

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 alojamiento. Descarga de archivos. Fin de lucro.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª

FECHA: 8-1-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

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

OTROS DATOS: Auto 18/2010

SUMARIO:

“... dicho lucro parece estar relacionado de forma directa con la explotación publicitaria y distribución in consentida por los titulares de los derechos de las películas que se exhibían. Sin perjuicio de lo que pueda resultar en el Juicio Oral, parece desprenderse que el principal atractivo para la captación de publicidad era la emisión del material protegido por la ley de propiedad intelectual. Que el dinero percibido por el imputado no proceda de quien accede a la web sino de los anunciantes, podrá tener o no relevancia jurídica, pero a juicio de este Tribunal, no puede descartarse en instrucción el ánimo de lucro en el acusado, pues la exhibición del material tenía la finalidad de enriquecerse con las obras ajenas gracias a la publicidad”.

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, la importancia de la decisión es que admite que los ingresos por concepto de publicidad en una página web destinada a la descarga de archivos protegidos por el derecho de autor y cuyo uso por ese medio no ha autorizado, 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, por ejemplo, en relación a los intercambios de archivos a través de sistemas como el “P2P”. 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 en este tipo de prestación de servicios, especialmente si esa actividad 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 SUSTANCIAL:

I. HECHOS

PRIMERO.-En las Diligencias Previas que tramitó con el nº 1463/2009 el Ilmo. Magistrado Juez de Instrucción nº 3 de Mislata dictó auto de fecha 9.9.2009 disponiendo el sobreseimiento provisional.

SEGUNDO.-Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de fecha 16 de noviembre de 2009.

TERCERO.-Por este auto desestimatorio se dedujo ante la Sección Tercera de la Audiencia Provincial escrito de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales T.P.O. en nombre de LAUREN FILM VIDEO HOGAR SL y otros que fue impugnado por el Ministerio Fiscal formándose el presente rollo señalándose para el día de hoy su deliberación y fallo, sin vista.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-La Sala en el presente recurso de apelación ha procedido al estudio de las actuaciones cuya resolución es objeto de deliberación, examinando los argumentos impugnatorios expuestos por las partes en esta alzada, en el ejercicio del derecho fundamental, contenido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

El auto que desestimó la reforma mantiene que no queda acreditado el ánimo de lucro pues no ha quedado acreditado ningún tipo de contraprestación.

Los apelantes alegan que la existencia de publicidad en la web supone un beneficio económico.

Por parte del Ministerio Público se opone al recurso de apelación citando en su apoyo la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado y el auto de 31.11.2008 de la Sección 5ª de la AP de Madrid que distingue entre el beneficio de servir de link y el obtenido por la remuneración indirecta de la publicidad del portal. En dicho sentido, el Ministerio Fiscal ya efectuó un amplio informe en fecha 3.9.2009.

En las diligencias obra al FOLIO 467 un informe policial que cifra en más de 14.000 euros las cantidades percibidas por publicidad desde agosto de 2007 a febrero de 2009. Si bien dicho informe pudiera ser objeto de mayor precisión y no tiene en cuenta los gastos realizados, este Tribunal estima que lo actuado dicho lucro parece estar relacionado de forma directa con la explotación publicitaria y distribución in consentida por los titulares de los derechos de las películas que se exhibían. Sin perjuicio de lo que pueda resultar en el Juicio Oral, parece desprenderse que el principal atractivo para la captación de publicidad era la emisión del material protegido por la ley de propiedad intelectual. Que el dinero percibido por el imputado no proceda de quien accede a la web sino de los anunciantes, podrá tener o

no relevancia jurídica, pero a juicio de este Tribunal, no puede descartarse en instrucción el ánimo de lucro en el acusado, pues la exhibición del material tenía la finalidad de enriquecerse con las obras ajenas gracias a la publicidad.

Por todo ello, y ante las implicaciones criminológicas de las nuevas tecnologías, este Tribunal estima que resulta más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva proclamada en el art.24.2 de la C.E, que se prosiga el proceso, para que todas las pruebas puedan ser examinadas en el Juicio Oral, donde puedan delimitarse mejor la posible responsabilidad criminal en que ha podido incurrir el imputado, ya que a juicio de este Tribunal el imputado ha obtenido beneficios económicos de cierta relevancia, y no cabe descartar el ánimo de lucro.

Por todo ello, se estima el recurso.

SEGUNDO.- *Las costas de este recurso se declaran de oficio.*

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás sustantivos y procesales de general aplicación, en atención a

todo lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia.

PARTE DISPOSITIVA

*La Sala, por ante mí, el Secretario Judicial ACUERDA: **ESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el procurador de los Tribunales T.P.O. en nombre de LAUREN FILM VIDEO HOGAR SL y otros contra la resolución de fecha 9.9.2009, confirmada por auto de fecha 16 de noviembre de 2009, dictada por el Juzgado de Instrucción número 3 de Mislata en Diligencias Previas Nº 1463/2009 **REVOCANDO** íntegramente dicha resolución, ordenando seguir el proceso, y declarando de oficio las costas de este recurso.*

Notifíquese esta resolución a las partes, así como al imputado, haciéndoseles saber que contra la misma no procede recurso alguno.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia con testimonio literal de la misma para su conocimiento y cumplimiento.

Así por este auto, lo acuerdan, mandan y firman, sin ulterior recurso, las Ilmas. Señorías que integran la sala. Doy fe.