

JUZGADO DE LO PENAL NUMERO VEINTISIETE DE LOS DE MADRID

Doña Elena Raquel González Bayón, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal número Veintisiete de los de Madrid, en Procedimiento Abreviado número 347/14, dimanante de Diligencias Previas número 3868/10, del Juzgado de Instrucción nº45 de Madrid, ha dictado, en nombre del Rey, la siguiente,

SENTENCIA núm.171/15

En Madrid, a veintisiete de abril de dos mil quince.

Por la presente Sentencia resuelvo, la causa seguida como Procedimiento Abreviado número 347/14, por un delito continuado contra la Propiedad Intelectual, contra

, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. y defendido por el Letrado Sr. Javier Maestre Rodríguez. Ha sido parte acusadora en esta causa el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular de Adese y Adivan, representadas por la Procuradora de los Tribunales y defendidas por la Letrada Sra.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 23 de abril de 2015, ha tenido lugar en este Juzgado de lo Penal la vista oral, de la causa seguida contra l

SEGUNDO.- En su escrito de calificación el Ministerio Fiscal interesó la condena del acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado contra la Propiedad Intelectual, del art. 270.1 en relación con el artículo 74 del C.Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de dos años, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de veintidós meses con una cuota diaria de 12€, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. Costas conforme al art. 123 del Código Penal. Debiendo indemnizar el acusado a las productoras y compañías cinematográficas y compañía titulares del software de entretenimiento que se especifican en los Anexo I y Anexo II del informe pericial obrante a los folios 442 a 533, en las cantidades que se especifican en el citado informe pericial y a la entidad ADESE (Asociación

Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento) en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios causados, con la responsabilidad civil subsidiaria de la Entidad S.L.

En el acto del juicio oral las elevó a definitivas.

TERCERO.- La Acusación Particular de Adese y Adivan, en nombre de las Compañías Columbia Tristar Home Entertainment y Cía S.R.C., The Wall Disney Company Iberia, Twentleth Century Fox Home Entertainment España S.A., Warner Home Video, Lauren Films Video Hogar S.A., Manga Films S.L., Universal Pictures (Spain) S.L y Paramount Heme Entertainment (Spain) S.L, de las productoras cinematográficas Twentleth Century Fox Film Corporation, Watt Disney Enterprises Inc., Columbia Pictures Industries Inc., Tristar Pictures, Sony Pictures Classic Inc. Mandalay Entertainment, Metro Goldwln Mayer Studlos Inc., Orion Pictures Corporation, Paramount Pictures Corporation, Universal City Studlos, Time Warner Entertainment Company L. New Line Productions Inc, así como de Proein S.A., Sony Computer Entertainment España S.A., UN Soft S.A., Electronics Arts Software S.A., Infrogrames España S.A., Editorial Planeta de Agostini y Acclaim Entertainment S.A., integradas en la Asociación española de distribuidores y editores de software de entretenimiento (ADESE), interesó la condena del acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado contra la Propiedad Intelectual, , de los arts. 270, 271, a y b, en relación con el 74 del C.Penal y los arts. 17 y 20.2.i del Texto refundido de la LPI, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de tres años, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 24 meses, a 100€, con inhabilitación para el ejercicio de profesiones relacionadas con gestión de páginas web e internet por cuatro años. Debiendo indemnizarlos, en la cantidad de 23.476€.

En el acto del juicio oral modificó sus conclusiones en el sentido de en la 6ª interesar que 10.300€, son para Adese, del total de los 23.476€ interesados como indemnización. Manteniendo el resto y elevándolas a definitivas.

CUARTO.- La defensa del acusado, en igual trámite, interesó la libre absolución de su patrocinado, con declaración de oficio de las costas procesales.

HECHOS PROBADOS

Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que durante el periodo comprendido entre finales del año 2008, hasta marzo de 2011, el acusado , mayor de edad y sin antecedentes penales, a través de la página web www.nuncamas.org,

propiedad de la entidad mercantil cuyo Administrador único era a su vez el acusado, ponía a disposición de los usuarios de internet enlaces o links a través de los cuales se podía acceder a distintos servidores donde se alojaban los archivos, limitándose de esta forma a facilitar una dirección donde se pudiera descargar la obra.

No consta cómo era gestionada la web nuncamas.org y en concreto las informaciones que enviaban los usuarios. Los usuarios podían enviar enlaces y otras informaciones, a través de formularios, a la web nuncamas.org, no siendo razonable que ese volumen de información, de recursos y los enlaces que se debían indicar para cada uno de ellos hacia sitios externos (la web contenía enlaces de descarga a un total de 724 videojuegos y un total de 1.804 películas), fuera gestionada manualmente por el acusado y de hecho lo habitual es utilizar lo que se conocen como robots informáticos.

El acusado obtenía beneficios económicos mediante la publicidad que insertaba en su página contratada con la empresa Impresiones web S.L. Asimismo, al ser necesario para el usuario registrarse previamente en la web para poder acceder a distintos servidores para descargar un archivo, el usuario estaba autorizando expresamente la cesión de datos a terceros y el envío de publicidad al email del usuario, lo que generaba beneficios al acusado, que no provenían de las descargas, los cuales no han sido cifrados con una contabilidad al uso.

El acusado, como administrador único de la entidad creó y administró también las páginas web, www.aestrada.net, www.reddescargas.com; www.morrisseymusic.com; www.blogcensus.net; www.ecuadormedia.com; www.softreadme.com y www.horror-wood.com, todas ellas con el mismo fin que la web www.nuncamas.org y con una estructura muy parecida, para informar de que una obra estaba disponible en un servidor ajeno de Internet.

A partir del mes de marzo de 2011, el acusado continuó con la misma actividad redireccionando la web www.nuncamas.org a la página web también suya www.quepaginasweb.com desde la que, del mismo modo, los usuarios registrados podían acceder a links para descargas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados derivan de la prueba practicada en el acto del juicio oral.

De la prueba documental dada por reproducida y testifical practicada y apreciadas de conformidad con lo prevenido en el art. 741 LECrim. no ha quedado probada el acta acusatoria.

La L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, en vigor el día 1 de octubre de 2004, modificó los delitos contra la Propiedad intelectual, en el sentido de, como expone la propia Exposición de Motivos de la misma, 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 modificó, así, el artículo 270, que quedo 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 U.E. 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 solo 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 sea imputable, mientras que el sujeto pasivo lo puede ser el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios (arts. 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 comitativa o acción es muy variada y se concreta en la "reproducción, plagio, distribución o

comunicación pública" sin la autorización de los titulares, (STS 876/2001 de 19 de mayo).

El art. 270 protege un bien patrimonial o moral individual consistente en el interés de utilización exclusiva del titular de los derechos de explotación e íntegra 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.

En relación con el hecho que nos ocupa y según el perito Sr.

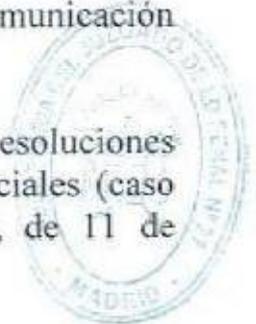
, Ingeniero de Telecomunicaciones por la Universitat Politècnica de Catalunya, que depuso en la vista, un sitio web típicamente es un conjunto formado por las máquinas, los programas y las páginas web y ficheros que una entidad (institución pública, empresa o particular) utiliza para ofrecer contenidos o información a sus usuarios. Normalmente las páginas web de un sitio web están enlazadas entre ellas, es decir, cada página contiene enlaces que una vez "pinchados" conducen a otras páginas de la misma entidad. Por otra parte, las páginas pueden contener enlaces que una vez "pinchados" conducen hacia páginas o recursos (ficheros que contienen imágenes, películas, programas, etc.) que son gestionados por otras entidades.

Por ejemplo, si accedemos a la página web de entrada del Ministerio de Justicia, [imp://www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es), podemos observar que contiene multitud de enlaces que conducen a otras páginas del propio Ministerio, pero también podemos observar que hay enlaces a otros organismos del Gobierno y también a entidades externas, como es el caso del icono de e-codex que nos reconduce a la página web <http://www.ecodex.eu/home.html>.

Los enlaces, como mantuvo el perito no solo tienen porque conducir a otras páginas web, sino que también pueden conducir hacia otro tipo de recursos, como son ficheros que contienen imágenes, películas, videojuegos, etc. Estos recursos pueden estar alojados en el propio sitio web, o en sistemas informáticos ajenos a ese sitio web, y por tanto en este segundo caso sin oportunidad de decidir cómo, cuándo y desde dónde estarán disponibles esos recursos.

Ello está en relación con lo mantenido por el acusado, tanto en sus declaraciones sumariales, como en el acto de la vista, en el sentido de que la página por la que se inició la investigación, nuncamas.org, sólo ofrece enlaces o links a través de los cuales se puede acceder a distintos servidores donde se alojan los archivos y que los ingresos de la página son por publicidad, no por las descargas que se hacen los usuarios de su página, por el contrario las acusaciones mantienen que la conducta del denunciado constituye comunicación pública de obras protegidas por derechos de propiedad intelectual.

SEGUNDO.- Tal calificación jurídica, según numerosas resoluciones judiciales sobre el tema, dictadas por distintas Audiencias Provinciales (caso Sharemula: Auto 582/08 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 11 de



septiembre de 2008; caso TVMIX, Auto 3975/08 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de noviembre de 2008; caso Emule 24horas, Auto 463/09 de la Audiencia Provincial de León, de 15 de octubre de 2009; caso Naiadadonkey, Auto 161/10 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 18 de febrero de 2010; caso Roja Directa, Auto 364/2010 de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 27 de abril de 2010), supone una interpretación forzada y expansiva del concepto jurídico de comunicación pública definido en la Ley de Propiedad Intelectual, analogía in malam partem no permitida en derecho penal, que debe regirse por los principios de ultima ratio e intervención mínima. En esas resoluciones se ha venido estableciendo que los enlaces de Internet no constituyen en España comunicación pública de las obras, la cual es definida por el art. 20 de la LPI, así: "Se entenderá por comunicación pública 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". Y en el ámbito de Internet: "La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija".

Para poder poner a disposición de otros una determinada obra, es necesario disponer de ella, y ello sólo puede hacerlo quien "sube" una determinada obra a Internet, no quien se limita a reseñarla mediante un enlace, que es la actividad realizada por el acusado desde sus páginas web, www.aestrada.net, www.reddescargas.com; www.morrisseymusic.com; www.blogcensus.net; www.ecuadormedia.com; www.softreadme.com y www.horror-wood.com, todas ellas creadas con el mismo fin que la web www.nuncamas.org, así como la de www.quepaginasweb.com. Con independencia de que dichos enlaces sean de hipertexto simple, de programas P2P como Emule o Torrent, de Streaming, o incluso a páginas tipo Rapidshare o Megaupload de descarga directa, los enlaces son sólo enlaces. No ponen a disposición del público una obra, sino que se limitan a informar de que dicha obra está disponible en un servidor ajeno de Internet.

En el caso de autos los ingresos que podía obtener el administrador de la página nuncamas.org derivaban de la publicidad de las páginas, no de la descarga de las obras, totalmente gratuita, lo que excluye también el elemento subjetivo del injusto.

En el servidor donde estaba alojado nuncamas.org no había obra alguna, limitándose el administrador del sitio a insertar enlaces de Internet, de la misma forma que lo hacen otros buscadores, como Google o Yahoo. En nuestro actual sistema de Propiedad Intelectual no está prohibido favorecer, orientar o ayudar mediante enlaces, en la búsqueda de archivos que contengan obras protegidas. Elaborar una página que sólo albergue enlaces a archivos alojados en otros sitios de Internet no constituye por sí mismo ilícito alguno. La actividad de ordenación de enlaces, lejos de lo que pretende la acusación, no difiere en absoluto de la que puedan hacer los periódicos desde su cartelera o sus páginas de radio o televisión, así como en el mundo físico un periódico informa en qué cines o en

qué frecuencias se proyectan o emiten distintos tipos de obras, en el mundo virtual las páginas de enlaces apuntan a los lugares donde pueden encontrarse determinados ficheros.

Ni en el mundo físico, ni en el mundo virtual, puede pretenderse responsabilidad alguna para la mera recomendación de una obra. Pero es que además, para el mundo digital existe una regulación específica de los enlaces, concretamente en el art. 16 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), sobre Responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, que dice:

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.

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.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1) no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

En el caso de autos los sitios de Internet que pueden enlazarse desde cinetube.es son ajenos a esta página web y completamente independientes, sin que actúen bajo la dirección, autoridad o control alguno del administrador de nuncamas.org.

La exención de responsabilidad prevista en el artículo 17 de la LSSI abarca al prestador de servicios de enlace, por lo que esta exonerado de responsabilidad, a menos que se pruebe el conocimiento efectivo de ilicitud, o falta de diligencia, lo que no concurre en el caso de autos pues ninguna autoridad ha determinado la ilicitud, ni ordenado la retirada de los contenidos enlazados.

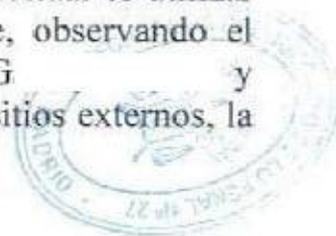
TERCERO.- Contrariamente a lo que se afirma en los distintos informes llevados a cabo por la Brigada de Investigación Tecnológica (folios 146 a 176), ratificados por el perito Policía Nacional , se observa, que una vez

seleccionado un elemento (videojuego, libro, etc.) en la web nuncamas.org, se le proporcionaba al usuario distintas opciones de sitios web desde donde descargarlo, indicando el perito Policía Nacional [redacted], que se procedió a la descarga de un libro de la web www.mcgaupload.com. Según el perito Sr. [redacted], una vez consultado en Internet (con la herramienta whois) resulta que el nombre de la persona que tiene registrado ese dominio es el Sr. Bonnie Lam. En cualquier caso no hay constancia de que el Sr. [redacted] tuviera ningún control sobre ese sitio web. En el informe-denuncia de 15 de julio de 2010, en la parte en la que se describe la operativa de la web, se explica que el videojuego seleccionado para realizar una prueba se podía descargar de [rapidshare](http://rapidshare.com) y [megaupload](http://megaupload.com). Consultado según el perito [redacted] en Internet (con la herramienta whois) resulta que el nombre de la persona que tiene registrado el dominio rapidshare.com es Alexandra Zwingli. Otra vez no hay constancia de que el Sr. [redacted] tuviera ningún control sobre ese sitio web. Por tanto no hay constancia de que hubiera una relación entre los sitios web desde los que se descargaron los archivos de muestra y la web denunciada. Por otra parte, de las dos pruebas realizadas queda claro que las páginas web de nuncamas.org contenían enlaces a sitios externos (donde estaban alojados el videojuego y el libro), pero no que ese libro y videojuego estuvieran alojados en nuncamas.org.

Según el perito [redacted] no consta en la causa que en el sitio web nuncamas.org, u otros controlados por el acusado, se hallaran ficheros conteniendo las obras (videojuegos, películas, etc.), relacionadas posteriormente en el informe del Sr. G [redacted], que llevó a cabo la valoración de ese material (folios 441 a 533), pero en el que no se hizo constar los beneficios netos, que ello le hubiera reportado al acusado.

Además también mantuvo de contrario que no ha sido posible determinar si todavía siguen estando disponibles los contenidos que se enlazaban desde la web nuncamas.org. Pero lo que no admite discusión, desde el punto de vista técnico, es que suprimir una página web de enlaces como nuncamas.org no afecta a la potencial accesibilidad de los contenidos que esa página enlazaba. El borrado de un enlace no hace desaparecer el objeto que enlazaba, por tanto ese contenido sigue siendo accesible.

No consta en la causa, tampoco ningún informe pericial en el que del análisis de la información extraída de la web se ofrezca una explicación sobre cómo era gestionada nuncamas.org y en concreto cómo se gestionaban las informaciones que enviaban los usuarios. Si parece claro que los usuarios podían enviar enlaces y otras informaciones, a través de formularios, a la web nuncamas.org. En uno de los informes la Brigada de Investigación Tecnológica (folios 82 a 101) se proporciona una relación, no exhaustiva, de mensajes enviados por un usuario. No parece razonable que ese volumen de información fuera gestionada manualmente por el acusado y de hecho lo habitual es utilizar lo que se conocen como robots informáticos. Por otra parte, observando el volumen de recursos que se relacionan en el informe del Sr. G [redacted] y los enlaces que se debían indicar para cada uno de ellos hacia sitios externos, la



gestión de tal volumen de información no se realiza manualmente, sino a través del uso de herramientas de automatización, como son los robots.

Los robots son programas informáticos con distintas finalidades, que en concreto pueden ayudar en la automatización del tratamiento de información, realizando tareas como procesar formularios, con su correspondiente análisis y, si procede, ubicar de forma autónoma la información que corresponda en el sitio adecuado de la web.

El acusado siempre mantuvo que la actividad desarrollada por él, era de mera información, que solo ofrecía enlaces o links a través de los cuales se podía acceder a distintos servidores donde se alojaban los archivos y que los ingresos de la página eran por publicidad, no provenientes de las descargas de las obras protegidas.

Así las cosas y de conformidad con la LSSI, habrá que entender que elaborar una página que solo albergue enlaces a archivos alojados en otros sitios de internet no constituye por sí delito alguno porque tal acto no constituye comunicación pública de las obras en los términos del art. 20 de la LPI y ello además, a que así se ha resuelto por varias Audiencias Provinciales en numerosas Sentencias que vienen a considerar atípica la actividad de "enlace". Que la figura del "enlazador", es atípica en la actualidad y que la legislación que sancione tales comportamientos se encuentra en trámite.

Por su parte la investigación llevada a cabo por la Brigada de Investigación Tecnológica, mantuvo que la actividad de la página web de autos se centraba en facilitar "enlaces", ni alojaba archivos, ni realizaba directamente la descarga, limitándose a facilitar una dirección donde se pudiera descargar la obra, esto es, su actividad se centraba en "enlazar".

Por tanto, esta actividad desarrollada por el acusado, 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 "1.a. 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."

Sobre ello los arts. 15, 16 y 17, de la LSSI, aplicables al caso, establecen la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, sobre ello, entre las resoluciones judiciales interpretando la LSSI está el Auto del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, de 7 marzo 2003, en el que 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/>.

En este caso se optó por el sobreseimiento, en base a las siguientes consideraciones:

"No 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, 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 retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo en 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"

Estos razonamientos son totalmente aplicables al caso de autos desde el punto que no hay constancia en la causa de que se hubiera acordado la retirada de contenidos y que el prestador de servicios, el acusado, tuviera "conocimiento efectivo" de la misma, por lo que no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que se le imputa.

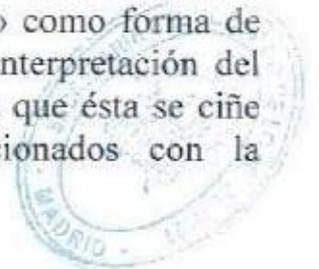
CUARTO.- También es ilustrativa la Sentencia de la Sección 3ª (civil) de la Audiencia Provincial de Baleares, de 22 de febrero de 2007, que llega a la misma conclusión, analizando al respecto que "tanto la Unión Europea en la Directiva 2000/31 / CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, 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 transmitan 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 contenidos ajenos que en el

ejercicio de sus actividades de intermediación transmitan, copien, almacenen o localicen, siempre que respeten las limitaciones impuestas por la normas, a tenor de lo establecido en el art. 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 art. 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 art. 16, en el art. 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 difundan por la Red o para impedir que éstos se sigan divulgando".

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

Por ello no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que se le imputa al acusado, ya que la actividad de "enlazar" se rige por unas pautas claras y concisas que la legislación establece en cuanto a las responsabilidades, tanto civiles como penales, derivadas de la citada actividad, por lo que no concurren ninguno de los elementos objetivos del tipo delictivo denunciado, ni tan siquiera la comunicación pública que se sostiene por las acusaciones.

Al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de diciembre de 2007, establece 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 Propiedad Intelectual de dicha página y otra bien distinta, si al realizarse 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 no constituye un acto de distribución de la propiedad intelectual, realizado sin consentimiento del actor”.

Desde esta perspectiva, en línea con lo expresado por la doctrina (Ortega Díaz, Garrote Fernández-Diez), se 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 suponen 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. 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 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. La 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 trasladado 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, que dice “1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el art. 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 link 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).

QUINTO.- Hay que hacer notar que la finalidad de explotación de la Propiedad Intelectual es distinta en una obra literaria, 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 publicitación (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.

En definitiva, conforme a todo lo razonado, se llega a la conclusión de que no concurren ni los elementos objetivos, ni los subjetivos del art. 270 del C.P., debiéndose recordar, además, la vigencia del principio de intervención mínima, básico en el campo penal, cuyas consecuencias y la existencia dentro de la esfera civil de unos cauces adecuados para que los interesados puedan 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 del delito de límites claros y seguros.

Por todo ello es procedente dictar una sentencia absolutoria del delito continuado contra la Propiedad Intelectual, de los arts. 270, 271, a y b, en relación con el 74 del C.Penal y los arts. 17 y 20.2.i del Texto Refundido de la LPI, del que venía imputado.

SSEXTO.- A tenor del art. 240.2.2 de la L:E.Crim. en ningún caso se impondrán las costas del juicio a los acusados absueltos.

Por cuanto antecede, adopto el siguiente.

FALLO

Absuelvo al acusado del delito continuado contra la Propiedad Intelectual, que se le imputaba, con declaración de las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma puede interponerse recurso de apelación en el plazo de DIEZ días a contar desde su notificación escrita, ante este mismo Juzgado, que será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid.

Notifíquese esta resolución a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Llévese certificación a los autos principales.

Así por esta Sentencia, juzgando definitivamente en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.