

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Transmisión digital. Responsabilidad de proveedores. Proveedor de enlace. Perspectiva penal. Análisis.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª

**FECHA:** 8-6-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto original del fallo aportado por UAIPIT- Portal Internacional de la Universidad de Alicante en PI y SI: <http://www.uaipit.com>

**OTROS DATOS:** Auto 214-10

### **SUMARIO:**

*“... la conducta que se imputa a los denunciados es la de facilitar a los usuarios de Internet el acceso a determinadas páginas web que alojan contenidos supuestamente protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual, obteniéndose por los administradores de la página que facilita los enlaces un beneficio económico derivado de ingresos procedentes de la publicidad que se inserta en dicha página denominada [www.cinegratis.net](http://www.cinegratis.net)’ (.org)”.*

*“Tampoco cabe duda sobre que la propia denominación de la página constituye un importante reclamo para los usuarios de la red en tanto que sugiere de forma explícita que su contenido proporcionará acceso al visionado de películas cinematográficas de forma gratuita, debiendo tomarse en consideración a los efectos del presente recurso y con carácter meramente indiciario que dicho acceso gratuito se realiza con vulneración de lo dispuesto en la legislación sobre propiedad intelectual (ello pese a que los administradores de la web manifiestan en la misma su desconocimiento sobre este extremo)”.*

[...]

*“En el supuesto analizado la página web [www.cinegratis.net](http://www.cinegratis.net) no aloja contenido alguno sino que se limita a facilitar el acceso a las páginas en las que efectivamente se alojan los contenidos supuestamente protegidos, ello mediante la inserción de enlaces o «links» que proporcionan información sobre la existencia y denominación de esas páginas, y además, evitan introducir sus datos mediante el teclado por cuanto el acceso se consigue operando directamente con el ratón. Insistimos nuevamente que esta conducta constituye — dicho sea a título meramente indiciario- un claro acto de favorecimiento de las conductas que se tipifican por el artículo 270 del Código Penal, ello en el caso de que las páginas a las que remiten los enlaces alojen datos o contenidos protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual. Pero la conducta de favorecimiento no se encuentra tipificada”.*

*“No se trata por tanto de aplicar el principio de intervención mínima que es propio del Derecho Penal, o de aludir al carácter fragmentario del ordenamiento punitivo, sino de acudir al principio de tipicidad del artículo 4.1 del Código Penal y considerar que la conducta imputada no ha sido objeto de tipificación expresa por el legislador”.*

**COMENTARIO:** Uno de los problemas que plantea la responsabilidad penal de los proveedores de enlaces a otras páginas que permiten las descargas de contenidos no autorizados o facilitan los intercambios de archivos entre terceros, es que se aduce que esos prestadores de servicios de enlace no reproducen ni comunican la obra al público, ya que son meros intermediarios. El tema se ubica en la forma como está concebido el tipo penal en el país donde se reclama la protección y, en todo caso, que la responsabilidad penal puede surgir o no de la figura de la *“cooperación necesaria”* para la comisión del delito por parte de terceros o si la inducción a esa conducta encuadra o no en dicho penal. En cualquier caso, ello no exime al prestador del servicio de la responsabilidad civil para reparar el daño causado, si sabe o tiene motivos razonables para saber que está favoreciendo una conducta ilícita. En ese sentido, el Tribunal Supremo español declaró que el *“conocimiento efectivo”* de la infracción, a que se refiere la Directiva Europea 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), no restringe *“los instrumentos aptos para alcanzarlo”*, pues *“no cabe prescindir de que la misma [Directiva] atribuye igual valor que al «conocimiento efectivo» a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”*<sup>1</sup>. Y en cuanto al beneficio económico que obtenga el proveedor a través de la publicidad (el cual tiene generalmente una relación directa con su servicio de enlace), la jurisprudencia española es hasta ahora contradictoria, porque mientras la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid (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 ...”*, la Sección 5ª de la misma Audiencia (3-11-2008), 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”*. A su vez, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (11-11-2009), consideró que existían indicios para el procesamiento de los responsables de un sitio en Internet, *“facilitando el enlace para su intercambio mediante plataformas P2P, obteniendo un beneficio derivado de la publicidad que se insertaba en la citada página”*. En Suecia se hizo famoso el caso *“Pirate Bay”*, donde la Corte de Distrito de Estocolmo (17-4-2009), condenó penalmente a los propietarios de un servicio de enlace mediante intercambios de archivos a través del rastreador *“Torrent”*, por considerar que *“el hecho de que la operación de Pirate Bay tuviera, al menos en alguna extensión, financiación a través de ganancias publicitarias fue confirmado ... El uso de obras protegidas debe ser considerado, por lo tanto, con un propósito comercial”*. Este fallo fue ratificado en lo sustancial por la Corte de Apelaciones. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala de lo Civil, Sección 1ª (9-12-2009).

## TEXTO COMPLETO:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO:** *interpone la representación de la entidad mercantil “Laurent Films Video Hogar SA”, recurso de apelación frente al Auto de fecha 12 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santander que desestima el recurso de reforma formulado contra el anterior de 4 de febrero de 2010 por el que se acuerda el sobreseimiento provisional de las presentes diligencias previas, oponiéndose a la estimación del recurso tanto el Ministerio Fiscal como la representación del denunciado J. O. G.*

*Es ponente de esta resolución el Magistrado Don José Luis López del Moral Echeverría.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** *Se formula por la representación de la entidad mercantil “Laurent Films Video Hogar SA”. recurso de apelación frente al Auto de fecha 12 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Santander que confirma la decisión del instructor acordando el sobreseimiento provisional de las presentes diligencias previas.*

*El sobreseimiento se fundamenta en la consideración de que la mera facilitación de enlaces externos para acceder a contenidos protegidos por los derechos de autor no supone vulneración de lo dispuesto en el artículo 270 del Código Penal. La entidad recurrente considera por el contrario que tal conducta si se encuentra tipificada en el precepto bajo la forma de “comunicación pública”, haciendo notar al respecto que tales “links” o enlaces permiten acceder a la información protegida mediante el procedimiento de visionado en tiempo real, o bien mediante la posibilidad de descarga del archivo que la contiene en el soporte que se desee. Incide la recurrente en que el contenido del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual define la “comunicación pública” como “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”, y considera especialmente un acto de este tipo ‘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 el momento que elija’. A juicio de la recurrente esta es precisamente la conducta en que incurre el denunciado al facilitar a un número amplio de personas el acceso a obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, razón por la cual interesa la revocación de la resolución recurrida y la continuación del procedimiento por sus trámites.*

**SEGUNDO:** *La resolución del presente recurso de apelación debe partir del hecho cierto —por no cuestionado- de que la conducta que se imputa a los denunciados es la de facilitar a los usuarios de Internet el acceso a determinadas páginas web que alojan contenidos supuestamente protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual, obteniéndose por los administradores de la página que facilita los enlaces un beneficio económico derivado de ingresos procedentes de la publicidad que se inserta en dicha página denominada [www.cinegratis.net](http://www.cinegratis.net) (.org).*

*Tampoco cabe duda sobre que la propia denominación de la página constituye un importante reclamo para los usuarios de la red en tanto que sugiere de forma explícita que su contenido proporcionará acceso al visionado de películas cinematográficas de forma gratuita, debiendo tomarse en consideración a los efectos del presente recurso y con carácter meramente indiciario que dicho acceso gratuito se realiza con vulneración de lo dispuesto en la legislación sobre propiedad intelectual (ello pese a que los administradores de la web manifiestan en la misma su desconocimiento sobre este extremo).*

*Expuesto lo anterior la cuestión debatida se concreta en determinar si la conducta consistente en facilitar enlaces (links) a través de los cuales el usuario de la red puede acceder con mayor facilidad a páginas en las que se encuentran alojados contenidos*

*protegidos por los derechos de autor, constituye o no una conducta tipificada en el artículo 270 del Código Penal. Dicho precepto, como bien razona el Ministerio Fiscal, es una norma penal en blanco que se remite para la integración de las conductas típicas a la Ley de Propiedad Intelectual, razón por la cual no aludiremos en la presente resolución a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de julio de 2002 aún cuando prevé la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, pues lo cierto es que tal mandato de criminalización no ha sido atendido por el legislador penal. Esta misma interpretación parece realizar la entidad recurrente cuando en su escrito de apelación cita exclusivamente la legislación sobre propiedad intelectual y el artículo 270 del Código Penal.*

*También parece existir conformidad entre las partes respecto del hecho de concretar entre las conductas típicas definidas por el artículo 270 del Código Penal (reproducción, plagio, distribución o comunicación pública) la última de las citadas, esto es, la comunicación pública, lo que releva a este Tribunal de realizar cualquier consideración sobre el resto. Y siendo esto así es momento ya de anunciar que se considera atípica la conducta imputada a los denunciados, conducta de mero favorecimiento que no se encuentra expresamente tipificada por el artículo 270 del Código Penal.*

*En efecto, tan repetido precepto se configura como un delito de simple actividad en el que el legislador penal no ha optado por adelantar las barreras de protección tipificando conductas de favorecimiento de la conducta típica. La conducta típica —ya lo hemos dicho— consiste en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra protegida, sin que sean objeto de tipificación expresa actuaciones tendentes a favorecer la ejecución de dichas conductas. En el supuesto*

*analizado la página web [www.cinegratis.net](http://www.cinegratis.net) no aloja contenido alguno sino que se limita a facilitar el acceso a las páginas en las que efectivamente se alojan los contenidos supuestamente protegidos, ello mediante la inserción de enlaces o “links” que proporcionan información sobre la existencia y denominación de esas páginas, y además, evitan introducir sus datos mediante el teclado por cuanto el acceso se consigue operando directamente con el ratón. Insistimos nuevamente que esta conducta constituye — dicho sea a título meramente indiciario— un claro acto de favorecimiento de las conductas que se tipifican por el artículo 270 del Código Penal, ello en el caso de que las páginas a las que remiten los enlaces alojen datos o contenidos protegidos por la legislación sobre propiedad intelectual. Pero la conducta de favorecimiento no se encuentra tipificada.*

*No se trata por tanto de aplicar el principio de intervención mínima que es propio del Derecho Penal, o de aludir al carácter fragmentario del ordenamiento punitivo, sino de acudir al principio de tipicidad del artículo 4.1 del Código Penal y considerar que la conducta imputada no ha sido objeto de tipificación expresa por el legislador.*

*En virtud de cuanto ha quedado razonado,*

#### **LA SALA ACUERDA:**

*Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad mercantil “Laurent Films Video Hogar SA” frente al Auto de fecha 12 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Instrucción n° 1 de Santander, que se confirma en su integridad, ello sin declaración de costas del presente recurso.*

*Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los ilmos. Sres. Magistrados referenciados al margen, de lo que yo, el Secretario, doy fe.*