

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 Murcia, Sección 5ª

FECHA: 16-9-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

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

OTROS DATOS: Auto N° 201

SUMARIO:

“... a través de la página web en cuestión se pone a disposición de los usuarios los medios necesarios para la obtención de obras videográficas, fonográficas, programas de software y juegos para PC y Consola de reciente estreno, y que en la web se ofrecen los listados con los títulos de lo ofertado, informando de los formatos disponibles de cada una de las obras.

[...]

“... las conductas típicas sólo son penalmente relevantes si han sido realizadas por el sujeto activo con ánimo de lucro, aun siguiendo el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que considera tal ánimo como expresivo de una intención de lucro «comercial» o «a escala comercial», relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos en los que puede estar implícito un propósito de algún tipo de ventaja o beneficio distinto al comercial, resulta que, por lo investigado hasta ahora, por lo menos que el mantenimiento de la web por los imputados no se realiza de forma desinteresada, sino tal web aparece con un auténtico negocio que les reporta importantes beneficios económicos que se rentabilizan, principalmente, a través de la publicidad insertada en la misma y cuyos beneficios se incrementan en función del número de visitas”.

COMENTARIO: Aunque se trata de un auto donde simplemente se ordena continuar la investigación a los efectos de un pronunciamiento definitivo sobre el fondo, en relación a la existencia o no del delito denunciado, 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, pueden considerarse un propósito lucrativo, a los efectos de la exigencia que a título de dolo específico aparece 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". 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. Así, por ejemplo, la Corte Federal de Australia (5-9-2005), en relación a la operación del sistema peer-to-peer de intercambio de archivos de Kazaa, dijo que el operador de dicho sistema "se mantiene de las ganancias derivadas de la publicidad" y que "es un principio de la mercadotecnia que el precio está relacionado con la propaganda susceptible de alcanzarse a través de la publicidad. Mientras más archivos hubiera para compartir en Kazaa, mayor atracción se generaba para su sitio web". Es de hacer notar que el fin de lucro como requisito para la tipificación penal de la reproducción, distribución o comunicación pública no autorizada, es irrelevante para la mayoría de las legislaciones de los países latinoamericanos. © Ricardo Antequera Parilli, 2010.

TEXTO COMPLETO:

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción número Cuatro de Cartagena se dictó, con fecha 17 de abril de 2008, auto en las Diligencias Previa número 665/2007, cuya parte dispositiva se acuerda "El sobreseimiento libre de las presentes actuaciones respecto a los hechos imputados a XX y a YYY, y el archivo de las mismas".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de reforma y subsidiario de apelación por la Procuradora Doña L.L.G, en nombre y representación de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productos Audiovisuales (EGEDA), y por el Procurador Don L.F.S.B., en nombre y representación de las Compañías Columbia Tristar Home Entertainment y Cía S.R.C., The Walt Disney Company Iberia, Twentieth Century Fox Vídeo Hogar, S.A., Manga Films, S.L., Universal Pictures (Spain) S.L., y

Paramount Home Entertainment (Spain) S.L., y desestimado el recurso de reforma mediante auto de fecha 4 de marzo de 2009, el Juzgado admitió el recurso de apelación, remitiendo seguidamente las actuaciones a este Tribunal, donde se formó el presente Rollo de apelación número 215/2009, que ha quedado para resolver tras señalarse para el día 8 de septiembre de 2009 la deliberación, votación y decisión del Tribunal.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MANUEL NICOLAS MANZANARES, que expresa la convicción del Tribunal.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en esta alzada por las recurrentes el auto dictado en fecha 17 de abril de 2008 por el Juez de Instrucción que acuerda el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, cuyo auto fue ratificado por otro de fecha 4 de marzo de 2009, que desestima el previo recurso de reforma interpuesto por las apelantes, que, en síntesis, basan la apelación

en que los hechos investigados podrían constituir un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 del Código Penal y que la decisión impugnada resulta precipitada, al haberse adoptado sin agotar las diligencias de investigación pertinentes.

SEGUNDO.- En orden a la resolución de los recursos de apelación no está de más recordar que el sobreseimiento libre, como es sabido, se pronuncia ante la falta absoluta de tipicidad del hecho o de la responsabilidad penal de su presunto autor y equivale a una sentencia absolutoria, produce los efectos de la cosa juzgada, y determina el archivo definitivo de las actuaciones, que nunca podrán revivir o vivificarse, ni en ese mismo proceso, ni en otro ulterior que desvele el mismo “*thema decidendi*”; sobreseimiento, por tanto, que, que, dadas las consecuencias que comporta, sólo es factible cuando de las diligencias de investigación practicadas se desprende inequívocamente que los hechos objetivamente y *ex ante* nunca podrían cumplir el tipo de una figura penal.

Sentado lo anterior, en este caso el Juzgador de instancia, en el auto de sobreseimiento libre, partiendo de que la conducta atribuida a los imputados “habría consistido en la constitución y administración de la página web *elitedivx.com*, a través de la cual se daba acceso a unos programas de intercambio de archivos *peer to peer*, concretamente *emule* y *eDonkey*, de manera que los distintos usuarios de la página podían o llevaban a cabo el intercambio gratuito de diferentes obras audiovisuales con otros usuarios de la página podían o llevaban el intercambio gratuito de diferentes obras audiovisuales con otros usuarios” y que “En el desarrollo de esta actividad los imputados citados no intervienen directamente sobre las obras, salvo en lo tocante a actuaciones de tipo técnico y de control, y no obtenían una ganancia directa proveniente del acceso a la página web o de las obras que serían intercambiadas, con independencia de la ganancia que pudieron obtener de la publicidad insertada en la citada página y de la participación en la gestión de la misma”, considera que la labor desarrollada por los imputados es de mera intermediación sin trascendencia penal y que, en todo caso,

faltaría el “dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización”.

Pues bien, aunque hay opiniones contrarias (como la expresada en auto de la Audiencia Provincial, Sección 2a, de 11 de septiembre de 2008 –nº 582/2008, rec. 135/2008–, 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 que 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 de la 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 20 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”.

Pero es que, aparte de lo expuesto, el propio Instructor, en el auto por el que resuelve el previo recurso de reforma, afirma que “ya se sabe, a través del exhaustivo proceso de investigación llevado a cabo por la policía judicial, que la página web investigada no se ceñía a poner a disposición de los usuarios programas de intercambio de archivos como emule y eDonkey y también es ya sabido que en esa página quedan ubicados archivos ordenados y sistematizados que contenían obras artísticas”; y, en efecto, esa investigación señala que a través de la página web en

cuestión se pone a disposición de los usuarios los medios necesarios para la obtención de obras videográficas, fonográficas, programas de software y juegos para PC y Consola de reciente estreno, y que en la web se ofrecen los listados con los títulos de lo ofertado, informando de los formatos disponibles de cada una de las obras. Incluso, como se apuntan en los recursos, en base incluso a las propias declaraciones de los imputados, cabría sostenerse que los mismos seleccionan la copia apropiada desde el punto de vista técnico, realizan una labor de ordenación y resumen de cada película, acompañando una carátula de la misma que se obtiene como copia de un fotograma y clasifican los contenidos ordenándolos sistemáticamente. Y, como apunta EGEDA en su recurso, aun no cabe descartar la posibilidad de que los archivos de las obras se subieran a la web y fuera realizada directamente su comunicación pública.

Cuando menos, se erige prematuro circunscribir a la intermediación la labor de los imputados, máxime cuando ya en el recurso de reforma de EGEDA se propone una pericial sobre diez puntos que puede contribuir a perfilar con mayor precisión esa labor o conducta objeto de investigación.

Ciertamente, las conductas típicas sólo son penalmente relevantes si han sido realizadas por el sujeto activo con ánimo de lucro, aun siguiendo el criterio de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, que considera tal ánimo como expresivo de una intención de lucro “comercial” o “a escala comercial”, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos en los que puede estar implícito un propósito de algún tipo de ventaja o beneficio distinto al comercial, resulta que, por lo investigado hasta ahora, por lo menos que el mantenimiento de la web por los imputados no se realiza de forma desinteresada, sino tal web aparece con un auténtico negocio que les reporta importantes beneficios económicos que se rentabilizan, principalmente, a través de la publicidad insertada en la misma y cuyos beneficios se incrementan en función del número de visitas. Interesante resulta, aunque sólo sea a fines interpretativos, la referencia

que en uno de los recursos se hace al apartado 8° del artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción dada por la Ley 19/2006, de 5 de junio, en cuanto que establece que “A los efectos de los números 7° y 8° de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos”.

Finalmente, precisar que, con independencia de que desde el mismo momento de la puesta en distribución de copias de las obras obtenidas ilegalmente se está provocando ya un perjuicio económico a los titulares de los derechos sobre las obras, perjuicio cuya cuantificación es perfectamente posible en alguna de las formas previstas en el artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, el precepto penal que nos ocupa, además del ánimo de lucro, se refiere a una conducta realizada en perjuicio de tercero y, por tanto, no con efectivo resultado de perjuicio de ese tercero, por lo que el ánimo tendencial en ese sentido cumple el tipo.

En definitiva, el sobreseimiento libre acordado resulta precipitado, por lo que procede acordar la continuación de las actuaciones penales, a fin de que se practique la apuntada diligencia de investigación y las que el instructor estime oportunas para un mejor y más completo esclarecimiento de los hechos y, en su momento, se dicte la resolución que proceda en Derecho

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 239 y 240-1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

LA SALA ACUERDA: ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña L.L.G., en nombre y representación de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productos Audiovisuales (EGEDA), y por el Procurador Don L.F.S.B., en nombre y representación de las Compañías Columbia Tristar Home Entertainment y Cía S.R.C., The Walt Disney Company Iberia, Twentieth Century Fox Vídeo Hogar, S.A., Manga Films, S.L., Universal Pictures (Spain) S.L., y Paramount Home Entertainment (Spain) SL., contra el auto de fecha 17 de abril de 2008, dictado por el Juzgado de Instrucción Número Cuatro de Cartagena en las Diligencias Previas número 665/2007, de las que dimana el Rollo de la Sala, dejando sin efecto ni eficacia alguna dicha resolución y el auto de fecha 4 de marzo de 2009, acordando en su lugar la continuación de las actuaciones penales, a fin de que se practique la diligencia de investigación señalada en el segundo de los razonamientos jurídicos de esta resolución y las que el instructor estime oportunas para un mejor y más completo esclarecimiento de los hechos y, en su momento, se dicte la resolución que proceda en Derecho; declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese este auto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciéndose saber que contra el mismo no cabe recurso alguno, y devuélvase la causa al Juzgado de procedencia con certificación de la presente resolución.