



Roj: **SAP B 3955/2008 - ECLI: ES:APB:2008:3955**

Id Cendoj: **08019370072008100212**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **7**

Fecha: **07/04/2008**

Nº de Recurso: **50/2008**

Nº de Resolución: **316/2008**

Procedimiento: **Apelación penales rápidos**

Ponente: **ENRIQUE ROVIRA DEL CANTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN SÉPTIMA

ROLLO: 50/08-G

PROCEDIMIENTO ABREVIADO RAPIDO Nº 223/07

JUZGADO DE LO PENAL Nº 18 DE BARCELONA

SENTENCIA

Ilma. Sra. Presidenta

D.^a Ana Ingelmo Fernández

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Enrique Rovira del Canto

D.^a Ana Rodríguez Santamaría

En la Ciudad de Barcelona, a siete de abril de dos mil ocho.

En nombre de S.M. el Rey de España, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el Procedimiento Abreviado Rápido núm. 223/07, Rollo de Apelación núm. 50/08-G, sobre delito contra la **propiedad intelectual**, procedente del Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona, habiendo sido partes en calidad de apelante D. Simón, representado por la Procuradora D.^a Eva Castel Escalé, y asistido por el Letrado D. Ignasi Colomer Giralt, y en calidad de apelado el Ministerio Fiscal.

Ha sido designado Magistrado Ponente S.S^a Ilma. D. Enrique Rovira del Canto, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 19 de julio de 2007 y por el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona se dictó sentencia en el Procedimiento Abreviado Rápido núm. 223/07 que contiene el fallo que se da aquí por reproducido en aras a los principios de celeridad y economía procesal.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del mencionado imputado-condenado, que admitido a trámite y dado traslado del mismo a la parte apelada, fueron remitidas las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, en la que han tenido entrada en fecha 27 de marzo de 2008 y en cuya tramitación ante este Tribunal se han observado todas las prescripciones legales.

TERCERO. Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y los Hechos Probados de la sentencia apelada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. No se aceptan ni dan por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, que serán sustituidos por los de la presente resolución.

II.- Alega el apelante condenado, en síntesis, la indebida aplicación del artículo 270 del Código Penal por error en la valoración de la prueba con infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El recurso debe estimarse, pero en base a los fundamentos que se recogen seguidamente.

Hay que recordar que como ha venido sosteniendo esta Sala de forma unánime en precedentes resoluciones (entre otras muchas las sentencias de apelación de fechas 18.05.07, 28.05.07, 03.09.07 y 04.03.08), el principio de mínima intervención del Derecho Penal no viene dirigido únicamente al Legislador y el Juzgador no puede limitarse a aplicar la norma penal, pues tal afirmación obvia lo dispuesto en los artículos 5, 12.2 y concordantes LOPJ que atribuye a los órganos judiciales la competencia para interpretar, y no sólo para aplicar, las leyes y reglamentos, y que en esa función interpretativa, tratándose de normas penales en blanco, abarcan asimismo las normas extrapenales que complementan o desarrollan los elementos del tipo del injusto.

Ciertamente que como sostiene la jurisprudencia (sentencia de fecha 08.02.05 de la Sección Quinta de esta misma Audiencia Provincial y STS de 21.06.06) tal principio va dirigido directa y principalmente al legislador, mas no de forma excluyente, y como sostiene asimismo de forma reiterada nuestro más Alto Tribunal (así STS de 10.10.98 y 21.06.06 citados por el propios apelante entre otras muchas) ello supone la no sanción penal cuando existen otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico.

III.- Pues bien, en tales términos esta Sala viene sosteniendo que corresponde consecuentemente a los Tribunales de la jurisdicción penal, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 10 LOPJ, el verificar los juicios de valor precisos en la aplicación de la norma penal para subsumir una determinada conducta en el tipo del injusto penal, sobre todo cuando se trata de elementos normativos y abstractos del tipo como en el presente caso el artículo 270.1 CP, y efectuar el correspondiente juicio de valor, con aplicación de los principios inspiradores del Derecho Penal, entre ellos los de mínima intervención, última ratio, subsidiariedad, o de insignificancia, en cuanto que determinadas acciones se encuentren comprendidas tanto como ilícitos penales como civiles o administrativos, cuales el presente supuesto siendo por el contrario erróneo que sólo las conductas onerosas de distribución, sin ánimo de lucro ni perjuicio de tercero se encuentren comprendidos en el ámbito civil, pues éste último elemento subjetivo puede seguir existiendo.

Hay que reiterar que es precisamente en estos términos de interpretación de los elementos normativos del tipo cuando se puede determinar la existencia del denominado plus de antijuricidad que implica el sobrepasar el mero ámbito del ilícito civil para entrar en el ámbito de la tipicidad antijurídica penal. Ciertamente que si un órgano judicial penal considera que una conducta típicamente antijurídica y culpable prevista en la norma penal no debiera ser constitutiva de ilícito penal o sancionable debiera proceder conforme se le faculta en el artículo 4.3 CP; mas no es este el presente supuesto, en el que se trata meramente del alcance interpretativo de un elemento objetivo del tipo, concretamente la acción desarrollada por el sujeto activo, como para constituirse con la sustantividad suficiente como para poder configurar el ilícito penal y exceder, se reitera, del ámbito de la mera infracción civil.

IV.- Y el citado, discutido interpretativamente, elemento objetivo del tipo del injusto se concreta no tanto en el perjuicio de tercero, sino en la propia acción de "distribuir", dado que en las otras modalidades de acciones recogidas en el artículo 270.1 CP -reproducir, plagiar, comunicar públicamente, o transformar, interpretar o ejecutar artísticamente- no puede encuadrarse en modo alguno la venta callejera, al menor en la vía pública, en que consiste la concreta acción efectuada por el imputado y objeto de enjuiciamiento en el presente procedimiento y en la sentencia objeto de impugnación ante esta Sala, y sin que la concurrencia incluso de los otros dos elementos del tipo del injusto, uno subjetivo, el ánimo de lucro, y otro objetivo, en perjuicio de tercero, no implican su desconsideración como ilícito civil, ni la exclusión de la aplicación de la normativa común y el logro de reposición a su estado primigenio y legítimo de la situación y derecho quebrantados así como las correspondientes medidas de reparación e indemnización para el perjudicado y sanción para el infractor, ni los restantes elementos que configuran el tipo recogidos en la frase final del precepto "...sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de **propiedad intelectual** o de sus" cesionarios, que se configuran asimismo en elementos normativos.

El artículo 270.1 CP se configura en una ley penal en blanco y en la que la determinación conceptual de la acción punible debe ser completada y concretada por el resto del ordenamiento jurídico, y concretamente por el mercantil. Sin entrar respecto del derecho exclusivo del titular registral a explotar su obra conforme al artículo 17 del Texto Refundido de la **Propiedad Intelectual** aprobado por R.D.Leg. 1/1996, de 12 de abril, incluso tras la reciente reforma operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio, y que incluye y comprende la reproducción,



distribución y comunicación pública, así como su transformación, tal concreta acción de distribuir viene conceptualizada de forma genérica, que no definida, en una determinada norma extrapenal, concretamente en el artículo 19 de la citada LPI, como la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, "en un soporte tangible" ha sido incorporado por la reforma de 2006 incluyéndose un nuevo párrafo i) en el art. 20.2 LPI para supuestos de soportes no tangibles- mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

V.- Como se ha venido sosteniendo asimismo con anterioridad por esta Sala en precedentes resoluciones (así sentencias de fechas 08.02.06, 24.02.06, 06.04.06, 09.04.06, 26.07.06, 13.04.07 y 18.05.07 entre otras) del conjunto de la normativa mercantil se suele atribuir el término de distribuidor y distribución al intermediario entre productor y el vendedor y la acción de intermediación por el mismo realizada, y no para el mismo vendedor al por menor, siendo que en una interpretación gramatical del texto de la LPI se ampliaría genéricamente tal concepto sobrepasando la interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico y no obviando la precisa interpretación restrictiva de la norma penal en aras al principio de justicia material.

Ahora bien, lo que habría que determinar es si la infracción de este derecho de exclusividad que concede la **propiedad intelectual**, y en su caso la industrial, como constitutiva de delito, dado que las normas que regulan tales derechos ya contemplan y prevén sus propios mecanismos de protección por la vía civil (arts. 138 a 141 LPI). Y concretamente si cualquier acto de venta excede automáticamente del ámbito civil para configurar un ilícito penal conforme al precitado art. 270 CP, dejando a la arbitrariedad del perjudicado o al discutible criterio de oportunidad del Ministerio Fiscal la opción de actuar por la vía civil o penal, o vaciando de contenido el ilícito civil en una pretendida e injustificada expansión primaria del derecho penal.

Y por ello y para el juicio de valor en la subsunción del tipo del injusto sirven precisamente en la interpretación de los elementos normativos y genéricos del tipo por parte de los órganos judiciales los aludidos principios inspiradores del Derecho Penal de mínima intervención, ultima ratio, subsidiariedad, secundariedad, e insignificancia, de tal manera que sólo las infracciones más graves, toscas o groseras (reproducción en masa, o venta de grandes cantidades, o en establecimientos mercantiles y entre copias originales, o en locales específicamente destinados a ello bajo apariencia distinta,...) pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón de un comercio ilegal, y si bien la lucha contra éste merece todo el amparo del Derecho punitivo, contra ella no pasa por la aplicación del derecho penal, sino de otro tipo de normas de orden público que la prohíban e impidan. Y así por ejemplo viene recogida en las ordenanzas municipales de la Ciudad de Barcelona en las que se sanciona la venta callejera, pudiendo dar lugar a la intervención y comiso gubernativo de los efectos aprehendidos, procediendo conforme a la reiterada LPI a interesarse la destrucción de los elaborados ilícitamente por el perjudicado por las vías procedimentales legales sin necesidad de utilizar la vía penal.

VI.- Por último y en torno a evitar una posible confusión respecto de la naturaleza de la acción como grave a fin de subsumir tales conductas de venta en el concepto del término "distribución" a los efectos del art. 270 CP., hay que recordar que ello no supone una equivalencia, como en precedentes ocasiones se ha pretendido por los apelados en supuestos similares y en una lectura parcial y sesgada de la doctrina de esta Sala, al concepto meramente económico de "especial gravedad" requerido por el artículo 271, apartado b), CP para configurar dos subtipos agravados, pues tal término agravatorio del hecho punible no sólo tiene su equivalencia normativa sistemática en los supuestos agravados de otros ilícitos patrimoniales, tales como el hurto (art. 235.3), robo (art. 241.1, inciso primero, en relación con el precedente), estafa y apropiación indebida (art. 250.6º), y que, salvo el robo, tienen asimismo establecido un tipo de carácter leve sancionado como falta (art. 623) por razón de la menor cuantía (400 euros), sino que incluso el límite cuantitativo de tales tipos agravados vienen jurisprudencialmente concretados de forma orientativa en unos importes superiores a los 36.000 euros (STS de 05.02.03, 12.02.03, 16.01.04 y 13.10.04 entre otras). No puede asimilarse la naturaleza jurídico penal de conducta o acción grave a tenor de la aplicación de los citados principios inspiradores del Derecho Penal, a una mera determinación cuantitativa del perjuicio ocasionado o susceptible de haberlo sido, cuando la norma, tratándose precisamente de ilícitos patrimoniales, no determina precisamente ni una cuantía mínima para su apreciación como ilícito con el carácter de delito, ni recoge una figura idéntica como más leve y sancionada como falta, y sin que para ello pueda pretenderse una equiparación al ilícito de robo, cuya especial configuración y trascendencia jurídico penal en cuanto a la trascendencia del desvalor de la acción sobrepasa el de cualquier otro ilícito patrimonial. Pero es que además en el presente caso los DVD intervenidos ascienden a un número de 10 ejemplares que en modo alguno corresponden a un mismo título o película, sino de hasta 8 títulos diferentes, correspondiendo sólo en dos supuestos a más de una copia, y respecto de los CDs intervenidos, a un total de 69 ejemplares, que corresponden a 37 títulos distintos, correspondiendo únicamente en tres supuestos a más de dos copias, por lo que mal puede afirmarse un significativo perjuicio económico patrimonial correspondiente a los derechos de autor, que no son genéricos o generalizables, sino concretos y derivados de cada obra determinada, ni tan siquiera en estos supuestos.



En definitiva, como repiten a diario los tribunales, el principio informador del derecho penal de "intervención mínima" restringe su aplicación no sólo a aquellos comportamientos no regulados por otras ramas del derecho, sino a la protección de aquellos bienes jurídicos asimismo objeto de tutela en otras áreas del ordenamiento jurídico, pero, dado su carácter fragmentario y la consideración de aquel como última ratio, limitando su actividad frente a los ataques más intensos, siendo este el término más adecuado que no el de "graves", que impliquen una ineficacia de estas otras normas jurídicas no penales que los tutelen en preservar y restaurar eficazmente mediante soluciones menos drásticas que la sanción penal el orden jurídico, de modo que no todos los actos ilícitos desde un punto de vista moral, ético, social o civil puedan y deban criminalizarse y castigarse penalmente.

Por lo que procede estimar el recurso interpuesto y revocar la sentencia dictada.

VII.- Procede declarar de oficio las costas causadas tanto en esta alzada como en instancia.

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general aplicación al caso tanto del Código Penal como de la L.E.Crim., en virtud del poder conferido por la Constitución y la Ley, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo y en nombre de Su Majestad el Rey

FALLAMOS

Que con estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Simón contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado Rápido núm. 223/07, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, en el sentido de ABSOLVER al citado Simón del delito contra la **propiedad intelectual** del artículo 270 CP por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio las costas procesales del recurso y de instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y hágaseles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno salvo los extraordinarios de revisión y anulación en los supuestos legalmente previstos.

Dedúzcase testimonio de la presente resolución y remítase junto con los autos principales al juzgado de procedencia para que en él se lleve a cabo lo acordado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido publicada en forma legal por el Ilmo. Magistrado ponente de la misma por su lectura en audiencia pública en el mismo día de su dictado. Doy fe.