

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. Lucro. Análisis crítico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Juzgado de Instrucción N° 4 de Cartagena

FECHA: 17-4-2008

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: Procedimiento Abreviado 665 /2007

SUMARIO:

“Concisamente, la conducta desarrollada por los dos imputados mencionados 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. 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”.

“Aunque éste no sea lugar para analizarlo, podría entenderse que tales tipos de actividades podrían suponer, desde la óptica del Ordenamiento extra—penal, una vulneración de los derechos de explotación de los titulares de los derechos de propiedad intelectual existentes sobre las obras afectadas, al suponer una actuación de intermediación en la comunicación pública de las obras en cuestión”.

[...]

“En lo que toca al ánimo de lucro, ha de entenderse que este elemento intencional del tipo pone de manifiesto que la conducta ha de ir acompañada del dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización. Los propios pormenores del tipo ..., llevan a entender que ese dolo ha de ser directo, es decir directamente ha de pretenderse obtener una ganancia a través de todas y cada una de las comunicaciones públicas de la obra u obras de que se trate, pretendiendo con ello, además, perjudicar al titular de tales derechos. Ese ánimo, según destaca la Circular 1/2.006 de la Fiscalía General del Estado ha de ser un ánimo de tipo comercial, lo que no se da cuando, como en el presente caso,

quien intermedia en los actos de comunicación pública no obtiene un beneficio económico procedente de la intermediación en la comunicación de las distintas obras, sino que obtiene sus beneficios de otro modo, a través de la inserción de publicidad en la página web en la que se encuentran los programas de intermediación”.

COMENTARIO: Uno de los problemas que plantea la responsabilidad penal de los proveedores de enlaces a otras páginas desde las cuales se descargan contenidos no autorizados o facilitan los intercambios de archivos entre terceros, es que se aduce que el proveedor no reproduce ni comunica la obra al público, ya que es un mero intermediario. 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, 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 (9-12-2009), 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”*. 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. Finalmente, la exigencia de que el lucro sea *“comercial”* no se entiende muy bien, a menos que ese carácter se encuentre exigido específicamente en el tipo penal, porque dicho vocablo significa lo *“perteneciente o relativo al comercio o a los comerciantes”*¹ y no pareciera que la norma punitiva aluda a un acto objetivo o subjetivo de comercio, sino solamente al lucro, término que significa *“ganancia o provecho que se saca de algo”*² y nada más. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

¹ Diccionario de la Lengua española de la Real Academia Española de la Lengua, disponible en <http://buscon.rae.es/draeI/>

² Idem

TEXTO COMPLETO:

En CARTAGENA, a diecisiete de abril de dos mil ocho.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Analizado al detalle el contenido de la voluminosa causa que precede, es pertinente en este momento decidir sobre la prosecución de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

ÚNICO - A la vista de cuanto resulta de las presentes diligencias, y habiendo ocurrido los hechos que las motivan de la forma que se deriva de su contenido, por cuanto determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sus artículos 779.1.1ª y 637.2, procede el sobreseimiento libre de las presentes actuaciones.

En efecto, de lo que se trata en este momento es de determinar si la conducta que habrían llevado a cabo los imputados F. T. y D. M. L. L., -siendo los presuntos hechos cometidos por ellos los únicos que aquí interesan por cuanto cualesquiera otros obrantes en la causa escapan a la competencia de este partido judicial-, es constitutiva de un delito contra la propiedad intelectual.

La respuesta sobre este particular, según se indicaba más arriba, ha de ser necesariamente negativa. Así, ciertas tendencias del Derecho Penal post-contemporáneo, tales como las de la expansión del derecho penal o la del derecho penal simbólico no pueden llevar a olvidar que esta rama del Ordenamiento Jurídico sigue estando caracterizada por un rasgo de su naturaleza como es el de última ratio. A través del principio de intervención mínima, que no obstante encontrarse dirigido esencialmente al legislador como orientador de la política criminal, tiene también su incidencia en la exégesis de la Ley Penal a través del principio de proporcionalidad, el operador jurídico debe discriminar, como no incardinables en el correspondiente tipo penal, aquellas conductas que no gozan de la suficiente trascendencia. En efecto, la

subsidiariedad del Derecho Penal lleva a que haya de quedar relegado a los ataques de mayor entidad frente a los bienes jurídicos de mayor trascendencia; junto a ello, su carácter fragmentario hace necesario que sólo se entiendan susceptibles de configurar los tipos penales las conductas que no puedan ser perseguidas de forma eficiente a través de otras ramas del Ordenamiento Jurídico, de manera que no exista otro remedio que desplegar el contundente armamento punitivo del Derecho Penal.

En consecuencia, porque lo contrario carecería del sentido de proporcionalidad inherente a la Ley Penal, no pueden entenderse encajables en el tipo de que se trate aquéllas conductas que, aunque formalmente, constituyan conductas típicas no sean una manifestación de antijuricidad material que atente contra el bien jurídico protegido penalmente. Cuando el hecho en cuestión puede ser sancionado a través de la legislación civil o de la administrativa y cuando a través de éstas se pueden conseguir los mismos fines, a efectos sancionadores, resarcitorios o de finalización de la actividad ilícita, que se pueden obtener por medio de la Ley Penal, se hace necesario que exista algún elemento más añadido que lleve a aplicar ésta; sólo de esta manera quedaría justificado el despliegue de la mayor carga sancionadora que conlleva el Derecho Penal y sólo de esta forma sería posible deslindar éste de la correspondiente regulación civil o administrativa, produciéndose, en otro caso, un solapamiento injustificado e innecesario entre una y las otras.

Concisamente, la conducta desarrollada por los dos imputados mencionados 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. 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.

Aunque éste no sea lugar para analizarlo, podría entenderse que tales tipos de actividades podrían suponer, desde la óptica del Ordenamiento extra—penal, una vulneración de los derechos de explotación de los titulares de los derechos de propiedad intelectual existentes sobre las obras afectadas, al suponer una actuación de intermediación en la comunicación pública de las obras en cuestión.

Ante la cuestión de si esa labor de mera intermediación tiene o no trascendencia penal parece claro que no es así. Siendo que la Ley 34/2.002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico ya establece importantes límites, a efectos de responsabilidad de los intermediadores, no tendría justificación que la mera actividad de intermediación fuera perseguida penalmente. Concretamente, digamos, a efectos ilustrativos, que el artículo 14 de la mencionada Ley establece que los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar el acceso a ésta no son responsables por la información transmitida, salvo que hayan originado la transmisión o modificado los datos o seleccionado éstos o sus destinatarios, no entendiéndose modificación la manipulación técnica de los archivos que alberguen los datos, que tenga lugar durante la transmisión. Así mismo, el artículo 17 de tal Ley dice que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información en cuestión son ilícitas o que lesionan bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, entendiéndose que tiene ese conocimiento

cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución.

Descartado que las meras labores de intermediación en la comunicación pública de obras a través de Internet sin autorización de los titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual tenga trascendencia penal o asumiendo, a lo sumo, que puede tenerla si el imputado interviene, además, sobre el contenido de los archivos de forma fundamental, cabe examinar si la conducta a la que se viene haciendo referencia puede considerarse una comunicación pública a los efectos del artículo 270 del Código Penal. La respuesta aquí ha de ser también negativa: es cierto que el tipo citado no lo es en blanco, pero como si lo fuera, dado que la cantidad de elementos normativos que contiene lleva a integrar su regulación con la que en otras ramas del Ordenamiento definen las conductas en cuestión. Esto no puede llevar a entender que todos los supuestos previstos en la norma extra—penal tengan encaje en el tipo, por cuanto lo contrario podría producir el efecto no deseado de solapar ambos ámbitos de protección. En lo que afecta, en concreto, a los actos de “comunicación pública” de la obra cabe acudir al artículo 20 del R.D. Legislativo 1/1996 de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. Tal precepto dice que 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, no considerándose pública la que se celebre en el ámbito estrictamente doméstico que no esté conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Esta definición general contenida en el punto 1 del precepto se detalla el 2, en el que se establece que “especialmente son actos de comunicación pública...” los que se enumeran a continuación. Para que un acto de comunicación pública concreto pudiese tener trascendencia penal debería, al menos, verse integrado en el catálogo referido, por cuanto lo contrario podría afectar al principio de taxatividad penal, dada la amplitud e inconcreción de que adolece el punto 1 del

citado artículo 20. Dicho lo cual, ha de tenerse en cuenta que una conducta como la que se viene examinando sólo tiene cabida en la letra i) del citado artículo 20.2 (en éste se habla de “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 elige.”), siendo que tal apartado fue integrado en el citado precepto después de ocurrir los hechos, que se retrotraen, como fecha límite máxima, al primer semestre de 2.006, y a posibles fechas anteriores, resultando que el citado apartado 1) entró en vigor con fecha de 28—7—2.006, en virtud de la reforma operada por la Ley 23/2.006 de 7 de julio. Por lo tanto, su vigencia es posterior a la fecha de los hechos.

Existen dos últimos aspectos a tomar en consideración, cuales son los elementos del tipo analizado consistentes en que los hechos han de llevarse a cabo con “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”. Aunque sobre este último particular existen dos tendencias doctrinales, la que considera que se trata de un elemento objetivo del tipo, que lleva a resaltar una mera tendencia que no exige para la consumación de la conducta un perjuicio efectivo y la que entiende que se trata de un elemento subjetivo, lo que conlleva que la consumación de la conducta no se produzca sino cuando se produce un perjuicio efectivo, hemos de decantarnos por esta última dado que lleva a un resultado más acorde con los principios penales primeramente citados y dado que entra mejor en consonancia con el tipo de derechos de autor protegidos penalmente, que son esencialmente derechos relacionados con la exclusividad en la explotación de obra. En un caso como el de autos no existe un perjuicio real y directo por cuanto no media contraprestación alguna que acompañe a la comunicación pública de la que se trataría, siendo esta una tesis seguida por la SAP de Murcia (Secc. 59 de 24—4—2.006, al decir: “d) Que tales conductas irroguen un perjuicio de tercero, titular de los derechos de propiedad intelectual, y que se presume cuando la reproducción, el plagio, la distribución y la comunicación pública se hace mediante un precio que evidencia la ganancia dejada de obtener por aquél. “.

En lo que toca al ánimo de lucro, ha de entenderse que este elemento intencional del tipo pone de manifiesto que la conducta ha de ir acompañada del dolo específico de obtener una ganancia procedente del acto correspondiente que se realiza por el autor de la conducta realizada sin autorización. Los propios pormenores del tipo, según se desprende de los principios antes referidos, y de lo destacado en el párrafo anterior, llevan a entender que ese dolo ha de ser directo, es decir directamente ha de pretenderse obtener una ganancia a través de todas y cada una de las comunicaciones públicas de la obra u obras de que se trate, pretendiendo con ello, además, perjudicar al titular de tales derechos. Ese ánimo, según destaca la Circular 1/2.006 de la Fiscalía General del Estado ha de ser un ánimo de tipo comercial, lo que no se da cuando, como en el presente caso, quien intermedia en los actos de comunicación pública no obtiene un beneficio económico procedente de la intermediación en la comunicación de las distintas obras, sino que obtiene sus beneficios de otro modo, a través de la inserción de publicidad en la página web en la que se encuentran los programas de intermediación.

En consecuencia, en virtud de los principios penales de intervención mínima y proporcionalidad, en virtud de que los autos de intermediación en la comunicación de obras protegidas por derechos de autor no encajan en el tipo penal en tanto en cuanto quien intermedia no incide sobre las obras, en virtud de que un acto de intermediación como el de autos no se puede considerar como un acto de comunicación pública de conformidad con el principio de taxatividad penal, en virtud de que la conducta de autos no conlleva la producción de un perjuicio efectivo, real y directo sobre los titulares de los derechos protegidos y en virtud de que tal conducta no se ve guiada por un ánimo de lucro comercial tendente a la obtención de beneficios procedentes de la comunicación pública de las obras, dado que el beneficio no viene de los actos de comunicación sino de la inserción de publicidad en los canales de intermediación dispuestos para que se realice la comunicación, es por lo que procede acordar el sobreseimiento libre de la presente causa respecto a los hechos en ella imputados a F.T. y a D. M. L. L

VISTOS el precepto legal citado y de los demás de general y pertinente aplicación al caso,

EL MAGISTRADO—JUEZ

D. FRANCISCO JAVIER DE LA TORRE GUZMAN

DISPONE:

El sobreseimiento libre de las presentes actuaciones respecto a los hechos imputados a F. T. y a D. M. L. L., y el archivo de las mismas,

notificándose la presente resolución al Sr. Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles constar que cabe recurso de reforma en el plazo de tres días ante este Juzgado, así como recurso directo de apelación en plazo de 5 días ante la Audiencia provincial.

Así, por este auto, lo pronuncio, mando y lo firmo.

DILIGENCIA.— Se cumple lo ordenado. Doy fe.