad tipificada en la letra i ) del artículo 20.2 LPI , como acto de comunicación pública”.*

LSSICE 17. Artikulutik haratago dagoen portaera bat, erantzukizunaren salbuespenik ez dago. Bide honetan topatzen dugu Castellongo Entzutegi Probintziala, ulertu baitzuen komunikazio publikoa zegoela “*Bajatetodo*” webgunean, honen jarduera LSSICE 17.1 artikuluko salbuespenetik haratago dagoen jarduera izanik<sup>25</sup>. Gainontzeko kondena epaiak ere bide honetatik jotzen dute, hots, ulertuz LSSICE 17.1 artikulua salbuespena aplikagarri dela baina kasu guztietan lan tekniko hutsa baino gehiago egiten dela, salbuespena aplikaezin bihurtuz.

Interpretazio honek egokia dirudi partzialki behintzat: egia da LSSICE 17.1 artikulua salbuespena ez zaiela aplikagarri. Dena den, eta nire iritziz behintzat, epai absolutoriek oinarri egokia darabilte: ez dago webgune hauen jardueran komunikazio publikorik, komunikazio publikoa egotekotan, obrak komunikatzeko Internetera obrak igotzen dituzten erabiltzaileengan dago. Honek berarekin dakar webgune hauek estekak errazten dituztela, baina errazte hau ez zen Kode Penalak zigortzen zuen (1/2015 LO erreforma aurretik) portaera tipiko bat, eta beraz ezin da ulertu bide honetatik webgune hauei zigor bat ezartzea burutzen ez zuten portaera tipiko batengatik. Dena den, jurisprudentziak ematen duen hurrengo pausuan badirudi zigortze aldera jotzen duela, jarduera hauek tipiko kontsideratze aldera.

### *3.1.1.1. Svensson eta BestWater kasuen ondorioak eta “Youkioske” kasua*

Hurrengo pausu hau hainbatetan hizpide izan ditugun ditugun Svensson eta BestWater kasuak ditugu. Egia da Svensson kasuak zuzenean ez zuela P2P sareen inguruan eztabaidatzen, baina estekek Interneten duten erregimenaz eta komunikazio publikoaz zehaztasuna ematen duen heinean zuzenean aplikagarri den epai bat da.

---

<sup>25</sup> España. Audiencia Provincial de Castellón (Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 426/2014, de 12 de noviembre de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2014/1545], 4. OJ: “*Se trata de enlaces profundos (del inglés “Deep linking”) que no conectan con otra web sino con un contenido específico de la misma Junto a ello ofrece en la web una serie de elementos complementarios propios que facilitan el acceso a la obra concreta consistente en la indexación y ordenación sistemática de los contenidos, elaboración de carátulas y sinopsis de los productos, control de calidad sobre el enlace y la copia etc. Asimismo, incorpora un contenido publicitario no solicitado por el usuario que reporta un beneficio económico al masterweb. Por tanto, tal y como analiza JDM no se trata únicamente de un sistema de enlaces peer to peer, sino que la actividad de este tipo de páginas web va más allá de la intermediación a la que se refiere el art. 13.2 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (RCL 2002, 1744, 1987) ( LSSI [RCL 2002, 1744, 1987] ), y excede de la mera facilitación de enlaces que justifica la exclusión de responsabilidad que se contiene en el art. 17.1 de la referida Ley (RCL 2002, 1744, 1987) , de modo que resulta aplicable el régimen general de responsabilidad civil, penal, o administrativa prevista por el ordenamiento jurídico tal como previene el art. 13.1 de la citada Ley (RCL 2002, 1744, 1987).”.*



Esan dugun bezala Svensson eta BestWater kasuek zehaztu zuten zer den komunikazio publikoa, eta adierazten dute komunikazio publikoa egongo dela, beti ere obra baten titularrek aurreikusi ez zuen publiko potentzial bati bideratzen bazaio. Ondorioz, film bat zinema eta DVDetatik kanpo aurreikusia ez badago, Interneten zabaltzea dudarik gabe komunikazio publikoa izango da, publiko berri eta ez aurreikusi bati komunikatzen zaion heinean. Honek guztiak esteka webguneak Kode Penalaren 270.1 artikulua bidetik zigortzeko bidea irekitzen du.

Bide berri honen erakuslerik argiena Youkioske kasua dugu Entzutegi Nazionalak 2015ean emandako epaia<sup>26</sup>. Egia da epai hau gerora kasazio helegite bitartez errekurritua izan zela<sup>27</sup>, hala ere Entzutegi Nazionalaren epaia zati batean kasatua izan zen arren, ondoren Auzitegi Gorenak eman zuen ebazpenean eskatzen duen bakarra zehaztasun eta azalpen gehiago izan baitzen. Beraz hurrengo epai batean Entzutegi Nazionalak berriro epai kondenatorio bat eman berri du<sup>28</sup>. Azken hau aztertzea bereziki interesgarria da, helegiteak hala eskatuta arazo guztiaren azterketa sakon bat egiten baitu.

Youkioske kasua ez da zentzurik hertsian lan honen aztertzen ari garen P2P sareetara estekak errazten dituen webgune bat. Youkioske kasuan zerbitzari zentralizatu batzuk zeuden non jabetza intelektualaren babespean dauden obrak gordetzen ziren. Beraz desberdintasuna argia da, eta kasu honetan baieztatu daiteke dudarik gabe Youkioske webguneak komunikazio publikoa zeramala aurrera, bere jardura ez baitzen estekak erraztekoa baizik eta zuzenean obren komunikazio publiko bat egiteko jardura. Dena den, analisi sakona egiten duenez Entzutegi Nazionalak komunikazio publikoaren inguruan, hau aztergai ditugun P2P sareetara zabal dezakegu.

Entzutegi Nazionalak egindako analisisan, lan honetan funtsezkoa den galdera bat luzatzen da: *estekak erraztea komunikazio publikoaren kontzeptuaren barruan dago (komunikazio publikoa hau Svensson eta BestWater kasuek ezarritako irizpideei jarraituz), eta ondorioz Kode Penalaren 270.1 artikulua bidetik zigor daiteke?* Lehenik eta behin epaiak komunikazio publikoaren inguruan dioena aztertu beharko dugu. Horretarako berriro ere Svensson kasura jo behar dugu, bertan esandakoa hitzez

<sup>26</sup> España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 6/2015, de 15 de marzo de 2015 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2015/17]

<sup>27</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 638/2015, de 27 de octubre de 2016 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [JUR/2015/263693]

<sup>28</sup> España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª). [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 2/2016, de 5 de Febrero de 2016 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [JUR/2016/28803]

hitz erabiltzen baitu Entzutegi Nazionalak, arrazoituz Internet bitartez obrak banatzean publiko berri bat dagoela eta ondorioz komunikazio publikoa.<sup>29</sup>

Svensson kasuan, zuzentarauaren arabera ulertzen da esteka hauek nahikoa direla komunikazio publiko emateko “*puesta a disposición*” deritzon modalitatean. Puntu honetan Entzutegi Nazionalaren epaiak adostasuna erakusten du, P2P sareetan komunikazio publikoa errazten dituzte webguneak erantzule direla aldarrikatuz, baita penalki ere beharrezko elementuak emateko kasuan<sup>30</sup>. Hau da, Entzutegi Nazionalak epai honetan dio, inolako dudarik, gabe kasu horietan kondena epai bat eman daitekeela. Laburbilduz, P2P estekak errazten dituzten webguneek komunikazio publikoa burutzen dute. Hala ere GS Media BV kasua aipatu bezala oraindik epaitzeko dago, ezarritako irizpidea aldatzeko aukera egonez.

### 3.1.1.2. *Svensson eta BesteWater-etik GS Media kasura*

Esan bezala oraindik ez dago epairik kasu honetan, baina tarte bat hartzea honen inplikazioak aztertzeko beharrezkoa da. Izan ere, ondoren aztertuko ditugun galderei erantzuteko oinarri bezala erabili daiteke. Abokatu Nagusiaren gomendioei jarraiki esteka batek P2P sare batera irismena errazten badu, eta hori bada soilik egiten dena, erraztu, hots beste bide batetik ere sarrera posible bada, horrek esan nahiko du komunikazio publikorik ez dagoela. Ondorioz, ikusi ditugun kasuetan, non kondena epaiak dauden P2P estekak errazten dituzte webguneentzat, nahiz ez duten komunikazio publikoko jarduera bat aurrera eraman.

Honek atzera begira dakar eman diren kondena epaiak Svensson eta BestWater kasuen interpretazio hedakor baten ondorio direla, hau da, komunikatzeko edozein

---

<sup>29</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4) [Internet]. Caso Svensson... op. cit. 19-20 parrafoak: “*Pues bien, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un «acto de 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 (véase, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43). De lo anterior se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, 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*”.

<sup>30</sup> España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 2/2016... op. cit. 3. OJ.: “*Para ello deberíamos partir de que al margen de que no tenga consecuencias jurídicas en muchas ocasiones, los comportamientos de los administradores de páginas Web que crean y transmiten gratuitamente licencias de un programa que les pertenece (la gestión y uso de los contenidos en la página), pero cuyo fin principal es favorecer y facilitar la distribución de copias de contenidos propiedad de terceros por parte de usuarios de la red, bien directamente o bien comunicando a los usuarios entre so(P2P), constituyen una comunicación pública ilícita; si a además, como luego se verá se hace con plena conciencia de la ajenidad, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, constituirá un delito del art. 270 del Cp*”.

jarduera ulertu da komunikazio publiko bezala, ez bakarrik jatorrizko komunikazioa, baita bir-komunikazioa ere<sup>31</sup>. Gauzak horrela, hainbat kondena epaia gogora ekartzea beharrezkoa da, adibidez, Bajatetodo kasua non ulertu izan zen komunikazio publikoko jarduera bat aurrera eraman zela.

### 3.1.2. Kode Penalaren erreforma beharrezkoa al zen?

Honela, galdera guztiz zilegia datorkigu burura: *beharrezkoa al zen erreforma jabetza intelektualaren delituei dagokionez?* Galdera honi erantzuna emateko azterketari bi puntu ezberdinetatik ekingo diogu. Era berean, eta bereziki 270.2 artikularen azterketari dagokionez, gogora ekarri behar dugu erreforma GS Media BV kasua baino lehenago egin zela, hau da, EBJA-ko Abokatu Nagusiaren gomendioak ezagutu aurretik.

#### 3.1.2.1. KP 270.2 erreformatzeko beharra

Hemendik hasiko gara, izan ere bereziki lotua dago Youkioske kasuan aztertu denarekin. Ikusi dugun bezala, Entzutegi Nazionalak inolako dudarik gabe P2P estekak errazten dituzten webguneak, Svensson kasuari jarraiki, komunikazio publikoaren eremuan kokatzen ditu. Egia da Entzutegi Probintzial ezberdinetan jurisprudenzia ez zela inolako adostasun argira iritsi. Halaber, egia da ere Auzitegi Gorenak ez zuela aukerarik eduki kasurik ezagutzeko, eta aukera eduki zuen bakarrean, Youkioske kasuan, kasazio helegitearen bitartez, bertan behera gelditzen da lehen epaia eta berriro ere arrazoitzeko eskatzen du. Beraz, Auzitegi Gorenaren irizpiderik ez zegoen. Dena den, hain argia utzi bazuen Entzutegi Nazionalak P2P estekadun webguneak KP 270.1 artikularen bidetik zigortu daitezkeela, *zergatik sortu da “ex profeso” artikulua bat portaera berdina zigortzeko?*

Galdera honi erantzunak bi izan daitezke: edo artikulua hau ez zen beharrezkoa jada zigorgarria baitzen jarduera; edo, legegileak ulertu zuen Entzutegi Nazionalaren ikuspegia ez zela zuzena, eta oraindik ere jarduera horiek ezin zirela segurtasunez zigortu.

Artikulua beharrezko ez izatea nahiko posiblea da, eta honek legegilearen nahi politiko eta itxurari erantzungo lioke. Izan ere, ukaezina da legegilearen erreforma eta

---

<sup>31</sup> PEGUERA POCH, Miquel. “Tratamiento jurisprudencial...” op. Cit. 74. Orr *“La tesis me parece ciertamente sugerente. Sin embargo, no estoy seguro de que sea concluyente. En efecto, parece difícil aceptar que la Directiva estuviera pensando en una segunda puesta a disposición «sin solución de continuidad», esto es, a partir de la misma copia. Los antecedentes de la Directiva apuntan más bien a que lo que se quería evitar es que quien obtiene una copia a partir de una acto de puesta a disposición pueda considerarse libre para a su vez poner de nuevo esa copia disposición del público en la red.”*

lege asko, momentuan botere legegilean gehiengoa duen alderdi politikoaren nahien arabera egiten direla, itxura edo interes batzuei jarraiki eta ez behar errealei jarraiki. Hala, aukera bat da legegileak sektore zehatz baten eskaera asebetetzeko Kode Penalean artikulua berri hau txertatzea, eta honela itxuraz behintzat erakustea Interneteko pirateriaren aurka borroka egiten dela. Itxuraz hitza erabiltzen dut, zeren eta legea erreformatu aurretik epai kondenatzaileak ematen zituzten auzitegiek. Beraz tesi honi atxikiz gero, badirudi legegileak egindako aldaketak ez diola behar erreal bati erantzuten, baizik eta behar politiko batzuei.

Bigarren tesiaren arabera legegileak ez du arrazoi politikoengatik egiten erreforma, baizik eta Entzutegien kondenazko epaietan ematen den argudioa egoki ikusten ez duelako. Esan bezala, kasu honetan legegileak ulertuko luke komunikazio publikoaren interpretazio zabalegi bat egin izan dela, eta ondorioz komunikazio publiko kontzeptuaren barruan jarduera batzuk barne hartzen eta zigortzen zirela, esparru horretatik kanpo egon beharko luketenak. Hau da, 270.1 artikulua ez zuen aurreikusten estekak errazten zituzten webguneen zigorra, eta beraz beharrezkoa zela interpretazio egokiago bati jarraiki artikulua guztiz berri eta espezifikoa bat sortzea, hots, 270.2 artikulua berria.

Azken tesi bezala, eta honi atxikiko gara, aurreko bi tesiak batera eman direla uler daiteke. Lehenik eta behin, bai kondena epaiak eman zituzten Entzutegi Probintzial ezberdinek eta bereziki Youkioske kasua dugu Entzutegi Nazionalan, baina hauen komunikazio publikoaren interpretazio oso zabala da, zabalegia, gero azalduko den moduan. Beraz bai, kondena epaiak bideragarriak ziren aurreko Kode Penaletik, baina komunikazio publikoa ulertzeko modu zabalegi batean. Halaber, legegileak erreforma bat egin zuen, baina ez interpretazio hedakor baten arriskua ikusten zuelako, baizik eta aipaturiko arrazoi politikoengatik. Honela zioen azalpena jotzen badugu ikusiko dugu nola ez zaion aipamen berezirik egiten honi, esaten den bakarra da espresuki tipifikatu egiten direla neurri hauek<sup>32</sup>, aditzera emanez lehen ez zeudela espresuki tipifikatuta.

---

<sup>32</sup> España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo... op. cit Hala adierazten du zioen azalpenean XVII. atalean: “*Se tipifican expresamente conductas por medio de las cuales se llevan a cabo infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que derivan graves perjuicios: la facilitación de la realización de las conductas anteriores mediante la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlo; la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de facilitar a terceros el acceso no autorizado a las mismas, cuando esta conducta se ejecuta con intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto*”.

Honek atea erdi irekia uzten du, uler bai daiteke espresuki tipifikaturik egon ez arren, tipifikatua zegoela.

Baina azken gertakariak ikusita legegilearen erreforma beharrezko bihur daiteke. Izan ere GS Media BV kasuko Abokatu Nagusiaren gomendioek diote bir-komunikazioa ez dela komunikazio publikoa, eta hau hala ulertzea gehiegizkoa dela, orain arte arrazoitu bezala. Beraz oraingo argitan ikus daiteke erreforma bat behar zela gehiegizko interpretazio bat egin zelako. Dena den, nahiz momentu honetan ikusita hori jakin badakigun, ez dago guztiz argi zergatik egin duen hori legegileak; esan bezala, seguruenik eta agian erreforma baten itxura emateko. *Kondena epaiak egonik 270.1 artikulua bidetik, zergatik egin beste artikulua berri bat gauza bera zigortzeko?* Edozein delarik arrazoa, esan beharra dago legegileak zortea ona izan duela, eta Abokatu Nagusiaren gomendioa jarraitzen bada, oraindik ere esteka webguneak zigortzen jarraitu ahalko du 270.2 artikulua bidetik, baina ez 270.1 artikulua bidetik

### 3.1.2.2. KP 270.1 erreformatzeko beharra

Ikusi dugu nola 270.2 artikulua den erreforma sakonena jasan duen artikulua. Horrek baina ez du esan nahi 270.1 artikulua aldaketarik jasan ez duenik, eta honek azterketarik merezi ez duenik. Begi bistakoa den lehen aldaketa zigorra da, ikusten dugun bezala handitu egin da aurreko Kode Penalarekin konparatuz. Halaber, beste aldaketarik nabariena, eta benetan iruzkina merezi duena, “irabazi asmoa” kendu izana eta “zuzen edo zeharkako irabazi ekonomikoa” ezarri izana da.

Lan honen 1.1.2.1 atalean jada aztertu dugu zer esan nahi duen kontzeptu honek: modu zuzen edo zeharkako batean irabazi ekonomikoa bat izatea, hau ulertzeko nahikoa ez izanik abantaila hutsa. Galdera nagusia puntu honetan dugu beharrezkoa ote zen irabazi asmoa aldatzea, izan ere aurreko puntu sortu den duda berdina sortzen da hemen. Youkioske kasuri so eginez gero kondena epai bat topatzen dugu, non irabaziak zeharka lortzen ziren. Zeharkako modu bati buruz hitz egiten denean, oro har, erreferentzia egiten zaio webguneetan iragarkiak agertzeagatik lortzen diren diru sarrerei, webgunean lortzen direnak portaera izan edo ez. *Kontzeptu hau ez al zen bada “animo de lucro” kontzeptuaren barruan sartzen?* Esan bezala epai ezberdinak irakurtzen baditugu, ikus dezakegu irabazi asmoak barne hartzen zuela iragarkiek sorturiko diru sarrerak.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 530/2011, de 27 de septiembre de 2011 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2011/1213] 4. OJ: “Los acusados siempre han reconocido en todas sus declaraciones que obtenían

Badirudi elementu honek ez duela inolako dudarik sortzen, ulertutzat ematen da zeharka bada ere irabazi asmo bat dagoela jarduerari lotua, eta ondorioz “*animo de lucro*” elementu subjektiboa betetzat ematen dela. Youkioske kasuari erreparatzen badiogu ere ikusiko dugu modu automatiko batean irabazi asmoaren ondorio gisa ulertzen direla dela iragarkiek sorturiko irabaziak<sup>34</sup>.

Irabazi asmoaren kontzeptu bera proposatzen du doktrinak ere, Luis RODRIGUEZ MORO autoreak argi uzten du portaera tipikoaren elementu subjektiboa betetzat ulertuko dela webgune batek banner publizitarioen bitartez dirua irabazten badu.<sup>35</sup> Autore honek jada 2012. urtean baieztatzen zuen tipoa betetzen dela irabazia zeharka lortzen denean, hots iragarki bitartez. Eta gogora dezagun erreforma 2015ean egin zela, “irabazi asmoa” orain indarrean den “zuzen eta zeharkako irabazi ekonomiko” formulaz aldatuz.

Honek guztiak ondorio posible bakar batera bideratzen gaitu: irabazi asmoa bezala arautua zegoenean tipoaren elementu subjektiboa zeharka lortzen ziren irabaziak ere barne hartzen zirela. Beraz, *aldaketa errealik ba al da erreforman? Zeharkako irabaziak ez al ziren zigortzen jada? Eta ondorioz, zein zen erreforma egiteko beharra? Gogoeta honek aurretik aipaturiko bi tesietara eramaten gaitu berriro: edo entzutegiek interpretazio desegoki bat egin dute; edo, legegileak ez du erreforma errealik egin. Kasu honetan baina doktrinak babesten duen moduan, irabazi asmoaren barruan dago zeharkako irabazia beti ere jarduerarekin lotura bat badu. Hala, gelditzen zaigun tesi bakarra da materialki ez*

---

*ingresos en concepto de publicidad y así queda acreditado documentalmente de manera profusa en las actuaciones. Y en este sentido han reconocido que los ingresos por publicidad dependían del número de accesos a las páginas que administraban, y añadimos nosotros, ello está directamente unido al contenido que ofrecían (la posibilidad de descarga directa y gratuita de archivos). No cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro cuestionado”.*

<sup>34</sup> España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia 6/2015... op.cit. 3 OJ, 3.2.2b) izenburu pean: “*Ya se ha hecho alusión a diferentes informe de la BIT en los que se hace expresa mención de que a través del página youkioske se han facilitado acceso a diferentes publicaciones, vulnerando derechos de propiedad intelectual, actuando con evidente ánimo de lucro acreditado con las cantidad generadas por la publicidad insertada en la web; ya sea hecho también referencia a las documentación recibida de Google Adsense y Smartclip Hispania en las que se acredita el pago por estas empresas de 33.265,25 euros y 63.196,865 euros respectivamente”.*

<sup>35</sup> RODRIGUEZ MORO, Luis. *Tutela penal...* op. cit., 427-428. Orr “*También podrá apreciarse el tipo cuando la materialización del lucro se produce de forma indirecta, pues nada en el tipo lo impide, incluso en supuestos en los que la puesta a disposición del público de obras es gratuita para usuarios, es decir, sin que estos tengan que pagar por ello. Así, por ejemplo, en el conocido caso Napster (y otros que presentan la misma dinámica), este pionero de servicios P2P permitía a los usuarios compartir y descargarse de forma gratuita sus archivos de audio entre sí, y aunque no cobraba por ningún tipo de descarga, ni por alta de descarga del programa de software, si cometía el tipo, ya que sus responsables obtenían considerables ganancias a través de la publicidad y los banners que aparecían en la web.”.*

dagoela erreformarik, eta Kode Penal zaharrea zigortzen ziren portaera berdinak zigortzen direla egun, elementu subjektiboa ez baita aldatu.

### 3.1.3. Ondorioak

Ondorioetan gehiegi ez luzatze bidera, erreforma bat beharrezko zen galderari erantzuna da erreforma egin zenean ez zela beharrezkoa, baina bestalde denborak legegilearen alde jokatu izan dezakeela.

KP 270.1 artikulua erreformari dagokionez argi geratu da inolako beharrik ez zegoela, eta ez hori bakarrik, baizik eta errealitatean ez dela benetako erreformarik egin. Aldiz, KP 270.2 artikulua dagokionez, argi geratzen da erreforma egin zen unean ez zela beharrezkoa ikusita aurretiaz kondenazko epaiak zeudela. Beraz, Svensson eta BestWater kasuen argira interpretatuta, egokia dirudi komunikazio publikoa identifikatzea estekak erraztean, eta beraz, horren ondorioz, Kode Penal zaharra bere 270.1 artikuluan nahikoa zen. Baina egia da hau aldatu egin daitekeela GS Media BV kasuaren ondorioz, beti ere Abokatu Nagusiaren gomendioak jarraitzen badira. Aldatzen bada, orduan bai beharrezkoa bilakatuko dela erreforma.

Beraz, artikulua guztiz berri baten sorrera ere antzua zen zigortzeko bideak ematen ziren heinean, baina denborak honen beharra sor dezake. Hala KP 270.2 artikuluan erreforma honek ondorioz bi arrazoiri erantzuten dio: itxura politikoari jabetza intelektualaren aurkako delituen borrokan, eta gehiegizkoa izan daitekeen interpretazio bati konponbidea ematen dio.

Ondorioz, galderen erantzuna jada aurreratu den bezala ezezkoa da. Ez zegoen artikulua erreformatzeko beharrik, ez behintzat artikulua erreformatu ziren moduan, ezta bereziki unean ere. Etorkizunak bakarrik esango du legegilearen itxurak, itxura izateri utzi eta eraginkorra izango den ala ez.

## **3.2. Jabetza intelektualaren aurkako delituen autoreak**

Aztertu beharreko hurrengo puntua ez dago lotua Kode Penalak jasan duen erreformari, baizik eta orokorrean Espainiar ordenamenduan Interneteko pirateriaren aurka eduki duen jarrerari. Lehenik eta behin pirateriaren errealitatea zein den aztertzea funtsezkoa izango da honen egitura ulertzeko. Hala ere, azterketa P2P sareei lotua egingo da, izan ere pirateriak hainbat “itsasontzi” dituen arren, hau da jurisprudentzian eta doktrinan gehien landu dena bere konplexutasunagatik edo kasuistika zabalena eduki

duelako. Beraz P2P sareetan eta hauetara iristeko estekak errazten dituzten webguneetan zentratuko gara, oro har.

### 3.2.1. Interneteko jardueran topatzen diren subjektu ezberdinak

P2P sare batean sartzen garenean jabetza intelektualaz babestua dagoen obra bat komunikatzeko, *zeintzuk dira prozesu honetan topatzen ditugun subjektu ezberdinak?* Hau da lehenik eta behin aztertu beharrekoa prozesu bera ulertzeko, izan ere subjektu ezberdinak topatzen ditugu parte hartze eta erlazio ezberdinak osatuz.

#### 3.2.1.1. *Downloaderrak*

“*Downloaderrak*” obrak jaisten dituzten subjektuak dira, prozesu guztian azken subjektuak. Denbora luzez eztabaidatu izan da pertsona hauek zein nolako erantzukizun eduki dezakete obren jaisieraren aurrean. Espainiar ordenamenduan *downloaderrak* ez zigortze aldera jo da, pisu guztia komunikazio publikoko jarduerak aurrera eramaten dituzten subjektuetan jarritz. Ikusiko dugu nola ikuspuntu hau beste herrialde batzuetan desberdina izan den, adibidez Frantzia, non hasiera batean *downloaderra* falta batengatik zigortzeko bidea hartu zuten.

Galdetu izan da hainbat kasutan deskargak egiten dituzten pertsonak kopia pribatuaren salbuespenean ez ote dauden babestuak, hala ere hasieratik ikuspuntu hau ez da onartu. Halaber, TRLPI-ren azken erreformak kopia pribatuaren eremua murriztu egin du, salbuespen honi atxikitzea ezinezko eginez.

Dena den, Espainiar ordenamenduan nahiz eta salbuespena aplikaezina izan, ez dago arazorik, izan ere ez dago inolako erantzukizun penalik obra bat deskargatzean. Portaera tipikoari dagokionez ez gara komunikazio publiko batean egongo baizik eta obra baten erreprodukzioan, hau Internetetik jaitsi baita artxibo batean finkatuz. Nahiz eta portaera tipiko bat ematen den, elementu subjektiboek sortzen dituzte arazoak. Izan ere, irabazi asmo patrimonialik gabe ezin da erantzukizun penalik eskatu. Honi gehitu behar zaio ondoren aztertuko dugun subjektuak identifikatzeko garaian gertatzen den zailtasuna.



3.2.1.2. *Uploaderrak*

Subjektu hauek dira P2P sareetan funtsezko garrantzia dutenak, izan ere beraiek gabe Interneten ezinezkoa litzake obraren komunikazioa. Pertsona hauek dira jabetza intelektualaz babestua dagoen obra Internetera igotzen dutenak, hau da, komunikazio publikoaren portaera beren ordenagailuetatik burutzen duten pertsonak<sup>36</sup>. Beraz, logikoa litzake pentsatzea subjektu hauek direla zuzenbide penalak zigortzen dituenak, eta portaera hauen erantzule egiten dituela, baina errealitatea oso bestelakoa da.

P2P sareetan obrak banatzen dituzten pertsona hauek (pertsona fisikoez ari gara noski), portaera tipikoa aurrera eramaten duten arren, gehienetan ez dute zuzenean edo zeharkako irabazi ekonomikorik, eta ondorioz ezin dute erantzule penal izan. Eztabaidatua izan daiteke pertsona hauek beste irabazi edo abantaila motarik jasotzen duten, baina hertsiki ekonomikoa ez den heinean zuzenbide penalak ezin du esku hartu delituaren elementu subjektiboak ez emateagatik<sup>37</sup>.

Kontu ezberdina da subjektu hauek, beren izenean edo pertsona juridiko bat osatuz, webgune bat sortzen dutenean eta bertan jabetza intelektualak babesten dituen obrak komunikatzen dituztenean. Kasu hauetan, ohikoena da irabaziak sortzen dituzte iragarkiak txertatzea webgunearen gastuei aurre egiteko, eta honela irabazi ekonomiko bat existituko da, zeharka bada ere. Kasu hauek dira Kode Penalak aurreikusten dituen egoerak non portaera bat dagoen eta aldi berean irabazi asmo bat. Baina noski, azken elementu hau guztiz oinarritzkoa da; izan ere, hau gabe ez da inolako deliturik egongo. Eta esan bezala, ez da hau kasurik arruntena *uploaderren* artean.

---

<sup>36</sup> LETAI, Pedro. *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*. Granada, Comares, 2012, 49. Orr. “*De todos modos, es claro, que el enlace no es una reproducción de la obra, y parece claro también que el enlace como tal no constituye un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. Quien se limita a ofrecer un enlace no dispone de la obra, de modo que, difícilmente puede entenderse que la pone a disposición del público. La puesta a disposición tiene lugar en los ordenadores de los usuarios donde se halla la obra, y desde donde se puede descargar a través de programas cliente P2P; son, por lo tanto, estos usuarios quienes realizan la puesta a disposición*”.

<sup>37</sup> RODRIGUEZ MORO, Luis. *Tutela penal...* op. cit. 416. Orr “*Lo mismo se debe prever para los “uploaders”, es decir, las persona que colocan copias de obras den las plataformas de intercambio de archivos a disposición de la gente para que se lo descargue, cuando lo efectúa sin ninguna pretensión comercial, precisamente porque realizan una comunicación pública de la obra sin autorización de los titulares de sus derechos. Comenten un ilícito civil, pero no un delito, incluso si la comunicación la efectúan en una web particular.*”.

3.2.1.3. *Interneten Zerbitzuak eskaintzen dituzten subjektuak edo ISP-ak*

Interneten Zerbitzuak eskaintzen dituzten subjektuek ere aipamen bat merezi dute, komunikazio prozesua eman ahal izateko beren parte hartzea ezinbestekoa baita. Interneteko Zerbitzuak eskaintzen dituzten subjektuak ISP (*Internet Service Provider*) izenaz ere ezagunak dira. 2001/31 CE Zuzentarauan zehazten da beren erantzukizun maila zein den, eta hau Espainiako LSSICE-n transposatzen da. Oro har, subjektu hauen alde egiten du, eta orokorrean erantzukizuna salbuesteko kasuak arautzen dira. Salbuespen honen oinarria, esan bezala erantzukizuna salbuetsiko den kasuen zerrenda bat da, *Safe-Harbour* izenaz ezagunak. Egoera horietan dauden bitartekariak ez dute inolako erantzukizunik edukiko erabiltzaileen jarduerengatik.<sup>38</sup> *Safe-Harbour*-ak hiru dira:

- Transmisio hutsa. Zuzentaruaren 12. Artikuluan eta legearen 14. Artikuluan topatzen dugu, oro har *mere conduit* izenaz ezagutzen dena. Honen arabera ISP-ak berak komunikazio egiten ez duen bitartean, hau da komunikazioaren transmisio sortu, igorlea hautatu edo datuak aldatzen ez diren bitartean, ez da komunikazioaren erantzule izango.
- *Proxy Caching*. Zuzentaruaren 13. Artikulua eta legearen 15. Artikuluan arautzen da, eta honen arabera, ISP batek komunikazioak eraginkorragoak izan daitezen jarduerak egiten baditu, ez da komunikazio hauengatik erantzule izango beti ere: informaziorik aldatzen ez badu, komunikaziora iristeko igorleak ezarritako baldintzak betetzen baditu, informazio eguneratzeko sektorean onartutako baldintzak betetzen baditu, legez kontrako teknologiarik erabiltzen ez badu eta informazioa ezabatzen badu jatorrizko informazio ezabatu denean, bertara iritsi ezin denean edo epaile edo organo administratibo batek informazioa ezabatzeko agindu duenean. Baldintza hauek betetzeko kasuan, ISP-a ez da informazio horren erantzule izango.
- Datuak ostatatzea edo *Hosting*. Zuzentaruaren 14. Artikuluan eta legearen 16. Artikuluan arautua. Honen arabera ISP-a ez da erantzule izango komunikazioaren

---

<sup>38</sup> OROZCO GONZALEZ, Margarita. *Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Problemas prácticos y teóricos*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015, 61. Orr. “La directiva Europea contiene una exención de responsabilidad para los ISP prácticamente ilimitada, ya que no solo extiende a cualquier infracción sino que también excluye cualquier tipo de responsabilidad, es decir tanto civil, penal, administrativa o pecuniaria

La exención contemplada se basa en un listado tasado de casos o situaciones (*Safe-Harbours*) en los que, cumpliéndose unas determinadas condiciones, el ISP no será responsable por la infracción cometida por su usuario”.

sortzaileak eskatutako datuak ostatatu edo gordetzeagatik, beti ere ezagutzen ez badu datu hauen legez kontrakoa izaera.

Argi geratzen da, oro har, ez dela erantzukizunik egongo datuen transmisioan parte hartzen ez bada inolako modutan edo “*notice-and-takedown*” deritzon printzipioa jarraitzen bada. Hau da, modu efektibo batean ez ezagutu arte legez kontrako eduki bat dagoela ISP-a ez da erantzule izango, baina ezagutza hau duenean komunikazio eteteko obligazioa edukiko du.<sup>39</sup> Hala eginez gero salbuespena mantendu egingo da.

Zuzentarauan ezartzen diren hiru “portu seguruez” gain, bada espainiar legeak aurreikusten duen laugarren bat, zehazki estekak errazten dituzten webguneei zuzendurikoa. 17. Artikulua arautzen da, eta kasu honetan ere *notice-and-takedown* printzipioa jarraitzen da: ISP batek, hau da, estekak errazten dituen webgune batek, bere webguneko estekak lege kontrako eduki bat dutela ez badaki ez da erantzule izango. Halaber, jakin eta segituan beharrezko neurriak hartu beharko ditu datu hauek ezabatze aldera. Arauketa honek ezinbestean dakar webgune hauek automatikoki izango dutela legez kontrako edukiaren ezagutza; izan ere, nahiz eta esteka hutsa izan, esteka honen edukia ezagutzen da, edo behintzat zer den estekaren atzean dagoena nahiko agerikoa dirudi. Hala ere, normalean jurisprudentziaren joera izan da ulertzea beharrezkoa dela epaile edo administrazio organo baten jakinarazpena.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> BARATA MIR, Joan. “La libertad de expresión y el papel de los intermediarios en Internet. La ley “sinde” como ejemplo de una problemática global” ESTEVE PARDO, M<sup>a</sup> Asunción (Coord) et al. *Cuestiones de actualidad sobre la propiedad intelectual. Iniciativas legales frente a las descargas ilegales en Internet y consecuencias del “caso Padawan” sobre la compensación equitativa por copia privada*. Liburuan. Valentzia, Tirant lo Blanch, 2013, 92. Orr. “*Explicado sintéticamente (puesto que ese trata seguramente de una materia bastante conocida), podemos decir que aquellos suponen que cualquier intermediario de Internet que realiza funciones típicas de tal condición (alojamiento, almacenamiento, simple encaminamiento de tráfico...), se encuentran exentos de toda responsabilidad y función de control o monitorización de los contenidos que facilita, hasta el momento en que, de modo fehaciente, es advertido por parte del titular de los derechos o interese correspondientes, de la presencia de contenido ilegal*”.

<sup>40</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 72/2011, de 10 de febrero de 2011 [Azken kontsulta 2016ko maiatzaren 9a] [RJ/2011/313]. Hala dio: “*La condición para hacer responsable al prestador de alojamiento no es que haya podido controlar o supervisar la información almacenada en su servidor o en la notoria ilicitud de lo que un usuario decide j escribir sino que tuviera “conocimiento efectivo” de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización” conforme a los parámetros que para la determinación de ese conocimiento efectivo marca la propia Ley y la Directiva que transpone, a saber, declaración judicial que así lo indique y que dicha declaración se le notifique. La conclusión de que no existe un deber de controlar o supervisar la información alojada se ve reforzada si acudimos a los antecedentes de la LSSICE y, en concreto, a la Directiva 2000/31 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.*”.

Espainiar legediak zuzentzerian ez dagoen artikulua hau aurreikusteak esan nahi du estekak errazten dituzten pertsonak ezingo dutela inoiz *safe-harbour* hauetan kokatu, eta askotan babestu izan den arren *mere conduit* portaera bat daramatela aurrera, erabiltzaileek datuak transmitituz eta webguneek tratamendu tekniko hutsa eginez, LSSICE 17. Artikuluak berarekin dakar ezin dela portu seguru honen barruan ulertu.

#### *3.2.1.4. Estekak errazten dituztenak*

Estekak errazten dituzten webguneak jada aztertu ditugun webguneak dira, non gunean bertan ez dagoen obrarik, baina bai P2P sare batera daraman esteka bat. Esan bezala, erreformaren ostean bakarrik zigorra dutenik eztabaidagarria da (ikusitako dugun bezala aurretik ere kondena kasuak daude, eta portaera tipikoaren kontzeptu zabalean barnera zitezkeen). Dena den, kasu hauetan azpimarragarria da funtsezkoa izango dela irabazi bat existitzea zuzenean edo zeharka, hots, webgune hauek gutxienez iragarki *banerrak* izatea, dirua irabazteko. Kontrako kasuan portaera guztiz atipikoa izango da elementu subjektiboaren faltagatik.

Puntu honetan oinarritzkoa den galdera bat sortzen da: *zein punturaino komunikatzen dute publikoki webgune hauek obra bat?* Ikusi dugu Svensson eta BestWater kasuek argi uzten dute komunikazio publikoa izan badela publiko berri bat dagoenean. Baina, une berean, *ez ote da egia webgune hauek ez dutela zentzu hertsian komunikazio publikoaren portaera aurrera eramaten?* Hau da GS Media BV kasuan EBJA-ko Abokatu Nagusiak egindako proposamen bera, hots, zentzu hertsian ez dagoela komunikazio publikorik egiten, bir-komunikazioa baizik.

Halaber, azpimarratzekoa da zuzentzeriak ez dituela portaera hauek zuzenean arautzen, hauen kasuan ulertzen baitu ez dagoela portaera tipikorik, baina LSSICE-k aldiz bai arautu duela, nahiz eta aipatu dugun interpretazioaren bidetik ez dagoen komunikazio publikorik.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> LETAI, Pedro. *La infracción de...* op. cit 86. Orr. “*Lo cierto es que, como ya he expuesto, esos enlaces que se ofrecen en las páginas webs y que redirigen al usuario a un contenido ilícito en el sentido de infractor de los derechos de autor no suponen en sí mismo infracciones de derechos de propiedad intelectual, al no reproducir, distribuir, comunicar o transformar de forma directa contenido protegido ninguno. Por tanto, es bajo mi punto de vista desacertada la improvisación del legislador al regular esta nueva figura exenta de mención expresa en la DCE.*”.

### 3.2.2. Komunikazio publikoaren autoreak

Ikusi dugu komunikazio publikoko portaerengatik zigortzen da eta zigortu izan Kode Penalaren 270.1 artikulua bidetik, nahiz eta autoreen jarduera estekak errazteko portaera hutsa izan. Nahiko arrazoitua dago jarduera honek ez dakarrela komunikazio publikorik berarekin, gehienez eta izatekotan bir-komunikazioa. Interneten aurkitzen diren subjektuen artean esan dugu komunikatzeko prozesu horretan parte hartzen duten subjektuak bi direla oro har: *uploaderra* lehenik eta behin, eta honen ondoren, estekak errazten dituen webgunea. “Ondoren” hitza erabiltzea ez da kasualitatea, beharrezkoa baizik, izan ere, lehen komunikazio publikori hori eman ezean, hots *uploaderrak* obra Internetera igo ez balu, estekak errazteko portaerak zentzua guztiz galduko luke. Doktrinaren atal batek babesten duen ikuspuntua da hau, ikusi baino ez dugu Melchior WHATELET Abokatu Nagusiaren iritziarekin bat datorrela.

Argi dago ezin ditugula ahaztu Svensson eta BestWater kasuak, eta hauek txertatzen duten irizpide berria, baina ezin da esan ere utzi direnik, baizik eta ulertzen dela oso interpretazio zabal bat eskaintzen dutela. Hedatze honek esan nahi du komunikazio prozesu horretan erantzukizun handiagoarekin kargatzen dela azkenean estekak errazten dituen webgunea obra komunikatzen duen pertsona fisikoa baino. Garatu dezagun azken hau.

Ikuspuntu penal batetik obrak P2P sare batean banatzen dituen pertsonak ez dute zigorrik. Egia da irabazi ekonomiko baten kasuan erantzukizun penala aktibatuko litzakeela, baina kasu gehienetan P2P sareetan obra hauek eskuragarri jartzen dituzten pertsonak ez dute inolako irabazi ekonomikorik bilatzen. Eta ez hori bakarrik, P2P sare hauetara iristeko softwareari erreparatzen badiogu ikusiko dugu erabiltzaileak aldatu ezean obra bat jaisteaz gain aldi berean obra hori ere igotzen ari dela, hau da, *downloaderra* izateaz gain *uploader* bihurtzen da. Honekin guztiarekin esan nahi da, P2P sare deszentralizatuak pertsona ezberdin askok osatzen dutela<sup>42</sup>, aldi berean obrak jaitsi eta igoz, eta beraz, amaraun honen konplexutasunagatik erantzulea identifikatzea zaila dela<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. *Piratería digital en la propiedad intelectual. Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional*. Bartzelona, Bosch, 1. Ed., 2011, 28. Orr: “Una de las características esenciales de las redes P2P es la escalabilidad. Estas red tiene un alcance ilimitado con cientos de millones de usuarios potenciales, aumentando los recursos totales del sistema cuantos más nodos llegan y comparten sus propios recursos.”

<sup>43</sup> LETAI, Pedro. *La infracción de derechos...*, op. cit. 78. Orr “La responsabilidad de los usuarios, como veremos, viene quedando camuflada y obstruida por la cantidad de infractores existentes y por la dificultad de llegar hasta ellos y su identidad que los derechohabientes tienen a la hora de demandar”.

Irabazi ekonomikorik ezak eta subjektuen aniztasunak (deskargak egiten dituzten pertsonak efektu praktikoetarako gehienetan *uploader* ere baitira) zuzenbide penalak subjektu hauek zigortzea guztiz gehiegizkoa egiten du, esku hartze penal minimoaren printzipioari kontra eginez. Honek estatuaren esku hartze penala horrelako delituetan guztiz husten du, *uploaderrak* ezin dira zigortu, hots, ezin da zigortu prozesu osoko lehen subjektua. Beraz horren aurrean badirudi erreakzio izan daitekeela kateko hurrengo subjektuari esleitzea erantzukizuna, estekak errazten dituztenei, alegia Dena den, hau ez dirudi bat ere egokia, izan ere subjektu hauek prozesu horretan duten parte hartzea txikia delako. Eztabaidagarria izan daiteke duen eragina handiagoa edo txikiagoa den, baina zentzurik hertsienean bere portaerak dakarren gaitzespena askoz txikiagoa da.

*Zergatik ulertzen dugu gaitzespen penal askoz handiago merezi duela uploaderreak?* Hauek aurrera daramaten portaera aztertzea besterik ez dugu. *Uploader* batek, obra bere kabuz lortu edo hirugarren baten eskutik lortzen du, eta obra hori pertsona aniztasun bati komunikatu dio, hau da, P2P sare batean trukutzen du. Gaitzespenari dagokionez portaera zuzenbidearen eskutik gaitzespen handiago bat merezi du, azken finean *uploaderraren* portaerarik egon ezean ez baitzen obrarik Interneten egongo, eta ezingo litzake estekarik erraztu.

Hala portaera hau estekak errazteko portaerarekin konparatzen badugu, konturatuko gara nola funtsezko portaera den *uploaderrak* egiten duena, izan ere berak obra bat Internetera igo ezean estekak errazten dituzte webguneek ezingo lukete estekarik erraztu. Honela, komunikazio publikoaren prozesu guztiari hasiera ematen dion portaera, *uploaderraren* portaera dugu. GS Media kasuan ere bide honetatik jotzen du Abokatu Nagusiak, baloratzuz zein punturaino den beharrezkoa estekak errazten dituen subjektuaren portaera, izan ere bere portaera guztiz beharrezkoa izan ezean ulertzen du ez dela komunikazioaren erantzule.

Gaitzespen handiagoa merezi du beraz prozesua hasteak, ondasun juridiko babestuarekiko eraso larriago bat bai dakar, Interneten ez zegoen obra bat guztiz eskuragarri jartzen baita. Honen ondorioz ikusten dugu nola estekak errazteko portaera tipikoa burutzen duen webgune batek, irabaziak izan edo ez, beti edukiko duela *uploaderren* beharra, obrarik ez badago Interneten eskuragarri ezingo baitu ezer erraztu.

Honekin guztiarekin azpimarratu nahi da obrak, eta ondorioz ondasun juridikoak, jasaten dituen erasoak guztiz desberdinak direla, eta nolabait bi mailatan sailkatu behar direla: lehen portaera bat non benetan eta modu zuzen batean erabakitzen den ondasun juridikoari kalte egitea obra Interneten komunikatuz; eta bigarren portaera bat, lehen

portaerari guztiz lotua eta honekiko subordinatua dena, lehen portaeraren beharra duena, eta benetan ondasun juridikoari eraso zuzenik egiten ez diona<sup>44</sup>, zentzu hertsian bir-komunikazio izanik. Aipaturiko komunikazio prozesuaren hasiera eta amaieran hainbat subjektuk parte hartzen dute, estekak errazten dituenak adibidez, baina honek ez du esan nahi denek erantzukizuna eduki behar dutenik.<sup>45</sup> Ikusitakoak ikusita galdera da, *nor da errealitatean zigortzen den subjektua?*

### 3.2.2.1. Komunikazio Publikoaren erantzulea

Aztertu dugun bezala ordenamenduak erabakitzen du zigorra bereziki estekak errazten dituzten pertsoneri ezartzea, izan ere, ikusi dugu jada zuzenbide penalak zailtasunak dituela *uploaderrak*, komunikazioaren benetako erantzuleak, zigortzeko bai subjektuen aniztasunagatik bai irabazi asmo ezagatik. Horren aurrean legegileak erabaki du, nolabait, subsidiarioki estekak errazten dituzten webguneen aurka jotzea, beren portaera bigarren mailako izanda ere zigorra ezartzea errazagoa delako, prozesu guztiaren “azkeneko mila” bat osatzen baitute<sup>46</sup>. Honek guztiak erakusten du, nola legegileak Interneteko pirateriaren aurka borrokatu nahi duen, baina borroka edo arazoa argiztatzeko fokoa ez duen ondo bideratu, edo benetan ez duen interesik arazori konponbide eraginkor bat jartzeko.

Estekak errazten dituzten subjektuen aurka jotzea zuzenbide penalaren bidetik ez da bat ere eraginkorra, bai operatiboa eta webgune askok mekanismo penalak martxan jar

---

<sup>39</sup>GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “La responsabilidad penal por... op. cit, 228. Orr. “*Como mucho, se puede afirmar la existencia de un mero dominio negativo, insuficiente para configurar la autoría, incluso desde las más flexibles tesis del dominio de hecho. Por consiguiente, en abstracto, cabría hablar de cooperación en el delito, al desarrollar un papel secundario en los hechos, subordinado a quien lleva a cabo la acción de reproducción o distribución.*”.

<sup>45</sup>BARATA MIR, Joan. “La libertad de expresión y... op. cit. 83 orr. “*A primera vista, pudiera parecer que la difusión de un contenido ilegal a través de la red de Internet debería someterse a las mismas reglas y criterios que si ello tuviese lugar a través de cualquier otro medio. Sintéticamente, la solución pasaría por perseguir a quien pudiese ser considerado el responsable de la elaboración de dicho contenido y a quien, de modo activo y necesario hubiese colaborado en su difusión. Esta solución, que seguramente funcionaba correctamente en el ámbito de la prensa escrita y de la radio, entra en crisis en el momento en el que, según hemos visto, entre el consumidor final u los creadores y difusores originarios se sitúa una importante y significativa presencia de intermediarios que cumplen con un papel “facilitado” innegable, si bien ello no significa que tengan responsabilidad “editorial” directo o indirecta con relación a una hipotética ilegalidad*”.

<sup>46</sup>BARATA MIR, Joan. “La libertad de expresión y... Ibídem. 85 orr. “*Si volvemos a una perspectiva general de la problemática que nos ocupa, constataremos que, en el ámbito de los contenidos de Internet, puede existir una tendencia por parte de los poderes públicos a intentar imponer algún tipo de intervención regulatoria sobre los intermediarios que más directamente se encuentran a su alcance por constituir, por así decirlo, la última milla de recorrido de un determinado contenido. Esa intervención no siempre resultara fácil de diseñar y de justificar, puesto que recaerá sobre sujetos, hay que insistir en ello, meramente intermediarios.*”.

ditzakete, baina honek ez du Interneteko piratekin amaituko. Estekak errazten dituzten webgune guztiak itxi arren, jendeak obrak kargatzen jarraitzen badu, obrak hor segituko dute. Egia da, errazteko prozesu hori nolabait “zaildu”, oztopatu egingo dela, baina obrak ez dira Internetetik desagertuko, are gehiago *uploaderrek* obra igotzen jarraituko dute, ikusiko baitute berauei ez zaiela erantzukizunik eskatzen. Azken finean, komunikazio publikoa burutzen jarraituko dute. Zaildu egingo da estekak errazten ez badira, baina gogora dezagun estekak errazten dituzten subjektuen portaera ez dela funtsezkoa. *Honen aurrean zein da erantzuna? Irabazi asmoa ezabatzea? Zuzenbide penalaz kanpoko bideak esploratzea?*

Lehen bidea hartzeak dudarik gabe gehiegizkoa dirudi. Zuzenbide penalak ia deskarga kasu guztietan esku hartzeko ahalmena edukiko luke, esan dugun bezala deskarga bat egiten duen pertsonak aldi berean *uploader* modura ere funtzionatzen baitu. Honek ekarriko luke deskarga bat egiten duen pertsona arrunt bati, bere portaera gaitzesgarria izateagatik 4 urte arteko espetxe zigorra eta isun bat ordaintzera zigortzea. Dudarik gabe horrelako egoera batek estatu demokratiko baten zigorraren proportzionaltasun printzipioa urratuko luke.

Nire iritziz zuzenbide penaletik kanpoko bideak esploratu beharko lirateke, adibidez aztertu zer nolako esku hartze eduki dezakeen administrazio zuzenbideak edota zuzenean nola antola daitekeen erantzukizun zibilaren eskaera. Baina argi dagoena da benetako erantzuleengana jo behar dela, benetan portaera aurrera daramaten pertsonak erantzun behar dutela, eta hauek ez direla estekak errazten dituzten pertsonak baizik eta obrak komunikatzen dituztenak. Melchior WATHELET abokatu nagusiak ere iritzi berdina du, komunikazio publikoaren erantzule *uploaderrak* dira, ez estekak errazten dituztenak, hauek errazte lan ez funtsezkoa baino ez baitute egiten.

#### 3.2.2.2. *Partaidetza*

Egin izan den beste proposamen bat (Kode Penalaren erreforma aurretik, eta 270.2 artikulua berri indarrean sartu aurretik) izan zen estekak errazten dituzten subjektuen erantzukizuna komunikazio publikoan ez izatea autoretza oso batena, baizik eta ezinbesteko laguntzaile batena. Hala ere teoria hau sortzen den unetik partaidetzaren akzesoriotasun printzipioarekin tupust egiten du. Izan ere, *uploaderrak zigortzen ez badira bide penaletik, nola zigortu hauen ezinbesteko laguntzaileak?* Ez da inolaz ere bideragarria.



Dena den, jar gaitzen *uploader*ra zigor daitekeen egoera batean, ezinbesteko laguntzaile bat dagoela baieztatu ahal izateko baloratu beharko da bere ekarpena delitua burutze aldera ezinbestekoa izan den, hau da bera gabe delitua burutzea ezinezkoa den. Honela, estekak errazten dituen webgune bat kasu konkretu batean guztiz funtsezkoa izan dela baieztatu behar da, hots, baieztatu beharko da webgune hori gabe estekak ez liratekeela banatuko Interneten. Lehenik eta behin, baieztatu behar da kasu bakoitzean webgune zehatz baten parte hartzea ezinbestekoa dela, eta bere laguntzarik ezean *uploaderrak* ez lukeela obrarik Internetera igoko. Honen oztopoa da webgune asko daudela horrelako estekak errazten dituztenak, eta gehienetan iturri berdinetatik hartzen dituztela estekak, beraz webgune batek estekak erraztu ezean beste batek egingo du, egozten zaion ezinbesteko laguntza hori ezinbesteko ez bihurtuz. Hala ere, kasu hipotetiko hau ez da normalean ematen, *uploaderren* portaeran normalean ez baitago beharrezko elementu subjektiborik, eta ondorioz, partaidetzaren akzesorioatasun printzipioa gogora ekarriz, autorea zigortu ezin bada are eta gutxiago partaideia zigortu.

### 3.2.3. Ondorioak

Laburbilduz ikusten dugu ordenamendu espainiarrean zigor zuzenbideak joera argia erakusten duela estekak errazten dituzten subjektuak zigortzeko. Egia da portaeraren autoretza beste subjektu batean dagoela, baina subjektu hori zigortzeko zailtasuna dela eta komunikazio prozesuan hurrengo subjektuaren aurka jotzen da.

Joera hau ez da berria, hots, ez da sortzen Kode Penalaren 270.2 artikulua berria sartzearekin, izan ere hori indarrean izan aurretik subjektu hauen aurka jotzen zen jada komunikazio publikoaren bidetik. Hala ere, interpretazio zabal hau badirudi aldatzen ari dela. Gogora ekarri behar dugu EBJA-ko Abokatu Nagusiaren gomendioa. Bertan nahiko argi uzten baitu bere iritziz estekak errazteko portaera ez dela komunikazio publikoari lotutako portaera bat, ez behintzat laguntza hau funtsezkoa ez denean.

Hala ere, eta kasualitatez honela izatera iritsi den arren (legegileak ezin zuen jakin GS Media kasuan horrelako konponbiderik sortuko zenik), ikusten dugu espainiar ordenamenduak azken mila diren bitartekariaren aurka jotzen jarraitzen duela. Eta nola nahiago izan duen bide hau hartzea, errazagoa baita hauek zigortzea benetako egileak zigortzea baino. Honek ez dirudi politika kriminal guztiz eraginkorra pirateriaren aurka borrokatzeko, egileak ez baitute inolako zigorrik.

### **3.3. Interneteko pirateriaren aurrean erantzun eraginkorra**

Etengabe hitz egiten dugu piraterian aurkako borroka eraginkor batez, izan ere orain arte espainiar ordenamenduak eskaini dituen konponbideak ez dira bat ere eraginkorrak izan. Erantzuna bereziki desegokia izan da esandako guztiagatik, hau da, oro har ez da erantzuleen aurka jotzen baizik eta bitartekarien aurka. Beraz, puntu honetan erantzun eraginkor bat nola konfiguratu aztertuko dugu.

#### 3.3.1. Esku hartze penal minimoa errespetatzeko beharra

Lehenik eta behin kontuan eduki behar da erantzun hori artikulatzean nola bateratu esku hartze hau penal minimoaren printzipioarekin. Izan ere oraintxe bertan ordenamenduak proposatzen duen erantzun penalak ez du guztiz errespetatzen esku hartze penal minimoaren printzipioa.

Kode Penalaren 270.1 artikulua ez du alde honetatik dudarik sortzen, baina 270.2 artikulua berriak dudak sor ditzake. *Esku hartze penal minimoaren printzipioarekin bateragarri al da bitartekarien aurka jotzea egilean aurka jo beharrean?*

##### 3.3.1.1. Zuzenbide penala eta honen izaera subsidiarioa

Esku hartze penal minimoaren printzipioa bi alderdik osatzen dute, lehen alderdia izanik zuzenbide penalaren izaera subsidiario. Printzipio honi jarraiki estatu sozial batean zuzenbide penalaren esku hartzea legitimatua egoteko “*ultima ratio*” izaera eduki beharko du, aurretik beste bide ezberdinak esploratuz: santziorik ez dakarten bideak, santzio penalak ez dakarten bideak eta azkenik santzio penalak, baina esan bezala azkeneko aukera modura.<sup>47</sup>

*Azkeneko aukera kontsideratzen al du ordenamenduak zuzenbide penalaren esku hartzea?* Lehenik eta behin ikusiko dugu nola benetan elementu subjektiboa falta den kasuetan (zuzenean edo zeharkako irabazi ekonomikoa), zuzenbide penalak ez duen esku hartuko, kasu horietan bidea jurisdikzio zibila izanik. Beraz alderdi horretatik esan daiteke bai errespetatzen dela printzipio hau.

---

<sup>47</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2016, 128. Orr. “*Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción como, una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídico, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de pena o de la medida de seguridad*”.

Dena den, beste hainbat kasutan zilegitasun osoz galde daiteke bide penalera joan aurretik beste bideak esploratu ote diren. Lehenik eta behin zigorretik kanpo dauden bideak aztertu diren funtsezkoa izango da. Errealitate bat da aurrerapen teknologikoen garaian eta bizi garen informazioaren gizarte honetan, aldaketa asko eta oso sakonak eragin dituztela, adibidez informazioa eta produktu kulturalak kontsumitzeko moduari begira. Internet eta jabetza intelektualaz babestutako obrei dagokionez lehen momentu batean egia da inolako legezko aukerarik ez zegoela P2P-en aurrean, baina gaur egun obra gehienak kontsumitzeko legezko aukerarik existitzen dira. Ondorioz zigorraren aurretik hauei bultzada bat eman behar lieke legegileak: sustatuz, merkatua erakargarri eginez horrelako enpresei eta produktu hauek kontsumitzaile gehienetara iris daitezela bermatuz. Halaber, kontzientziazio kanpainak beharrezkoak dira. Bide guzti hauek jorratu beharrekoak dira zuzenbide penalera jo aurretik.

Era berean, zuzenbidearen barruan ere beste bide ezberdin batzuk esploratzea beharrezkoa da<sup>48</sup>, hala printzipio hau errespetatzeko ez da nahikoa bide estrajudizialak esploratzea eta ondoren zigorrera jotzea, ahal dela zuzenbidearen beste adarrek eskaintzen dituzten bideak ere landu beharko dira. Honela, bide hauek azteru beharko ditugu baieztatu ahal izateko beste adarrek aukerarik ematen ez dutela eta zigor zuzenbidera jo behar dela. Hau aurrerago egingo dugu, baina jadanik aurreratu dezakegu adar hauek ere honen inguruan arauketa bat duten arren, ez direla inolaz ere egokia gaur egun existitzen diren beharrei erantzuna emateko.

### 3.3.1.2. Zuzenbide penala eta honen izaera zatikatua

Eskuhartze penal minimoaren printzipioaren beste alderdia da zuzenbide penalak ezin dituela ondasun juridikoak kaltetzen dituzten portaera guztiak zigortu, zigor daitezke bakarrik erasorik larrienak edo arriskutsuenak<sup>49</sup>.

Puntu honi dagokionez, aurretik landu dugun erantzukizunari dagokiona ekarri behar dugu gogora. Izan ere, aztertu dugu nola espainiar ordenamenduak lehenik eta behin komunikazio publikoa portaera tipiko bezala burutzen dutenen aurka jotzen duen,

---

<sup>48</sup> MATA Y MARTIN, Ricardo M. “Derecho Comunitario y responsabilidad... op. cit. 176 orr. “*La preocupación por los cambios tecnológicos va acompañada de la de los que temen que la revolución digital debilita su posición en el mercado. Preocupación empresarial legítima que evidencia la necesidad de poner en marcha novedosas estrategias empresariales y técnicas pero no necesariamente acudir al Derecho Penal a modo de simple refuerzo coercitivo de las medidas civiles y administrativas previamente instauradas*”.

<sup>49</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*... op. cit. 129. orr

irabazi asmo egonik (KP 270.1), eta bigarrenik, komunikazio publiko hau esteka bidez errazten duten subjektuen aurka jotzen duen (KP 270.2). Dena den, jada arrazoitu bezala badirudi erreformaren nahia dela bereziki zigortzea komunikazio publiko horren bir-komunikazio bat egiten duten subjektuak, hau da, estekak errazten dituztenak. Oso zaila baita askotan *uploaderrak* zigortzea. *Honek zuzenbide penalaren esku hartze penal minimoaren printzipioa errespetatzen al du?*

Azaldu bezala benetako gaitzespen penala merezi duen portaerak komunikazio publikoaren portaerak dira, hau da, obra bat Internetera igotzen duen subjektuaren portaerak. Melchior WATHELET EBJA-ko Abokatu Nagusiak GS Media BV kasuan esandako gogora ekarriz, estekak errazteko portaeran ez dago komunikazio publikorik, baizik eta obra Internetera igotzeko portaerari lotutako beste portaera bat, baina honekiko guztiz subordinatua. Ondorioz, egokia da galdetzea zein den benetan zigortu behar den portaera zuzenbide penalaren esku hartzea minimizatzeko eta aldi berean eraginkorra izateko.

Eraginkortasunaren aldera jotzeko dudarik gabe *uploaderrak* dira zigortu beharrekoak, portaerarik larriena burutzen baitute, eta ondoren ematen diren beste portaerak (estekak erraztekoa) hau gabe ezinezkoak baitira. Baina honek aipatu dugun arazo bat dakar berarekin: P2P sare bat erabiltzen duen ia edozein pertsona *uploaderra* da (softwarea horrela konfiguratua baitago), eta beraz zuzenbide penalak zigor litzakeen pertsona kantitatea oso handia da, nahiz eta jada esan bezala beharrezkoa da irabazi asmo bat existitzea, gehienetan ematen ez dena. Hala ere, *uploader* guztiak zigortzeko kasuan, irabazi asmoa kontuan eduki gabe, gehiegizko esku hartze bat litzake. Egia da erasorik larrienak zigortuko liratekeela, baina aldi berean esku hartze penala asko hedatuko litzake eta gainera zigorrak gehiegizkoak lirateke gaur egungo ordenamenduari jarraiki.

Eskuhartze erreala gutxitze aldera, aldiz, estekak errazten dituzten subjektuen aurka jo beharko litzake, honela arazoa zeharka konpontzeko saiakera egiteko. Honek prozesu bat hasteko aukerak murrizten ditu, eta aldi berean *uploaderren* ikusgarritasuna zailtzen du, baina esan bezala ez da *uploaderra* zigortzea bezain eraginkorra.

Ondorioz galdera da, *zein da benetan esku hartze penal minimoaren helburuari dagokionez erantzun egokiagoa, esku hartzea erreala gutxitzea ala esku hartzea eraginkorra izatea?* Badirudi azken honek izan beharko lukeela erantzuna, kontuan hartu gabe esku hartze gehiegi dagoen edo ez, baizik eta esku hartzea ahalik eta eraginkorrena izatea, horretarako eraso larrienen aurka joz. Beraz *uploaderrak* zigortu beharko lirateke,

baina noski ez gaur egungo ordenamenduaren zigorrekin, baizik eta arau haustearekin proportzionala den zigor batekin.

### 3.3.2. Prozedura administratiboa zigor zuzenbidearen alternatiba gisa

Esku hartze penal minimoaren printzipioarekin bat etorriz, baina aldi berean pirateriaren aurkako borroka eraginkor bat bermatzeko administrazio bidea esploratu den alternatibetako bat izan da. Honela santzio administratiboak proposamen bat izan dira esku hartze penala gutxitzeko, baina aldi berean pirateriarekin amaitzeko. Espainia ez da herrialde bakarra horrelako bide bat hartu duena, honen adibide behinena Frantzia dugu. Hala ere bi eredu guztiz desberdinak dira. Baina biak zuzenbide penalari alternatiba bat dakarten ereduak dira, esku hartze penala gutxituz eta zuzenbide penalaren izaera subsidiario bermatuz.

#### 3.3.2.1. Frantziar eredua. HADOPI legea

Frantzian Jabetza intelektualaren aurkako delituen aurrean, eta ondasun juridiko hau babesteko lehen saiakera batean P2P sareen bitartez obrak jaisten eta igotzen zituzten subjektuei falta modura isun bat jartzen zieten, kontuan hartu gabe obra igo edo jaitsi egin zen. Hala ere lege honen (DADVSI legea<sup>50</sup>) 24. Artikulua konstituzio kontrakoa deklaratu zen, legezketasun printzipioa urratzeagatik: modu desberdin batean zigortzen zituen P2P sare batean komunikazio publikoa burutzen zuten subjektuak eta sare hauetatik kanpo burutzen zutenak.

Horren aurrean HADOPI 1 (*Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet*) legea<sup>51</sup> indarrean sartu zen. Lege honen helburua ez da bakarrik zigor administratiboak ezartzea, aldi berean helburu pedagogiko argi bat dauka. Hala P2P sareen erabiltzaileei santzio administratiboak ezartzen dizkie, hauen artean Interneteko konexioa moztea izan daitekeelarik.

---

<sup>50</sup> France. Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information [Internet] *JORF*, 2006ko abuztuaren 3a, 178. Zenb., 11529 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 27a]. Eskuragarri:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000266350&categorieLien=id>

<sup>51</sup> France. LOI n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (1) [Internet] *JORF*, 2009ko ekainaren 13a, 0135 zenb., 9666. Orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 27a]. Eskuragarri:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432&categorieLien=id>

HADOPI-n Batzorde inpartzial bat dago DPD (*Direction de la Protection des Droits*), zigorrak jartzea helburu duena, baina zigorrak modu gradual batean jarri beharko ditu, hau izanik HADOPI-ren beste berezitasunetako bat. Funtzionamenduari dagokionez lehen erantzuna ez da zigorra, honela P2P sare batean jabetza intelektualaren aurkako eraso bat identifikatzen denean, ISP-ei P2P sarera sarrera izan duen konexioaren titularren datuak eskatzen ditu. Lehen une batean, mezu elektronik bitartez jakinarazpen bat bidaltzen die titularrei, non agertzen den zein ordutan eta datatan bere konexiotik P2P sare batera sarrera eduki den, obra bat jaitsiz edo igoz, baina inoiz ez zein obra den adieraziz, azken hau intimitatearen urraketa bailitzake. Halaber, mezu elektronik horretan jakinarazten zaio hainbat aukera guztiz legezkoak direnak daudela produktu kulturalaz gozatzeko.

Behin jakinarazpen bat bidalita berriro ere konexio berdinetik beste arau hauste bat detektatzen bada, beste jakinarazpen bat bidaltzen da, baina bigarren honetan mezua bi bidetik igortzen zaio: posta elektronik bitartez eta posta arruntean hartu-agiridun gutun baten bitartez. Arau hauste hau hirugarreneko aldiz gertatuko balitz legeak aurreikusten zuen DPD-ak Interneteko konexio moztea. Baina konstituzio kontrakoa deklaratu zen zigorra organo administratibo batek hartzeagatik, izan ere zigorrak adierazpen askatasuna eragiten zuen, oinarrizko eskubide bati<sup>52</sup>. Beraz, HADOPI 2<sup>53</sup> deritzon legean, hau konpondu zen konexioa mozteko eskumena epaile bati esleitzuz.

Sistema honi dagokionez aspektu positibo bezala goraiatu behar da zuzenbide penaletik at dauden bideak erabiltzen direla pirateriaren aurka borrokatzeko, eta gainera bere helburuetako bat heziketa dela, eskaintza legal bat osatuz eta jendeari ikusaraziz obrak babestu behar diren zerbait direla. Aspektu positibo hau aipagarria den arren,

---

<sup>52</sup> Francia. Consejo Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia 2009-580 DC, de 10 de junio de 2009. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/circuit\\_saisine\\_espagnol\\_spet2008.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/circuit_saisine_espagnol_spet2008.pdf) “Considerando que de conformidad con el artículo 11 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley»; que en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea así como a la importancia que tienen estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones, este derecho implica la libertad de acceder a estos servicios”.

<sup>53</sup> France. LOI n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet. [Internet] *JORF*, 2009ko azaroaren 29a, 251. Zenb., 18290 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 27a]. Eskuragarri: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021208046&categorieLien=id>

Interneteko erabiltzailearen aurka jotzea (*downloaderraren* aurka) Interneteko konexio moztea azken neurri bezala hartuta, erreakzio hein batean gogorra da, hemen ere arazoa konpontzeko fokoa gaizki gidatuz. Gogora ekarri behar da beste behin titularraren baimenik gabeko komunikazio publikoak ondasun juridikoan dakarren kaltea *uploaderrak* sortzen duela. Beraz, kontuz ibili behar da zigor hauekin, lege honek duen aspektu hezitzailea ez dadila ilundua ikusi gehiegizko zigor saiakerarekin.<sup>54</sup>

### 3.3.2.2. Jabetza Intelektualaren Batzordea eta honen Bigarren Atala

Jabetza intelektuala babesteko, Espainian ere zuzenbide penalarri alternatiba bezala administrazio organo bat sortu da. Baina HADOPI-rekin konparatuz beste filosofia desberdina du. Jabetza Intelektualaren Batzordeko (*Comisión de Propiedad Intelectual*, CPI hemendik aurrera) Bigarren Atala da organoa, Ley de Economía Sostenible<sup>55</sup> izeneko legean sortu zena (*Ley Sinde* ezizenaz ezaguna), TRLPI-ren 158.ter. artikuluan berrian txeraturaz eta organo honi eskumenak esleituz.

HADOPI-rekin lehen desberdintasuna 158ter. artikulua irakurtzen badugu ikusiko dugu; izan ere, 158.ter.1 artikuluan zehazten da bere helburua izango dela jabetza intelektualaren eskubideei errespetua bermatzea eta Interneten Bitartekaritza Zerbitzuak eskaintzen dituzten subjektuen aurka arau hausteengatik prozedurak bideratzea “legezkotasun egoerara itzultzeko”. Beraz ikusten denagatik lehen bi desberdintasunak agerian geratzen dira HADOPI-rekin konparatuz. Lehenik eta behin, helburu hezitzailea alde batera uzten du Espainiar legegileak, bere helburua arau hauste posiblea etetea izanik. Erabiltzen diren hitzak ez dira “zigor” edo “santzio”, eta nahiz zehazki santzio bat ez den arren<sup>56</sup>, bere izaera punitiboa ukazina da. Bigarrenik ikusten dugu helburu bezala

<sup>54</sup>LETAI, Pedro. *La infracción de derechos...* op. cit. 159 orr. “*Se interesa ver en el futuro la eficacia en la práctica de la adopción de la nueva Ley y la interpretación que de la misma hacen los órganos judiciales, ante los que se somete un texto que desprende un cierto tufo punitivo, alejado del ideal pedagógico y educador que este tipo de textos, y es solo una opinión, deberían tener*”.

<sup>55</sup> España. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. [Internet] *Boletín oficial del Estado*, 2011ko martxoaren 4a, 55. Zenbakia, 25033-25235 orr. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 27a]. Eskuragarri: <https://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid, Iustel, 2013, 35-36. Orr. “*No proporciona ni pretende una tutela integral de los derechos lesionados, pues tan solo se dirige a la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o a la retirada de aquellos contenidos que vulneran los derechos de propiedad intelectual. Desde este punto de vista resulta más o menos equiparable a alguna de las medidas concretas en que pueden traducirse las acciones civiles especiales de cesación y de medidas cautelares urgentes, previstas en el TRLPI*”.

hartzen den subjektua ezberdina dela, berriro arau haustearen subjektu zehatzaren aurka jo beharrean zeharka estekak errazten dituzten subjektuen aurka joz.

Subjektu honen inguruan gainera zehaztu behar da beharrezkoa dela jarduera ekonomiko bat ekartzea subjektuari eta bere jarduera Internet bitartez burutzen den LSSICE-ko jarduera bat izatea. Jarduera honek irabazi asmo eduki behar du edo kalte ekonomikoa sortzeko gai izan behar du. Ulertzen da egokitasun hau ikusita modu abstraktu batean baloratzeko bidetik jotzen dela.

Prozedurari dagokionez obraren titularraren eskariz hasi behar da, behin eskaera eginda CPI-ri hainbat egintza aurrera eramango ditu ikertzeko egokia den edo ez prozedura jarraitzea, eta horren arabera erabakiko du prozedura formalki hastea. Fase honi “instrukzio” deritza, eta helburuetako bat izango da urratzailearen datuak lortzea. Normalena izango da interesatuak datu hauek ez ezagutzea, beraz ISP-ei identifikazio datuak eskatu dizkio CPI-k, beti ere aurretiazko epailearen baimenarekin. Hala adibidez pertsona identifika daiteke erabiltzen duen IP-aren arabera. Behin beharrezkoak datuak izanda eta arau hauste bat identifikatuta, erantzuleari jakinaraziko zaio bere aurka prozedura bat hasiko dela, aukera emanez 48 orduko epean prozesuaren objektu den obra ezabatzeke. Horrela egingo balu, prozedurari amaiera emango zaio. Dena den posible da erantzuleak bere borondatez ez ezabatzea, eta kasu horretan interesatuak aukera izango du neurri kautelarrak eskatzeko.

Prozedurak aurrera jarraitzeko kasuan jakinarazpena egiten den unetik alderdiei aukera luzatuko zaie frogak prozesura ekarri, proposatu eta dagozkion alegazioak egiteko. Hauen praktikaren ostean alderdiek beren ondorioak aurkeztuko dituzte, eta CPI-k erabaki bat hartu beharko du.

Erabakia neurriak hartzearen aldekoa bada, aurretik epailearen baimenarekin, 24 orduko epea emango zaio erantzuleari obra ezabatu edo zerbitzua mozteko, kontrako kasuan administrazioak exekuzio subsidiarioaren bide hartuz.

### *3.3.2.3. CPI-ren prozedura eraginkorra al da?*

Administrazioaren eskuhartzeari dagokionez eremu honetan esan beharra dago hobe daitekeen zerbait dela. Izan ere ez datza *uploaderrei* zigor bat ezartzean, baizik eta estekak errazten dituzten webguneei santzioak jartzea estekak ezabatuz edo webgunea itxiaraziz. Beraz, aspektu askotan hobetu beharreko zerbait da, ez baitu eskaintzen zuzenbide penalarik alternatibarik, prozesu honek subjektu berdinen aurka egintza



berdinengatik prozesu penal bat irekitzea ekiditen ez baitu. Ez da *non bis in idem* printzipioa urratzen, ez baita zigor bat zentzu hertsian jartzen administrazio bidean, baina oso ondo lortzen ez dena da zuzenbide penalaren esku hartzea minimizatzea, administrazioa ez baita alternatiba baizik eta osagarria.

Era berean hobetu daitekeen zerbait da subjektuari begira, hemen ere aurrerago aztertu dugun kontraesana sortzen baita: ez da benetako komunikazioa egiten duen subjektuaren aurka jotzen, administrazio prozedura soilik hasiko baitu Interneteko zerbitzu bat eskaintzen bada eta hau irabazi ekonomikoa duen jarduera bada. *Uploader* asko eremu honetatik guztiz kanpo geratzen dira: zerbitzu bat eskaintzen ez dutelako edo inolako irabazirik ez dutelako. Beraz administrazio prozedura honek pirateriaren aurkako borrokan fokoa gaizki jartzen du, estekak eskaintzen dituzten webguneen aurka joz beste behin.<sup>57</sup>

Azkenik azpimarratzekoa da HADOPI-ren esperientziatik ikasi beharko lukeela espainiar administrazioak, bereziki frantziar legeak duen helburu pedagogikotik. Gizarte heziketa funtsezkoa da ulertzeko obra baten sorrerak autoreak edo titularrek gastu batzuk dituztela, eta hauek bere baimenik gabe komunikatzen direnean galerak sortzen dizkietela. Halaber, azpimarratu behar da Espainian badirela sistema alternatiboak obrak Internet bidez gozatu ahal izateko, nahiz duela pare bat urte arte oso kontsolidatuak ez zeuden, gaur egun zerbitzu oso ona da eta zentzuzko prezioan eskaintzen dute.

### 3.3.3. Prozedura Zibila eskubideak babesteko bide gisa

Aztertzeke dugun azkeneko bidea prozedura zibila da. Ikusi dugu administrazio prozedura ez dela guztiz egokia pirateriaren aurka borrokatzeko. Beraz zuzenbide penalera jo aurretik beste bide eraginkorrik gelditzen zaigun aztertu beharko dugu, eta horretarako zuzenbide zibilean zein prozedurara jo daitekeen.

Akzio hauei dagokionez, TRLPI 139 eta 140. Artikuluan arautuak topatzen ditugu, lehena legez kontrako jarduera geldiarazteko akzioa ("*cese de actividad ilicita*", TRLPI 139) eta bigarrena indemnitzazio akzioa (TRLPI 140). Aztertu ditzagun gainetik bada ere bi akzio hauek.

---

<sup>57</sup> LETAI, Pedro. *La infracción de derechos de propiedad...* op. cit. 176 "A diferencia de las leyes francesa o británica, el objetivo de la Ley Sinde no es sancionar al usuario final sino actuar contra los intermediarios que facilitan las descargas, en particular, contra las páginas que proporcionan enlaces para la descarga de archivos."

*3.3.3.1. Legez kontrako jarduera geldiarazteko akzioa*

Obren eskubideen titularrei ematen zaien bideetako bat beren eskubideak babesteko haxe dugu, aukera eskaintzen zaie legez kontrako jarduerari amaiera emateko. TRLPI 139.1 artikulua zerrenda luze bat ematen du adieraziz zein kasutan jardueraren amaiera eska daitekeen, baina horien artean Interneteko arau hausteei aplikagarri zaiona TRLPI 139.1.h) da. Bertan aurreikusten da ISP-en aurkako prozedura beti ere ISP hauek beren jardueraren bitartez jabetza intelektualeko eskubideak urratzen badituzte. Kasu hauetan, titularrek aukera edukiko dute akzio zibila tarteratzeko.

Akzio honi dagokionez administrazio prozeduraren helburu ia berdina du. Izan ere administrazio prozedura martxan jartzen duen santzio administratiboak helburu du legez kontrako egoera bati amaiera eman eta legezkontasuna berrezartzea. Geldiarazteko akzio honek helburu berdina du, desberdintasuna noski administrazioaren esku hartze eza izango da, eta gainera eskubideen titularrak automatikoki eta bere kabuz jo ahalko duela eskubide hauek urratzen dituenaren aurka. Gainera zuzenean jotzeko aukera izango du *uploaderren* aurka baina baita estekak errazten dituenaren aurka.

Hala ere, azpimarratu behar da kasu hauetan ez dela beharrezkoa irabazi asmo bat izatea akzioak egikaritzeko. Ikusi dugun bezala prozedura administratiboak galdatzen du irabazi asmo baten existentzia subjektu pasiboarengan, akzio zibilean ez da honen inguruan ezer adierazten, beraz irabazi asmorik ez egoteak ez du ekiditen geldiarazteko prozedura honen egikaritza. Honek bidera dezake irabazi asmoa ez duten *uploaderren* aurka jotzea, beren jarduera geldiarazteko. Baina, beste arazo bat sortzen da: ezin dela *uploaderra* identifikatu<sup>58</sup>. Izan ere *uploaderra* IP baten bitartez ezagutzen da, baina IP horren atzean dagoen pertsona ez da ezaguna, eta epailearen eskaerarik gabe ezin da ezagutu zein den pertsona. Beraz, prozedura zibilean askotan honek traba bat suposatzen du. Eskubideen titularrek demanda jartzeko unean datu hauek ezagutu behar dituzte, eta *Promusicae c. Telefonica* kasuan ikusi bezala posible da datu hauek partikularrei ez ematea<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> LETAI, Pedro. *La infracción de derechos de propiedad...* op. cit. 78-79 orr. "Sin embargo, quienes ostentan la legitimación activa para reclamar por estas infracciones se topan constantemente con la dificultad que supone el anonimato prácticamente total con el que cuentan los usuarios en la utilización de este tipo de redes.

*El tratamiento de datos personales es indispensable para que los titulares ven infringidos sus derechos puedan defender sus pretensiones, encontrándose por tanto ante un conflicto derivado del enfrentamiento entre la propiedad intelectual y el derecho a la tutela judicial efectiva, por un lado, y el derecho de protección de datos de los usuarios de Internet, por otro".*

<sup>59</sup> Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) [Internet]. Caso Promusicae contra Telefonica. Sentencia 29 de enero de 2008. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 27an]. Eskuragarri:

### 3.3.3.2. Indemnizazio akzioa

Titularrei beren eskubideak babesteko ematen zaion beste aukera indemnizazio akzioa da, guztiz bateragarria jarduera geldiarazteko akzioarekin. Honen helburua, izenak dion bezala, legez kontrako komunikazio publiko horrek sorturiko kalteak ordaintzean da. Kalte hauek zehazteko bi bide eskaintzen ditu TRLPI 140.2 artikulua: lehena, kaltetuak jasandako diru galerak (*lucro cesante* barne) eta kalteak sortu dituenaren irabaziak; eta bigarrena, erreklamatzeko kaltetuak izango lituzkeen irabaziak baimena eskatu eta dagokion ordainketa egin izan balu arau-hausleak. Bi kalteordain bide hauek ez dira akzio ezberdinak baizik eta akzio berdina egikaritzeko bi bide ezberdin, legeak bietako bat aukeratzeko eta honen arabera ordaina eskatzeko aukera eskainiz.

Akzio honen inguruan esan beharra dago titularrek duten bide bakarra dela kalte ordaina jasotzeko, nahastu behar ez dena zigor zuzenbidean ezarri daitekeen isun zigor batekin. Izan ere kasu honetan lotura bat dago portaeraren era sortzen duen galerarekin edo legez kontrako irabaziarekin. Aldiz zuzenbide penalean ezarri daitekeen isun zigorra ez da kalte-ordain modura ezartzen baizik eta ondasun juridikoari egindako erasoagatik. Beraz kontzeptu ezberdinak direla azpimarratu behar da, arrazoi ezberdinengatik ezarriak.

### 3.3.4. Eraginkorra al da Espainiar ordenamendua?

Guztia aztertuta, unea dugu jada zehazteko espainiar ordenamenduak erantzun egokia eskaintzen dion jabetza intelektualaren aurkako pirateriari Interneten. Esku hartze penala ikusi bezala ez dirudi egokiena denik. Lehenik eta behin izaera subsidiarioari dagokionez, ikusten da nola ordenamenduak ez duen inolaz ere bide estra-judizialik aurreikusten jabetza intelektuala Interneten babesteko, ez dago bokazio pedagogikorik ez helburu hezitzailearik zuzenbideak markatzen dituen bideetatik kanpo. Gainera, bide hauek ordenamenduaren hiru adar ezberdinetan eman arren, erantzun oso antzekoak eskaintzen dituzte, gehienetan subjektu eta egoera berdinei eraso eginez. Halaber, zuzenbide penalak izan behar duen izaera zatikatuari begira, ordenamenduan printzipio hau betetzeko zailtasun nagusi bat topatzen dugu: ondasun juridikoa benetan erasotzen duen portaera zigortzeko kasuan eraso larriena zigortuko litzake, baina aldi berean esku

---

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=614846>

hartze penala asko handituko litzake. Egoera horretan ordenamenduak bitartekarien aurka jotzen du, esku hartzea penal erreala gutxituz, baina ondasun juridikoa gutxiago babestuz.

#### **4. ONDORIOAK**

Azken puntu honetan gogora ekarri behar ditugu aipaturiko galdera nagusi guztiak, lan honetan hauei erantzuna eman baitzaie. Bakarka hartuta, galdera isolatu hutsak diruditen arren, hauen guztien erantzunek gauza bat argi uzten dute: Internetek eta teknologia berriek arazo eta erronkak sortzen dituzte, eta hauei aurre egiteko beharrezkoa da ordenamendua egokitzea eta berritzea, eta arazoak konpontzeko bide berriak esploratzea. Bide berrien jorratze honetan baina, saiakera bat egin behar da problematika berri hauei ahalik eta modu zuzen eta eraginkorrean erantzuteko, gerora arazo berriak ekidinez.

Ordenamendua erreformatu eta modernizatzeko nahi honetan legegileak ezin ditu edonolako erreformak proposatu, aldaketa mediatuak behar dira, bereziki etorkizunera begira. Izan ere, orain sortzen hasten den arazo bati erantzun desegoki batek denbora luzez ondorio desegokiak ekarriko baititu. Honela *espainiar ordenamenduan egindako azken erreformak egokiak al dira Interneteko pirateriaren aurka borrokatzeko?* Bi izan dira erreforma honetan elementu aipagarriak, lehenik eta behin irabazi asmoa ezabatzea eta “zuzenean edo zeharkako irabazi ekonomikoa” elementu subjektiboagatik aldatzea. Jurisprudentziak eta doktrinak erakutsi dute hau ez dela aldaketa erreal bat izan. Bestalde, tipo guztiz berri bat txertatu da estekak errazten dituzten webguneak zigortzeko. Azken honi dagokionez, Svensson eta BestWater kasuen interpretazioa jarraituz, eta komunikazio publikoaren kontzepzio hedakor bat izanik espainiar jurisprudenzian nagusi, ez zen tipo berririk behar, komunikazio publikoak barne hartzen baitzituen estekak errazten zituzten webguneak. Dena den, badirudi komunikazio publikoaren kontzeptu zabal honetan aldaketa bat eman daitekeela, beti ere GS Media BV kasuan Melchior WHATELET EBJA-ko Abokatu Nagusiaren gomendioak jarraitzen badira. Hauek jarraitzeko kasuan, 1/2015 lege organikoak txertaturiko tipo berriak zentzua lortuko du, Svensson kasuko interpretazioa ez baita gehiago aplikagarri izango. Hala ere, tipo honek eta interpretazio berri batek ez ditu arazo guztiak ezabatzen.

Konpontzeke geratzen da oraindik arazoa, izan ere, tipo berria erabilgarri izango den arren pirateriaren aurka borrokatzeko, ez dio arazoaren muinari zuzenean aurre egiten. Esan bezala, tipo berriak ahalbideratuko du estekak errazten dituzten subjektuen aurka jotzea, baina gogoratu behar da komunikazio publikoa prozesu bat dela, eta prozesu horri hasiera ematen dioten subjektuak direla benetan ondasun juridikoa erasotzen dutenak, hots, *uploaderrak*. Hala ere ordenamenduak ez du hauen aurka jotzen, bide horretatik hainbat zailtasun topatzen baititu: *uploader* hauen masifikazioa (P2P sarean erabiltzaile ia guztiak dira *uploader*), hauen identitatea ezagutzeko zailtasuna IP baten atzean baitaude, zuzenean edo zeharka irabazi asmorik ez edukitzea eta beraz tipoaren elementu subjektiborik ez egotea, eta azkenik egungo ordenamenduko zigorren aplikatzeak ekarriko lukeen desproporzioa. Arazo hauek guztiak bere horretan jarraitzen dute, eta estekak errazten dituzten subjektuen aurka jotzea ez da arazoari zuzenean aurre egitea. Beraz, Interneteko pirateriaren aurkako borrokan, zuzenbide penalaren ikuspuntutik planteatzen den esku hartzea ez da inolaz ere eraginkorra.

Ordenamenduak eskaintzen duen esku hartze honetan balantza batean jarri behar dira erabakitzeke unean zer den bilatzen dena: esku hartze penal eraginkorra ala esku hartze penal erreala bermatzea. Badirudi esku hartze penal minimoaren printzipioak esku hartze eraginkor bat galdatzen duela, lehenik eta behin bide estra-juridikoak eta estra-penalak esploratuz eta ondoren, bide penalera iristean, ondasun juridikoa erasotzen duten portaera larrienak zigortuz. Hala ere, espainiar ordenamenduan nekez identifika daiteke esku hartze bat printzipio honekin kontsonantzian. Izan ere, bide estra-judizialak eskasak dira edo gaizki planteatuak, eta bide estra-penalak, bai zibila bai administratiboak, ez dira eraginkorrak, askotan bide penaletik zigor daitezkeen portaera berdinak zigortuz. Halaber, erasorik larrienen aurka jo beharko luke zuzenbide penalak, esan bezala komunikazio publikoaren jatorriaren aurka, hots, aurka. Dena den, jada aipatutako zailtasunen ondorioz erabaki da esku hartze erreala handitzea esku hartze eraginkorraren kaltetan.

Ondorioz, argi geratu da gure ordenamenduak oraindik ere gabeziak dituela jabetza intelektualaren babesean, bereziki lotuak Internet eta teknologia berriak dakarten jarduteko bide modernoek. Hau guztia, ez da soilik Espainiar ordenamenduan topa daitezkeen arazo bat, Europar Batasunean pil-pilean dagoen tentsio baita. Eta tentsio honi irtenbide egoki baina eraginkor bat ematea funtsezkoa da, konponbide desegoki batek mundu mailan ondorio kaltegarriak ekar baititzake. Internet globalizazioaren esponente

nagusia da, mundu mailan dauden muga guztien gainetik jarduten duen zerbait, eta ondorioz ordenamendu nazional edo komunitarioan erabakiak hartzea eragina du mundu mailan.

Beraz, esteken “satanizazioa”, gehiegizko erantzukizuna esleituz hauei, ez da erantzun guztiz egokia; kontuan izan behar da estekak direla Interneten aktibitatearen oinarria, eta oinarria hauen aurka jotzea mundu mailan Interneten funtzionamenduaren aurka jotzea da.

## 5. BIBLIOGRAFIA

### LIBURUAK

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo et al. *Manual de propiedad intelectual*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 6. Ed., 2015.

ESTEVE PARDO, M<sup>a</sup> Asunción (Coord) et al. *Cuestiones de actualidad sobre la propiedad intelectual. Iniciativas legales frente a las descargas ilegales en Internet y consecuencias del “caso Padawan” sobre la compensación equitativa por copia privada*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 2013.

GARCÍA PÉREZ, Rafael / LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A. (eds) et al. *Nuevos retos para la propiedad intelectual. II. Jornadas sobre la propiedad intelectual y el derechos de autor/a*. Coruña, Universidad de Coruña, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho Penal. Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 5. Ed., 2012.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. *La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual*. Granada, Comares, 2. Ed., 2010.

GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. *La responsabilidad de los intermediarios en Internet en materia de propiedad intelectual. Un estudio de derecho comparado*. Madrid, Tecnos, 2014.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen. *Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. La tutela penal de los derechos sobre bienes inmateriales*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 2012.

IGLESIAS POSSE, Rubén “Licitud de la comercialización de aplicaciones informáticas diseñadas para intercambiar archivos a través de redes P2P. Comentario a la sentencia n. 244/2011, del juzgado de lo Mercantil n. 4 de Madrid, de 25 de noviembre”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2012, 29. Zenb., 455-463 orr.

JOHNS, Adrian. *Piracy. The intellectual property wars from Gutenberg to Gates*. Chicago, The University of Chicago Press, 2009.

LEDESMA IBÁÑEZ, Jorge. *Piratería digital en la propiedad intelectual. Análisis jurídico de la piratería digital en el ámbito español e internacional*. Bartzelona, Bosch, 1. Ed., 2011.

- LETAI, Pedro. *La infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*. Granada, Comares, 2012.
- MATA Y MARTIN, Ricardo M. (Dir.) / JAVATO MARTIN, Antonio M<sup>a</sup> (koord.) et al. *La propiedad intelectual en la era digital. Límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*. Madrid, La ley, 2011.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Bartzelona, Reppertor, 2016.
- MISERACHS SALA, Pau. *Estudios sobre propiedad intelectual en la sociedad de la información. Entre la ley y la utopía*. Bartzelona, Atelier, 2014.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.) et al. *Límites a la propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Incidencias por la ley 23/2006, de 7 de julio*. Madrid, Dykinson, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte General*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 9. Ed., 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 20. Ed., 2015.
- OROZCO GONZALEZ, Margarita. *Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Problemas prácticos y teóricos*. Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.
- ORTEGA DOMÉNECH, Jorge. *El derecho de Autores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, Reus, 2013.
- PEGUERA POCH, Miquel “Enlaces, descargas y puesta a disposición en redes P2P (comentario a la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona, de 9 de marzo de 2010, sobre el sitio web elrincondejesus)”. *Diario la Ley*, 2010, 7462 zenb.
- PEGUERA POCH, Miquel. “Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas”. *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, 2012, 42. Zenb., 31-84. Orr.
- PLAZA PENADÉS, Javier “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el «conocimiento efectivo» en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2014, 34. Zenb., 15-19.
- RODRIGUEZ MORO, Luis *Tutela penal de la propiedad intelectual*. Valentzia, Tirant lo Blanch, 2012.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel. *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Madrid, Iustel, 2013.



SÁNCHEZ ARISTI, Rafael “La provisión de enlaces en Internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de febrero de 2014 en el asunto C-466/12 [caso Svensson]).”. *Pe. i. Revista de propiedad intelectual*, 2014, 46. Zenb., 45-95 orr.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Madrid, Instituto de Derecho de Autor, 2007.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Código Penal comentado (actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo)*. Barcelona, Atelier, 2015.

## JURISPRUDENTZIA

Union Européenne. Cour de justice de l’Union européenne (9ème chambre) [Internet]. Affaire BestWater International GmbH contre Michael Mebes et Stefan Potsch. Ordonnance du 21 octobre 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=159023&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=FR&cid=416161>

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 4) [Internet]. Caso Svensson y otros contra Retriever Sverige AB. Sentencia 13 de febrero de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147847&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=414171>

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3ª) [Internet]. Caso Scarlet Extended SA contra Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM) Sentencia 24 de noviembre de 2011 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean]. Eskuragarri:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=115202&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=177029>

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) [Internet]. Caso Promusicae contra Telefonica. Sentencia 29 de enero de 2008. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 27an]. Eskuragarri:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70107&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=614846>

- Francia. Consejo Constitucional (Pleno) [Internet]. Sentencia 2009-580 DC, de 10 de junio de 2009. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a]. Eskuragarri: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/espagnol/circuit\\_saisine\\_espagnol\\_spet2008.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/circuit_saisine_espagnol_spet2008.pdf)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 638/2015, de 27 de octubre de 2015 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [JUR/2015/263693].
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 31 de mayo de 2013 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean] [RJ/2013/4561].
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 72/2011, de 10 de febrero de 2011 [Azken kontsulta 2016ko maiatzaren 9a] [RJ/2011/313].
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª). [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 2/2016, de 5 de Febrero de 2016 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [JUR/2016/28803].
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 6/2015, de 15 de marzo de 2015 [Kontsultatua 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2015/17].
- España. Audiencia Provincial de Castellon (Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 426/2014, de 12 de noviembre de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2014/1545].
- España. Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia de 17 de octubre de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean] [RJCA/2015/15].
- España. Audiencia Provincial de León (Sección 3ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Auto 67/2014, de 20 de Enero de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean] [ARP/2014/22].
- España. Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 40/2014, de 20 de enero de 2014 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean] [ARP/2014/179].
- España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 530/2011, de 27 de septiembre de 2011 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2011/1213].

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 301/2011, de 7 de julio de 2011 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [AC/2011/1505].

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 83/2011, de 24 de febrero de 2011 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean] [AC/2011/86].

España. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Auto 582/2008, de 11 de septiembre de 2008 [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 19a] [ARP/2008/498].

España. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). [Bertsio elektronikoa – Aranzadi datu basea]. Sentencia 223/2007, de 20 de diciembre. [Azken kontsulta 2016ko apirilaren 21ean] [JUR/2008/184519].