



Roj: **SAP BU 858/2007 - ECLI: ES:APBU:2007:858**

Id Cendoj: **09059370012007100301**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2007**

Nº de Recurso: **203/2007**

Nº de Resolución: **245/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL MARIN IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

BURGOS

ROLLO APELACIÓN NUM. 203/2007

ÓRGANO PROCEDENCIA: JDO. DE LO PENAL N. 3 DE BURGOS

PROC. ORIGEN: PROCEDIMIENTO ABREVIADO NUM. 40/2007

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ LUIS DÍAZ ROLDÁN.

D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBAÑEZ.

D. ROGER REDONDO ARGÜELLES

S E N T E N C I A. nº 00245/2007

En la ciudad de Burgos a veintitrés de Octubre de dos mil siete.

La Sección Primera de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente del Juzgado de lo Penal núm. Tres de Burgos, seguida por delito contra la propiedad intelectual contra Marta , cuyas circunstancias personales constan en autos, representada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elena Cobo de Guzmán Pisón y asistida por el Letrado D. Jesús Fermín Maestu Zorita, en virtud de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, figurando como apelada Marta ; siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBAÑEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la primera instancia, expuestos en la sentencia recurrida.

El Juzgado de lo Penal del que dimana este rollo de Sala dictó sentencia en cuyos hechos probados se establece que: "sobre las 21,15 horas del día 3 de Junio de 2006, Marta , de nacionalidad china y en situación irregular en España, ofrecía en el interior del bar "Comics", sito en la Plaza Roma, a los clientes que allí se encontraban, películas y discos de música de los que portaba en dos bolsos, un total de 168 CDs y 94 DVDs, todos ellos falsos, copias de sus originales respectivos o de otras copias, sin la debida autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual".

SEGUNDO.- Que la parte dispositiva de la sentencia recaída en la primera instancia, de fecha 26 de Abril de 2.007 dice literalmente: "Que debo absolver y absuelvo a Marta del delito contra la propiedad intelectual de que se le venía acusando en el presente procedimiento, declarando de oficio las costas causadas.

TERCERO.- Que contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, alegando como fundamentos los que a su derecho convino, que, admitido a trámite, se dio traslado del mismo a las



partes, remitiéndose las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial de Burgos, turnándose de ponencia y señalándose como fecha para examen de los autos el día 19 de Octubre de 2.007.

II.- HECHOS PROBADOS.

PRIMERO.- Se consideran como probados los hechos recogidos como tales en la sentencia recurrida y que en la presente sentencia se reproducen en su integridad.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Que, recaída sentencia condenatoria con los pronunciamientos recogidos en los antecedentes de hecho de la presente sentencia, se interpuso contra la misma recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, fundamentado en la concurrencia de error en la apreciación que de la prueba practicada hace la Juzgadora de instancia y que le lleva a vulnerar el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 del Texto Constitucional.

SEGUNDO.- El delito imputado por el Ministerio Fiscal, al amparo de lo previsto en el artículo 270 del Código Penal, requiere para la integración del tipo, como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 1.992, 4 de Junio de 1.992 y 23 de Mayo de 1.994, la concurrencia de los siguientes elementos: 1º.- Una acción de reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de una obra literaria, artística o científica, o de transformación, interpretación o ejecución de las mismas en cualquier tipo de soporte o su comunicación por cualquier medio. 2º.- Carencia de autorización para cualquier clase de esas actividades concedida por los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. 3º Realización intencionada (consciente y querida) de esas conductas con la concurrencia de dolo específico, lo que excluye la comisión culposa del delito.

La acción de distribución recogida en el precepto debe de entenderse constituida por la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma semejante, entendiéndose por alquiler "su puesta a disposición para su uso por tiempo limitado y con beneficio económico o comercial directo o indirecto" (Ley 43/94 de 30 de Diciembre de incorporación al Derecho Español a la Directiva 92/100/CEE de 19 de Noviembre de 1992), así lo ha venido entendiendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 27 de Febrero de 1.992 al determinar que la distribución, por su parte, no es otra cosa que la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma (artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual).

Para la integración del delito imputado se requiere que dicha distribución o alquiler no sea autorizado por el productor entendiéndose por tal la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza por vez primera la fijación de video o de audio (artículo 108.1º y 2º de la Ley de Propiedad Intelectual 22/87 de 11 de Noviembre y 105 y ss. del texto refundido RDL. 1/96), añadiendo que dicho productor tiene el derecho exclusivo de autorizar su reproducción, directa o indirectamente, la distribución de copias y la comunicación pública. Así pues, corresponderá al productor el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la venta, el alquiler o el préstamo

Por otro lado, la responsabilidad civil viene integrada por el beneficio que el propio titular del derecho hubiere percibido de no mediar la utilización ilícita, o bien la remuneración percibida en su caso (sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de Abril de 2.005).

El tema no es pacífico en nuestra jurisprudencia cuando el sujeto activo de los hechos son los que se ha dado en denominar "manteros", realizando la distribución o puesta a disposición del público al menudeo, lo que provoca insignificantes perjuicios patrimoniales al creador o productor legítimo de la obra, y siendo burda la realización de la copia que se ofrece, sin que pueda generar error alguno en el público adquiriente sobre el carácter no original de la película o producción musical.

Esta Sección de la Audiencia Provincial de Burgos, en sentencia de fecha 26 de Noviembre de 2.004, indicaba que "la Juzgadora de instancia se limita a reseñar en su sentencia, en cuanto al fondo del asunto planteado, que "quedando por otro lado, en el presente supuesto, acreditado con las declaraciones testificales de los agentes de la Guardia Civil ya analizadas anteriormente, la exposición al público para su venta, por parte del acusado, de los discos compactos que le fueron ocupados, en la cantidad total de 166 detallados en los folios nº 9 y 10, que no son originales, sino copias en sí mismos no autorizadas, como así se constata con la prueba pericial de los folios nº 48 a 52, ratificada en el acto de juicio por los agentes nº NUM000 y nº NUM001, donde volvieron a afirmar que eran falsos, y las carátulas fotocopias. Es decir, los tenía para su comercialización, y que aún cuando no hubiese sido él quien directamente hizo la reproducción, su comportamiento si cabe



ser encuadrado en el referido tipo penal del delito contra la propiedad intelectual, recogido en el art. 270 del Código Penal. Toda vez, que como se recoge por la Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 24 de Abril de 2.003, Pte: Carmona Ruano, Miguel, " el mero hecho de tener en su poder un número tan considerable de copias no autorizadas, exhibidas en la forma que se ha señalado "expuestos en un tenderete público dispuestos para su venta", integra suficientemente el tipo penal, bien sea en su modalidad de "distribución" como de "almacenamiento" sin necesidad de que se haya producido acto alguno concreto de venta ni de ofrecimiento en venta. En cuanto a la actitud del acusado respecto de los 308 discos expuestos en el tenderete, en el modo en que se ha dicho, en clara muestra de ofrecimiento público, él manifestó que estaba al lado vendiendo ropa, que quien había desplegado el puesto era un nombre mayor que se acercó a la sombra bajo la que él estaba y que este hombre se había ido a tomar café cuando llegó la policía. Pero el agente que declaró como testigo, bajo juramento, fue claro al señalar que no lo vio con puesto alguno de ropa sino en uno de discos compactos, donde estaba desarrollando su actividad. Este testimonio se refuerza con el del otro policía, el núm.001, que afirma que llegó en apoyo de su compañero cuando el acusado estaba recogiendo el material, sin que recogiera puesto de ropa alguno."

Dicha sentencia no es aplicable al presente caso. Ahora los CD'S son expuestos en menor número y su falsedad es claramente apercibible por terceras personas. El informe pericial obrante a los folios 48 y siguientes y ratificado por sus emisores en el acto del Juicio Oral es contundente en sus conclusiones al señalar que "los 166 discos compactos intervenidos incorporan carátulas que son mera reproducción electrostática del modelo original, siendo su aspecto, por otra parte, el propio de las copias piratas de venta ambulante, las cuales no ofrecen duda alguna sobre su falsedad", indicando a lo largo de su informe, al hablar de las carátulas, que "la muestra intervenida se trata de fragmentos de papel común, guillotizados con mayor o menor acierto que envuelven externamente a la precinta y que contienen la imagen tanto de la portada como de la contraportada de los discos de los grupos musicales afectados, confeccionados de manera sencilla, utilizando el sistema de reproducción electrostático (fotocopiadora a color o impresora láser)" y en cuanto a los compact disk utilizado para la reproducción musical tenemos que decir que los mismos, al contrario que los originales, los cuales llevan impreso la carátula del autor, poseen estampada la cada de discos compactos gravables vírgenes, tales como Princo o General, característica ésta que evidentemente de estar en presencia de una copia ilegítima y sin que, por otra parte, se oculte en momento alguno esta circunstancia a un potencial cliente. Estamos, por tanto, en presencia del típico compacto pirata de venta ambulante, el cual no ofrece duda alguna al comprador sobre su falsedad". Es decir, el comprador conoce perfectamente en el momento de adquirir el CD que está adquiriendo una burda copia pirata, no solo por el precio, sino por las características de la carátula y del soporte material de la grabación, por lo que es imposible otorgarle la condición de perjudicado (el tipo penal imputado indica que los hechos típicos deberán de realizarse en perjuicio de tercero), perjuicio de por lo indicado tampoco se atisba en las compañías discográficas que detentan los derechos de producción por la ínfima influencia económica que en esta se genera y por la imposibilidad de que el comprador puede identificar la copia, adquirida a sabiendas de su falsedad, con el original.

En este punto es demoledora la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de Febrero de 2.001, que cita la parte apelante y que, por ser íntegramente aplicable al presente caso y compartidos sus pronunciamientos por esta Sala, ahora se transcribe, al establecer que "entre los elementos constitutivos del referido delito tipificado en el art. 270 del CP figura el «perjuicio de tercero» -lo comete "quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero reproduzca,... distribuya una obra literaria, artística o... sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus concesionarios". "La propiedad intelectual está integrada", según dispone el art. 2 del texto refundido reguladora de la misma (aprobado por Real Decreto Legislativa 1/1996 de 12 de Abril) "por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra...", derechos independientes y compatibles "con los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra" (art. 3.2.º del citado texto refundido) -como puede ser una marca, o un dibujo artístico-. Entre los "derechos de explotación" se encuentra el de distribución (Secc. 2.ª del capítulo III del título II del libro 1 del mencionado texto refundido), entendiéndose por tal "la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta..." (art. 19.1). Unas de las obras protegidas por el derecho de propiedad intelectual son las "cinematográficas y demás obras audiovisuales" (título VI del libro I, art. 86) y las "grabaciones audiovisuales... susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales del art. 86..." (art. 120. I).

Para que la venta de una obra de esta clase resulte encuadrable en el susodicho tipo delictivo es necesario que con esa venta se perjudique a terceros. Pues bien, en el presente caso los terceros son, según la sentencia, las sociedades mercantiles que relaciona; no se refiere a los posibles compradores de las cintas de vídeo. Mas no cabe duda que ni la "Twentieth Century Fox", ni la "Columbia", ni la "Disney Production" -citadas sólo a modo de ejemplo- como cualquiera de las otras, no sufre perjuicio alguno por la venta un domingo por la mañana, en



un puesto desmontable de un mercadillo callejero de la zona de una ciudad de las Islas Canarias -aunque sea la capital de una de las dos provincias en que se divide el archipiélago-- (en concreto, la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria) una cintas de vídeo con una características externas que evidencian una burda copia de películas originales, con la carátula fotocopiada. Nos encontramos ante una norma jurídico-penal, una norma sancionadora que, como tal, ha de ser interpretada estrictamente por lo que el perjuicio a terceros en cuanto elemento del delito del art. 270 del CP ha de ser efectivo, real; y por supuesto, ha de consistir en un "perjuicio", un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no se les ocasiona, por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, a cualquiera de las referidas sociedades mercantiles. Pero tampoco a los compradores -aparte de que esté o no el bien jurídico protegido con la tipificación del delito objeto de atención- pues al ser tan burda la grabación, y tan patente que no proceden de las casas distribuidoras de las originales -las carátulas son fotocopias, fácilmente identificables como tales- que quien las adquiere es consciente de que se trata de una copia "casera", sin garantías de precisión y, por supuesto, sin demérito para las casas distribuidoras o productoras (que por otro lado no es el objeto de protección con la otorgada al derecho de propiedad intelectual, sino que es, en su caso, la que se concede a un elemento de la propiedad industrial como son los signos distintivos -marca o similar- delito del que no se acusaba al Sr. A. N. La protección al consumidor es uno de los contenidos de la modalidad de la propiedad industrial consistente en los signos distintivos (en particular las marcas), además de la protección del titular, del signo. Pero en el ámbito de la propiedad intelectual la protección es sólo del derecho del titular de la misma.

Por otro lado, no toda violación del derecho de propiedad intelectual es constitutiva de un delito relativo a dicha propiedad; sólo cuando el hecho resulte claramente encuadrable en los preceptos del CP que tipifican los distintos delitos sobre la materia que prevé dicho texto legal punitivo. La Ley de la Propiedad Intelectual al regular la protección de los derechos reconocidos en la misma (Libro III) concede al titular de estos derechos otras acciones tendentes a dicho fin (arts. 133 al 136), de tal manera que la penal únicamente es ejercitable con éxito cuando concurren los elementos integrantes del delito, lo cual no sucede en el caso que nos ocupa, según hemos expuesto, pues no obstante al constituir el hecho una violación del derecho de propiedad intelectual, dicha violación no reúne los requisitos necesarios para ser sancionada como delito del citado art. 270 del CP. Para ello se requiere, conforme hemos expuesto, un efectivo perjuicio a terceros, no apreciable en el presente caso, lo cual no significa que todo supuesto de reproducción o venta de cintas de vídeo sin autorización del titular de la propiedad intelectual quede fuera del campo jurídico-penal. Y es que no resulta equiparable una actuación aislada como la de D. Pedro Francisco ., en relación con sociedades mercantiles de la envergadura de las reseñadas con aquéllos otros en que quien reproduce o vende las cintas cuenta con una organización, por poco amplia que sea, por medio de la cual lleva a cabo una "distribución" de las mismas, según las características de esta actividad en el campo económico; venta en masa. Y por otro lado que el titular de la propiedad intelectual tenga un potencial económico, un volumen de negocio que se ve afectado negativamente con la referida distribución ilegal. En consecuencia, procede la absolució del condenado en la sentencia apelada, que se revoca".

Así lo entiende la jurisprudencia mayoritaria y las fuerzas de orden público en su actividad de represión de los típicos "manteros", limitándose a poner dificultades al ejercicio de su comercio y a requisarles, en su caso, la mercadería y abrirles el correspondiente expediente gubernativo por venta no autorizada, entendiéndose, como entiende por otro lado esta Sala de Apelación, que no se puede atribuir el concepto de "distribuidor" o "almacenador" previsto en el Código Penal al último eslabón de la cadena comercial, el vendedor al por menor de la mercancía que de otros recibe y en los que concurren las definiciones del artículo 270 del Código Penal. El artículo 270 está pensando en otro tipo de conducta ilícita al por mayor y que, ésta sí, causa perjuicio a las compañías discográficas.

Por todo lo indicado procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y ahora examinado, debiendo, en virtud del principio de mínima intervención del Derecho Penal, residenciar el debate de la cuestión planteada en otro ámbito, el administrativo o la jurisdicción civil ordinaria". El criterio establecido en esta sentencia fue mantenido para un caso totalmente idéntico al ahora sometido a enjuiciamiento (venta al detalle o menudeo por nacional chino de 207 CDs y 74 DVDs) en sentencia de esta Sala de fecha 6 de Octubre de 2.006.

En la misma línea se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de Julio de 2.006 sostiene que "la cuestión de fondo hace referencia a la tipicidad de la venta ambulante de DVDs reproducidos sin la autorización del titular registral de la propiedad intelectual, y para concretamente considerar la conducta típica e incardinable en el artículo 270.1º del Código Penal, como ha resuelto el Juzgador a quo en la sentencia, o debe proceder la aplicación del principio de mínima intervención del derecho penal, o lo que es lo mismo de insignificancia de la conducta.

Cabe recordar que el artículo 270.1º del Código Penal sanciona, como constitutivas de delito conductas concretas: reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, una obra literaria, artística o científica



amparada por un derecho de exclusividad, sin la autorización del titular del mismo, y la venta callejera o al por menor, solo puede entenderse comprendida dentro de la actividad de distribuir, dentro de la distribución.

En tal sentido, los tipos recogidos en los artículos 270 a 276 del Código Penal relativos a las propiedades intelectual e industrial, son normas penales en blanco, que deben ser completadas con las normas que regulan los derechos de la propiedad industrial e Intelectual. En el ámbito mercantil el distribuidor es un intermediario entre productor y el vendedor, y no el mismo vendedor al por menor. Pero la Ley de Propiedad intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril) en su artículo 17, que regula el derecho de explotación exclusiva por parte del titular registral, establece que el titular del derecho ostenta en exclusividad el derecho de explotación de la obra, el cual comprende la reproducción, la distribución, la comunicación pública, así como la transformación. El artículo 19, en la citada norma, define lo que hay que entender por distribución, que es la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma. La conducta sancionada en el artículo 270 del Código Penal, completada con la norma mercantil, es decir con su definición de lo que hay que entender por distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende en consecuencia la venta de la obra. Cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho a la propiedad intelectual.

Ahora bien, lo que habría que determinar es, si toda infracción de este derecho de exclusividad que concede la propiedad intelectual, y en su caso la industrial, es constitutiva de delito, sin olvidar que las normas que regulan tales derechos ya contemplan y prevén sus propios mecanismos de protección.

La Sala, como ha sostenido en precedentes ocasiones (así las Sentencias de 24.02.06, 06.04.06 y 09.04.06) 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, por lo que el recurso debe de ser estimado aunque no por las argumentaciones expuestas, y, por tanto, revocar la sentencia condenatoria, sin que ello suponga un quebranto de la prohibición de la reformatio in peius ni cause quebranto de la tutela judicial efectiva al Ministerio Fiscal, o a los perjudicados por el ilícito que tiene siempre expedita la vía civil para reclamar tales pretendidos perjuicios".

Tras las transcripciones jurisprudenciales indicadas en las que se recoge el criterio uniforme y constantemente mantenido por esta Sala, debe desestimarse el recurso de apelación argüido y ahora examinado, reconociendo esta Sala que, no obstante, en otras Audiencias Provinciales se mantienen criterios diferentes al indicado, tal y como señala el Ministerio Fiscal en su recurso.

TERCERO.- Que, desestimándose como se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y estando exento por ley de condena en costas, procede declarar de oficio las costas procesales que se hubieren devengado en la presente apelación, en virtud de lo previsto en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del criterio objetivo del vencimiento aplicable a la interposición de recursos (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por todo ello, este Tribunal, administrando justicia en el nombre del Rey, dicta el siguiente:

FALLO.

Que DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal núm. Tres de Burgos, en Diligencias núm. 40/07 y en fecha de 26 de Abril de 2.007, y ratificar en todos sus pronunciamientos la referida sentencia, con imposición a la parte recurrente de las costas procesales devengadas en la presente apelación.

Esta sentencia es firme por no haber contra ella más recurso, en su caso, que el extraordinario de revisión. Únase testimonio literal al rollo de Sala y otro a las diligencias de origen para su remisión y cumplimiento al Juzgado de procedencia, que acusará recibo para constancia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos y firmamos.

E/



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO MANUEL MARÍN IBÁÑEZ, Ponente que ha sido en esta causa, habiendo celebrado sesión pública la Sección Primera de la Audiencia Provincial de esta capital en el día de su fecha. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ