

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: Audiencia Provincial de Huelva, Sección Primera

FECHA: 1-9-2010

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. Diligencias Previas 1517/2007

SUMARIO:

“Se discute qué significado ha de atribuirse a la expresión «ánimo de lucro» que se utiliza para describir la conducta típica. Una aproximación tomada del uso vulgar del lenguaje, la identificaría como propósito o intención de obtener un enriquecimiento o ganancia económicos o un beneficio cualquiera de esta naturaleza, de modo que este resultado puede consistir en un incremento patrimonial directo por incorporación directa de un activo (o disminución o eliminación de pasivo), independientemente de la motivación última que guíe al sujeto activo”.

[...]

“... existen serias dudas interpretativas de que la facilitación gratuita de descargas de música, imagen o combinaciones de ambas sin que el beneficiario tenga que satisfacer nada a cambio pueda directamente ser considerada como una actividad lucrativa, aunque se aprovecha la frecuentación del portal por los usuarios para hacer publicidad (ésta, sí, remunerada) de bienes o servicios ofrecidos por terceros”.

“No se discute si sería oportuno –desde el punto de vista de la Política Criminal- tipificar también este tipo de comportamientos. La seguridad jurídica exige que estén claramente determinados aquellos que constituyen infracción penal y, en caso de duda razonable, habrá que optar (de acuerdo con el principio «in dubio, pro libertate») por la denotación más limitada de la fórmula literaria utilizada por el precepto legal”.

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 *“The 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 *“directo”* no se entiende muy bien, pues la norma punitiva alude solamente al lucro, término que significa *“ganancia o provecho que se saca de algo”*¹ y nada más. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad de Huelva, a primero de septiembre del dos mil diez. Magistrados, Ilustrísimos Señores: Don Jesús Fernández Entralgo (Presidente), Don Santiago García García, Don Francisco Bellido Soria.

I. ANTECEDENTES

1. En esta Sección se tramita recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Izquierdo Beltrán, en nombre y representación procesal de PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA

(en adelante, abreviadamente, ROMUSICAE), de LAUREN FILMS VIDEO HOGAR (en adelante, abreviadamente, LAUREN FILMS) y otras, contra auto de fecha 13 de julio del 2009, dictado en Diligencias Previas número 1571 del 2007, del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Moguer.

2. Dado traslado a las demás partes procesales, transcurrido el plazo para contestación, se remitieron las actuaciones a este tribunal. No se consideró precisa la celebración de vista. Deliberado y votado el caso, quedó el recurso visto para sentencia, siendo Ponente el Ilustrísimo Señor Magistrado Don Jesús Fernández Entralgo, quien expresa la opinión unánime de este tribunal.

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

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La clave de la resolución del presente recurso es la interpretación del alcance Semántico del tenor literal del artículo 270 del vigente Código Penal, que establece:

«... 1. 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.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, Producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo ...».

El texto conflictivo es, en este caso, el apartado primero, ya transcrito. Se discute qué significado ha de atribuirse a la expresión «ánimo de lucro» que se utiliza para describir la conducta típica. Una aproximación tomada del uso vulgar del lenguaje, la identificaría como

propósito o intención de obtener un enriquecimiento o ganancia económicos o un beneficio cualquiera de esta naturaleza, de modo que este resultado puede consistir en un incremento patrimonial directo por incorporación directa de un activo (o disminución o eliminación de pasivo), independientemente de la motivación última que guíe al sujeto activo.

Si la conducta no reporta directamente un provecho de esa naturaleza, sino que funciona sólo como ocasión para lograrlo, resultaría tan dudoso que se colmaran las exigencias del tipo subjetivo del injusto que habría que optar por la irrelevancia penal de aquélla.

Así, la realización de una donación o de prestaciones gratuitas por un empresario como medio de atraer clientela puede resultar una inteligente estrategia propagandística, pero no dejan de ser sacrificios patrimoniales sin contraprestación directa, esto es, actos «gratuitos», no «lucrativos».

He aquí la razón por la que existen serias dudas interpretativas de que la facilitación gratuita de descargas de música, imagen o combinaciones de ambas sin que el beneficiario tenga que satisfacer nada a cambio pueda directamente ser considerada como una actividad lucrativa, aunque se aprovecha la frecuentación del portal por los usuarios para hacer publicidad (ésta, sí, remunerada) de bienes o servicios ofrecidos por terceros.

No se discute si sería oportuno –desde el punto de vista de la Política Criminal- tipificar también este tipo de comportamientos. La seguridad jurídica exige que estén claramente determinados aquellos que constituyen infracción penal y, en caso de duda razonable, habrá que optar (de acuerdo con el principio «in dubio, pro libertate») por la denotación más limitada de la fórmula literaria utilizada por el precepto legal.

Si esta opción hermenéutica restrictiva es patrocinada por la propia Fiscalía General del Estado y aplicada por un número no desdeñable de órganos jurisdiccionales penales, la decisión de truncar el procedimiento

penal en curso, disponiendo su sobreseimiento merece ser mantenida.

2. No se encuentra causa para imponer a los recurrentes, por temeridad o mala fe procesales, las costas de esta instancia.

Por cuanto antecede,

La Sala acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Fernando Izquierdo Beltrán, en nombre y representación procesal de PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA, de LAUREN FILMS VIDEO HOGAR y otras,

contra auto de fecha 13 de julio del 2009, dictado en Diligencias Previas número 1571 del 2007, del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Moguer.

Se confirma íntegramente el auto recurrido. Se declaran de oficio las costas que pudieran devengarse con ocasión del presente recurso. Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas. Lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Señores Magistrados componentes de esta Sección.