



Roj: **AAP V 844/2010 - ECLI:ES:APV:2010:844A**

Id Cendoj: **46250370032010200001**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **26/10/2010**

Nº de Recurso: **499/2010**

Nº de Resolución: **630/2010**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **LUCIA SANZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

VALENCIA

ROLLO APELACIÓN PENAL: 499/2010

D. Previas núm. 1.463/2009

J. Instrucción Núm 3 Mislata

AUTO n° 630/2010

Sres.

Presidente:

D. CARLOS CLIMENT DURÁN

Magistrados:

D^a. LUCIA SANZ DÍAZ

D. LAMBERTO J. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

En Valencia, a veintiséis de octubre de dos mil diez.

Dada cuenta, y concurriendo las siguiente

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 17-5-2010 se dictó, en el seno de las Diligencias Previas 1463/2009 tramitadas en el Juzgado de Instrucción 3 de Mislata, Auto por el que se decretó el sobreseimiento libre de las actuaciones al no ser los hechos objeto de la instrucción puesta en marcha constitutivos de infracción penal.

Notificada que fue la expresada resolución a los interesados, se interpusieron contra la misma sendos recursos de reforma por la procuradora D^a. Teresa Pérez Orero, en representación de Lauren Film Video Hogar, Manga Films SL. (sociedad unipersonal), Rwentienth Century Fox Home Entertainment España, SA., Universal Pictures Spain SL., Warner Home video Española, SA., Paramount Home Entertainment SL., Columbia Tristar Home Entertainment y Cia SRC y The Walt Disney Company Iberia S.L., así como por la procuradora D^a. M. Ángeles Más Victoria, ésta en representación de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), los que fueron desestimados a través del Auto de fecha 25-6-2010, frente al que las indicadas representaciones procesales interpusieron recurso de apelación, interesando ambas la continuación del procedimiento hasta su completa instrucción, enjuiciamiento y fallo, si bien, la segunda indicada, interesó también la práctica de las diligencias de investigación propuestas en escrito presentado al efecto.



A los referidos recursos de apelación se les dio el trámite previsto legalmente, oponiéndose a los mismos el Ministerio Fiscal y la procuradora D^a. María Somalo Vilana, ésta en representación del imputado, Martin , en los términos que se recoge en el informe y escrito que, respectivamente, se unieron a las actuaciones a los folios 948 y 952 y siguientes.

SEGUNDO.- Recibidas que fueron las actuaciones en esta Sección, correspondió la Ponencia a la Magistrado D^a. LUCIA SANZ DÍAZ, quien expresa el parecer del Tribunal tras la oportuna deliberación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Solicitan los apelantes que sea revocado el auto por el que se decretó el sobreseimiento libre de las actuaciones y, en su lugar, se acuerde seguir adelante con el procedimiento hasta finalizar la fase de instrucción, enjuiciamiento y fallo de la causa, interesando la práctica de determinadas diligencias de investigación (éstas propuestas por la representación procesal de EGEDA), fundamentando su pretensión en el carácter delictivo de la conducta desplegada por el imputado a través de la página Web www.divxonline.info <<http://www.divxonline.info>> - y otras diferentes-, de las que es administrador y cuyas paginas, mas allá de constituir un mero enlace con determinados servidores en los que hay alojado material audiovisual protegido, permite el visionado del mismo, en tiempo real y desde la misma pagina Web, conformando el delito contra la propiedad intelectual, tipificado en el artículo 270.1 C. Penal , planteando EGEDA. con carácter previo al examen de la cuestión de fondo, la nulidad del auto de fecha 17-5-2010. por el que se decretó el sobreseimiento libre de las actuaciones, por cuanto: 1) no se recoge en el mismo la posibilidad de ser recurrido en casación (art. 848. en relación con 636 L.E.Crim , produciéndose el efecto de cosa Juzgada con finalización del procedimiento; y 2) por haberse dictado la mentada resolución sin dar previamente, trámite de audiencia a las acusaciones particulares personadas y al Ministerio Fiscal y sin haber resuelto previamente sobre la práctica de diligencias de investigación propuestas y adopción de medidas cautelares solicitadas.

SEGUNDO.- Entablados así los términos del recurso interpuesto y, a la vista de lo actuado en la causa de autos, han de hacerse, con respecto a la instada nulidad, las siguientes apreciaciones:

a.- De un lado, debe partirse de que la causa de autos se está tramitando por las reglas del denominado "Procedimiento Abreviado", el que se rige por específicas disposiciones contempladas en los artículos 757 y siguientes de la L.E.Crim y, por tanto, en materia de recursos no rigen las prescripciones establecidas para el Sumario, sino en el artículo 766 L.E.Crim ., el que menciona que "contra tos autos del Juez de Instrucción.....que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y el de apelación.." y, por tanto, contra el auto de fecha 17-5-2010, los recursos que cabían eran el de reforma y el de apelación (éste directa o subsidiariamente -art. 766.2 -), habiendo ejercitado ambos recursos los ahora apelantes.

A mayor abundamiento, el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS. de fecha 9-2-2005 estableció que " Los autos de sobreseimiento dictados en apelación en un procedimiento abreviado sólo son recurribles en casación cuando concurren estas tres condiciones:

1) Se trate de un auto de sobreseimiento libre.

1) Haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiéndose por tal resolución judicial en la que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable y se indiquen las personas responsables.

1) El auto haya sido dictado en procedimiento cuya sentencia sea recurrible en casación."

Resulta evidente que, por lo expuesto, no es susceptible la resolución apelada de recurso de casación.

b.- De otra parte y por lo que respecta a la aducida nulidad de actuaciones porque, según se aduce, el Auto de Sobreseimiento de las actuaciones fue dictado sin dar trámite de audiencia a las acusaciones personadas en la causa, está igualmente abocada al fracaso pues en ningún pasaje de la L. E. Crim se contempla trámite alguno previo de alegaciones a las partes antes de dictar alguna de las resoluciones a que se contrae el artículo 779 L. E. Crim y, en concreto, de las contempladas en la regla primera del num. 1 (sobreseimiento provisional y sobreseimiento libre), debiendo añadirse, de otro lado, que ninguna indefensión se le ha causado pues, para que pudiese prosperar la nulidad pretendida sería necesario que, además de la infracción formal alegada -en caso de haber existido la misma-, se hubiere causado indefensión (STC 98/1987 , 155/1988 , 145/1990 , 106/1993 , 336/1993), suponiendo ésta que una de las partes del procedimiento queda privada de la posibilidad de hacer alegaciones y, en su caso, de poder justificar sus derechos para que le sean atendidos o replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del derecho de contradicción. No toda vulneración formal de las normas que rigen el proceso llevan consigo, necesariamente, la colocación a la parte en una situación de indefensión, sino que solamente podrá aducirse indefensión cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial o, cuando la vulneración formal de una norma, le priva del derecho a la defensa,



con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados. En el caso de autos, no solo no se ha infringido norma alguna, sino que, además, ninguna indefensión se ha causado a la recurrente, como lo demuestra, ni más ni menos, la posibilidad que ha tenido de poner de manifiesto su posición en la presente la causa y alegatos en que se basa la misma.

c.- Se dice también por la apelante EGEDA que procede la nulidad del auto recurrido en la medida en que se ha resuelto sobre el fondo de la cuestión debatida, sin tomar decisión alguna con respecto a la práctica de las diligencias de investigación propuestas y adopción de medidas cautelares, pero a ello ha de decirse que, tal y como se desprende de una lectura de lo actuado, los escritos solicitando la adopción de medidas cautelares y la práctica de diligencias de investigación fueron unidos a las actuaciones con posterioridad (fols. 773 y siguientes y 804 y siguientes) al dictado del Auto archivando las actuaciones (fol. 732), disponiendo el Juez de Instrucción con relación a las expresadas peticiones, "...no haber lugar a ello, al haber acordado el sobreseimiento libre de las actuaciones" (providencia de 19-5-2010, fol. 808).

TERCERO.- En cuanto a la cuestión de fondo suscitada, ha de partirse del tipo penal recogido en el artículo 270.1 C. Penal, delito contra la propiedad intelectual, que es sobre el que se basa la imputación efectuada.

Castiga el artículo 270.1 C.P. a 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 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 tratándose el expresado artículo de una norma penal en blanco que se remite a otras de distinta naturaleza, estando en presencia de un delito de mera actividad, el que trata de proteger el denominado derecho de autor en todas sus facetas, siendo sujeto activo cualquier persona que sea imputable, al paso que sujeto pasivo tan solo puede serlo el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios (art. 5, 48 y 105 TR 1/1996); el objeto jurídico se materializa en el derecho del autor y el objeto material lo constituye las obras del ingenio humano, entre las que figuran las cinematográficas, siendo la dinámica comisiva muy variada y se concreta en la "reproducción, plagio, distribución o comunicación pública" (STS 876/2001,19-5).

Sostienen los recurrentes que la página administrada por el imputado, www.divxonline.info, facilita el acceso a todo tipo de material audiovisual protegido por los derechos de propiedad intelectual, sin que los titulares de tales derechos lo hubieren autorizado, defendiendo el imputado que la página administrada por él lo es de enlaces, la que se limita a facilitar el acceso a otra u otras Web, desde las que los usuarios se descargan, si así lo desean, determinadas obras, sin que la web www.divxonline.info aloje ningún tipo de archivo, no llevándose a cabo, en la misma, descarga alguna.

El enlace simple o de superficie constituye una forma de facilitar al usuario de internet el acceso a otra página Web, sin tener que teclear el nombre de esta última, no reproduciendo la página enlazada, ni dando lugar a un almacenamiento de la misma en la propia página web de la remitente. El enlace simple se limita a cumplir esa función, enlazar con otras páginas de la red, creando un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a otros sitios web o a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales de modo tal que, partiendo del concepto legal de distribución (puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma) o de comunicación pública (todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas), puede entenderse que la simple labor de enlazar sin intervenir en la descarga, sin alojar archivos de las obras y sin permitir el visionado -en el caso de obras videográficas- de éstas a una pluralidad de personas, quedaría fuera del núcleo de lo que construye distribución y comunicación pública y ello resulta del hecho de que comunicados los usuarios de las redes P2P, éstos actúan la descarga en su caso, sin intervención de los sitios que han facilitado el enlace.

Existen otro tipo de enlaces más complejos, como son 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 pone contenido 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; y otros como los P2P links, que vinculan los archivos de todos los ordenadores de particulares que se hallen interconectados entre sí.

En el supuesto de autos sostiene el imputado que las páginas web que administra son páginas que contienen enlaces de superficie, sin embargo olvida que, como seguidamente se menciona, algunos de esos sitios web posibilitan, al margen de enlaces con otras que contienen los archivos, el visionado de las películas en tiempo real a través de las mismas.



Cobra especial relevancia, a los fines que interesa a la resolución que ahora se dicta, la información ofrecida por el Grupo de delitos Telemáticos de la Guardia Civil, el que expone, a través de las actuaciones llevadas a efecto con la finalidad de localizar a los autores de los hechos a los que se contraen las actuaciones y concretar los hechos supuestamente llevados a efecto por el imputado, que n.,la actividad de Martin , como administrador de la pagina web www.divxonline.info no se limita a ser un mero enlazador ya que facilita el visionado del material audiovisual protegido por derechos de propiedad Intelectual, a la vez que recibe ingresos en concepto de publicidad tanto directamente, alojado en su propia página web, como indirectamente, recibido por el visionado de las películas que facilita" (fol. 219). recogiendo en el Anexo I que se acompaña a informe de la Guardia Civil de fecha 28-10-2008 que "el visionado de las películas se realiza on line desde la propia web divxonline por el metido "streaming". Esta técnica permite visualizar contenidos multimedia como música y videos sin necesidad de esperar a que éstos se descarguen, en su totalidad, al disco duro...Permite ver y oír en tiempo real ficheros de video y audio..." (fol. 228)

El atestado policial recoge que el imputado es titular de los siguientes dominios, respecto de los que percibe ingresos económicos: "maspeliculas. com", "divxonline.com.es" "emulemas.com" "divxonline.info", "seriesonline.us" y "estrenosonline.es" y que "de todos ellos, maspeliculas.com" y "emulems.com" son meros enlazadores, tienen un sistema de funcionamiento similar al "Sharaemula", localizando archivos en programas P2P para facilitar su descarga (no sujetos a las restricciones según la LSSI). Se descartan por tanto, a Iso efectos de la presente investigación. El resto de dominios ("divxonline.com.es" "divxonline.info", "seriesonline.us y "estrenosonline.es") tienen un sistema semejante de funcionamiento... basado en la localización de archivos videográficos en la red para poder ser visionados en tiempo real desde cualquiera de esas cuatro páginas..." (fol. 465). Así, es de ver, ad, ex., que las películas "Cinturón Rojo" y "JCVD 2008" fueron visionadas por el grupo policial investigador desde la web "divxonline.info" (fols. 475 y siguientes) o la serie "El Internado" en la página web "www.seriesonline.us" (fols. 478 y siguientes).

También ha quedado revelado a través de las investigaciones efectuadas que el imputado, con motivo de la actuación llevada a efecto, ha percibido ingresos o beneficios económicos mediante la inserción de anuncios ("barbers") en las páginas, las que muestran diferentes sitios web que el usuario puede visitar "pinchando" en el propio anuncio. Estos "barbers" están gestionados por la empresa "Impresiones Web, S.L.". empresa publicitaria que, dado el interés que tiene de que en los anuncios publicitarios gestionados por ella sean vistos por el mayor número de personas, el administrador de la página donde se publican dichos anuncios tiene que preocuparse de que su página sea visitada por un gran número de personas, siendo una de las formas más productivas que existen de atraer visitantes a una pagina web, la de ofertar gran cantidad de archivos de música, juegos, películas, etc, para su descarga -o directamente visionado como acontece en autos-, de tal modo que, a la hora de que un usuario pretenda descargarse alguno de los archivos disponibles o visionarios, indirectamente, tiene a la vista el anuncio o los anuncios publicados en la web.

Se desprende de lo actuado en el procedimiento que la explotación de los dominios "divxonline.info". "seriesonline.us" y "estrenosonline.es", administrados por el imputado con la distribución no autorizada de archivos videográficos efectuada a través de la reproducción de dichas obras desde los propios portales, reporta al mismo unos "....beneficios indirectos procedentes de la entidad Impresiones Web, SL. "pro valor de 140160 euros" en el periodo comprendido entre agosto de 2007 y febrero de 2009" (fols. 498).

Así las cosas y centrando la atención en las conductas básicas que constituyen el delito contra al propiedad intelectual denunciado, ha de vincularse la desplegada por el imputado a la modalidad de "comunicación pública", estableciendo el artículo 20 TRLPI que "se entenderá por comunicación publica todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo", señalando la STS 19-5-2001 que "...lo verdaderamente integrador del tipo penal es la modalidad de comunicación pública, que pueda llevarse a cabo por cualquiera de los medios descritos legalmente e incluso sin necesidad de modificar el tipo, por cualquier otro sistema o avance tecnológico que pueda surgir en el futuro".

CUARTO.- Llegados a este punto, ha de decirse, de un lado, que no desconoce la Sala las resoluciones que menciona la defensa en su escrito interesando el sobreseimiento de las actuaciones, así como oponiéndose al recurso interpuesto por las Acusaciones Particulares (Auto 582/2008,11-9-2008, Sección Segunda de la AP. Madrid; Auto 3975/2008, 3-11-2008, Sección Quinta AP. Madrid; Sentencia 223/2007, 20-12-2007, Sección Tercera , AP. Navarra; etc), del mismo modo que, de otra parte, tampoco desconoce las dictadas en sentido divergente (ad, ex. Auto 732/2009, 11-11-2009, Sección Tercera, AP. Barcelona; Auto 201/2009, 16-9-2009, Sección Quinta , AP. Murcia; Sentencia 40/2008, 18-2-2008, Sección Primera , AP. Cantabria; Auto 30-9-2009 (Rollo Apel. 241/2009), Sección Segunda , A P. Álava, etc.), lo que pone de manifiesto que el debate jurídico sobre la materia es relativamente novedoso en los tribunales españoles y está abierto, lo que unido a que el



precepto regulador es una norma penal en blanco que se remite a otras de distinta naturaleza y que la cuestión suscitada se ofrece, en definitiva, con una complejidad fáctica y jurídica considerable, resulta mas adecuado, a la vista del resultado de las investigaciones llevadas a efecto por el Grupo policial referenciado y como ya se expusiera en el auto de fecha 8-1-2010 dictado por esta misma Sala , seguir adelante con el procedimiento hasta el juicio oral, sin perjuicio de lo que pudiere resultar una vez, en el plenario, se practiquen las pruebas propuestas por cada una de las partes del procedimiento.

QUINTO.- En cuanto a la práctica de diligencias de investigación que solicita en el Suplico del recurso la representación procesal de EGEDA, la que, a su vez, se remite a las propuestas en escrito fechado el 29-4-2010 (fols. 804 y siguientes), procederá la práctica de la diligencia pericial informática (diligencia Primera), extremos a), b), d), e), f), g), así como la pericial de valoración del perjuicio (diligencia Tercera), no procediendo, por el contrario, la práctica del extremo c) de la diligencia Primera, así como tampoco la diligencia Segunda (requerimiento a la mercantil Paypal), al excederse las mismas del objeto al que Se contraen las actuaciones y no revestir, por tanto, relevancia a los fines perseguidos en la investigación puesta en marcha.

SEXTO.- No procede hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

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

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

PRIMERO.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a. Teresa Pérez Orero, en representación de Lauren Film Video Hogar, Manga Films S.L. (sociedad unipersonal), Rwentith Century Fox Home Entertainment España, SA., Universal Pictures Spain S.L., Warner Home video Española, S.A., Paramount Home Entertainment S.L., Columbia Tristar Home Entertainment y Cía SRC y The Walt Disney Company Iberia SL, contra el Auto de fecha 25-6-2010 , por el que se desestimó el de reforma formulado contra el de fecha 17-5-2010, el que acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones.

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a. M^a. Angeles Más Victoria, en representación de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), contra el Auto de fecha 25-6-2010 .

TERCERO.- Revocar ambas resoluciones procediendo la práctica de las diligencias de investigación a las que se alude en el Fundamento Jurídico Quinto del presente Auto.

CUARTO.- No hacer especial pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento y, a su tiempo y con testimonio de este Auto, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo. Llévase testimonio al rollo.

Así lo acuerdan y firman los Sres. anotados al margen, doy fe.