



Roj: **SAP BI 2180/2007 - ECLI: ES:APBI:2007:2180**

Id Cendoj: **48020370062007100498**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **6**

Fecha: **16/10/2007**

Nº de Recurso: **566/2007**

Nº de Resolución: **849/2007**

Procedimiento: **Rollo apelación abreviado**

Ponente: **JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL

TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sección 6ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta- C.P. 48001 Tfno.: 94-(4016668 )

Rollo Abreviado nº 566/07-6ª

Procedimiento nº 200/06

Jdo. de lo Penal nº 4 (Bilbao)

**SENTENCIA NUM. 849/07**

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE D. ANGEL GIL HERNANDEZ

MAGISTRADA DÑA. NEKANE SAN MIGUEL BERGARETXE

MAGISTRADO D. JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA

En BILBAO, a 16 de octubre de 2.007.

VISTOS en segunda instancia, por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 200/06 ante el Juzgado de lo Penal nº 4 de Bilbao por presunto delito CONTRA LA **PROPIEDAD INTELECTUAL** contra Jesús , con DNI nº NUM000 , nacido en Senegal el día 10 de febrero de 1979, hijo de Musha y Ami, sin antecedentes penales, representado por el Procurador Sr. Ignacio Hijón y defendido por el Lto. Sr. José Luis Moreno; siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. D. JUAN CARLOS DA SILVA OCHOA.

#### **ANTECEDENTES**

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 4 de los de dicha clase de Bilbao, se dictó con fecha 22 de mayo de 2.007 sentencia en la que se declaran expresamente probados los siguientes Hechos: "ÚNICO.- Se declara probado que Jesús nacional de Senegal con arrigo en el país, mayor de edad, sin antecedentes penales , sobre las 14.10 horas del día 6 de enero de 2006 entró en el Bar Debon sito en la calle Erdiko de la localidad de Erandio y comzó a mostrar CDs y DVDs a algún cliente. Acudieron al lugar agentes de la Ertzaintza que lo identificaron y junto a éste ocuparon unas mochilas conteniendo 81 películas de DVD, 163 CDs musicales y 27 juegos de Play Station II grabadas en DVD, todas ellas copias ilegales de los originales, reproducidos sin la autorización de los titulares de los derechos de **propiedad intelectual**. La Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AF y VE) representa y gestiona los derechos de **propiedad intelectual** de los productores fonográficos, la Asociación de distribuidores y Editores de Software de Entrenimiento (ADESE) representa a los titulares de los derechos de



**propiedad intelectual** sobre videojuegos y la Asociación de Distribuidores Videográficos de Ambito Nacional (ADIVAN) representa a los titulares de derechos de **propiedad intelectual** sobre películas cinematográficas en soporte VHS y DVD.. La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: "FALLO Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a Jesús del delito contra la **propiedad intelectual** que se le imputa, declarando de oficio las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal 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 Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la sentencia apelada.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Motivos del recurso

Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso por entender que la conducta de venta callejera imputada al acusado no carece de tipicidad penal. El Ministerio Fiscal discrepa del fundamento de la sentencia y afirma que la venta al detalle encaja dentro del concepto de distribución y por tanto constituye una conducta penalmente sancionada. De lo contrario "se estaría desoyendo el mandato del Legislador de perseguir este tipo de ilícitos, que si bien constituyen el último eslabón de comercio ilegal de reproducciones artísticas, no dejan de entrañar una manifestación más del mismo"; "equivaldría a la legalización, en contra del tenor de la Ley, de lo que constituye el grueso de las conductas lesivas del derecho de **propiedad intelectual**, que si bien, aisladamente consideradas, puede que no impliquen un grave quebranto económico a los titulares y cesionarios de los derechos mencionados, contempladas en su conjunto y como fenómeno social generalizado, constituyen una actividad lesiva y de enorme trascendencia económica".

El acusado absuelto en la instancia se ha opuesto al recurso.

La sentencia apelada ha entendido, en relación con los hechos investigados como supuestamente constitutivos de un delito contra la **propiedad intelectual**, que no se dan los elementos constitutivos de éste, con aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, pues no toda infracción del derecho de exclusividad del titular de la **propiedad intelectual** es susceptible de encuadrarse en el art. 270 del Código Penal y la venta ambulante o callejera último eslabón del consumo ilegal carece de la relevancia y entidad suficientes como para ser considerada como delito, siendo desproporcionada y no justificada esta vía penal a supuestos como el presente respecto a personas carentes de medios de vida.

SEGUNDO.- Criterio de esta Audiencia

La Sala ya se ha pronunciado en otros supuestos de esta naturaleza en ocasiones anteriores y lo ha hecho en sentido contrario a las pretensiones del Ministerio Fiscal, criterio que también en este caso ha de ser mantenido.

Tanto el Ministerio Fiscal como la defensa del imputado se refieren a cuestiones que no han sido estrictamente tratadas en el auto impugnado. El primero afirma la inclusión de los hechos en la conducta típica de distribución. La defensa, por su parte, tratando de cerrar todos los flancos posibles, afirma que no estamos ante una conducta típica de venta de CDs y DVDs reproducidos fraudulentamente y que, además, no existe el perjuicio típico.

Sin embargo, la cuestión a tratar, por ser esa la fundamentación de la resolución recurrida, y la que igualmente es abordada en otros pronunciamientos de esta Sección, es si la conducta tiene la entidad suficiente como para ser considerada antijurídica y merecer la aplicación del Código Penal.

Los tipos recogidos en los artículos 270 a 276 CP, han de ser entendidos como normas penales en blanco que han de ser completadas con las normas que regulan los derechos de la **propiedad industrial** y la **intelectual**.

El artículo 270.1 CP sanciona como constitutivas de delito cuatro conductas concretas: reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra artística, literaria o científica amparada por un derecho de exclusividad, sin la autorización del titular del derecho, todo ello mediando ánimo de lucro y con perjuicio de tercero. La conducta del acusado, la venta callejera de CDs y DVDs, tan sólo podría ser encuadrada en la distribución, que, a tenor del artículo 19 de la Ley de **Propiedad Intelectual**, se define como la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler o préstamo o de cualquier



otra forma. En principio, completado el Código Penal con la regulación específica de la **propiedad intelectual**, cualquier venta de copias de una obra artística en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular del derecho, supone una infracción de aquélla. Se excede así el concepto propio del ámbito mercantil, en el que el distribuidor es un intermediario entre el productor y el vendedor, siendo persona distinta del vendedor al por menor.

Ahora bien, no puede estimarse que cualquier infracción del derecho a la **propiedad intelectual** sea constitutiva de delito, pues de lo contrario carecería de sentido la protección que a este derecho se le confiere en el ámbito de la Ley de **Propiedad Intelectual**, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, concretamente en su Libro III. La invocación y la deducción de consecuencias prácticas del principio de intervención mínima es posible en un supuesto como el presente en el que una conducta ilícita es susceptible de ser abordada desde perspectivas sancionadoras distintas de la penal, singularmente la que deriva de su consideración como ilícito administrativo o civil.

Desde otro punto de vista, tal y como correctamente entiende la defensa, resulta preciso efectuar una mínima discriminación de conductas punibles a fin de evitar una global e indiferenciada criminalización de cualquier conducta ilícita que pudiera atentar contra los derechos protegidos, debiendo reservarse la aplicación del Código Penal a los comportamientos de mayor gravedad atentatoria contra el bien jurídico protegido. El reproche penal no puede ampararse en la imprecisión y descripción genérica de las conductas típicas.

El propio Tribunal Supremo recoge estas ideas en resoluciones ya de cierta antigüedad dictadas en esta materia. Así, por ejemplo, en la STS 1302/1992, de 4 de junio, aun con la vigencia del anterior Código Penal, cuyo artículo 534 definía el delito simplemente como la infracción intencionada de los derechos de autor, se decía que la remisión a la normativa extrapenal "no puede sin más implicar la global e indiferenciadora criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del delito respecto a tales derechos inmateriales, sino que la atracción a la órbita penal, más allá de los remedios de la jurisdicción civil y la intervención de la Autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos más graves, por su entidad objetiva y subjetiva, en que tanto su tipicidad penal y no mera antijuridicidad civil, como la cierta culpabilidad del agente impongan la subsunción penal adecuada realizada ponderadamente por los Tribunales", añadiéndose que "los tres dispositivos protectores de los derechos de autor, el civil, el administrativo y el penal, no tienen que ser necesariamente concurrentes, por lo que, en modo alguno pueden desecharse las infracciones para las que la adecuada respuesta sean la mera indemnización pecuniaria o la intervención de la Autoridad gubernativa".

Es en este punto en el que han sido destacados por distintas resoluciones (particularmente SSAP Barcelona, Secc. 7ª, 413/2006, de 6 de abril, o 429/2006, de 29 de marzo) los caracteres de la conducta ilícita perseguida en el caso que nos ocupa para llegar a la conclusión de su falta de antijuridicidad, en términos que esta Sala comparte. La primera de ellas, por ejemplo, señala lo siguiente:

"La Sala, como ha sostenido en precedentes ocasiones (así la sentencia de 24.02.06) entiende que no toda infracción del derecho de **propiedad intelectual** tiene cabida en el artículo 270 del Código Penal; solo las infracciones más graves, toscas o groseras (reproducción en masa, venta de grandes cantidades) pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, a través de personas que solo buscan un medio de ganarse la vida, ante la imposibilidad de otros más adecuados, y la lucha contra ella no pasa por la aplicación del derecho penal, sino de otro tipo de normas de orden público que la prohíban e impidan. El derecho penal, regido por los principios de intervención mínima, subsidiariedad y ultima ratio no puede entrar a condenar este tipo de conductas".

Dentro del contenido del derecho a la **propiedad intelectual**, resulta claro que el precepto penal se vuelca más en la tutela de la vertiente patrimonial de aquél, esto es, en los derechos de explotación. El artículo 17 de la Ley, de hecho, otorga al autor el "ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización". Hemos visto que el artículo 270 castiga la distribución no permitida y en una primera acotación exige que se acredite el ánimo de lucro y el perjuicio económico de tercero. No es la concurrencia de éstos lo que se discute en la resolución recurrida ni, por tanto, lo que ha de ser estrictamente objeto de esta resolución. La norma penal pretende evidentemente evitar la merma de ingresos derivados de la explotación de una obra protegida por el derecho a la **propiedad intelectual** con motivo de la venta y consiguiente adquisición por el consumidor, a un precio sensiblemente inferior al que vendría marcado por la distribución consentida, de copias no autorizadas. Lo que las resoluciones señaladas indican y esta Sala comparte es que hasta llegar a esa distribución en la vía pública, generalizada y con un grado de aleatoriedad ciertamente apreciable en lo que respecta a la persecución y naturaleza de la misma, existen conductas previas de una gravedad indudablemente mayor, como también se entiende fácilmente que existen otras formas de distribución, como las que en la misma resolución transcrita se señalan, con una capacidad mucho mayor de afectación al bien jurídico protegido. Para todas ellas y no para supuestos como el que nos ocupa, es para



las que ha de entenderse reservada la aplicación de la Ley Penal, por lo que, en definitiva, ha de avalarse la absolución acordada y desestimarse el recurso formulado por el Ministerio Fiscal.

TERCERO.- Costas

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 124 CP y 239 y ss. LECrim., no ha lugar a efectuar expreso pronunciamiento de las costas causadas, debiendo declararse de oficio las devengadas en la segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación dentro de la legislación orgánica, procesal y penal, esta Audiencia Provincial dicta el siguiente

#### FALLO

1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia 188/07, dictada el 22 de mayo de 2007 por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Bilbao en el procedimiento abreviado 200/06, por la que se absuelve a Jesús del delito contra la **propiedad intelectual** por el que venía siendo acusado, confirmando dicha sentencia.

2.- Sin costas

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

Así por esta, nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Dada y pronunciada fué la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, certifico.