



Roj: **AAP C 1/2013 - ECLI: ES:APC:2013:1A**

Id Cendoj: **15030370012013200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2013**

Nº de Recurso: **1209/2012**

Nº de Resolución: **22/2013**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **MARIA GABRIELA GOMEZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 1

A CORUÑA

AUTO: 00022/2013

AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 de A CORUÑA

Domicilio: RÚA CAPITÁN JUAN VARELA, S/N

Telf: 981.182067-066

Fax: 981.182065

Modelo: 662000

N.I.G. 15036 43 2 2007 0003768

ROLLO: APELACIÓN AUTOS 0001209 /2012

Juzgado procedencia: XDO. DE INSTRUCCION N. 3 de FERROL

Procedimiento de Origen: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 0000518 /2007

RECURRENTE: LAUREN FILMS VIDEO HOGAR S.A., MANGA FILMS SL SOCIEDAD UNIPERSONAL, TWENTIETH CENTURY FOX HOME ENTERTAINMENT ESPAÑA SA, UNIVERSAL PICTURES SPAIN S.L, WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA SA PARAMOUNT HOME ENTERTAINMENT (SPAIN) SL, COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC Y THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA, SL Y DE LA ASOCIAC, MINISTERIO FISCAL, Carlos Francisco

Procurador/a: EDUARDO LUIS FARIÑAS SOBRINO, ANTONIO RUBIN BARRENECHEA

Letrado/a: MARÍA LUCIA SILVOSO FUENTES, JAVIER MAESTRE RODRIGUEZ

RECURRIDO/A: Carmela , Alejandro

Procurador/a: ANTONIO RUBIN BARRENECHEA, ANA BELEN RODRÍGUEZ SEIJAS

Letrado/a: JAVIER MAESTRE RODRIGUEZ, JOSE MANUEL QUIVEU LAGE

**AUTO**

ILMOS./AS. SRES./SRAS

Presidente

D. ÁNGEL MARÍA JUDEL PRIETO



Magistrados/as

D. IGNACIO ALFREDO PICATOSTE SUEIRAS

DÑA. GABRIELA GÓMEZ DÍAZ

A CORUÑA, ocho de Enero de dos mil trece

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó por XDO. DE INSTRUCCION N. 3 de FERROL auto de fecha 24 de enero de 2011 por el que se sobresee provisionalmente la causa, ex art. 641.1 de la Lecrim respecto a los imputados Carmela , Carlos Francisco y Alejandro .

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por el Ministerio Fiscal recurso de reforma y subsidiario de apelación, el cual fue admitido, remitiéndose en su virtud a este Tribunal autos originales con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Personada en tiempo y forma la parte apelante se sustanció el recurso por todos sus trámites.

Siendo Ponente el/la lltmo./a. Sr./Sra. D/Doña. GABRIELA GÓMEZ DÍAZ.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de fecha 24 de Enero de 2011, en el que se acuerda el sobreseimiento provisional y el archivo de las actuaciones al estimarlo contrario a derecho.

Por auto de fecha 18 de mayo de 2011 , fue desestimado el recurso de reforma.

Arguyen el Ministerio Fiscal y la acusación particular que, contrariamente a lo razonado en la resolución debatida, los hechos pueden ser constitutivos de un delito continuado contra la propiedad intelectual tipificado en los arts. 270.1 y 271 letras b ) y c) del Código Penal , en relación con el artículo 74 del mismo texto legal , por entender que concurren todos los elementos del tipo.

La acusación particular alega jurisprudencia del TC sobre el principio "pro actione", y en sus alegaciones Tercera y Cuarta argumenta que sí existen indicios suficientes para que continúe la instrucción.

La representación procesal de Carmela y Carlos Francisco solicita la confirmación del auto.

El artículo 270. 1 del C. Penal tipifica la actuación de 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. El párrafo 2º del número 1 del artículo 270 introducido por el apartado sexagésimo noveno del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio , por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal ("B.O.E." 23 junio).CP exige "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.

En definitiva, el art. 270 CP es un tipo cerrado, pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados conforme a normas no penales, siendo este "quid" de la cuestión.

Tal y como indica la resolución objeto de esta alzada, con la instrucción llevada a cabo por el Juzgado nº 7 de Ferrol, junto con la Brigada de Investigación Tecnológica del Cuerpo de Policía Nacional, se averiguó que Leandro (fallecido), Carlos Francisco y Carmela eran los administradores de tres páginas web: [www.estrenosdivx.com](http://www.estrenosdivx.com) <<http://www.estrenosdivx.com>>, [www.limitedivsx.com](http://www.limitedivsx.com) <<http://www.limitedivsx.com>> y [www.limitetracker.com](http://www.limitetracker.com) <<http://www.limitetracker.com>>, mediante las que se ponía a disposición de los usuarios los medios necesarios para la obtención de copias ilícitas de obras video gráficas a través de enlaces con programas de intercambios de archivos "P2P", obteniendo aquellos, supuestamente, beneficios económicos por vía de inserción de publicidad, de enlaces con casinos virtuales y con tiendas on line y envíos de SMS de tipo Premium, así como la venta de claves para la descarga directa (FTP) de las citadas obras.

Las diligencias instructoras practicadas evidencian que la actividad realizada por los imputados consistía en "facilitar enlaces", es decir, facilitar una dirección donde se puede descargar la obra, y no una descarga directa.



Y en este sentido, debemos de acudir a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio de 11 de Julio de 2002, que regula el régimen de responsabilidad, así el art. 17 a ) niega responsabilidad a quien no tenga "conocimiento efectivo", el cual existirá "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".

Ningún indicio se ha aportado en esta investigación relativa a estos extremos, y toda vez que la finalidad de la instrucción versa sobre la determinación de la existencia y contenido de los hechos investigados, de la identidad de las personas implicadas y de las circunstancias de ambas, que la competencia para dirigirla corresponde al Juez de Instrucción -todo ello está perfectamente definido en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -, y que el artículo 779 LECrim determina que el Juez adoptará mediante auto alguna de las resoluciones recogidas en los cinco números de dicho precepto "practicadas sin demora las diligencias pertinentes"; resulta acertada la resolución de instancia de Sobreseimiento Provisional respecto de Carmela y Carlos Francisco (imputados por estos hechos).

SEGUNDO.- En cuanto a la actividad consistente en la venta de claves para la descarga directa de obras video gráficas (FTP), el art. 16. 1 a) de la LSSIC regula la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos que "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 (...)".

Confirma el auto de sobreseimiento provisional que se han aportado indicios acerca de la posible intervención del fallecido Leandro en la venta de claves para la descarga directa de obras video gráficas mediante FTP -declaración prestada en sede policial, el día 23 de febrero de 2007, donde reconoció que el usuario que "quiere descargar una película mediante sistema FTP, es decir, descarga directa desde un servidor, debe de conocer una clave y una contraseña, que son facilitados por el declarante como titular del servidor, previo pago de la cantidad económica convenida en la cuenta bancaria facilitada por este". Pero negó que hubiesen tenido participación alguna en esa actividad los otros imputados, y, en concreto, respecto de la cotitularidad en la cuenta del Banco Pastor número: NUM000 con Alejandro , en la que se efectuaban los ingresos de los usuarios para la obtención de claves, afirmó que Alejandro desconocía el uso que él le daba a la referida cuenta bancaria, que les une unía una relación de amistad, y que nunca Alejandro nunca hizo disposición de dinero.

Alejandro también fue llamado como imputado, en fecha 30 de abril de 2010, y afirmó igualmente que le unía una relación de amistad con Leandro , explicó que al ser aquél el padrino de su hija, fue el motivo de tener la cotitularidad de la cuenta en el Banco Pastor, hacer ingresos para la niña, pero que desconocía todo lo concerniente a la actividad de administración de las páginas [www.estrenosdivx.com](http://www.estrenosdivx.com) <<http://www.estrenosdivx.com>>, [www.limitedivsx.com](http://www.limitedivsx.com) <<http://www.limitedivsx.com>>, y [www.limitetracker.com](http://www.limitetracker.com) <<http://www.limitetracker.com>>.

Pese a lo manifestado por la acusación particular en su escrito de recurso, acierta la resolución de instancia en que tampoco resulta debidamente justificada la perpetración del delito -venta de claves para la descarga directa de obras videográficas- respecto de los imputados Carmela , Carlos Francisco y Alejandro , y es que, la decisión judicial de archivar unas diligencias previas por estimar que los hechos no son constitutivos de infracción penal no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el derecho al ejercicio de la acción penal no supone un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, de conformidad con las previsiones de la Ley de enjuiciamiento criminal, siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que los hechos imputados carecen de ilicitud penal (por todas, SSTC 191/1989, de 16 de noviembre, FJ 2 ; 203/1989, de 4 de diciembre, FJ 3 ; 191/1992, de 16 de noviembre, FJ 1 ; 94/2001, de 2 de abril, FJ 2 ; 21/2005, de 1 de febrero , FJ 4).

En definitiva, no asiste al denunciante o querellante un derecho a agotar la instrucción, pues el derecho a la tutela judicial puede satisfacerse igualmente a través del sobreseimiento y archivo de la causa, y ello procedería cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 , 313 y 779 de la L.E.Crim , el Juez considera que los hechos no son constitutivos de delito y la práctica de nuevas diligencias no harían sino prolongar innecesariamente la causa, máxime tomando en consideración el carácter fragmentario que posee el Derecho Penal, sujeto al principio de legalidad y tipicidad.

Respecto de Leandro (fallecido), consta en el auto de 26 de abril de 2009, se ratifica la extinción de la acción penal, subsistiendo la acción civil contra sus herederos y causahabientes ( arts. 130 CP y 115 Lecrim )



SEGUNDO.- De conformidad con los artículos 239, siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y general aplicación.

#### PARTE DISPOSITIVA

Por cuanto antecede LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de Lauren Films Video Hogar, S.A., Manga Films S.L.(Sociedad Unipersonal), Twentieth Century Fox Home Entertainment España S.A., Universal Pictures Spain S.L., Warner Home Video Española, S.A., Paramount Home Entertainment (Spain) S.L., Columbia Tristar Home Entertainment y Cia S.R.C. y The Walt Disney Company Iberia, S.L., y la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (ADESE) y de las empresas que la componen; Proein, S.A., Sony Computer Entertainment España, S.A., Ubi Soft, Sociedad Anónima, Electronic Arts Software, S.A. unipersonal, Infogrames España, S.A., Editorial Planeta de Agostini, S.A., Acclaim Entertainment España, S.A., contra auto de fecha 24-01-11 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE FERROL y el de fecha de 18-05-11 desestimatorio del recurso de reforma y CONFIRMAR dichas resoluciones, declarando las costas de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de lo resuelto para su ejecución.

Verificado lo anterior, archívese el rollo sin más trámite.

Así, por este nuestro Auto, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.