

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión digital. Intercambios p2p. Ilicitud.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 1ª

FECHA: 18-2-2008

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.filmica.com>

SUMARIO:

“Ha resultado probado y así se declara que [...] sirviéndose de un ordenador personal dotado de los elementos precisos para la duplicidad de material audiovisual y programas informáticos y del software necesario para ello y a través de distintos sistemas de descargas de archivos de Internet obtenía copias exactas de álbumes musicales a través de sus tres cuentas de correo electrónico [...] y mediante su intervención en chats ofrecía o cambiaba a otros usuarios de Internet, en todo caso sin mediar precio”.

[...]

“... no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, supuestos en los que para efectuar las reproducciones se exigía la previa autorización de los titulares de los derechos. Pues bien, resulta claro que la expresión «utilización colectiva», aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema «Peer to Peer» («P2P») o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos, películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés”.

“Las copias que con esta finalidad eran poseídas por el acusado no podían por tanto considerarse copias para uso privado estrictamente, ni podían considerarse entonces - ni ahora conforme a la legislación vigente-, amparadas por la excepción legal a la prohibición de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual”.

COMENTARIO: Aunque la sentencia termina por absolver al encausado, tomando en cuenta que el Código Penal español reprime con prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses 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, 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”** (énfasis añadido), propósito lucrativo que no fue demostrado en el

caso concreto, también el fallo reconoce que el intercambio no autorizado de archivos protegidos constituye una ilicitud, violatoria de los derechos intelectuales, que puede ser perseguida por la vía civil. Nótese que como regla general las legislaciones nacionales en América Latina tipifican como delito el acto de distribuir, comunicar o reproducir una obra sin el consentimiento del titular del respectivo derecho, sin ninguna condición objetiva de punibilidad, como lo sería el ánimo de lucro o el beneficio económico, aunque en ciertos textos estas circunstancias puedan constituir una agravante del ilícito penal. En la jurisprudencia comparada latinoamericana la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional Federal, Sala 1ª de la República Argentina (4-4-1994), por ejemplo, sentenció que el *“fin de lucro o ánimo comercial ... no es requerido en el tipo penal, y sobre tal prescindencia se han expedido los tribunales de distintos fueros”* ¹, mientras que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (11-6-1990), declaró que la ausencia de propósito lucrativo por parte del encausado *“no serviría para eximirlo de responsabilidad frente a la ley que protege los derechos de autor”*². © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la Sentencia de instancia, y

PRIMERO: En la causa de que éste Rollo dimana, por el Juzgado de lo Penal indicado se dictó con fecha 14 de Julio de 2006 Sentencia cuyo relato de Hechos Probados y Fallo son del tenor literal siguiente: *“Ha resultado probado y así se declara que JOSÉ MANUEL mayor de edad y sin antecedentes penales y sirviéndose de un ordenador personal dotado de los elementos precisos para la duplicidad de material audiovisual y programas informáticos y del software necesario para ello y a través de distintos sistemas de descargas de archivos de Internet obtenía copias exactas de álbumes musicales a través de sus tres cuentas de correo electrónico (xxxxxxx.net; xxxxxxjet.es; y xxxxxx.es) y mediante su intervención en chats ofrecía o cambiaba a otros usuarios de Internet, en todo caso sin mediar precio.*

Con fecha 29 de Enero de 2001, Raquel Alcántara en representación de Afyve interpuso denuncia contra el responsable de la página web <http://xxxxx/xxx>; instruyéndose las correspondientes diligencias penales en virtud

de las cuales y por sentencia de fecha 12 de Mayo de 2005 del Juzgado de lo Penal No. 7 de Valencia se dictó sentencia condenatoria del responsable de la referida página Sr. Juan Carlos.

FALLO: Que debo absolver y absuelvo al acusado JOSÉ RAMON de los delitos por el que viene inculcado, con declaración de las costas de oficio. Procédase a la destrucción de los discos intervenidos”.

SEGUNDO: Las acusaciones particulares mencionadas, con la representación y defensa aludidas, interpusieron en tiempo y forma recursos de apelación, admitidos a trámite por providencia de 6 de Noviembre de 2006; el acusado también interpuso recurso de apelación, que fue inicialmente inadmitido a trámite por el juzgado en providencia de 9 de febrero de 2007, pero posteriormente admitido por Auto de esta Audiencia Provincial de 30 de Mayo de 2007; sustanciados por sus trámites los recursos, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia Provincial para su resolución, teniendo entrada en ella el pasado día 1 de febrero de 2008, habiéndose deliberado y resuelto el recurso el pasado día catorce de los corrientes.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los de la Sentencia de Instancia, ya reproducidos, si bien se añade a continuación de su párrafo primero: Esta actividad,

¹ Texto del fallo en *“Jurisprudencia Argentina”* (1994-III), 637; *“La Ley”* (t. 1995-C), 570; y *“El Derecho”* (t.159), 471.

² Acta No. 029

desarrollada hasta fechas inmediatamente anteriores al 8 de febrero de 2001, se realizó con copias de 6.780 álbumes musicales grabados en 652 CD's en formato MP3, entre los que había 5.455 álbumes producidos por 36 productores fonográficos asociados en AFIVE; y con copias de 204 películas y 172 juegos de ordenador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO:

Las dos acusaciones particulares que ejercitaron la acción penal en la instancia se alzan contra la sentencia del juzgado e interesan la estimación de sus pretensiones condenatorias e indemnizatorias, a cuyo efecto y en primer lugar combaten la sentencia en cuanto apoya la absolución del acusado en la falta de la denuncia previa que exigía el art. 287 del C. Penal de 1995 en su redacción original, vigente al tiempo de ocurrir los hechos enjuiciados. Pues bien, debe recordarse que la denuncia consiste esencialmente en una declaración de conocimiento hecha ante la autoridad o sus agentes acerca de la perpetración de un delito; pero además la denuncia a veces entraña una declaración de voluntad, cuando la propia ley otorga al ofendido o agravado el derecho subjetivo a la no perseguibilidad de determinada conducta punible; así ocurre en los delitos semipúblicos, en que la Ley exige como presupuesto para la eficaz iniciación o persecución del proceso la existencia de una denuncia previa, pues la denuncia no solo pone de manifiesto un conocimiento de hechos, sino también la voluntad del sujeto legitimado de poner en marcha el proceso de persecución del delito. En estos delitos semipúblicos una vez abierto el proceso merced a la denuncia del perjudicado, no solo el Ministerio Fiscal ostenta plena legitimación para acusar aunque no lo haga después el denunciante, sino que también la ostentan cualesquiera otros perjudicados por el mismo delito, que pueden mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela – art. 783,4 LECR en su

anterior redacción-, ni nueva denuncia, pues su voluntad ya queda manifestada por esa actuación procesal y la simple comunicación de la perpetración del delito es ya cabalmente inútil (STS. 25 Octubre 1994), como lo es cuando la policía judicial haya practicado diligencias urgentes a reserva de la presentación de la denuncia (art. 278 LECR), pues en tal caso lo decisivo no es ya la comunicación del delito sino la manifestación de voluntad de perseguirlo; y, en fin, los posibles defectos en ese presupuesto de perseguibilidad son en todo caso subsanables y quedan subsanados por el ejercicio de la acción penal dentro del proceso por cualquier perjudicado legitimado (SSTS 1276/2006 de 20 de Diciembre y 709/2000 de 19 de Abril). Además, cabe añadir que siendo la denuncia previa un presupuesto de perseguibilidad, ha de admitirse que la defensa pueda denunciar su falta en cualquier momento, incluso con posterioridad al planteamiento de las cuestiones previas en el procedimiento abreviado, aunque con los límites que impone la buena fe procesal.

SEGUNDO:

1.- En el presente caso y según se desprende de la prueba documental, AFYVE, representada por Raquel Alcántara Blanca, denunció ante la Comandancia de la Guardia Civil de Valencia la perpetración de un delito contra la propiedad intelectual en Enero de 2001; y realizada la consiguiente investigación aparecieron datos sobre la perpetración por el ahora acusado de un delito de la misma clase cometido en esta Ciudad de Santander, por lo que el Juzgado de Instrucción de Valencia acordó la deducción del correspondiente testimonio y su inhibición a los juzgados de esta ciudad; la mencionada AFYVE se constituyó en parte procesal ya en aquella causa instruida en Valencia, e incluso apoyó esa inhibición, interesando la persecución separada de los delitos, también del ahora enjuiciado, en cuya persecución participó por tanto desde que fue descubierto; posteriormente se personó en las Diligencias

Previas seguidas por el Juzgado de Instrucción num. Uno de Santander aportando copia simple de sus estatutos y certificación de entidades asociadas, y fue tenida por efectivamente personada en providencia de 13 de Septiembre de 2002, que fue firme; y, en fin, en la causa se ha acreditado, como más delante se expondrá, que hasta 36 productores fonográficos asociados en AFYVE se han visto afectados por los hechos enjuiciados pues son titulares de derechos de los que ha hecho uso el acusado sin su autorización. Por todo esto, no puede negarse el cumplimiento del presupuesto de la denuncia previa en relación con la infracción de los derechos de los productores fonográficos, pues AFIVE tiene entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de los asociados – algunos de ellos demostradamente afectados por estos hechos-, interpuso la denuncia inicial y promovió en todo momento la persecución del delito ejercitando la acción penal. La defensa del acusado alega la ausencia de poder especial en la representación de AFYVE, con cita de una sentencia de esta misma Audiencia de 15 de febrero de 2007; pero al argumentar como lo hace la parte soslaya las esenciales diferencias existentes entre el caso allí resuelto y este, en que no consta que la documentación acreditativa de la personalidad de AFIVE, su representación por la persona física denunciante inicial y la acreditativa de sus estatutos, entidades asociadas y contenido de los poderes – en que expresamente se apodera para “formular denuncias como consecuencia de hechos que puedan implicar delito de defraudación de la propiedad industrial e intelectual” en relación con los derechos de los asociados a AFIVE-, fuera combatida en ningún momento ni se impugnase la validez de las copias simples de toda esa documentación, consintiendo antes al contrario su personación y su intervención procesal a lo largo de toda la causa, por lo que resulta inadmisibles por contrario a la buena fe procesal el planteamiento de estas impugnaciones de documentos en trámite de informes. Además, debe dejarse constancia de que en este caso concreto no puede por menos

de estimarse concurrente la excepción contemplada en el mismo art. 287,2 del C. Penal que excusa la necesidad de denuncia cuando la comisión del delito afecte a una “pluralidad de personas”, sin distinción entre físicas y jurídicas; por mucho que, guiados por el espíritu que sin duda informa el precepto al equiparar en significación la pluralidad de personas a la afectación de intereses generales, se exija una apreciable cantidad de estas, no puede negarse que en un caso como el presente, en que consta acreditado, como se expondrá, que el acusado tenía copias de hasta 6.780 álbumes musicales en los que ostentan derechos de propiedad intelectual un número indeterminado pero obviamente muy elevado de autores e intérpretes distintos y cuando menos a 36 productores fonográficos diferentes, debe estimarse que afecta efectivamente a una pluralidad de personas y por consiguiente que es innecesaria la denuncia previa para la persecución del delito.

2.- La asociación ADESE, por sí y en representación de diversos distribuidores y editores de software de entretenimiento que agrupa – PROEIN S.A., SOPNY COMPUTER ENTERTAINMENT ESPAÑA S.A., UBI SOFT. SOCIEDAD ANONIMA, ELECTRONIC ARTS SOFTWARE S.A. UNIPERSONAL, INFOGRAMES ESPAÑA S.A SOCIEDAD UNIPERSONAL, EDITORIAL PLENIA DE AGOSTINI S.A., y ACCLAIM ENTERTAINMENT ESPAÑA S.A.-, y otras entidades que actúan en la causa bajo la misma representación - COLUMBIA TRISTAR HOME ENTERTAINMENT Y CIA S.R.C. y THE WALT DISNEY COMPANY IBERIA S.L.-, se personaron en la causa una vez ya iniciada, siendo tenidos por parte en providencia de 30 de Junio de 2003, que fue firme, actuando desde entonces como acusación particular. Es obvio, por lo dicho, que tal personación y ejercicio subsiguiente de la acción penal en una causa ya iniciada colma en abstracto el requisito de la denuncia previa, que por definición no podría haberse producido o sería inútil, en cuanto puesta en conocimiento del delito, una vez iniciado el proceso penal por

denuncia de otros perjudicados; pero también ha de reconocerse que a la postre no ha resultando acreditado como se expondrá que ADESE o las sociedades de las que ostenta representación o las demás sociedades que actúan en la causa bajo la misma representación sean realmente afectados por los hechos enjuiciados, pues no consta acreditada en modo alguno la titularidad de los derechos de distribución y edición de juegos y películas que se dicen vulnerados. No obstante, al igual que en el caso anterior, hay constancia de que el acusado, como luego se explicará, ofrecía en la Red numerosas películas, hasta 204, y juegos, hasta 172, lo que permite hacer aplicación del citado art. 287 también en este campo de los derechos de los distribuidores y editores de software de entretenimiento y películas pese a que no se haya concretado la identidad de los concretamente afectados y si son o no algunas de las sociedades personadas.

TERCERO:

Ambas acusaciones particulares se alzan contra la sentencia cuestionando la valoración que de las pruebas practicadas en el acto del juicio hizo la juzgadora de instancia, en especial en lo que concierne a la omisión en el relato de datos relativos a la cantidad y clase de las copias realizadas, la falta de autorización de los titulares de los derechos para obtener y distribuir las copias y la afirmación relativa a que realizaba la conducta descrita “sin mediar precio”. Al abordar estas cuestiones de hecho que se plantean en los recursos, este tribunal debe tener muy presentes los límites que en orden a la valoración de las pruebas personales se desprenden de la doctrina del Tribunal Constitucional inaugurada en la conocida sentencia 167/2002 de 18 de septiembre y posteriormente consolidada en otras muchas, conforme a la cual el tribunal de apelación no puede valorar en contra del reo las pruebas personales de modo distinto a como lo hiciera el juez de instancia, pues solo éste ha contado con la imprescindible inmediación, de manera

que, “en supuestos como el presente en que nos hallamos ante una sentencia absolutoria en primera instancia que resulta revocada en apelación y sustituida por una sentencia condenatoria (...) existe vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción”; y con más claridad y con referencia a la prueba testifical, dice en la sentencia 197/2002: “...y teniendo en cuenta que la única prueba con la que enervar la presunción de inocencia era la tan repetida testifical, y si la Audiencias Provincial, por impedirselo los principios de inmediación y contradicción no podía por sí misma valorar dicha prueba al no haberse producido ante ella, es visto que su sentencia condenatoria carece del soporte probatorio preciso para enervar la presunción de inocencia del apelado absuelto, por lo que la sentencia recurrida en amparo vulnera el derecho fundamental de los demandantes/”. Por consiguiente, la revisión de la valoración de las pruebas debe hacerse contando con ese límite, que no afecta sin embargo a la valoración de las pruebas documentales, que por definición son percibidas por el tribunal de apelación en igualdad de condiciones que el juez de instancia, ni a las pruebas periciales que, en determinadas condiciones, merecen más bien la consideración de pruebas documentales incluso en el recurso de casación: cuando “a) Existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario. b) Cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo

punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen. En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo a los hechos probados de un modo que desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse el relato fáctico del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas que valorar y sin expresar razones que lo justifiquen, nos encontramos, como dice la sentencia núm. 310/1995, de 6 de marzo, ante un «discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o de los criterios firmes del conocimiento científico» (STS. 2305/2001 de 5 de Diciembre).

CUARTO:

1.- La primera de las cuestiones de hecho planteadas por las acusaciones y antes aludida no resulta en rigor relevante a la hora de la calificación jurídica de los hechos, como entendió la juzgadora de instancia, pero la inclusión en el relato de determinados datos resulta aconsejable para una mejor comprensión del caso y una mayor coherencia con los escritos de acusación, tal como exige el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y es útil incluso para la resolución de la cuestión procesal antes expuesta. El relato fáctico de la sentencia de instancia omite toda concreción sobre la cantidad de los álbumes de música que eran objeto de la actividad del acusado, datos que sin embargo se desprenden con claridad de los informes periciales que constan en la causa, plenamente documentados y no contradichos en este punto por prueba alguna: así, el informe emitido por RAÚL FERNANDEZ PASCUAL elaborado tras el estudio y análisis del material incautado en el registro del domicilio del acusado, acredita que este había copiado en CDs. 6.780 álbumes musicales en 652 CD's en formato MP3 y que entre ellos

había 5.455 álbumes producidos por entidades asociadas en AFIVE.

2.- En cuanto a la realización por el acusado de su actividad de oferta e intercambio con películas y juegos, la juzgadora de instancia valoró exclusivamente el informe del Sr. Larraona, centrando su atención en que éste afirmó que en el ordenador no había encontrado películas o juegos completos, pero es claro que tal afirmación, con ser cierta, no ha sido correctamente valorada al desconocer el alcance del informe y no haber valorado otras pruebas documentales y periciales, de las que se desprende con claridad que el acusado almacenaba y ofrecía también películas y juegos. Así, debe tenerse en cuenta que el informe pericial del Sr. Larraona no versa sobre los CD's intervenidos, sino sobre el contenido del ordenador del acusado, su software e información almacenada en sus discos duros; por ello aquella afirmación del informe sobre que "no se ha encontrado contenidos de videojuegos y películas completas en este ordenador", no es en absoluto contradictoria con lo informado por el perito Sr. Fernández sobre que entre el material ocupado al acusado había 31 CD's de contenido no musical, "conteniendo programas informáticos, juegos, etc.". Además, en el mismo informe el Sr. Larraona afirma la existencia de determinados archivos en que se contiene información sobre la oferta de "productos multimedia, CD's, películas, juegos...", (folios 528, 538 y Anexo XIV que contiene la lista de 204 películas ofertadas, 539 y Anexo XVI, que contiene la lista de 172 juegos, folio 586-), e incluso deja constancia de correos electrónicos del acusado de los que se desprende con claridad que ofertaba tales productos (folios 561 y 562, 563, 567, 570, 571, 573, hasta 38, 318). En definitiva, las pruebas documentales y las periciales aportadas sin contradicción alguna, acreditan cumplidamente que el acusado realizaba también su actividad de oferta e intercambio con películas y juegos al menos en las cantidades dichas.

3.- Por último, resulta también necesario añadir al relato de hechos probados otro dato omitido, no discutido por las partes y que fluye con evidencia de la prueba documental, como es el tiempo de comisión de los hechos: en fechas inmediatamente anteriores al 9 de febrero de 2001, fecha en que se practica el registro en el domicilio del acusado. Tal extremo resulta necesario para ubicar temporalmente el hecho y conocer la legislación de aplicación al caso.

QUINTO:

En el relato de la sentencia de instancia no se contiene afirmación alguna respecto de que el acusado carecía de la correspondiente autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre esas obras y producciones; sin duda tal omisión se debe a la propia obviedad de la cuestión, que no resulta negada siquiera por la defensa; pese a tal silencio en la sentencia apelada, la realidad de esa falta de autorización dimana de la propia fundamentación jurídica en que se razona sobre la no concurrencia del ánimo de lucro o sobre la conducta como ejercicio del derecho a la copia privada, nada de lo cual tendría sentido de haber contado el acusado con la correspondiente autorización. Por consiguiente, procede completar en este aspecto el relato incorporando expresamente tal extremo, en la consideración de que con ello ni se introduce un hecho nuevo ni este es consecuencia de una nueva valoración de pruebas personales, sino la simple expresión de lo que, implícito en la sentencia, debió ser expresado con toda claridad.

SEXTO:

El punto crucial del relato fáctico, combatido expresamente por las acusaciones, es aquel en que se narra que el acusado realizaba la conducta de ofrecer y cambiar a otros usuarios copias de álbumes musicales, y que ahora se predica también de películas y juegos, “en todo caso sin mediar precio”. El tenor literal del relato es, a la vista de la fundamentación, exacto y preciso, pues si por precio debe

entenderse la contraprestación en dinero de la compraventa (art. 1445 CC), eso es precisamente lo que la juzgadora quiso dejar claro que no mediaba en este caso; como también la omisión de que tal conducta se realizaba “con ánimo de lucro” es deliberada, pues habida cuenta del concepto de ánimo de lucro que la propia sentencia sostiene es patente que no concurrió. Pues bien, ninguno de estos dos aspectos cruciales del relato debe ser modificado en esta segunda instancia. El primero de ellos, porque el examen de lo actuado no permite en modo alguno sostener que el acusado vendiera en ninguna ocasión sus copias ni obtuviera un precio por ellas, hasta el punto, como se razona en la recurrida, de que hay correos electrónicos suyos en que expresamente niega tener tarifas o precios, y ninguna prueba documental, personal o pericial se ha aportado que permita afirmar lo contrario; incluso las acusaciones parecen admitirlo así al hacer descansar su acusación en un concepto de “ánimo de lucro” comprensivo de otro tipo de contraprestaciones. En cuanto al ánimo de lucro, que las acusaciones sostienen que debió expresarse en el relato, con ser cierto que constituye un elemento subjetivo del injusto que de concurrir debe relatarse como un hecho más, pues por definición se tratará de un hecho psicológico de efectiva realidad histórica, resulta correctamente omitido en el relato porque no puede afirmarse concurrente en el contexto del delito que nos ocupa, tal como a continuación se razona y desde la perspectiva del concepto de “ánimo de lucro” que debe entenderse adecuado al delito de que se acusa.

SÉPTIMO:

1.- Lo anterior nos introduce ya de lleno en el punto crucial del debate que suscita el presente caso, que no es otro que su correcta calificación jurídica desde la perspectiva penal y en definitiva la tipicidad de la conducta enjuiciada. La juzgadora de instancia entendió atípicos los hechos por considerar que no eran sino manifestación de un derecho a la copia privada consagrado en el art. 31 de la Ley de

Propiedad Intelectual (LPI) y que no concurrió en la conducta del acusado el ánimo de lucro exigido por el art. 270 del C. Penal, entendiéndose que no lo constituía la intención del acusado de conseguir copias de obras musicales para su disfrute personal.

2.- Este tribunal no puede compartir la primera de esas apreciaciones de la sentencia de instancia en cuanto a la inclusión de una conducta como la examinada en el ámbito de la copia privada, ya se considere ésta como un derecho subjetivo de los no titulares de los derechos de propiedad intelectual, ya como un simple límite a estos derechos. Al tiempo de ocurrir los hechos la copia privada estaba regulada en el art. 31,2 de la LPI en los siguientes términos: “Las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: 2. Para uso privado del copista, sin perjuicio de los dispuesto en los arts. 25 y 99 a) de esta Ley y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa”. Como se ve, la norma no contenía la limitación actual, introducida por la Ley 23/2006 de 7 de Julio, de que la copia lo sea de obras “a las que se haya accedido legalmente”, pero ya se contemplaba como límite a la copia privada su utilización colectiva, cuyo destino hacía ilícita la copia misma; y el art. 10,1 del Real Decreto 1434/1992 de 27 de Noviembre, de desarrollo de los arts. 24, 25 y 140 de la LPI, expresamente reiteraba que no tienen la consideración de reproducciones para uso privado las que sean objeto de utilización colectiva o de distribución mediante precio, supuestos en los que para efectuar las reproducciones se exigía la previa autorización de los titulares de los derechos. Pues bien, resulta claro que la expresión “utilización colectiva”, aun interpretada restrictivamente, abarca todos aquellos casos en que la obra se comparte con usuarios ajenos al círculo familiar o íntimo del copista, con personas indeterminadas mediante una oferta general de acceso o intercambio, como ocurre en el sistema “Peer to Peer” (“P2P”) o en el caso presente, en que el acusado ofertaba libremente en la red el listado de sus discos,

películas y juegos facilitando luego copias de sus archivos a quien se lo solicitaba a cambio de otras obras de su interés.

Las copias que con esta finalidad eran poseídas por el acusado no podían por tanto considerarse copias para uso privado estrictamente, ni podían considerarse entonces - ni ahora conforme a la legislación vigente-, amparadas por la excepción legal a la prohibición de reproducción sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Además, resulta claro que mediante esa conducta de reproducción y oferta pública terceros de tales copias y sus reproducciones, el acusado realizaba las conductas objetivas típicas descritas en el art. 270 del C. Penal de reproducir y distribuir, lo que unido a la falta de autorización de los titulares de los derechos antes comentada conduce a afirmar en definitiva y a los efectos de esta jurisdicción que la conducta del acusado no era civilmente lícita y colmaba ya en su momento el tipo objetivo del delito del art. 270 del C. Penal.

OCTAVO:

Lo anteriormente establecido es sin embargo insuficiente para afirmar la tipicidad de la conducta enjuiciada, pues como esa sabido no todo lo que es contrario a alguna norma jurídica es punible. El art. 270 del C. Penal exige además, para que la conducta sea castigada, que el sujeto agente actúe en perjuicio de tercero y con ánimo de lucro, y sobre esta última exigencia versa el núcleo de la decisión de la juzgadora de instancia. Pues bien, como alegan las acusaciones y se reconoce en la recurrida, el Código Penal emplea la expresión “ánimo de lucro” en otros preceptos, especialmente los relativos a delitos contra la propiedad como el robo, el hurto, la estafa o la apropiación indebida, y sobre el significado en estos tipos de ese concepto hay una sólida doctrina legal que sostiene que “ánimo de lucro” equivale a intención de obtener cualquier ventaja, aprovechamiento o utilidad (STS. 411/2004 de 25 de Marzo, 1.100/2002 de 13 de Junio). Sin embargo, no hay propiamente una

doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el C. Penal de 1995, son pocas sus sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 C. Civil). Pues bien, es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de “ánimo de lucro” elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no solo a los derechos de los creadores y demás titulares sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende. Así, resulta evidente que un concepto de “ánimo de lucro” como el expuesto y tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. 270 del C. Penal y al estrecho ámbito de la copia privada tal como está actualmente configurada, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito, al caer dentro del campo de aplicación de la norma, por ejemplo, la mera realización de un copia para uso propio a partir de otra copia o de un original difundido sin autorización del autor; esto es, el “bajar” una canción o una película de la Red sería punible, pues en tal conducta ilícita civilmente estaría también ínsito el ánimo de lucro derivado del ahorro del coste de adquisición legal de la copia; esta conclusión, que inmediatamente se revela poco coherente con el carácter fragmentario que debe tener el derecho penal y el principio de intervención mínima que debe inspirar la acción

legislativa y aún la labor del interprete en un segundo grado, puede ser obviada ciertamente, como hacen algunos autores, acudiendo a un criterio de insignificancia, pero lo importante es que pone de relieve la inconveniencia de aplicar categorías tradicionales a una nueva realidad y la necesidad de buscar otras que permitan un tratamiento jurídico del problema acorde con la realidad social. En esta línea se encuentra la aportación de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, invocada en este caso por el Ministerio Fiscal al impugnar los recursos, en la que se propugna precisamente que el “ánimo de lucro” propio de estos delitos y exigible conforme al art. 270 C. Penal, puede entenderse no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro “comercial” o “a escala comercial”, lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto y aquellos supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada sin intención de obtener un beneficio monetario, el propio de un ejercicio comercial de la actividad. Ese concepto de “lucro comercial” no es novedoso, como enseña la propia Circular, pues se contiene ya en el Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los derechos de Propiedad Intelectual firmado el 15 de Abril de 1994, y es precisamente el concepto empleado en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión Europea el 12 de Julio de 2005 para delimitar el ámbito de cobertura penal que como mínimo debe conseguirse en todos los países miembros, mínimo que, por tanto, y siendo así que nos hallamos en un materia especialmente necesitada de uniformidad por su propia proyección internacional, es al que debe llegarse, desechando imponer en cada estado miembro límites penales más estrictos y estrechos. Ciertamente, como ya se ha pronunciado la doctrina que ha tratado el tema, ni esa Propuesta es propiamente una Directiva aún, ni ese nivel mínimo de protección penal impide una mayor protección en cada Estado, pero lo decisivo no es tanto uno u otro aspecto

como la realidad de que se trata de un concepto jurídico muy útil que permite acotar el ámbito propio de la protección civil del derecho de propiedad, deslindarlo del ámbito propio de la protección penal y reducir este a los casos más graves en que por ejecutarse la actividad comercialmente entra en directa competencia con la explotación comercial lícita de los derechos, lo que no ocurre en el caso de meros intercambios entre usuarios por grande que pueda ser el daño producido, cuya reparación puede lograrse en vía civil. En el propio Código Penal se detecta tal concepto al regular los delitos contra la propiedad industrial, en cuyo ámbito no se habla de “animo de lucro” sino de “fines industriales o comerciales”; y si la propia diferencia legal permite sostener la diferencia de trato en cuanto a este elemento, no es tampoco descartable una interpretación integradora que aproxime uno y otro concepto en aras a lograr una protección uniforme de todas las modalidades de estas propiedades especiales. Por ello este tribunal comparte tal criterio, cuya aplicación al caso concreto -en que demostradamente el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial, no cobraba dinero ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos -, conduce directamente a la confirmación de la sentencia apelada en cuanto a su pronunciamiento absolutorio. Sin perjuicio, desde luego, de la responsabilidad civil que le pueda ser exigida al acusado desde el punto de vista del derecho civil, lo que no es objeto de este procedimiento una vez que se declara la no existencia de delito ni de responsabilidad civil nacida del mismo.

NOVENO:

Sentado lo anterior debe entrarse a resolver sobre el recurso del acusado -al que manifiesta adherirse el Ministerio Fiscal, lo que no es admisible según criterio sostenido por esta Audiencia desde su acuerdo de unificación de criterios de 23 de mayo de 2003 -, que se alza contra el particular de la sentencia de

instancia en que, pese a su libre absolución, ordena la destrucción de los discos intervenidos, decisión que no parece fundada en norma jurídica alguna. Pues bien, el art. 742 de la LECR. dispone expresamente la aplicación de lo previsto en el art. 635, párrafo 5º de la misma Ley en caso de sentencias absolutorias, de suerte que también en estas y pese a la absolución, “cuando las piezas de convicción entrañen, por su naturaleza, algún peligro grave para los intereses sociales o individuales, así respecto de las personas como de sus bienes, los tribunales, en prevención de aquel, acordarán darles el destino que dispongan los Reglamentos o, en su caso, las inutilizarán previa la correspondiente indemnización, si procediera”. El Real Decreto 2783/1976 de 15 de Octubre sobre conservación y destino de piezas de convicción, dispone la devolución a su dueño de las mismas una vez acabado el proceso y siempre que no proceda otro destino, como alega la defensa, pero con la excepción de que se trate de objetos de ilícito de comercio, en cuyo caso, ya sean del delincuente o de un tercero, recibirán el destino que determinen los respectivos reglamentos según su naturaleza. Por consiguiente, y siendo así que los objetos de que se trata en esta causa y a que afecta este pronunciamiento, los discos, son copias ilícitas de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual, es claro que ni siquiera en estricta aplicación del Real Decreto invocado por la defensa es obligada su devolución al acusado absuelto; y que por el contrario, en aplicación del mismo Real Decreto y del precepto legal transcrito, habida cuenta de las circunstancias del caso, de la cantidad de copias de que se trata y de la comprobada utilización de las mismas para el intercambio y consiguiente infracción de los derechos de propiedad intelectual, es de estimar que concurre el supuesto legalmente previsto y que es conforme a derecho la destrucción que viene acordada, que debe ser por ello confirmada.

DÉCIMO:

No apreciándose temeridad ni mala fe en la interposición de los recursos, en aplicación de lo dispuesto en el art. 240 de la LECR., procede declarar de oficio las costas en esta alzada por todos los recursos.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente los recursos de apelación interpuestos por JOSÉ MANUEL ASOCIACION FONOGRAFICA Y VIDEOGRAFICA ESPAÑOLA (AFYVE), y COLUMBIA TRISTAR

HOME ENTERTAINMET Y CIA S.R.C., THE WALT DISNEY COMPNY IBERIA S.L., y la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DISTRIBUIDORES Y EDITORES DE SOFTWARE DE ENTRETENIMIENTO (ADESE) y demás mercantiles por ella representadas, contra la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Penal num. Tres de Santander, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con declaración de oficio de las costas causadas por todos los recursos en esta alzada.

Siendo firme esta Sentencia desde ésta fecha, por no haber contra ella recurso alguno, devuélvase la causa original junto con su testimonio al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento. Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.