



Roj: **AAP M 11267/2008** - ECLI: **ES:APM:2008:11267A**

Id Cendoj: **28079370022008200755**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **11/09/2008**

Nº de Recurso: **135/2008**

Nº de Resolución: **582/2008**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **RAFAEL ESPEJO-SAAVEDRA SANTA EUGENIA**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION SEGUNDA

MADRID

APELACIÓN PENAL Nº 135/08

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 1089/06

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 4 de Madrid

AUTO Nº 582/08

Ilmos/as. Sres/as. De la Sección Segunda

PRESIDENTA: D^a CARMEN COMPAIRED PLO

MAGISTRADA: D^a LUCIA MARIA TORROJA RIBERA

MAGISTRADO: D. RAFAEL ESPEJO SAAVEDRA SANTA EUGENIA

En Madrid a, once de Septiembre de dos mil ocho.

VISTO, por esta Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a BLANCA BERRIATUA HORTA, en representación de COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC Y OTROS, el interpuesto por D^a ALICIA MARTINEZ VILLOSLADA en la representación de EGEDA, D. JORGE LAGUNA ALONSO, en la representación de **PROMUSICAE**, contra el Auto dictado en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, en las Diligencias Previas 1089/06, siendo partes apeladas en el Ministerio Fiscal y la Procuradora D^a ISABEL MARTINEZ GORDILLO en la representación de Sandra y Luis Enrique . Ha sido ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAFAEL ESPEJO SAAVEDRA SANTA EUGENIA, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid, se dictó Auto, con fecha 28 de septiembre de 2007 , por el que se decretaba el sobreseimiento libre y archivo de las diligencias 1089/06 tal y como había solicitado el Ministerio Fiscal, denegando la practica de las diligencias de investigación interesadas por las demás partes personadas.

SEGUNDO.- Por la Procuradora Doña Blanca Berriatua Horta, en representación de COLUMBIA TRISTAR HOME VIDEO & CIA. SRC; THE EALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L., TWENTIETH CENTURY FOX HOME ENTER. ESPAÑA, S.A.; WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA, S.A., LAUREN FILMS VISEO HOGAR, S.A. MANGA FILMS, S.L., UNIVERSAL PICTURES SPAIN S.L. Y PARAMOUNT HOME ENTERTAINMENT, S.L. y otras; se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación alegándose infracción del art. 779 en relación con el art. 637 de



la LECrim , por no haberse practicado las pertinentes diligencias encaminadas a una completa investigación de os hechos denunciados, pues solamente se ha tomado declaración a los imputados.

Igualmente se alega por dicha parte infracción del art. 270 del C.P . en relación con el art. 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual , por entender que, conforme se sostiene, concurren los elementos del tipo delictivo.

Se manifiesta igualmente que está pendiente de resolución el recurso de apelación interpuesto contra el Auto que denegaba la adopción de medidas cautelares y que la resolución puede tener influencia en las actuaciones por lo que es precipitado decretar el sobreseimiento en este momento procesal.

TERCERO.- Por la Procuradora Doña Noemí de Córdoba Álvaro en representación de MICROSOFT se interpuso recurso de reforma sosteniéndose igualmente la concurrencia del tipo delictivo y alegándose, igualmente que no se han practicado las diligencias que dicha parte solicitó por escrito de fecha 27 de marzo de 2007.

CUARTO.- Por la Procuradora Doña Alicia Martínez Villoslada, en representación de la ENTIDAD DE GESTION DE DERECHO DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA) se interpuso igualmente recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el referido Auto, alegándose vulneración del art. 24.1 de la CE pues entiende no puede dictarse Auto de sobreseimiento libre en tanto no se haya resuelto el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 20 de diciembre de 2006 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 1 que desestima la solicitud de las medidas cautelares y porque no se ha dado traslado a dicha parte del informe del Ministerio Fiscal para las alegaciones sobre la continuación del procedimiento, de acuerdo con la Providencia de fecha 16 de marzo de 2007.

Igualmente se alega que existe una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva al no haberse practicado las diligencias de prueba necesarias para investigar los hechos de los denunciados, a excepción de la declaración de los imputados, existiendo indicios suficientes de criminalidad, según sostiene, para la continuación de procedimiento.

QUINTO.- Por el Procurador Don Jorge Laguna Alonso en representación de la Asociación PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (**PROMUSICAE**) se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, sosteniendo al igual que el resto de recurrente la concurrencia de los elementos del tipo delictivo.

SEXTO.- Dándose traslado de los expresados recurso al Ministerio Fiscal, solicita la confirmación de la resolución recurrida ratificándose en el informe de fecha 12-4-2007 (folio 1001) al entender que no existe en el hecho denunciado un requisito sine quantum del tipo previsto y penado en el art. 270 del C.P ., que es el ánimo de lucro; por lo que no concurriendo dicho requisito y no siendo perseguible el intercambio de archivos entre los particulares, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/06 en el epígrafe III, 2c), por lo que entiende carece de fundamento continuar con la instrucción de la causa y no existe ninguna indefensión al denegar la practica de las diligencias de prueba solicitadas pues no existe hecho delictivo alguno.

Por la Procuradora Doña Isabel Martínez Gordillo, en representación de DOÑA Sandra , y DON Luis Enrique , se impugnó los referidos recursos solicitando la confirmación de la resolución recurrida por entender que Sharamula.com es una web en la que se incluyen enlaces, pero no contenido; la actividad de enlazar no constituyó ninguna de las actividades típicas del art. 270.1 del C.P ., por tanto es indiferente que se tenga o no animo de lucro al realizar la actividad de enlazar; dicha actividad tiene su regulación específica en la Ley de Servicios de la Sociedad de la información y del Comercio Electrónico; los enlaces a ficheros e2dk constituyen enlaces a una actividad que no resulta punible, por lo que se sostiene que habiéndose realizado cuantas diligencias han sido necesarias y ante la inexistencia de delito, procede el sobreseimiento.

SÉPTIMO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid se dictó Auto, con fecha 14 de diciembre de 2007 desestimándose los recursos de reforma planteados, dándose trámite al recurso subsidiario de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por lo que se refiere a la alegación de vulneración del art. 24.1 de la CE pues entiende no puede dictarse Auto de sobreseimiento libre en tanto no se haya resuelto el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 20 de diciembre de 2006 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 que desestimaba la solicitud de las medidas cautelares.

No puede acogerse dicho motivo del recurso pues se ha de tener en cuenta que dichas medidas de acordarse (en el presente caso se desestimaron) en el seno de la instrucción de la causa tienen naturaleza de medidas cautelares con duración acotada en el tiempo y para los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, como los que aquí nos ocupan, la viabilidad de la adopción de tales medidas cautelares aparece por reconocimiento expreso del art. 288 segundo párrafo del C.P ., que nos remite al art. 129 del citado texto



legal en el que se establece que el Juez Instructor puede acordarlas durante la tramitación de la causa y estableciéndose en el apartado 3 que "Las consecuencias accesorias previstas en este art. Estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma."

En definitiva de la propia naturaleza de las medidas cautelares, que no son más que medidas interinas encaminadas a salvaguardar los derechos de las partes mientras se tramita la causa y a prevenir la posible continuidad delictiva, se desprende que no puede quedar en suspenso la conclusión de una causa si entiende el instructor que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal porque está pendiente un recurso de apelación contra una resolución que hubiera acordado unas medidas cautelares, que de haberse acordado podrían suspenderse, pues, reiteramos, siendo la finalidad de la medida cautelar la prevención de una posible continuidad delictiva si no se deducen de los hechos denunciados infracción penal alguna no hay una posible continuidad delictiva que prevenir.

Y en el presente caso, por el instructor se entendió que no era procedente acordar medidas cautelares y por tanto desestimaba la petición formulada al respecto y aunque se haya recurrido dicha resolución y este pendiente de resolución el citado recurso, si se vulneraría los derechos constitucionales si entendiendo el instructor que no existe infracción penal no pone fin a la causa a la espera de que se decida en apelación si procede acordar una medida cautelar que trata de prevenir una continuidad delictiva que evidentemente no puede darse al no haber delito.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a la alegación por parte de EGEDA de que no puede acordarse el sobreseimiento porque no se ha dado traslado a dicha parte del informe del Ministerio Fiscal para las alegaciones sobre la continuación del procedimiento, de acuerdo con la Providencia de fecha 16 de marzo de 2007, bastaría remitirse al folio 1074 en donde consta escrito presentado por dicha parte procesal en el que se hace constar que: "que esta representación formuló alegaciones sobre la continuación del procedimiento con fecha 20 de junio de 2007 por lo que se solicita de acuerdo su unión" y efectivamente por escrito de esta fecha (que consta al folio 1061 y siguientes) se presenta por dicha representación procesal escrito en el que se hace constar que habiéndosele notificado la providencia de 16-3-2007, por la que se le da traslado para alegaciones sobre la continuación del procedimiento se formulan las mismas.

Pero es que además, el artículo 779.1.1º de la LECrim . Establece que "si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración acordara el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa".

Y dicho sobreseimiento acordado por el instructor por estimar que los hechos no eran constitutivos de infracción penal o por no aparecer justificada su perpetración no es lo mismo que acordarlo conforme al art. 782.2º del mismo Cuerpo Legal , esto es, porque el Ministerio Fiscal solicita el sobreseimiento de la causa y no había otras acusaciones personadas, teniendo en cuenta que el proceso penal se rige por el principio acusatorio, en cuyo caso el Juez de Instrucción, antes de decretar el sobreseimiento, conforme al apartado a) del citado art. 782.2º "podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos no personados para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno".

Por tanto aun en el caso de que se hubiera decretado el sobreseimiento conforme al art. 782.2º de la LECrim (que no es el caso), la Ley autoriza al juez de instrucción, antes de decretar el sobreseimiento, hacer saber a los perjudicados o ofendidos la intención del Ministerio Fiscal, pero es una notificación discrecional no imperativa, pero puede optar el instructor por no hacer uso de dicha autorización, dictando directamente el auto de sobreseimiento, siendo dicha decisión perfectamente ajustada a derecho.

1º

La exigencia legal de notificar el sobreseimiento o quienes pudiera causar perjuicio que se establece en el art. 779.1.1º LECrim , y viene determinado porque el citado sobreseimiento se acuerde por los motivos que expresa el referido art. 779.1.1º, esto es porque el instructor considere que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, cual es el caso presente, pero reiteramos se impone la obligación de notificar el Auto de sobreseimiento no de dar traslado de la petición del Ministerio Fiscal (que en el presente caso igualmente se dio traslado tal y como hemos manifestado).

TERCERO.- Como dice la STC 235/1998, de 14 de diciembre , "conviene recordar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el contenido del art. 24.1 CE . Al respecto, hemos declarado que este precepto garantiza a todos los ciudadanos su derecho a obtener una respuesta judicial motivada, razonable y congruente con sus pretensiones, siempre que éstas se hubieran ejercido con cumplimiento de los requisitos de procedibilidad legalmente establecidos. No obstante, este derecho no es absoluto ni incondicionado sino que debe someterse



al cumplimiento de los requisitos que legalmente se impongan, de tal modo que no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución judicial de inadmisión que, comprobando la inexistencia de un requisito procesal, se ve impedida de conocer del fondo y así lo declara fundadamente (SSTC 18/1996 y 55/1997 entre otras)."

Respecto del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes la doctrina la resume, entre otras, la STC. 190/1997, de 10 de noviembre EDJ 1997/7473, diciendo que: "A través de innumerables resoluciones, este Tribunal ha ido paulatinamente configurando un cuerpo doctrinal sobre el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes que ahora debe recordarse, aunque sólo en lo que al caso es atinente.

Así, hemos reiterado que el art. 24.2 CE ha constitucionalizado el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa como un derecho fundamental, esto es "garantiza a quien está inmerso en un conflicto que se dilucida jurisdiccionalmente la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses, siempre que la misma esté autorizada por el ordenamiento" (STC 131/1995). No comprende, sin embargo, un hipotético "derecho de llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada" (STC 89/1986), en virtud de la cual las partes estuvieren facultadas y para exigir cualesquiera pruebas que tuvieran a bien proponer (SSTC 40/1986 , 87/1992 y 233/1992 , entre otras). Antes al contrario, dada su naturaleza de derecho de configuración legal la acotación de su alcance "debe encuadrarse dentro de la legalidad" (STC167/1988)

Por último y a la hora de ponderar lo imprescindible de una prueba, aunque sea pertinente y admitida, hay que tener en cuenta la potencial habilidad del contenido de la prueba para alterar el signo del enjuiciamiento. En la presente causa y por lo que ya se ha razonado suficientemente, tanto en el Auto que se impugna como en la presente resolución, las pretendidas diligencias de prueba resultan estériles, y ninguna diligencia de prueba que se pudiese practicar en el futuro, vendría a aclarar la cuestión previo subyacente, recordando a la parte apelante que a lo que ha de aspirar es a obtener una respuesta jurídica razonada, que bien puede ser el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, siguiendo en esto la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 217/1994, de 18 de julio , sin que exista a favor de la parte un "ius procedatur" alguno en aquellos casos en que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o hechos imputados carecen de licitud penal, en cuyo supuesto el derecho de la jurisdicción que ejerce el denunciante no conlleva el de la apertura, (o prosecución) de una instrucción inútil.

Lo expuesto, supone como inmediata consecuencia, que el Juez cuando aprecie de forma evidente que los hechos carezcan de relevancia penal, debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa (cfr. Tribunal Constitucional STC núm. 138/97), y en el presenta caso, los hechos denunciados carecen de relevancia penal tal y como ya se expresa en el auto recurrido y analizaremos a continuación.

CUARTO.- La L. O. 15/2003 de 25 de noviembre, y que entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, modifica los delitos contra la propiedad intelectual, en el sentido de, como expone la propia Exposición de Motivos de la citada Ley agravar las penas y "...en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio."

Se modifica, así, el artículo 270, que queda redactado como sigue:

"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"



A pesar de la reforma citada, de su lectura se desprende que el elemento subjetivo del delito se mantiene tal y como estaba, exigiéndose en el primer párrafo el dolo específico (con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero); delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio. Sin embargo continúa el segundo párrafo pidiendo sólo que se actúe "intencionadamente" y el tercero omitiendo cualquier referencia al respecto.

Estas infracciones, a las que se reputan generalmente como delitos de mera actividad, tratan de proteger el denominado derecho de autor en todas sus facetas. El sujeto activo de dichas infracciones lo puede ser cualquiera que se imputable, mientras que el sujeto pasivo lo puede ser el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios (Art. 5, 48, 105 TR 1/96). El objeto jurídico es el derecho del autor y el objeto material lo son las obras del ingenio humano, es decir las creaciones literarias, artísticas o científicas, entre las cuales figuran las cinematográficas. La dinámica comitiva o acción es muy variada y se concreta en la "reproducción, plagio o distribución o comunicación pública" sin la autorización de los titulares. (STS 876/2001 de 19 de mayo)

El artículo 270 protege un bien patrimonial o moral individual consistente en el interés de explotación exclusiva del titular de los derechos de explotación e integra como acciones nucleares la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente. Siendo este precepto un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales.

QUINTO.- Establecido lo anterior, y antes de analizar si concurren los elementos subjetivos del tipo delictivo (con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero), lo procedente es determinar en primer lugar si concurren los elementos objetivos del tipo (reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente) pues si no concurren estos es indiferente que concurren o no aquellos.

De la investigación llevada a cabo por la Policía Judicial y tal como ya ha apuntado el juez de instrucción, se desprende que la actividad de página Web www.sharamula.com se centra en facilitar "enlaces", ni aloja archivos, ni realiza directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, esto es su actividad se centra en "enlazar".

La actividad desarrollada por los denunciados viene regulada por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de Julio de 2002, en cuya Exposición de Motivos se recoge que "La Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables".

Y en desarrollo de dicha motivación se establecen, en el art. 16 la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos: "1 Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que: a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o b). Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos" y en su Art. 17 (aplicable al caso que nos ocupa) se recoge la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, estableciéndose que:

"1. 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 la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a. No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b. Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente."

Y tanto para los prestadores de servicios a que hace referencia el art. 16 como los del art. 17 se expresa que "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimientos efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse".



Sobre este punto el art. 13 LSSI , por el que empieza precisamente el Capítulo d3dicado al "Régimen de responsabilidad" establece:

"Art.13. Responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información.

1. Los prestadores de servicios de las sociedad de la información estén sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes."

Las normas siguientes de la LSSI (entre ellos art. 16 y 17 ya citados) podrán ser de aplicación en el ámbito civil, o en casos en que exista duda sobre la ilicitud penal, en la jurisdicción penal, quedando exonerada la responsabilidad del prestador de servicios, conforme a lo expresado:

- si no tiene conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse"

- Y si tienen conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, cuando actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Las resoluciones judiciales interpretando la LSSI son, hasta la fecha escasas, aunque, tal y como apunta la denunciada una de las primeras que trascendió fue el Auto del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, de 7 de marzo 2003 , en el titular de la página web www.ajoderse.com incluía enlaces a otras páginas web que facilitaban métodos para ver gratis TV de pago. La denuncia fue interpuesta por el grupo de empresas que operan bajo la marca ONO, por los presuntos delitos de Descubrimiento y Revelación de Secretos, contra el titular de la página de Internet con dirección <http://www.ajoderse.com/>.

El Juzgado opta por el sobreseimiento, alegando básicamente:

"Que puede existir responsabilidad por la colección de hiperenlaces según el texto de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, que en su art. 17 establece la responsabilidad en que incurre un sitio Web cuando sabiendo que un contenido es ilícito, se expone un enlace a una página declarada ilegal. Se precisaría el conocimiento efectivo por parte del proveedor de servicios de que la actividad o la información a la que remite el hiperenlace es ilícita. Pero aún cuando el prestador de servicios conozca la ilicitud de las páginas enlazadas, la Ley 34/2002 define lo que se entiende como conocimiento efectivo en el último párrafo de su art. 17.1: "Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse." Por tanto, al no haberse aportado a la causa prueba alguna de la que deriven indicios de existir una resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17,1 de la Ley 34/2002 , ni que el imputado como prestador de servicios conociera tal resolución, no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de esta causa, por lo que al amparo del art. 641,1 LECrim . En relación con lo establecido en el art. 789,5,1 de dicho texto legal procede decretar el Sobreseimiento provisional de la misma, sin perjuicio de su reapertura si se aportaran nuevos datos que pudieran constituir indicios de la perpetración del delito."

La Sentencia de la Sección 3ª (Civil) de la Audiencia Provincial de Baleares, en Sentencia de fecha 22 de febrero de 2007 , llega a la misma conclusión, analizando al respecto que "Tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, como España en la Ley 34/02, han optado por no hacer responsables a los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que albergan un sitio Web del control de los contenidos que transitan por sus sistemas informáticos, con determinadas excepciones; se recoge la norma general de que los prestadores de servicios, sólo serán responsables por contenido que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por su cuenta, excluyendo así cualquier responsabilidad por contenido ajenos que en el ejercicio de sus actividades de intermediación, transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por las normas,



a tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 34/02 . A los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, al igual que a los que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, sólo se les podrá hacer responsables en dos supuestos; cuando tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada o que es objeto de enlace o búsqueda, es ilícita o de que puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización y cuando teniendo este conocimiento, no actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos; entendiéndose que el servidor conoce la ilicitud de esa información a la que presta un servicio determinado "cuando el órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse", como dice el artículo 16; el legislador español, con el fin de no menoscabar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros valores ha optado por la no obligación de fiscalizar los contenidos por parte de los prestadores de servicios, si bien les impone un deber de diligencia, concretado, aparte de lo establecido en el artículo 16, en el artículo 11, que establece una serie de obligaciones en relación con los contenidos, y de colaboración con las autoridades públicas para localizar e imputar responsabilidad a los autores de actividades o contenido ilícitos que se difunda por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando".

En definitiva, no existiendo ninguna resolución del tipo al que se refiere el citado último párrafo del art. 17.1 LSSI , el prestador de servicio (la parte denunciada) no tiene el "conocimiento efectivo" que se requiere para que pueda declararse responsable respecto a la información que remiten o recomiendan o donde "enlazan".

SEXTO.- Concretado el marco legislativo en el que la denunciada desarrolla su actividad de "enlazar" y las pautas claras y concisas que dicha legislación establece en cuanto a las responsabilidades, tanto civiles como penales, derivadas de la citada actividad, la única conclusión a la que puede llegarse es a la que llega el Juez de Instrucción, esto es que no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que dio motivo a la formación de la causa.

No concurren ninguno de los elementos objetivos del tipo delictivo denunciado, ni tan siquiera la comunicación pública que se sostiene por los recurrentes.

Al respecto nos remitimos a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 20 de diciembre de 2007 que analiza dicha cuestión y que recopilamos por entender que es bastante ilustrativa, estableciéndose en la misma que:

"Como se aprecia, en este alegato se entremezclan problemas diversos. Una cuestión es si realizar un "enlace simple" a una página web constituye un acto de infracción de a propiedad intelectual de dicha página; y otra bien distinta, si al realizar ese enlace se está llevando a cabo una actuación indebida por utilizar la página "enlazada" como forma de promoción de la página propia. Aquella viene ligada a una interpretación del Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual; mientras que ésta se ciñe más a otros problemas, que podrían quizás estar relacionados con la competencia desleal o con el principio de buena fe. Ninguna referencia se realiza en la demanda a posibles infracciones de otras normas ni del principio de buena fe, sino únicamente a la Ley de Propiedad Intelectual. Lo que se afirma así, exclusivamente, es que el enlace constituye un acto de distribución de la propiedad intelectual, realizado sin consentimiento del actor.

Desde esta perspectiva, coincidimos con el parecer del Juzgador de lo Mercantil que, en línea con lo expresado por la doctrina (Ortega Díaz, Garrote Fernández-Díez), considera que el enlace simple o de superficie no supone infracción de los derechos de propiedad intelectual. Este tipo de links constituye únicamente una forma de facilitar al usuario de Internet el acceso a otra página web, sin tener que "teclear" el nombre de esa página. Por eso no supone una reproducción ni una distribución de la página web, ya que no reproducen la página enlazada, ni dan lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. Simplemente, como hemos dicho, "ahorra" el trabajo de teclear el nombre de la página en el buscador. ¿Acaso el internauta que teclea el nombre de la página en el buscador está reproduciendo o distribuyendo el contenido de la página, y está infringiendo la propiedad intelectual de la misma? Es evidente que no. El enlace simple cumple esa misma función, y por eso no supone infracción de dicho derecho.

El problema podría ser distinto en otros tipos de enlace más complejos, como aquellos que vinculan a una página interior de otra web distinta, sin pasar por su página principal (enlaces de profundidad); los que dividen la página propia en dos marcos o ventanas, en una de las cuales se ponen contenidos de una página web distinta ("marcos" o frames); los enlaces involuntarios, en los que la vinculación es realizada por el navegador sin la intervención del usuario, u otros más complejos, como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí. En algunos de estos casos sí existe una reproducción de la página web ajena dentro de la propia que podría quizás suponer



una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Pero, como queda dicho, no es el caso de autos, en que el link a www.iurarech.com es un simple enlace de superficie, sin reproducción de la página ajena en la propia, no supone, así, una comunicación pública de dicha página, sino una indicación de dónde se realiza dicha comunicación pública. Señala el recurrente que al pulsar en el enlace sí se produce una reproducción provisional o momentánea de la página web de la actora, como medio para acceder a dicho website. Pero aunque así fuera, esa reproducción puramente provisional e instrumental no constituye un acto prohibido, precisamente por dicha provisionalidad y porque es el mecanismo necesario para que el enlace cumpla su función. Este es el criterio seguido por el derecho comunitario en el art. 5.1 de la Directiva 2001/29 /CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Dicho precepto ha sido transpuesto en nuestro ordenamiento en el art. 31 de la Ley de propiedad intelectual, tal y como ha sido redactado por la Ley 23/2006, de 7 de julio. Conforme a dicho precepto "1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la ley". Como se aprecia los links de superficie no requieren autorización del autor, aun cuando puedan suponer técnicamente una reproducción provisional, por su transitoriedad, porque forman parte del proceso tecnológico que hace posible el enlace, y porque suponen simplemente una transmisión entre terceras partes (el usuario de la red y la página a la que se dirige). Por estas razones caen las alegaciones realizadas en el recurso relativas a que el enlace de la página de la demandada da lugar a una reproducción provisional de la página de la actora, pues aun en tal caso, no supondrían una violación del derecho de propiedad intelectual.

Hay que hacer notar que la finalidad de explotación de la propiedad intelectual es distinta en una obra literaria -por tomar un ejemplo- o en una página web de ofrecimiento de servicios. En la obra literaria, el creador que quiere obtener un rendimiento económico de su creación lo que hace es percibir una retribución por cada reproducción o ejemplar de su obra; por eso, sólo él puede realizar esa reproducción e introducción de la obra en el mercado. En la página web, en cambio, como regla general el titular de los derechos de explotación no pretende cobrar al usuario por el acceso a tal página, ni tampoco limitar el conocimiento de su creación exigiendo un previo pago; más bien al revés, la "explotación" consiste en hacer accesible toda esa información y contenidos gratis al mayor número de usuarios posible. El rendimiento económico le vendrá al titular porque, precisamente, gracias a que difunde su servicio a una multitud de usuarios, podrá ser contratado más fácilmente que si utilizara otros medios de publicidad (y, también, en muchos casos si figura publicidad en su página, pues la retribución por ella viene normalmente determinada por el número de "visitas"). Por lo tanto, no pueden aplicarse los moldes de la explotación de propiedad intelectual "clásicos" a una creación intelectual que busca unos efectos de explotación económica distintos. Por esta razón, 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. Más bien está facilitando aquello para lo que dicha página fue creada: la difusión de la misma entre el público.

Cuestión distinta sería el plantear si con este enlace puede darse, en algún caso, y por poner un ejemplo, un aprovechamiento indebido de la reputación ajena, un uso indebido del nombre de un competidor, o incluso una asociación indebida en el consumidor acerca de las relaciones existentes entre los empresarios de las páginas web enlazadas (piénsese, por ejemplo, en que una página web con contenidos o ideologías que para un alto grupo de usuarios pudieran considerarse inmorales, tuviera enlaces a páginas web que nada tengan que ver con el titular de la primera ni con su actividad). Pero esto no tiene que ver con la propiedad intelectual de la página web, que es la vía que ha seguido el actor en su demanda, sino con otras normas legales con sus requisitos propios y con sus principios rectores específicos. Tampoco cabe por ello valorar porqué la demandada aparece en su página como creadora de la web de la actora, pues eso no tiene que ver con una posible infracción de la propiedad intelectual de dicha web -que es la norma citada en la demanda-, sino una cuestión bien distinta (existiendo además indicios de la relación existente entre Sutaba y la entidad demandada)

Debe hacerse notar, por otro lado, que la jurisprudencia citada por la recurrente se refiere a supuestos de hecho diferentes, como el uso comercial de una obra intelectual contenida en una página web, reproduciéndola en la página del infractor. En estos casos no existe un link, sino la incorporación a la página propia de propiedad intelectual contenida en páginas distintas, lo que se halla muy lejos del "factum" "de este litigio. En conclusión, esta Sala considera que el enlace simple a una página web no infringe el derecho de propiedad intelectual del creador o titular de la misma"

SEPTIMO.- En definitiva, conforme a todo lo expuesto, esta Sala llega a la conclusión de que no concurren los elementos objetivos del art.270 del C.P., siendo innecesario analizar, por tanto la posible concurrencia de los



subjetivos y de ello se deriva lo acertado de la resolución recurrida, debiéndose recordar, además la vigencia del principio de intervención mínima, básico en campo penal, cuyas consecuencias y la existencia dentro de la esfera civil de unos cauces adecuados para que los interesados pueden dilucidar sus diferencias, impone, como lógica consecuencia, una aplicación restrictiva y estricta de las normas penales correspondientes (STS. De 4 de abril de 1990 , que cita, a su vez, las de 7.3 y 30.5.88 y 10.6.89); principio conforme al cual sólo debe recurrirse al Derecho penal en los casos en los que el mismo sea absolutamente necesario para la protección de los bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto, lo que comporta, además, que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representen el último e inevitable recurso a que acude el Estado.

El principio de intervención mínima, unido a la necesidad de la salvaguarda de los bienes jurídicos, conduce a proclamar dos exigencias: a) la de que un hecho es constitutivo de delito en la medida en que contiene un real ataque a un bien jurídico a través, además, de una conducta dotada de una expresión sustancialmente objetiva, en la que los elementos subjetivos pueden tener la función de requisitos adicionales; y b) se exige que los tipos penales aparezcan formulados con unos contornos precisos, evitando cláusulas indeterminadas que priven a las figuras de delito de límites claros y seguros.

Vistos los artículos de pertinente aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR los recursos de apelación interpuestos por:

- Por la Procuradora Doña Blanca Berriatua Horta, en representación de COLUMBIA TRISTAR HOME VIDEO & CIA. SRC; THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, S.L.; TWENTIETH CENTURY FOX HOME ENTER. ESPAÑA, S.A.; WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA, S.A., LAUREN FILMS VISEO HOGAR, S.A. MANGA FILMS, S.L., UNIVERSAL PICTURES SPAIN S.L. Y PARAMOUNT HOME ENTERTAINMENT, S.L. y otras.

- Por la Procuradora Doña Noemí de Córdoba Alvaro en representación de MICROSOFT

- Por la Procuradora Doña Alicia Martínez Villoslada, en representación de la ENTIDAD DE GESTION DE DERECHO DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)

- Por el Procurador Don Jorge Laguna Alonso en representación de la Asociación PRODUCTORES DE MUSICA DE ESPAÑA (**PROMUSICAE**)

Contra el auto de fecha 14 de diciembre de 2007 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Madrid , que desestimaba el recurso de reforma planteado contra el Auto de fecha 28 de septiembre de 2007 , que confirmamos, declarando de oficio las costas de éste recurso.

Así lo acuerdan, mandan y firman las/os Ilmas/os. Sras/es. Magistradas/os de la Sala.