

## **Microsoft y sus detectives, "casi en el borde del delito provocado"**

06-04-2006

Juzgado de lo Penal núm. 1 Orihuela  
Juicio Oral núm 1385/2004

SENTENCIA núm. 0157/2006

Orihuela, 06 de abril de 2006.

D. Manuel Martínez Aroca, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela, ha visto en Juicio Oral la causa seguida con el núm. 1385/2004, dimanante del Procedimiento abreviado núm. 006/1999, instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Orihuela, por un posible delito contra la propiedad intelectual, contra A.A.Q., ciudadano de la Unión, de nacionalidad española, mayor de edad, sin antecedentes penales, con NIF ....., hijo de A. y P., nacido en T., el día ....., de ignorada solvencia, con domicilio en ....., representado por el Procurador Sr. Martínez Rico, defendido por el Letrado Sr. Sánchez Almeida, en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado; contra J.M.E.M., ciudadano de la Unión, de nacionalidad española, mayor de edad, sin antecedentes penales, con NIF ....., hijo de R. y J., nacido en T., el día ....., de ignorada solvencia, con domicilio en ....., representado por el Procurador Sr. Salgado López, defendido por el Letrado Sr. García Barberán, en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado y contra J.J.I.T., ciudadano de la Unión, de nacionalidad española, mayor de edad, sin antecedentes penales, con NIF ....., hijo de J.M. y A., nacido en M., el día ....., de ignorada solvencia, con domicilio en ....., representado por el Procurador Sr. Martínez Rico, defendido por el Letrado Sr. Sánchez Almeida, en libertad provisional por esta causa de la que no ha estado privado, y como responsable civil subsidiario A., siendo parte en las presentes diligencias el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. García Sánchez, y ejerce la acusación particular MICROSOFT CORPORATION, representado por el Procurador Sr. Mínguez Valdés y asistido por el Letrado Sr. Deleito García, y dicta sentencia sobre la base de los siguientes

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Las presentes diligencias se incoaron en virtud de atestado instruido por la Guardia Civil de Torrevejeja, por un posible delito contra la propiedad intelectual, contra A.A.Q., J.M.E.M. y J.J.I.T.

2. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Orihuela incoó Procedimiento Abreviado núm. 006/1999, remitiendo las actuaciones al Juzgado Decano una vez concluidas, quien las repartió a este Juzgado de lo Penal, incoando el presente procedimiento.

3. El Ministerio Fiscal, en el trámite de calificación definitiva, dirigió la acusación contra A.A.Q., J.M.E.M. y J.J.I.T. por un delito contra la propiedad industrial, previsto y penado en el art. 270 del Código penal interesando la imposición de la pena a cada uno de los acusados de 1 año de prisión, y que conjunta y solidariamente y con la responsabilidad civil subsidiaria de A. indemnicen a Microsoft en la cantidad que determina en su escrito. En el mismo sentido se pronunció la acusación particular que sin embargo considera los hechos un delito contra la propiedad intelectual continuado del art. 270 en relación con el art. 74 del Código penal, interesando la pena de prisión que señala y la indemnización acorde con sus pretensiones.

4. La Defensa calificó los hechos como no constitutivos de delitos, alegando la vulneración del art. 24 de Constitución e interesando el dictado de una sentencia absolutoria.

5. La vista del Juicio se ha celebrado el día 06 de abril de 2006, practicándose las pruebas que constan en acta.

## II. HECHOS PROBADOS

De la prueba practicada y/o reproducida en el acto del juicio, ha quedado probado y así se declara que, la denunciante Microsoft Corporation sospechaba que los acusados A.A.Q, de nacionalidad española, mayor de edad, sin antecedentes penales, y J.M.E.M., de nacionalidad española, mayor de edad, sin antecedentes penales, administradores mancomunados de la mercantil A. SL, donde trabajaba como empleado el también acusado, J.J.I.T., de nacionalidad española, mayor de edad, sin antecedentes penales, traficaban en su establecimiento 'A.' sito en la calle Z., de Torrevieja, con productos propiedad de Microsoft que se instalaban sin entrega de soporte original y licencia de uso. Con la finalidad de descubrir ese supuesto tráfico, un detective enviado por la denunciante solicitó al acusado J.M.E.M. que le vendiera un ordenador con el sistema operativo Win95 instalado. En una diligencia de entrada y registro ordenada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Orihuela, el día 28 de abril de 1998 fueron intervenidos 4 pc's todos ellos con el sistema operativo Windows95 instalado, software tal como Microsoft Works 4.0 y Microsoft Office 97 en ese momento sin licencia de uso o sin soporte original. El sistema operativo mencionado en ocasiones no tenía documentación que acreditara su tenencia.

No ha quedado acreditado en modo alguno que los acusados instalaran software de Microsoft en sistemas destinados a la venta sin que se hiciera constar la entrega del soporte original y de la licencia de uso necesaria a tal fin.

## III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Sin dejar de lado el estudio de la vulneración del art. 24 de la Constitución alegado por las defensas, tengo que comenzar diciendo que no considero, a la vista de la prueba practicada y de los hechos por los que se ha abierto juicio oral contra los acusados, que estos hayan cometido delito alguno contra la propiedad intelectual. De un lado, esa búsqueda inicial a través de un detective privado -como se resalta en las actuaciones- para conseguir por la denunciante en aquel momento, que los acusados le

presupuestaran y construyeran un pc con software que no ha satisfecho los debidos tributos, podría estar casi en el borde del delito provocado, como ya se ha señalado en otros lugares. Sin embargo, se consigue la finalidad de que el Juzgado de Instrucción núm 5 de Orihuela, en abril de 1998 (sic) acuerde la entrada y registro del establecimiento A. en Torrevieja. No es tanto el material que se encuentra allí, esto es cpu, software sin soporte o licencia de uso, que en este caso, a la vista de la documentación aportada después, nos llevaría a lo sumo a un Microsoft Works 4.0, un Microsoft Office 97 que se usa en red, y nada más, en tanto que los 28 cd's incautados con juegos y programas, eran propiedad exclusiva de J.J.I. y no consta que se hiciera uso de ellos en la mercantil. Sino por el contrario de la documentación y facturación de ventas a diferentes personas o mercantiles en las que se ha hecho constar, o no, la inclusión de software de Microsoft en la respectiva factura de venta. Los elementos encontrados en la tienda no constituyen vulneración del derecho de propiedad intelectual, en tanto que el uso de esos programas, per se, no contiene los requisitos del art. 270. De otro lado la venta a terceros incluyendo o no en la factura 'windows'95' preinstalado, supone rizar el rizo de la imposibilidad, la defensa alega que se incluye o no, en función de las circunstancias concretas de la venta, sin que tenga nada eso que ver con vulneración de derechos, la acusación pretende que cada factura en la que no se ha incluido expresamente supone una vulneración de derechos, a lo que suma que no siempre se incluye el soporte original de Windows 95 en esa transmisión. La farragosa y eterna instrucción de la causa -durante más de 6 años- ha hecho declarar a testigos que han manifestado que sí se les entregó el soporte, que no se les entregó, que no recuerdan lo que traía la caja, etc. En su declaración pericial, el Sr. R.A. -único experto que ha declarado en condición de tal- manifiesta que la inclusión o no en la factura de venta del mencionado software no es requisito indispensable para la lícita transmisión, y que únicamente lo ha usado en su pericia para determinar el perjuicio económico a la denunciante, siendo posible que en la factura no aparezca mencionado y sin embargo el programa se haya vendido debidamente. Es decir, podemos estar ante ventas legales (con soporte original y licencia de uso) que los adquirentes no recuerdan dónde están y que eso determine una condena penal. No es admisible, en tanto que la acusación debe, está obligada a demostrar que los acusados realizaron los elementos que integran el tipo, y la defensa, por el contrario, no puede ser forzada a una suerte de probatio diabólica que excede su ámbito (cómo y en que condición vendió cada sistema a sus diferentes clientes).

Como colofón, la actividad de cargo se limita a la documental, en tanto que la defensa demuestra como ha ido vendiendo, a profesionales liberales en este caso, sistemas del todo adecuados a la finalidad perseguida. Ni los dos socios de la mercantil, ni el empleado. consta que hayan realizado actividades ilícitas por este concepto.

2. Conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la CE se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde efectuarla a los jueces y tribunales por imperativo del art. 117.3, y de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuarla para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible como en todo a lo atinente a la participación y responsabilidad que en el tuvo el acusado. Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los

actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de dicho tribunal desde la Sentencia 31/81, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Así mismo, no basta que se haya practicado prueba o incluso que se haya practicado con gran amplitud sino que el resultado de la misma ha de ser tal que racionalmente pueda considerarse de cargo, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad de los acusados. En este caso, entiendo que la presunción de inocencia no ha sido enervada y la sentencia debe ser absolutoria. De otro lado y muy brevemente, señalar que la posible vulneración del art. 24 de la Constitución, únicamente sería admisible en cuanto a su estudio por una posible dilación indebida en la tramitación del procedimiento, que no siendo imputable en cuanto a sus responsables, si es evidente a quien perjudica, pero que, como señalé, no es necesario ventilar en este supuesto.

4. Conforme resulta del artículo 240 de la LECRIM, se declaran de oficio las costas procesales causadas

#### IV. FALLO

En consideración a los hechos expuestos, a los fundamentos jurídicos aducidos y vistos además de los citados, los arts. 10, 12, 19 al 23, 27 al 31, 60 a 66, 70, 73 al 79, 109 al 123 del Código Penal y a los demás de general y pertinente aplicación,

#### DECIDO:

1. Absolver a A.A.Q. como autor penalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual, del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

2. Absolver a J.M.E.M. como autor penalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual, del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

3. Absolver a J.J.I.D.L.T. como autor penalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual, del que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

4. Declarar de oficio las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de 10 días, a contar desde la fecha de la notificación de esta, a resolver por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial con sede en Elche.

Así por esta mi sentencia, que se depositará en el Libro de sentencias del Juzgado una vez se haya traído un testimonio para su unión a actuaciones, definitivamente juzgado en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la refrenda, habiendo celebrado audiencia pública en el día de su fecha; de lo que doy fe.