

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Transmisión digital. Responsabilidad de proveedores. Proveedor de enlace. Intercambio de archivos. Fin de lucro.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª

**FECHA:** 11-11-2009

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto del fallo en <http://responsabilidadinternet.wordpress.com>

**OTROS DATOS:** Auto 732/2009

### **SUMARIO:**

*“En el caso de autos en la página web [www.ps2rip.net](http://www.ps2rip.net) se ofertaban sin autorización de los propietarios de los derechos de propiedad intelectual una serie de juegos, algunos incluso que todavía no se habían comercializado en España, facilitando el enlace para su intercambio mediante plataformas P2P, obteniendo un beneficio derivado de la publicidad que se insertaba en la citada página”.*

*“... existiendo indicios de la comisión del delito, está plenamente justificada la adopción de la resolución prevista en el art. 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo reservarse al acto del Juicio Oral y la correspondiente sentencia la valoración sobre si los hechos denunciados son definitivamente constitutivos del delito previsto en el art. 270.1 del Código Penal”.*

**COMENTARIO:** Aunque se trata de un auto donde simplemente se ordena la celebración del juicio oral a los efectos de un pronunciamiento definitivo sobre el fondo, en relación a la existencia o no del delito denunciado y, en caso afirmativo, la ubicación del responsable penalmente, la importancia de la decisión es que admite que los ingresos por concepto de publicidad en una página web destinada a facilitar los enlaces para intercambios “P2P” de contenidos protegidos por el derecho de autor, puede considerarse un propósito lucrativo, a los efectos de esa exigencia, a título de dolo específico, en los diferentes tipos previstos en el artículo 270.1 del Código Penal español, por el cual *“será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”.* Ese fin de lucro, por el contrario, es irrelevante para la tipificación en los delitos contra el derecho de autor o los derechos conexos en la mayoría de las legislaciones de los países latinoamericanos. La jurisprudencia española se ha mostrado oscilante en cuanto a considerar los ingresos publicitarios en dichas páginas como un propósito lucrativo derivado de los ilícitos que pudieran cometerse en relación a los intercambios de archivos. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 7ª (9-2-2006), declaró que *“se desprende claramente la existencia de publicidad en la página Web, y es*

claro que cuanto mayor sea el número de visitas a la página, mayor será el interés de ser anunciado en la página en cuestión. Actividad esta que sin duda se realiza con ánimo de lucro ...”, mientras que la Sección 5ª de la misma Audiencia, con relación a una página web que servía de “link” de forma gratuita con el programa “pplive”, que a su vez permitía el visionado de partidos de fútbol con acceso de sistema codificado en España, por parte de televisiones radicadas en China que emitían esos partidos en abierto, declaró que no estaba demostrada “la existencia de un ánimo de lucro por parte del imputado que según las periciales obrantes en las actuaciones no obtenía ningún tipo de beneficio por servir de «link» sino por la remuneración indirecta de la publicidad del portal”. En nuestra opinión hay una relación directa entre los ingresos por publicidad de un servicio de enlaces que permite el intercambio ilícito de archivos y tales intercambios, especialmente si dicho servicio constituye el objetivo principal de la página, pues generalmente el cobro por concepto de publicidad se incrementa con el número de las visitas a la web. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

## TEXTO COMPLETO:

### HECHOS

**PRIMERO.-** En el Procedimiento Abreviado del Juzgado de Instrucción nº 3 de Cerdanyola del Vallés, se dictó auto de fecha 7 de marzo de 2009 por el que se acordó se continuase la tramitación de la causa por el trámite del Procedimiento Abreviado. Contra el citado auto se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de XXX.

**SEGUNDO.-** Admitido a trámite el recurso de apelación se tramitó conforme a derecho elevándose posteriormente las diligencias a esta Audiencia Provincial de Barcelona.

**TERCERO.-** Recibidas las diligencias en esta Sección Tercera de la Audiencia, a la que corresponde el conocimiento de los recursos procedentes de aquél Juzgado de Instrucción, se dictó providencia incoando el presente Rollo de Apelación, que fue numerado y registrado. Con arreglo al turno de reparto previamente establecido se nombró magistrado ponente, y tras examinar la causa y los escritos presentados, se señaló el día de hoy para la deliberación y resolución del recurso.

Ha sido designada Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Dª. María Jesús Manzano Meseguer que expresa el criterio unánime del Tribunal.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La representación procesal de XXX recurre el auto por el que se acuerda la

incoación de procedimiento abreviado por un delito contra la propiedad intelectual, exponiendo que los hechos no son constitutivos de delito, por lo que solicita el sobreseimiento de la causa.

Sobre el auto por el que se da por concluida la fase de instrucción de las Diligencias Previas y se ordena la continuación por la fase siguiente, se pronuncia el Tribunal Constitucional, entre otras, Sentencia 186/1990, de 15 de noviembre, que señala:

“El contenido de la instrucción judicial (o diligencias previas) ha de responder a la finalidad perseguida, que no es otra que la prevista en el art. 789.3, esto es, la realización de las diligencias esenciales para poder determinar los hechos, las personas participantes en los mismos y, en su caso, el órgano competente para el enjuiciamiento, entre las que hay que incluir no sólo las necesarias para formular la acusación, sino también las que, apreciada su esencialidad por el Juez, puedan favorecer al imputado a los efectos de acordar luego alguna de las resoluciones contempladas en el propio art. 789.5, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 LECrim en relación con el art. 780.1 de la misma Ley (F. 4º-A)”.

“... tan pronto como el Juez Instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le

*atribuye para permitir su autodefensa, ya que el conocimiento de la imputación forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la defensa en la fase de instrucción» (F. 5º).*

*Esta primera fase de instrucción concluye, de conformidad con lo dispuesto en el art. 789.5 LECrim (LEG 1882, 16), cuando las diligencias instructoras han sido practicadas o cuando éstas no sean necesarias, momento en que el Juez Instructor deberá adoptar alguna de las resoluciones que contemplan los cinco apartados de dicho precepto» (F. 4º-A-in fine). La resolución prevista en la regla cuarta del art. 789.5 LECrim, en virtud de la cual se ordena seguir el procedimiento previsto en el Capítulo II, esto es, la fase de preparación del juicio del procedimiento abreviado, contiene un doble pronunciamiento: de una parte, la conclusión de la instrucción, y, de otra, la prosecución del proceso abreviado en otra fase por no concurrir ninguno de los supuestos que hacen imposible su continuación (los previstos en las reglas primera, segunda y tercera del mismo art. 789.5). En consecuencia, cuando el Instructor adopta la decisión de seguir el proceso como procedimiento abreviado, no se limita sólo a constatar la inexistencia de otras diligencias relevantes para la instrucción, sino que realiza una valoración jurídica tanto de los hechos como sobre la imputación subjetiva de los mismos. Dicho de otro modo, cuando el Juez adopta la decisión de continuar el proceso (art. 789.5, regla cuarta) también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del art. 789.5 LECrim y, de modo especial, el archivo o sobreseimiento de las actuaciones (F.8º)».*

*El vigente artículo 779.1.4ª de la LECr. exige que cuando el Juez de instrucción considere que el hecho objeto del procedimiento constituyera delito comprendido en el artículo 757, ordenará la continuación del procedimiento conforme al capítulo siguiente y, a continuación el precepto establece: «Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775».*

*Lógicamente en dicha fase no se exige la plena acreditación de los hechos objeto de imputación, ya que a ello sólo se puede llegar tras la práctica de la correspondiente prueba en el acto del juicio oral (con la excepción que establece el artículo 777.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de prueba anticipada o preconstituida). Por tanto basta con la práctica de aquellas diligencias “necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado” y que sean suficientes para poder adoptar alguna de las resoluciones previstas en el art. 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Basta pues con la acreditación de unos indicios mínimos que justifiquen la perpetración del hecho punible, pues de otra manera se obligaría a la acusación a aportar toda una serie de diligencias probatorias que no tendrían eficacia probatoria para desvirtuar el principio de presunción de inocencia pues sólo las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral enervan tal derecho constitucional, por lo que se duplicaría la aportación de material probatorio y desnaturalizaría la fase de instrucción.*

*Es en el acto del Juicio Oral cuando deben practicarse las pruebas de cargo con eficacia plena para desvirtuar el principio de presunción de inocencia, salvo los supuestos de prueba preconstituida.*

**SEGUNDO.-** *Aplicada la anterior doctrina al caso de autos se observa que existen indicios suficientes sobre la existencia de los hechos objeto del presente procedimiento, pues si bien el recurrente cita en su recurso el auto nº 582/08, de fecha 11 de septiembre dictado por la Audiencia Provincial de Madrid (caso sharemula), citando asimismo diversos autos dictados por Juzgados de Instrucción, lo cierto es que dicha cuestión no resulta pacífica, pues otras Audiencias se han pronunciado en sentido contrario, como la Audiencia Provincial de Murcia (sección 5) en auto de fecha 16 de septiembre de 2009. En el citado auto se señala: “Pues bien, aunque hay opiniones contrarias (...), que considera que el link de superficie, en la medida en que simplemente dirige al usuario a teclear más fácilmente el nombre de una página web, no está infringiendo la propiedad intelectual de ésta),*

en la medida que a través de las páginas con enlaces al P2P se pone a disposición de los usuarios de Internet los medios necesarios para la obtención de obras sujetas a derechos de Propiedad Intelectual, sin autorización de sus titulares, las conductas que se realizan a través de las redes P2P tienen cabida en los comportamientos típicos del artículo 270.1 del Código Penal. En este sentido traemos a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª, de 18 de febrero de 2008 (nº 40/2008, rec. 15/2008), en cuanto señala: «Al tiempo de ocurrir los hechos la copia privada estaba regulada en el artº 31,2 de la LPI en los siguientes términos: “Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2. Para uso privado del copista, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”. Como se ve, la norma no contenía la limitación actual, introducida por la Ley 23/2006 de 7 de julio, de que la copia lo sea de obras “a las que se haya accedido legalmente”, pero ya se contemplaba como límite a la copia privada su utilización colectiva, cuyo destino hacía ilícita la copia misma; y el art. 10,1 del Real Decreto 1434/1992 de 27 de noviembre, de desarrollo de los arts. 24, 25 y 140 LPI, expresamente reiteraba que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, supuestos en los que para efectuar las reproducciones se exigía la previa autorización de los titulares de los derechos. Pues bien, resulta claro que la expresión “utilización colectiva”, aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema “Peer to Peer” (“P2P”) o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés». Cabe afirmar que, cuando se realizan reproducciones de las obras, sin consentimiento de los titulares, en las redes P2P, se hace un uso colectivo de la misma y con la “subida” de la

reproducción se atenta a la exclusividad de la explotación de la obra y su reproducción que es objeto de protección por el citado artículo 270 (v. STS de 2 de abril de 2001). Por otro lado, tales conductas realizadas a través de la red P2P, en la medida que se dejan las obras protegidas a disposición del resto de los usuarios, a través de una red, también puede encajar en el concepto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición definida en el artículo 270 [sic] de la LPI e igualmente tipificada en el artículo 270 del Código Penal. Como apunta la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2001, lo verdaderamente integrador del tipo penal es la modalidad de comunicación pública, que puede llevarse a cabo por cualquiera de los medios descritos legalmente e incluso, sin necesidad de modificar el tipo, “por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro”.

En el caso de autos en la página web [www.ps2rip.net](http://www.ps2rip.net) se ofertaban sin autorización de los propietarios de los derechos de propiedad intelectual una serie de juegos, algunos incluso que todavía no se habían comercializado en España, facilitando el enlace para su intercambio mediante plataformas P2P, obteniendo un beneficio derivado de la publicidad que se insertaba en la citada página.

Por todo lo expuesto, y existiendo indicios de la comisión del delito, está plenamente justificada la adopción de la resolución prevista en el art. 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo reservarse al acto del Juicio Oral y la correspondiente sentencia la valoración sobre si los hechos denunciados son definitivamente constitutivos del delito previsto en el art. 270.1 del Código Penal.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto confirmando la resolución de instancia.

**TERCERO.-** Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en la sustanciación del presente recurso.

Vistos los artículos de general y pertinente aplicación,

## **PARTE DISPOSITIVA**

*DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de XXX contra el auto de fecha 7 de marzo de 2009, dictado en el Procedimiento Abreviado n° 135/2008 del Juzgado de Instrucción n° 3 de Cerdanyola del Vallés, CONFIRMAMOS dicha resolución.*

*Declaramos de oficio las costas procesales que hubieran podido devengarse durante la sustanciación de los presentes recursos.*

*Notifíquese el presente auto a las partes en legal forma, haciéndoles saber que contra el mismo no cabe recurso alguno.*

*Remítase al Juzgado de Instrucción de procedencia certificación de este auto, para su conocimiento y demás efectos legales, conservando en el presente Rollo testimonio del mismo.*

*Lo acordamos y firmamos los Magistrados arriba expresados.*

*DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.*