

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN
NÚMERO 32
BARCELONA

D.Previous: 5597/07-A

A U T O

En BARCELONA a diecisiete de diciembre de 2007;

Dada cuenta y;

H E C H O S

ÚNICO.- Que, con fecha de sello de entrada de 30 de noviembre de 2007, y procedente del Grupo III del Cuerpo Nacional de Policía, Propiedad Intelectual e Industrial, tuvo entrada en este Juzgado escrito denuncia instada por la Procuradora de los Tribunales Dña. MARÍA DOLORES GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de la mercantil N. I. L. y otros por el que se formulaba denuncia contra ZHANG S., ZHENG R. y otros, como supuestos autores de un delito contra la propiedad industrial. En la indicada denuncia se interesaba, entre otras, la adopción de la medida cautelar de bloqueo o oscurecimiento parcial de la página web www.nikebrother.com a través del correspondiente bloqueo de resolución del dominio nikebrother.com a nivel DNS. Dado traslado de la indicada petición al Ministerio Fiscal, por éste, en informe de fecha de 12 de diciembre del año en curso, por el que manifestaba su no oposición a la adopción de la medida interesada, quedó la misma sobre la mesa de S.Sª. para el dictado de la oportuna resolución.

R A Z O N A M I E N T O S J U R Í D I C O S

PRIMERO.- Vaya por delante que la medida cautelar que ahora se interesa pudiera tener su fundamento o cobertura legal al amparo del artículo 129.2 del Código Penal, que dispone "*La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa*", en referencia dicho apartado 2º a las penas previstas en el citado artículo 129 pero en su apartado 1º, subapartados a) y c), refiriéndose el primero a "*la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo*",

y el último apartado a "la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años", en el bien entendido que cuando dichas medidas son acordadas en el seno de la instrucción de la causa tendrán naturaleza de medidas cautelares con duración acotada en el tiempo. 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 citado texto legal.

Como decimos, bien es cierto que la medida interesada por la denunciante pudiera tener cabida, no sin ciertas dificultades, en el indicado artículo 129.2º, dificultades que precisamente saltan a la luz en supuestos como el que nos ocupa, en el que la actividad supuestamente delictiva objeto de denuncia, tiene como mecanismo de difusión la red global de comunicación y difusión de información internet. La dificultad es de naturaleza esencialmente formal y/o procesal, pero con relevancia en el campo de la posible vulneración de derechos fundamentales, vulneración que en caso de producirse abocarían en una necesaria como irremediable nulidad de la actuación o diligencia que sobre esa base irregular se acordase. La cuestión resulta clara, el citado artículo 129 del CP exige, como requisito o condición necesaria para la adopción de cualesquiera de las medidas cautelares que contempla, la previa audiencia de los titulares o representantes legales de la empresa afectada por la medida cautelar que se acordase. La articulación, desde el punto de vista no sólo formal, sino temporal, de la práctica de dicha audiencia previa de los titulares de las empresas objeto de denuncia, haría ilusoria a todas luces la medida que pudiese acordarse. Tomemos como ejemplo el mismo caso que nos ocupa. Nos encontramos ante la presunta comisión de un delito contra la propiedad industrial cometido supuestamente por una empresa de nacionalidad china, siendo que los efectos de la actividad delictiva desarrollada por dicha mercantil, se despliegan, como consecuencia del uso de la indicada red de internet, en todo el mundo, incluido, en lo que aquí nos interesa, el territorio español. Evidentemente, supeditar no sólo la validez, sino incluso la eficacia y viabilidad de la medida cautelar interesada, al cumplimiento de ese requisito previsto y exigido por el artículo 129 del CP, (no se olvide que estamos hablando de audiencia previa a los denunciados, residentes en China), comportaría como decíamos, que la citada medida resultare ilusoria.

Consecuencia de eso es la necesaria búsqueda de otros mecanismos legales que otorguen, por un lado, esa misma cobertura de protección cautelar a los titulares de los derechos de la propiedad industrial, y por otro lado, habilitación legal suficiente a los órganos judiciales para la adopción de tales medidas.

Así las cosas, la solución la encontramos en el ámbito del derecho comunitario europeo, concretamente, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio,

relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), así como, la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Dicha normativa fue objeto de transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno por medio de la Ley de Servicios de la Información y del Comercio Electrónico de fecha de 11 de julio de 2007.

Ya la propia Exposición de Motivos de la citada Ley reconoce sólo se permite restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países pertenecientes al Espacio Económico Europeo en los supuestos previstos en la Directiva 2000/31/CE, que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Igualmente, podrá restringirse la prestación de servicios provenientes de dichos Estados cuando afecten a alguna de las materias excluidas del principio de país de origen, que la Ley concreta en su art. 3, y se incumplan las disposiciones de la normativa española que, en su caso, resulte aplicable a las mismas.

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.

Dejando a un lado el espíritu de la Ley, y entrando en el derecho positivo de directa y necesaria aplicación en el caso de autos, debemos hacer referencia al artículo 8 de la citada norma, que bajo la rúbrica de "restricciones a la prestación de servicios", establece, "1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y

d) La protección de la juventud y de la infancia".

Evidentemente, en el caso de autos la presente medida cautelar tendrá cabida tanto en el subapartado a) como en el subapartado b) del citado artículo 8 de la Ley, esto es, cuando se adopte para salvaguardar el buen fin de una investigación penal, como la que se inicia ahora, o cuando su razón de ser sea la protección de quienes ostenten la condición de consumidores y usuarios. Obsérvese en este último caso, que cuando de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual se trata, se incardinan precisamente en el Capítulo XI del Título XIII, bajo la rúbrica de los delitos contra la propiedad e intelectual, el mercado y los consumidores, siendo éstos parte perjudicada, evidentemente, cuando, como en el caso que nos ocupa, de lo que se trata es de la comercialización de productos falsos.

Dispone igualmente el tan citado artículo, en cuanto a la forma de proceder o llevar a efecto la medida que aquí se interesa, de bloque de una página web que, "la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso.

Será de aplicación lo dispuesto en el art. 11 cuando los datos que deban retirarse o el servicio que deba interrumpirse procedan de un prestador establecido en España".

Las medidas de restricción a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

Así las cosas, y respecto de este último inciso, y en aplicación del citado precepto al caso que nos ocupa, ninguna duda tiene este Juzgador de Instancia que la medida interesada por la denunciante, y que aquí se adopta, resulta ser objetiva y proporcionada a los fines perseguidos, pues estamos en presencia de un supuesto delito contra la propiedad industrial, mediante la comercialización y distribución vía internet y a nivel mundial, de calzado deportivo y de otro tipo, de marcas conocidas también a nivel mundial, existiendo visos de realidad de la actividad delictiva desarrollada por la titular de la página web a través de la que se distribuye el citado material,

visos que derivan de las propias comprobaciones efectuadas por el Grupo especializado del Cuerpo Nacional de Policía, siendo por otra parte ingentes los más que posibles ingresos económicos ilícitos que dicha actividad puede generar a los titulares de la citada página web y su dominio (con sede en China), ingresos que serán en todo caso proporcionales a las pérdidas que pudiera ello ocasionar a los titulares de las marcas objeto de falsificación.

En consecuencia, al amparo del citado artículo 8 de la LSSI y CE, procede acordar la medida cautelar interesada en tanto dure la instrucción de la presente causa, salvo que la variación de las circunstancias que han dado pie a la misma comporten su modificación.

En atención a lo expuesto;

DISPONGO.- Que debo acordar y acuerdo, dirigir mandamiento a los diferentes proveedores de servicios de Internet que operan en España y que dispongan de DNS para sus clientes, por el que se les requiera a todos y cada uno de ellos, a fin que procedan al bloqueo de cualquier resolución a nivel DNS del dominio nikebrother.com, debiendo comunicar a este Juzgado tanto la fecha en que se lleva a efecto la medida interesada como la eficacia y efectividad de la misma.

Remítase atento oficio al Ministerio de Ciencia y Tecnología con copia de la presente resolución a fin y efecto que den cumplimiento a lo aquí acordado.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en su caso, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de reforma dentro del tercer día desde su notificación ante este mismo Juzgado.

Así por este Auto lo acuerda, manda y firma, D. Jose Antonio Cruz de Pablo, Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción 32 de los de Barcelona.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.