

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Piratería. Reproducción de ejemplares. Distribución. Internet

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Málaga, Sección 3ª

FECHA: 30-1-2004

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Portal de *eTrust*, de la División Tecnológica del Despacho Durán-Sindreu, por <http://www.e-trusttech.net>

OTROS DATOS: Recurso de Apelación No. 18/2004.

SUMARIO:

El encausado *“utilizaba un ordenador, con grabadora, una grabadora duplicadora, dotados de Software, con acceso a Internet y el servicio de un correo electrónico. Ofertaba un listado de música ... Los envíos se efectuaban contra reembolso”*.

“... el propio acusado reconoce ser titular de una cuenta correo y en la misma se anuncia públicamente la posibilidad de adquirir grabaciones solicitándole el producto a través de un e-mail y recibéndolo mediante un reembolso, con un precio pactado ...”.

“El manifestar, como lo hace el recurrente, que no está acreditado que el acusado se anunciara por Internet con la finalidad de vender sus productos, carece de sentido ante la contundencia de las pruebas incriminatorias contra el mismo”.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Con fecha 11 de noviembre de 2003, por el Juzgado de lo Penal número 4 de Málaga se dictó sentencia, estableciendo el siguiente relato de hechos probados: «Desde los primeros meses del año 2001 hasta el mes de marzo de 2002, aproximadamente, el acusado Jesús María, sin antecedentes penales, desde su domicilio en la localidad de Marbella y como titular de la cuenta de correo ..., cuyo número de asociado fue contratado por él, se dedicaba a la grabación o realización de copias de obra musicales o fonogramas, en

soporte de disco compacto y formato comprimido MP3, que vendía a través de Internet, con el ánimo de obtener un beneficio económico MP3, que vendía a través de Internet, con el ánimo de obtener un beneficio económico, perjudicando a AFYVE y a Microsoft Corporation, sin la necesaria y pertinente autorización de los titulares, tanto por la distribución, como para la realización de copias. Utilizaba un ordenador, con grabadora, una grabadora duplicadora, dotados de Software, con acceso a Internet y el servicio de un correo electrónico. Ofertaba un listado de música, consistente en 367 CDS en el formato ya reseñado. Los envíos se efectuaban contra reembolso. En la diligencia de entrada y registro, practicada el día 8 de marzo de 2002,

a las 9,45 horas con la asistencia del Sr. Secretario del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Marbella en el domicilio del acusado, sito en la Plaza de Miraflores núm. 7-2º puerta 3, se intervinieron un total de 1262 CD-ROM, con programas propiedad de Microsoft Corporation y diverso material informativo empleado para la confección de las copias ofertadas". Y se dicto el siguiente fallo: "Condeno a Jesús María, como autor de un delito continuado contra la Propiedad Intelectual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dieciséis meses de prisión, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, durante el tiempo del cumplimiento de la condena, y al pago de las costas procesales, incluidas las de las Acusaciones Particulares. Indemnizará a AFYVE en nueve mil seiscientos veintidós con ochenta y un euros, y a Microsoft Corporation en veintisiete mil doscientos ochenta y siete con cuarenta y cuatro euros. Se decomisa el material intervenido al que se dará el destino legal».

SEGUNDO Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación para ante esta Audiencia Provincial por la Procurador Señora Molina Pérez en nombre y representación de Jesús María y teniéndolo por formulado y en tiempo y forma, por el Juzgado de Instancia se admitió a trámite y conferido traslado a las demás partes personadas por el plazo común legal de 10 días, dentro del mismo, se impugno el recurso por las representaciones procesales de las entidades «Microsoft Corporation» y «AFYVE» y elevadas las actuaciones a este Tribunal y recibidas con fecha 26-01-04, se formo el correspondiente rollo, se designo ponente y prescindiendo de la celebración de vista, en el día de la fecha se delibero la presente resolución.

TERCERO En la tramitación del presente recurso de apelación han sido observadas las prescripciones legales establecidas para los de su clase.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia pronunciada en el Juzgado de lo Penal número 4 de Málaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Alega el recurrente, como primer motivo de su impugnación, la «infracción de normas del ordenamiento jurídico y garantías constitucionales», por entender que se ha dado validez a la documentales aportadas por AFYVE con su denuncia y que son relativas a conversaciones mantenidas por el acusado con tercera persona y al contenido de un paquete postal remitido por el primero a la segunda, todo lo cual supone una violación de los derechos al secreto de las comunicaciones y a la intimidad que se consagran en el artículo 18 de la CE (RCL 1978, 2836) , y se desarrolla en el artículo 579 de LECrim (LEG 1882, 16) , con una actuaciones provocadoras de la comisión delictiva por parte de la referida tercera persona, por lo que al ser pruebas obtenidas ilícitamente, debieron ser declaradas nulas y sin eficacia o valor procesal alguno, lo que implica el dictado de la absolución del acusado.

Con acertado criterio, la sentencia que se recurre, establece que no es de aplicación el artículo 11.1º de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) , en cuando a la falta de efectos de las pruebas obtenidas violentando derechos y libertades fundamentales, por cuanto el propio acusado reconoce ser titular de una cuenta correo y en la misma se anuncia públicamente la posibilidad de adquirir grabaciones, solicitándole el producto a través de un e-mail y recibéndolo mediante un reembolso, con un precio pactado; las dos entidades perjudicadas por la conducta del acusado, al impugnar el recurso formulado y en concreto al referirse al motivo que se examina, de forma fundamentada, apoyan el razonamiento jurídico de la sentencia. Así, la representación procesal de AFYVE expone como no puede hablarse de delito provocado, por cuanto la conducta delictiva del acusado es anterior a la actuación de Doña Carmen Millán Abogada de la referida entidad, y que se limito a poner en conocimiento de la autoridad competente las actividades que realizaba el acusado,

aportando las pruebas pertinentes (SAP. Madrid, 11-10-02 [JUR 2003, 10546] , SAP. Madrid, 16ª, 19-9-01 [JUR 2001, 316323] , STS 2º, 20-01-95 [RJ 1995, 139]), sin que ello suponga vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, por la interpretación contraria podría llevar al absurdo de que quien reciba una carta con amenazas, no puede aportar la misma so pena de vulnerar la intimidad o el secreto de las comunicaciones del remitente (STS, 2ª 11-5-94 [RJ 1994, 3687]). Finalmente alega, la misma parte, en cuanto posible existencia de delito provocado, en su puesto igual al juzgado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2ª de fecha 30-06-01, en cuanto una posible lesión del principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, que la conducta de la señora Millán «No iba encaminada a provocar la conducta delictiva, sino que constataba ésta, se trataba de la obtención de pruebas para determinar los autores de dicha actividad, lo que sin duda no constituye la figura del delito provocado tal como viene reiteradamente considerando el Tribunal Supremo» (STS 2ª 27-12-01 [RJ 2002, 1561]).

Por su parte, con igual de fundamentada exposición, la representación procesal de Microsoft Corporation, impugna la alegación del recurrente, en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales, dado el carácter Público de los anuncios del acusado con posibilidad de adquirir copias de CD-S musicales y copias de programas de ordenador, mediante un precio pactado, lo que no implica nulidad alguna de las pruebas como lo acredita y se confirma por la entrada y registro judicialmente acordada y llevada a efecto con todas las garantías procesales. No se violenta el derecho al secreto de las comunicaciones, cuando se aporta la comunicación recibida, pues como dice claramente el Tribunal Supremo en Sentencia, 2ª, 20-07-94 (RJ 1994, 6614) «Quien graba una conversación de otros, atenta, independientemente de otras consideraciones al derecho reconocido en el art. 18.3 de la CE (RCL 1978, 2836) , por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional». Igualmente, se acredita como

la impresión de correos electrónicos habidos entre las partes, no implica reproche jurídico alguno, en virtud de la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de fechas 15-02-84 (RJ 1984, 878) y 17-07-84 y del Tribunal Constitucional en sentencia 114/84 de 29 de noviembre (RTC 1984, 114), ya que el art. 18.3 de la CE se dirige, inequívocamente, a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a aquellos entre los que medie el proceso de comunicación, sin que haya secreto para aquel a quien la comunicación se dirige.

La Sala hace suyas, no solo la fundamentación del Juez «a quo» sobre el indudable carácter de Público del anuncio del acusado para vender los productos que fraudulentamente obtenía, sino, asimismo, las argumentaciones de las dos partes perjudicadas sobre la inexistencia de nulidad alguna en las pruebas aportadas por la denunciante, que no son consecuencia de provocación al delito, sino acreditación de actividades delictivas anteriores y sin que ello implique pérdida de eficacia probatoria, como por otra parte se acredita por la diligencia de entrada y registro acordada judicialmente. El manifestar, como lo hace el recurrente, que no está acreditado que el acusado se anunciara por Internet con la finalidad de vender sus productos, carece de sentido ante la contundencia de las pruebas incriminatorias contra el mismo.

Por lo expuesto la Sala, dando por reproducidas las citadas argumentaciones de la sentencia apelada y de las impugnaciones al recurso, estima que no se ha producido vulneración alguna del derecho al secreto de las comunicaciones o a la intimidad, por lo que las pruebas aportadas por la denunciante no son nulas y si aptas para producir efectos jurídicos según la valoración judicial al respecto, máxime cuando la jurisprudencia admite la legitimidad de la grabación subrepticia de una conversación entre personas realizada por una de ellas sin advertírsele a la otra, ya que ello no ataca la intimidad ni al derecho de comunicaciones (SSTS 2ª, 11-5-94 [RJ 1994, 3687] , 30-5-95 [RJ 1995, 4506] , 2-3-98 [RJ 1998, 2343] , 29-9-99 [RJ 1999, 8087]), considerando, igualmente, probado el carácter Público del anuncio que realizaba el acusado sobre sus

ilícitas actividades, sin que exista vulneración del principio de legalidad ante la preexistencia de las mismas y la ausencia de provocación por parte de la representante de la denunciante que solo acredita el delito y del que es parte perjudicada; todo lo cual implica la desestimación del motivo alegado y que se examina.

SEGUNDO Como segundo motivo de impugnación, alega el recurrente error en la apreciación de las pruebas, por cuanto se estima que no ha resultado probada la autoría del acusado en cuanto al delito Contra la Propiedad Intelectual al no darse ninguno de los elementos del injusto, no quedar demostradas las actividades de distribución, venta o comercialización y por lo tanto la existencia de animo de lucro, con ausencia de perjuicio o menoscabo material y además se toman como base probatorias pruebas expresamente impugnadas y sobre las que se solicita la nulidad, lo que le lleva al recurrente a estimar, asimismo, que procede la absolución de su defendido.

Frente lo manifestado por dicho recurrente en el motivo que se examina la sentencia impugnada, estableciendo que la conducta del acusado se incardina en el art. 240 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , en concurrencia con el art. 74 del mismo texto legal, expone los elementos definidores del delito contra la Propiedad Intelectual por el que viene acusado el Sr. Jesús María, la facultad de aceptar las declaraciones prestadas por el acusado en la fase instructora cuando existan divergencias o diferencias con las prestadas en el plenario, la valoración de la documentales aportadas y el perjuicio material causado a los productores asociados a AFYVE y a Microsoft Corporation, en base al informe pericial practicada y valoración del mismo. La fundamentación del Juez a quo que se considera adecuada y ajustada a derecho, se ratifica por las alegaciones de las partes perjudicadas, en cuanto a que en la conducta del acusado se aprecia los elementos típicos consistentes en la distribución y reproducción, la existencia del dolo configurador del injusto típico, el animo de lucro, el perjuicio al tercero y la falta de autorización de los titulares de los derechos de la Propiedad Intelectual.

El Juzgador de instancia establece como consecuencia del relato fáctico declarado como probado, la infracción del art. 270 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , en relación con el art. 74 del mismo texto y los arts. 18 y 19 de Ley de Propiedad Intelectual (RCL 1987, 2440) según Texto Refundido aprobado por el RD Legislativo de 1-96 de 12 de abril (RCL 1987, 1382) , lo que podría ampliarse a los artículos 17, 115, y 117 de la misma Ley, que ampara no solo la reproducción y distribución de CD~S musicales de forma intencionada y con animo de lucro, sino que también concede protección jurídica a los derechos de autor de programas de ordenador según los artículos 10.1 i) y 102 de la citada Ley, al considerar como derechos de autor la reproducción -copia- de programas de ordenador, total o parcial, sin la necesaria autorización -arts. 99, 18 y 31 de la Ley- y especialmente no solo la puesta en circulación de esas copias ilegales de programas informáticos sino la mera tenencia con fines comerciales de los mismos.

Sostener la impunidad de tal conducta o la exclusiva trascendencia a los efectos administrativos o privados, sin relevancia penal, supone ignorar la rotundidad del art. 160 del CP, correctamente aplicado en la sentencia que se impugna (SAP, Jaén, 2ª 27-03-00) (ARP 2000, 2288) y al que llega el Juzgador de instancia con el necesario convencimiento y mediante una correcta valoración de las pruebas practicadas.

Por lo anterior, la Sala considera que no ha existido error en la apreciación de las pruebas por parte del Juez «a quo» y que la valoración que hace del aservo probatorio, con base en las facultades que le otorgan los arts. 741 (LEG 1882, 16) y 117.3 de la CE (RCL 1978, 2836) , es correcta y ajustada a derecho y debiendo, por tanto y necesariamente, prevalecer el criterio lógico, objetivo e imparcial de dicho juzgador, sobre la opinión subjetiva, parcial e interesada de la parte recurrente (SSTS, 2ª, 28-4-96, 27-4-00 [RJ 2000, 3305] , 2-10-00 [RJ 2000, 8118]), ya que resultan probados los hechos que configuran la tipicidad penal de la conducta del acusado en cuanto a la reproducción y distribución de obras amparadas por el derecho de la propiedad

intelectual, la carencia de autorización para cualquier clase de las actividades realizadas, por parte de los titulares de los correspondientes derechos de la referida Propiedad Intelectual y la realización intencionada de dichas conductas con la concurrencia del dolo específico (con el ánimo de lucro), como ha quedado suficientemente acreditado.

Por todo ello, la Sala estima que procede, asimismo, no admitir el referido motivo de impugnación que formula el recurrente.

TERCERO *No apreciándose en el recurrente las circunstancias de temeridad o mala fe, que contempla el último párrafo del art. 240 de LECrim (LEG 1882, 16) , procede declarar de oficio las costas que pudiera haberse causado con motivo del recurso formulado.*

Vistos los preceptos citados, los artículos 142, 145, 146, 147, 149, 741 y 792 de la LECrim (LEG 1882, 16) , los arts. 82, 248 y 253 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) y demás normas de aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora señora Molina Pérez en nombre y representación de Jesús María, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Málaga, con fecha 11 de noviembre de dos mil tres, debemos confirmar y confirmamos, íntegramente dicha resolución, con declaración de oficio de las costas procesales de esta alzada.