Mª TERESA BAJO AUZ
PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES
...@euskalnet.net
...08

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA
17 OCT 2011
BIZKAIKO AUZITEGIETAKO PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL
TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sección 1ª
BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta- C.P. 48001 Tfno.:
94-(4016668)

Rollo Abreviado nº 211/11-1ª
Procedimiento nº 506/09
Jdo.de lo Penal nº 1 (Barakaldo)

S E N T E N C I A N U M . 530/11

Ilmos/as. Sres/as.
PREDIENTA DOÑA REYES GOENAGA OLAIZOLA
MAGISTRADO DON JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ
MAGISTRADO DON JUAN MIGUEL MORA SANCHEZ

En BILBAO (BIZKAIA), a 27 de Septiembre de 2011..

VISTOS en segunda instancia, por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 506/09 ante el Jdo.de lo Penal nº 1 (Barakaldo) por hechos constitutivos, aparentemente, de un delito de contra la propiedad intelectual contra D. [redacted], D. [redacted] y D. [redacted], cuyas respectivas circunstancias personales constan en autos, como acusados, representados respectivamente por los Procuradores Dña. Begoña López Del Hoyo, Dña. Sonia Saenz Tuñón y Dña. Vanesa Díaz Manzano, y asistidos por los Letrados D. Carlos Sánchez, D. Francisco Fernández Ochoa y Dña. Sonia Cabello Zuazo, e interviniendo así mismo como partes acusadoras el Ministerio Fiscal y, así mismo, las entidades Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento (Adese) y Otras, representadas por el Procurador D. Juan Setién García y asistidas por el Letrado D. Alfredo González Ávila, y la Asociación deProductores de Música de España (Promusicae), representada por el Procurador D. Jesús Fuente Lavín y asistida por el Letrado D. Francisco Javier Márquez Martín.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrada Ponente, la Iltma., Sra. Dña. REYES GOENAGA OLAIZOLA.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 1 (Barakaldo) de los de dicha clase, se dictó con fecha 11 de febrero de 2011 sentencia en la que se declaran probados los siguientes hechos:"**ÚNICO.-** Remitida la presente causa a este Juzgado se señaló la oportuna vista para el 24 de Enero del presente año 2.011 quedando finalmente las actuaciones pendientes de su oportuna resolución." La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a D. , D. y D. del delito contra la propiedad intelectual del que venían siendo respectivamente acusados en el presente procedimiento, declarando de oficio las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de LAUREN FILMS VIDEO HOGAR Y OTROS en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los Autos a esta Audiencia, se dió traslado de los mismos al/a la Magistrado/a Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- Estimándose necesaria la celebración de vista, se señaló como fecha para la misma el día 8 de septiembre de 2011.

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la sentencia apelada.

HECHOS PROBADOS

Debe corregirse la sentencia en el sentido de incluir el siguiente relato de hechos probados:

Los acusados , y , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, puestos de común acuerdo y durante el periodo comprendido entre octubre de 2005 a marzo de 2007, pusieron a disposición de los usuarios de Internet enlaces que reproducían obras protegidas por derechos de autor sin contar con la autorización de los titulares de esos derechos y ofreciendo la descarga gratuita de los archivos, causando el correspondiente perjuicio a los titulares de las obras.

Realizaban esta actividad a través de las páginas web "fenixp2p.com" y "mp3-es.com" de las que ambos eran administradores, donde sistematizaban, ordenaban y hacían una reseña de la obra correspondiente, incluyendo los enlaces a los archivos de páginas de intercambio, siendo la relación de enlaces lo que albergaban en su propio servidor. Cuando el usuario accedía a ese enlace lo hacía a través de tales páginas de intercambio de archivos, pero obtenía una descarga directa de la obra en cuestión.

Los acusados llevaban a cabo esta actividad con la intención de obtener ganancias a través de la publicidad que ofrecían en ambas páginas, calculándose los ingresos obtenidos en tal concepto mediante un sistema basado en el número de visitas a las páginas. Para ello contrataron con las empresas Net Real Solutions Group S.L. e Impresiones Web S.L., habiendo abonado NRS Group por la publicidad alojada en fénix p2p.com la cantidad de 6.022,47 euros a y por la publicidad alojada en mp3-es.com 25.950,96 euros a ; y habiendo abonado Impresiones Web S.L. por la publicidad alojada en fenixp2p.com 3.600,12 euros a y 4.969,55 euros a por la publicidad de la pagina mp3-es.com.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La primera cuestión que se planteaba en el recurso de apelación formulado por las partes se refiere a la nulidad de la sentencia por la falta un relato de hechos probados. Las dos recurrentes consideraban en sus escritos de recurso que tal ausencia de un relato fáctico vulneraba normas esenciales del procedimiento y generaba indefensión.

Debemos indicar que la Sala comparte plenamente el planteamiento de los recurrentes y considera que la decisión adoptada por el Juzgador de instancia de no redactar relato de hechos probados y de analizar únicamente la tipicidad de la conducta, es errónea en cuanto contraria a normas esenciales del procedimiento, no acorde con la jurisprudencia más reciente en la materia y desde luego generadora de indefensión para las partes, a las que se priva de la posibilidad de entender la resolución dictada por el juzgador y hacer valer sus derechos mediante los correspondientes recursos.

A efectos puramente ilustrativos nos remitimos a las Sentencias del Tribunal Supremo que tratan de manera pacífica la cuestión, pudiendo citar la STS de 26 de marzo de 2009, que nos recuerda que "La jurisprudencia ha elaborado los siguientes parámetros interpretativos de este motivo (*se refiere al art. 851,2° LECrim*):

Que, en las resoluciones judiciales han de constar los hechos que se estimen enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, con declaración expresa y terminante de los que se consideren acreditados.

Que, efectivamente, la carencia de hechos probados supone un serio obstáculo para llegar a un pronunciamiento condenatorio pues éste debe descansar sobre las razones jurídicas que califiquen aquellos hechos, aunque la Sala es muy dueña de redactar, del modo que estime más acertado, los acontecimientos que según su conciencia estime aseverados.

Que de igual modo el juzgador no tiene obligación de transcribir en sus fallos la totalidad de los hechos aducidos por las partes o consignados en las respectivas conclusiones; y

Que el vicio procesal existe indudablemente no sólo cuando la carencia sea absoluta sino también cuando la sentencia se limite a declarar genéricamente que no están probados los hechos base de la acusación. (STS 1198/2006 de 11 de diciembre).

La omisión de un relato fáctico incumple las exigencias procesales de la Ley procesal y Orgánica del Poder Judicial, y es causante de indefensión, por lo que procede la anulación de la sentencia y la devolución de la causa al tribunal de instancia para que proceda a dictar la sentencia en los términos previstos en la Ley procesal."

Pero es que además el Juzgador no sólo incurre en esta vulneración sino que en realidad lo hace solo formalmente, puesto que para analizar la tipicidad de la conducta sí parte de un relato de hechos probados que se incluye en la fundamentación jurídica, lo que incrementa considerablemente la confusión que se desprende de la resolución dictada, puesto que lo hace claramente señalando en el tercer párrafo un relato fáctico completo (lo que también merecería la declaración de nulidad según reiterada jurisprudencia contenida en sentencias como la STS de 26 de marzo de 2004 ó la STS del 15 de octubre de 2010), pero no hay una sola línea dedicada a explicar por qué considera que ése es el resultado probatorio y no otro, y lo hace sólo por referencia a lo que, según dice, no cuestionan las partes. Con ello incurre en otro defecto fundamental y que atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, puesto que priva a todos ellos de una adecuada motivación y razonamientos sobre la prueba practicada en el acto del juicio.

En definitiva, en opinión de la Sala la sentencia recurrida no puede contener una técnica de elaboración más desacertada y la única razón por la que este Tribunal no procede a declarar su completa nulidad es porque los

recurrentes en la vista de la segunda instancia han renunciado a esta petición principal, que ambos realizaban en sus escritos de recurso. Y han señalado que debe considerarse salvada la cuestión entendiendo que el relato de hechos está en el fundamento jurídico tercero y que la vista celebrada en la segunda instancia permite corregir y completar en su caso tal relato fáctico.

SEGUNDO. La segunda cuestión que debe abordarse en esta resolución es la relativa a la posibilidad que tiene este Tribunal de dictar en esta segunda instancia una sentencia revocatoria de la anterior y en su caso de condena de los dos acusados. La cuestión es sabido que ha generado abundante jurisprudencia constitucional—. Por dar una visión lo más exacta posible de la jurisprudencia del TC sobre esta cuestión citaremos la STC de 11 de abril de 2011, que nos recuerda que desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre, "La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído.

De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal -, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte."

Nótese que en este caso, las cuestiones planteadas por las partes recurrentes se refieren tanto a las consideraciones jurídicas contenidas en la sentencia sobre la atipicidad de la conducta realizada por los acusados, como a consideraciones de hecho, puesto que los recurrentes discrepan de la valoración de la prueba efectuada por el juzgador en concreto en cuanto a la actividad de los acusados consistente en grabar el sonido en español de algunas de las películas e insertarlo en los archivos previamente descargados de otros servidores.

Por lo tanto, al tratarse de cuestiones que tienen este doble carácter jurídico y fáctico, no basta con la presencia del letrado en la vista de la segunda instancia sino que sería precisa la presencia del acusado a fin de que sostenga en su caso su declaración de inocencia.

En el caso que nos ocupa, y ante la petición expresa de las partes recurrentes, se ha celebrado una nueva vista en la segunda instancia, a la cual han asistido ambos acusados y en la que ante todas las partes y el tribunal se ha reproducido la grabación de la vista oral anterior en la parte correspondiente a las declaraciones de ambos acusados y a continuación se les ha dado la posibilidad de añadir o precisar lo que consideraran oportuno respecto a sus declaraciones o a la vista anterior, así como se ha dado la oportunidad a las partes de realizarles las preguntas que considerasen oportunas. Ambos acusados, informados de sus derechos, se negaron a responder a ninguna pregunta y declinaron realizar matizaciones o aclaraciones.

Siendo esto así, la Sala entiende que ha quedado salvada cualquier género de indefensión que pudiera producirse por la eventual corrección de la sentencia absolutoria dictada tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos.

Ahora bien, la pregunta que se hace esta Sala es si con ello es bastante para que el Tribunal pueda volver a analizar toda la prueba practicada en el juicio anterior y en especial la de naturaleza personal (en concreto la testifical y pericial) que no fue reproducida en la vista de esta alzada. Debe indicarse que ninguna de las partes lo solicitó así, y debe indicarse también que no habríamos aceptado esta práctica de toda la prueba en la segunda instancia, pues la Sala tiene el criterio ya manifestado en resoluciones anteriores de que no es posible esta repetición completa del juicio oral en la segunda instancia, al no estar prevista esta posibilidad en la regulación actual del enjuiciamiento criminal. No cabe duda de que la jurisprudencia constitucional es reiterada en esta cuestión (puede citarse la STC de 11 de enero de 2010, que a su vez cita la muy relevante STC 167/2002 de 18 de septiembre, la STC 21/2009, de 26 de enero, la STC 24/2009 de 26 de enero, ó la STC 118/2009 de 18 de mayo) y señala que "el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción...En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y

declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia."

Pero esta Sala entiende, siguiendo el criterio de otras muchas Audiencia Provinciales así como del Tribunal Supremo, que en tanto no cambie la regulación procesal y no siendo posible una nueva práctica de la prueba en la segunda instancia, no es posible entrar a revocar una sentencia absolutoria sobre la base de una valoración probatoria realizada por el tribunal, distinta a la efectuada por el juzgador, cuando el tribunal no ha dispuesto de una percepción directa de las pruebas de naturaleza personal practicadas en el acto del juicio de la primera instancia.

Corresponderá en su caso al legislador corregir esta situación, pero en tanto esto no ocurra la conclusión, con arreglo a la doctrina constitucional expuesta, será que no podrá efectuarse la revocación de la sentencia absolutoria que se base en pruebas de tal naturaleza.

En este caso, y aunque éste es el criterio que tiene el Tribunal sobre la cuestión, pensamos sin embargo que el hecho de que hayan acudido los acusados a la vista y el hecho de que ante ellos se haya visualizado la grabación anterior, así como el hecho de que se les diere la posibilidad de declarar aunque se negaran a hacerlo, nos permitiría valorar todas sus declaraciones anteriores, tal como solicitaron los recurrentes. Es decir, dado que los acusados han podido declarar en este segunda instancia no se produciría ninguna vulneración de sus derechos por el hecho de que este Tribunal valorase sus declaraciones de manera distinta a como lo ha hecho el juzgador. Ahora bien, aun admitiendo esta posibilidad, la Sala se encuentra con otra dificultad, en este caso de valoración probatoria, que abordaremos a continuación.

TERCERO. Pues bien, tanto , como han realizado varias declaraciones a lo largo del procedimiento, siendo la primera de ellas (la prestada en la comisaría de Policía) la más completa y detallada y en ella ambos reconocen la actividad que acabamos de referir de grabar el sonido en castellano en las salas de cine de nuestro país, incorporar el audio al archivo de la película en versión original y colgarla así en su servidor.

En sus declaraciones posteriores niegan este extremo concreto, si bien lo hacen con matices: en el caso de ya en la declaración ante el juzgado señala que no se ratifica en la declaración anterior y que en aquella fue presionado por la policía con tenerle detenido 72 horas y en lo demás se niega a declarar. Por su parte no habla de presiones pero matiza que si grabo alguna vez el sonido de películas, lo hizo para el uso personal de y por

aprender a hacerlo.

En el juicio oral ambos reconocen que grabaron el sonido en alguna ocasión pero insisten en que fue para su uso personal.

Cabe decir que, por supuesto, no consta ni el más leve indicio de presión, o abuso por parte de los agentes de policía, estando por el contrario acreditado que los detenidos estuvieron asistidos por letrado y que estos profesionales tuvieron oportunidad de realizar las consideraciones y preguntas que consideraron oportunas en el momento de la declaración, sin que conste circunstancia anómala alguna. Ahora bien, el problema que encuentra el Tribunal a la hora de tener en cuenta esas manifestaciones iniciales, no ratificadas posteriormente, es que no vienen apoyadas por ninguna otra prueba que podamos tener en cuenta.

No podemos valorar (pues son pruebas de naturaleza personal) ni las declaraciones de los agentes de policía, ni las de los peritos sobre la existencia misma en la página de esos archivos de películas manipulados supuestamente por los acusados, ni podemos tener en cuenta las manifestaciones de tales agentes sobre el modo, lugar y efectos ocupados cuando ambos acusados (y en especial Oscar) fueron detenidos.

Puede recordarse aquí la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (citaremos por todas la STS de 30 de diciembre de 2009, ROJ: STS 8117/2009), según la cual para dar validez a las declaraciones de los coimputados es exigible una mínima corroboración de carácter objetivo del contenido de tales declaraciones.

La cuestión se complica en nuestro caso al tratarse de unas declaraciones prestadas en sede policial y nunca ratificadas posteriormente, ni en el juzgado de instrucción ni en el acto de la vista. En tales casos el criterio pacífico, expuesto entre otras en STS de 25 de mayo de 2011 (ROJ: STS 4039/2011) es que "cuando se trata de declaraciones válidas, al haber sido practicadas con toda corrección, aun cuando no puedan ser valoradas como pruebas de cargo al no practicarse en presencia del Juez, pueden aportar datos objetivos que permitan seguir líneas de investigación. Los aspectos fácticos aportados en la declaración policial del imputado que hayan podido ser comprobados, podrán ser valorados en función de su contenido incriminatorio una vez incorporados adecuadamente al juicio oral."

Siendo esto así, y en el caso que nos ocupa, nos encontramos con que la base de ese nuevo hecho probado que las acusaciones quieren hacer valer (el de las grabaciones del sonido de las películas en español y su introducción en un archivo previamente descargado, para después ofrecerlo

públicamente en web de los dos acusados) puede ser únicamente esa primera declaración prestada por los dos acusados en comisaría, sin otro apoyo probatorio, pues como hemos dicho no podemos tener en cuenta ninguna de las pruebas de naturaleza personal del acto de la vista anterior, ni hay datos objetivos que puedan desprenderse del atestado que permitan apoyar tal hecho probado. Ante esta situación de ausencia de corroboraciones objetivas de lo dicho por los acusados en la primera de sus declaraciones considera la Sala que es insuficiente a los efectos de desvirtuar la presunción de inocencia de los acusados en este punto.

CUARTO. Pasamos a analizar la tipicidad de la conducta que consideramos acreditada en los términos que hemos hecho constar en el relato de hechos probados, partiendo de la base de que todas las partes personadas y el propio Juzgador se han hecho eco de la controversia jurídica creada en torno a esta cuestión, por lo que merece un análisis más detenido.

Sin embargo, lo primero que debemos indicar es que la argumentación de la sentencia no puede ser aceptada pues en definitiva niega la tipicidad de la conducta por dos motivos: por entender que "Internet es un sistema de enlaces entre ordenadores a través de una gran red electrónica virtual de información y que lo que tal sistema ha venido a permitir ha sido el superar el intercambio tradicional entre particulares de soportes físicos para llegar a un intercambio entre internautas usuarios mucho más rápido y con alcance general de archivos de todo tipo...."; y como segundo argumento indicando que "las páginas a que se refiere nuestro procedimiento no alojaban archivos como tales sino enlaces, ni realizaban directamente la descarga de los mismos", por lo que concluye que no encaja en las conductas del art. 270 CP.

Es evidente que el primero de los argumentos no tiene base jurídica alguna y el hecho de que Internet tenga unas características concretas (como plataforma de comunicación y de transmisión de datos) entre las que puede destacarse la ausencia de controles expresos, el favorecimiento del anonimato, o la facilidad o rapidez en la conexión y en la comunicación, ello no justifica desde luego que se lesionen derechos o que se atente contra bienes de otras personas, o contra su intimidad, o que se acceda a la información de otro sin la autorización correspondiente, no justifica en definitiva que se lleven a cabo conductas ilícitas.

Y en cuanto al segundo argumento utilizado por el Juzgador, como diremos a continuación, y aun considerando que los archivos no eran descargados en el servidor de los dos acusados, y entendiendo que lo que ofrecía la página eran meros enlaces, la Sala considera que la conducta sí constituye comunicación pública y en tal sentido es típica con arreglo a lo dispuesto en el art. 270 del CP.

Según sostienen los dos acusados ellos no procedían en ningún caso a descargar los archivos en su servidor, se limitaban a reseñar una serie de contenidos que cualquier usuario podría encontrar en las páginas que se utilizan para compartir archivos como Emule o Edonkey. De este modo, señalan, realizaban una labor de intermediación consistente en facilitar enlaces a otros contenidos y tal labor está regulada en el art. 17 LSSI (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico), según el cual tal conducta no lleva consigo responsabilidad alguna por la información o por el contenido, siempre que los prestadores no tengan conocimiento efectivo de que la actividad a la que remiten es ilícita o lesiona bienes o derechos de terceros.

Este argumento ha sido acogido por diversos tribunales en nuestro país, pudiendo citarse entre otras muchas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de marzo de 2011. Según tales resoluciones la propia ley en el art. 17 expresa cuándo se tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de contenido al que se enlaza, indicando que se entenderá que un prestador de servicios tiene conocimiento efectivo de la ilicitud "cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos y el prestador conociera la correspondiente resolución". Las sentencias que aplican este artículo hacen una interpretación literal del mismo y se acogen al principio de intervención mínima considerando que las conductas como las que nos ocupan (las páginas de enlaces) no son punibles. Sin embargo, esta Sala no está de acuerdo con el planteamiento.

Este artículo 17 de la LSSI plantea la responsabilidad del prestador de servicios en labores de intermediación en relación con el contenido enlazado. Y sostiene que quien hace esa labor no es siempre responsable del contenido de la página o de los datos que se ofrecen en otro lugar de la red. El régimen de la responsabilidad se invierte y salvo que conste que el prestador de servicios de intermediación tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, se le exime de cualquier responsabilidad. Pensemos precisamente en los buscadores, a los que se refieren las defensas con insistencia, o en páginas que ofrecen relaciones de enlaces a otras páginas. La ley establece que no puede hacerles responsables de que esas páginas a las que enlazan tengan un contenido ilícito (pensemos, por ejemplo, en un contenido de carácter xenófobo o que atente contra el honor de un tercero), de manera que el prestador de servicios de intermediación sólo sería responsable si tuviera conocimiento efectivo de que el contenido enlazado es ilícito.

Pero en el caso que nos ocupa los acusados enlazan con películas o con música. El contenido en sí no es ilícito (podría serlo si alguna de las cintas incluyera contenido pedófilo por ejemplo, pero no es el caso). Y tampoco sería ilícito si lo que hicieran los acusados fuera enlazar con la página p2p de intercambio privado de archivos. Si el enlace

fuera a la página p2p los acusados estarían dando acceso a una página cuya actividad no es ilícita, puesto que como ellos mismos han indicado, la actividad de compartir archivos no se ha considerado ilícita por los tribunales (desde el punto de vista del usuario que participa en el intercambio de archivos).

Pero en nuestra opinión el enfoque es incorrecto: no se trata de valorar si el contenido al que acceden es ilícito, sino de valorar su actividad, es decir, si con su actividad los acusados realizaban un acto de comunicación pública. Dicho de otro modo, aunque consideremos la labor de los acusados como de intermediación, lo que solo puede ser entendido en nuestra opinión en un sentido muy amplio del concepto, entendemos que el art 17 de LSSI al que se remiten las defensas no es el más adecuado para regular la responsabilidad de los dos acusados puesto que, como hemos visto, lo relevante en este caso no es la licitud o la ilicitud del contenido, sino su actividad.

Lo que hacen los acusados es entrar en la página de intercambio de archivos y extraer de ella un enlace de archivo de música o de película que albergan en su servidor (el enlace), sacándolo de ese contexto de página de intercambio para convertirlo en un archivo de descarga directa en otro lugar. Técnicamente cuando el usuario pincha en "descargar" realiza un acceso a la página p2p correspondiente, pero solo como trámite informático necesario para acceder al archivo. Los acusados no llevan al usuario a ese entorno de intercambio, sino que consiguen que acto seguido y sólo con esa acción de hacer un clic en "descargar" accedan a la película o la música correspondiente. En nuestra opinión, esta labor técnica y de alteración de la naturaleza de la página a la que dan acceso (permitiendo una descarga directa de su contenido fuera de ese contexto de intercambio), hace muy cuestionable que el art. 17 sea aplicable a tal actividad. Como hemos visto, el art. 17 se preocupa por la licitud del contenido enlazado por un prestador de servicios de intermediación. Pero compartimos con los recurrentes que se trata más bien de un acto propio a través del cual (a través del artificio técnico de introducir al usuario en la página de intercambio de archivos p2p y dar acceso directo a un contenido concreto de esa página) los acusados realizan un acto propio de comunicación, un acto de puesta a disposición a cualquier usuario potencial de esa página de un contenido que vulnera derechos de terceros.

El argumento de las defensas en el sentido de que al ser contenidos que están en la red son contenidos accesibles para cualquiera y que los acusados se limitaba a informar de que las obras estaban disponibles en otro servidor (similar, dicen, a la reseña de películas de un periódico) no es admisible en ningún caso. Con su intervención técnica y tras

haber indexado, clasificado y comentado las obras, lo que hacían era poner a disposición de manera directa la descarga. Es decir, era su actuación directa y no su labor de intermediación la que lograba el resultado del acceso a la obra en cuestión. En este sentido entendemos con los recurrentes que esta actuación directa está contemplada en la LPI art. 20 como un supuesto de comunicación pública y que en tal sentido configura el tipo penal que refleja el art. 270 CP.

Y en todo caso, y desde la perspectiva de la LSSI que ha venido aplicándose a estos supuestos, y dado que no consideramos adecuada la aplicación a la acción de los acusados del art. 17 citado arriba, considera la Sala que sería más adecuada la aplicación del art. 15 de ese texto legal. Se refiere este artículo a "los prestadores de servicios de intermediación que transmitan datos facilitados por un destinatario y que con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal." Creemos que éste es el caso que nos ocupa porque lo que hacen los acusados es crear una página con diversos enlaces ("datos" en un sentido informático) que alojan en sus servidores y lo hacen de forma temporal. Y señala este artículo 15 que estos prestadores de servicios no son responsables "por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplen las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.

Y como hemos dicho arriba, es precisamente éste el caso que nos ocupa, puesto que lo que hacen los acusados es permitir el acceso directo a los archivos, al contenido de esos enlaces (o datos) sin cumplirse las condiciones de una página de intercambio de archivos y creando con su acción una página de descarga directa. Y siendo esto así y según la LSSI, estos prestadores de servicios sí serían responsables por esta actividad que en definitiva es de comunicación pública de una información que lesiona derechos de propiedad intelectual de terceros.

En definitiva, tanto desde la perspectiva del LPI como de la LSSI entiende el Tribunal que la actividad de los dos acusados, en cuanto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno.

Dicho esto, debemos indicar que también se dan el resto de los elementos previsto en el art. 270 CP y en concreto el ánimo de lucro que ha sido cuestionado por las partes. Los acusados siempre han reconocido en todas sus declaraciones que obtenían ingresos en concepto de publicidad y así queda acreditado documentalmente de manera profusa en las actuaciones. Y en este sentido han reconocido que los ingresos por publicidad dependían del número de accesos a las páginas que administraban, y añadimos nosotros, ello está directamente unido al contenido que ofrecían (la posibilidad de descarga directa y gratuita de archivos). No cabe duda, a nuestro juicio, de que esta actividad estaba orientada a obtener ingresos por este medio y de que por lo tanto concurre el ánimo de lucro cuestionado.

Cabe recordar en todo caso que el concepto del ánimo de lucro ha sido entendido de una manera muy amplia por los tribunales y puede citarse en tal sentido la STS de 21 de julio de 2006 que nos recuerda que "el ánimo de lucro tradicionalmente ha sido entendido por esta Sala como el propósito del autor dirigido a la obtención de un beneficio, ventaja o utilidad, para sí o a para un tercero, que trate de obtener el sujeto activo y a cuyo fin despliega una conducta, incluyendo las pretensiones meramente lúdicas, contemplativas o de ulterior beneficencia. En definitiva, todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita".

QUINTO. Una vez establecido todo lo anterior y dado que la Sala entiende que los recursos deben ser estimados, consideramos que los dos acusados son autores de un delito relativo a la propiedad intelectual, previsto y penado en el art. 270,1° CP.

En cuanto a la determinación de la pena y a pesar de que las acusaciones tanto pública como privadas han solicitado la pena en su extensión máxima, esta Sala no aprecia circunstancias agravatorias que justifiquen esta imposición. Consideramos que sí debe tenerse en cuenta el volumen de obras ilícitas que se reproducían gracias a la acción de ambos acusados, lo que incrementa en nuestra opinión la gravedad de la conducta. Teniendo ello en cuenta consideramos adecuada la pena de un año de prisión para cada uno de los acusados y multa de catorce meses. En cuanto a la cuota multa y dado que ninguno de los acusados es insolvente sino que mantienen actividades retribuidas resulta adecuada la cuota de 12 euros solicitada por el Ministerio Fiscal.

SEXTO. En cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, la cuestión no ha quedado suficientemente aclarada en cuanto a su determinación concreta. Entiende la Sala que no hay duda de que se ha causado un perjuicio a las compañías productoras de cine y distribuidoras de música afectadas, perjuicio que debe corresponderse en principio con

los ingresos dejados de obtener por la reproducción lícita de las obras. Consideramos, como han solicitado tanto el Ministerio Fiscal como una de las acusaciones recurrentes, que la fijación de ese perjuicio debe determinarse en ejecución de sentencia.

Finalmente y tal como solicitan todas las acusaciones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 272 CP en relación con el art. 138 y 139 LPI, procede acordar el cese de la actividad de ambas páginas web. Y el comiso de los efectos ocupados y de las ganancias obtenidas.

SÉPTIMO. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la L.E.Cr., la estimación del recurso hace que se declaren de oficio las costas causadas en esta alzada.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Lauren Films Video Hogar y otros, así como el interpuesto por la representación legal de Productores de Música de España (Promusicae), a los que se ha adherido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 11 de febrero de 2011 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de Barakaldo en la Causa nº 506/09, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido de dejar sin efecto la absolución dictada.

En su lugar, condenamos a los dos acusados , y como autores de un delito contra la propiedad intelectual a la pena para cada uno de ellos de UN AÑO DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA de catorce meses a razón de 12 euros cada cuota-multa, con la responsabilidad personal por impago prevista en el art. 53 CP.

Los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a las compañías perjudicadas en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios derivados de su actividad ilícita.

Se acuerda el cese de la actividad de las dos páginas web mencionadas en el relato de hechos así como el comiso de los efectos y dinero ocupados.

Se declaran de oficio de las costas causadas en esta

alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales.

Contra esta sentencia no cabe ulterior recurso.

Devuélvanse los autos al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.