



Roj: **SAP V 7132/2009** - ECLI: **ES:APV:2009:7132**

Id Cendoj: **46250370022009100615**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **2**

Fecha: **13/11/2009**

Nº de Recurso: **336/2009**

Nº de Resolución: **705/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **LUCIA SANZ DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN SEGUNDA

VALENCIA

Rº Apelación 336/2009

P.A. 174/2008 J. Instr. 13 de Valencia (antes D.P. 3811/2008)

P.A. 109/2009 J. Penal num. 6 de Valencia

F/ Dª. Alicia Valverde Sancho

SENTENCIA 705/09

SEÑORES:

PRESIDENTE

D. JOSÉ MARÍA TOMÁS TÍO

MAGISTRADOS

Dª CARMEN LLOMBART PÉREZ

Dª LUCÍA SANZ DÍAZ

En la ciudad de Valencia, a trece de noviembre de dos mil nueve.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia número 375, de fecha 24 de julio de 2009, pronunciada por el Sr. Magistrado Juez de lo Penal número 6 de Valencia, en Procedimiento Abreviado de la Ley Orgánica 7/88, seguido en el expresado Juzgado con el número 109/2009 , por delito contra la propiedad intelectual.

Han sido partes en el recurso, como apelante, D. Luis Francisco , representado por la procuradora Dª. Ana María Martínez Gradolí y dirigido por la letrada Dª. Eva M. Gil Plaza y, como apelado, el Ministerio Fiscal; siendo Ponente la Magistrada Dña. LUCÍA SANZ DÍAZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

"Que el acusado Luis Francisco , mayor de edad, sin antecedentes penales, ciudadano de Senegal y en situación irregular en España, se encontraba sobre las 13'00 horas del día 22 de septiembre de 2008 en la



estación de San Isidro sita en la calle Dels Gremis de la ciudad de Valencia portando una mochila que contenía un total de 74 películas en formato DVD y 24 discos compactos de música de distintos autores, obtenidos de forma fraudulenta mediante copia de sus originales o de otras copias realizadas sobre un soporte de discos grabables y sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual.

Dichos discos se encontraban albergados en carátulas obtenidas mediante reproducciones fotomecánicas no autorizadas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre las mismas.

El acusado poseía dichos soportes a sabiendas de su carácter fraudulento para su ulterior venta a terceras personas y, con motivo de una denuncia por sustracción de una cartera, fue interceptado por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía."

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice:

"Que debo condenar y condeno a D. Luis Francisco como responsable directamente en concepto de autor de un delito contra la propiedad intelectual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, sustituyéndose la referida pena de prisión por su expulsión del territorio nacional, en el caso de que pudiera llevarse a efecto, con prohibición de regresar a España por tiempo de diez años; multa de doce meses a razón de 3 euros diarios, lo que hace un total de 1.080 euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas diarias impagadas, y comiso y destrucción de los discos y carátulas intervenidos, así como al pago de las costas procesales causadas, y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone en esta resolución, le abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otras."

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por D. Luis Francisco, representado por la procuradora D^a. Ana M. Martínez Gradolí, se interpuso recurso de apelación contra la misma, fundamentado en la aplicación indebida del artículo 270-1 Código Penal, habiéndose dado la expresado recurso el trámite previsto legalmente, oponiéndose al mismo el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Admitido el recurso fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal, donde se recibieron el día 4 de noviembre de 2009.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTA el relato de hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Basa el recurrente su pretensión, interesando sea dictada una sentencia por la que se le absuelva del delito contra la propiedad intelectual por el que ha sido condenado en la primera instancia, en la indebida aplicación del artículo 270-1 del Código Penal, considerando que de la prueba practicada no ha quedado acreditado el ánimo de lucro, así como tampoco el perjuicio a tercero, ni la falta de autorización para la reproducción, tratándose los CDs y DVs ocupados de burdas falsificaciones, las que no causan error en las personas que pudieren comprarlas, no habiendo sido sorprendido el recurrente vendiendo las copias de autos.

SEGUNDO.- Entablados así los términos del recurso interpuesto, es procedente, a la vista de las pruebas practicadas en el presente procedimiento, en relación con los términos de sentencia apelada y las alegaciones aducidas por el recurrente, hacer las siguientes puntualizaciones, a saber:

1.- Que conviene recordar que el artículo 270 protege un bien patrimonial o moral individual consistente en el interés de explotación exclusiva del titular de los derechos de explotación e integra como acciones nucleares la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente. Se trata el precepto de un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales. Concretamente la conducta típica de distribución debe de interpretarse conforme a la configuración legal de ese derecho de distribución realizada por la normativa extrapenal definitoria de tal derecho, que no es otra que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, que reconoce el derecho de distribución, artículo 17, "corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin autorización, salvo los casos previstos en esta ley". Y lo define en el artículo 19 como "la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma."



En consecuencia, la tenencia de los CDs y DVDs preparada para su distribución supone ya la lesión del bien jurídico protegido en cuanto que, mediante ella, se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho y se afecta a la expectativa de ganancia patrimonial que, derivada de ella, éste tiene. No hay duda de que es así cuando llevan consigo con la finalidad de ofrecer las copias ilegales al público, sin que sea atendible la alegación aducida por el recurrente, referida a que no fue visto por la policía vendiendo las copias de autos y ello por cuanto, para la comisión del tipo no es necesario el concreto acto de la venta, estando conceptualizado como un delito de mera actividad que trata de proteger el derecho de autor en todas sus facetas, constituyendo su objeto material las obras del ingenio humano (creaciones literarias, científicas o artísticas), entre las que se encuentran los fonogramas, cuyo derecho exclusivo le corresponde al productor, estimándose la tipicidad de los actos de transporte al punto de venta o la tenencia de los efectos falsificados en disposición de ser adquiridos por terceros, siendo estas actividades características del ciclo de distribución de las mercancías SSAP Valencia de 13-3-2006, 16-4-2002 (Sección Primera), de 12-6-2007 (Sección Cuarta) y de 6-7-2009, de esta misma Sección Segunda. Por lo demás, no cabe duda de que el recurrente llevaba consigo las copias que le fueron ocupadas por la policía (declaración testifical policías C.P. NUM000 y NUM001, en relación con lo manifestado por el apelante en la vista oral, reconociendo que llevaba la mochila en cuyo interior la policía encontró las copias de autos, aun cuando negó que fuere con la finalidad para vender), desprendiéndose de lo actuado el ánimo que guiaba al recurrente de destinar la venta las copias que llevaba consigo, no siendo de recibo la alegación efectuada por éste en la vista oral de tenerlos para su uso privado, pues dicha afirmación no se compagina con la existencia de discos repetidos entre los que le ocupó la policía, del mismo modo que tampoco tiene sentido afirmar que se los había dado su hermano, cuando en fase de instrucción manifestó que los había comprado él mismo (grabación, en relación con acta fols 22 y siguientes), siendo también contradictoria la manifestación de haberlos comprado para su uso, con la de ir destinados a ser regalados, no siendo, por lo expuesto, verosímil el alegato del recurrente.

2.- En relación al perjuicio de tercero, se ha de señalar, tal y como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1992, que los perjuicios habrá que deducirlos de la finalidad de la conducta, siendo menester, en consecuencia, la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio o los perjuicios (S.T.S. de 28 de diciembre de 1984, con cita de las S.S.T.S. de 27 de febrero de 1982 y 22 de enero de 1981). Ahora bien, en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código Penal refiere "en perjuicio de tercero", expresión que es distinta a "con perjuicio para tercero". Esta última expresión -según un reputado sector doctrinal- implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquélla supone una producción meramente potencial, es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause; la efectiva venta, en este caso, de CDs de música y DVDs de películas, es ya la fase de agotamiento del delito.

Por lo demás, la Audiencia Provincial de Valencia viene manteniendo el criterio mayoritario de considerar que la circunstancia de que la actividad del recurrente no haya supuesto un gran quebranto en la economía de los titulares de los derechos de explotación de las obras, no puede tener otra consecuencia que la inexistente responsabilidad civil, pues el tipo penal lo que pretende es sancionar a toda aquella persona que, de un modo u otro, participa en ese concreto tráfico ilícito, desde la creación del disco hasta su puesta a disposición del público, sin que el precepto exija, necesariamente, la efectiva causación de un perjuicio material y, mucho menos, que alcance un valor determinado (SSAP Valencia 13-9-2007 (Sección Quinta), 28-1-2008 (Sección Cuarta))

3.-En cuanto al elemento subjetivo definido en el artículo 270 consistente en que la acción se realice "con ánimo de lucro", cabe decir que éste, en general, se entiende como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y en los delitos relativos a la propiedad intelectual el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y como elemento típico de carácter subjetivo no es posible prueba directa del mismo, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo, se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo así a criterios como la forma de la copia ilegal, cantidad y número de copias intervenidas, carencia de todo tipo de documentación y permiso, es decir, el "modus operandi" (S.S.T.S. 26 de septiembre de 1992, 27 de febrero de 1992), habiéndole sido ocupados al recurrente, el día de autos, 74 películas en formato de DVD y 24 discos compactos de música de distintos autores, estando repetidos algunos de ellos, siendo copias idénticas del original, sin que del estudio técnico se evidencie que fueran defectuosas o inferiores en cuanto a su sonido, entendiéndose los dos Magistrados de la Sala que se cumplen todos los requisitos, tanto objetivos como subjetivos del tipo, siendo además, hoy en día, consustancial a la conciencia social existente en el mundo moderno la idea de que el derecho de autor debe de ser respetado y protegido frente a las múltiples posibilidades que la técnica ofrece, pretendiendo, las conductas descritas en el artículo 270 del Código Penal, acabar con actividades que pudieran ser más complejas, tales como grandes redes dedicadas a lucrarse de modo ilegal con los beneficios de los derechos de propiedad intelectual ajenos, lo



que evidentemente no es el caso, sin embargo, no por ello debe dejar de perseguirse dentro del mismo tipo penal conductas de escasa trascendencia desde el punto de vista de la poca incidencia del perjuicio, pues son perfectamente subsumibles en el citado precepto, el que ninguna discriminación hace desde el punto de vista de la tipicidad por la cuantía del daño; lo que sí podría cuestionarse es la penalidad en relación con la poca trascendencia del hecho, siendo por ello por lo que se impone por el Juzgador la pena que consta en la Sentencia.

4.- Finamente y en relación con el alegato referido a la no acreditación en autos de la falta de autorización para la reproducción, ha de decirse que no resulta adecuado el planteamiento, tal y como lo expone el apelante, pues en el ámbito del proceso penal, en materia de prueba, rigen los principios procesales "onus probando incumbit qui dicit non ei qui negat" y "afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sus pronbanda", de modo tal que la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue y, al igual que sobre la acusación recae la carga de probar el hecho ilícito imputado y la participación que en él tiene el acusado, éste viene obligado, una vez se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que no es suficiente con invocarlos, sino que deben ser acreditados por quien los alega, no estando los mismos cubiertos por la presunción de inocencia pues, de no entenderse así, se estaría imponiendo a las acusaciones una carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar, además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación en ellos del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas (SSTC 11-3-1996, 20-7-1999, S.S.T.S. 9 y 15 febrero 1995 y Auto T.S. 6 de mayo de 2002, entre otros).

Por tanto, es obligación de la defensa la probanza de que, en el supuesto de que así fuera, cuenta el recurrente con la autorización del titular de los derechos de explotación de las obras incorporadas en los DVDs y CDs ocupados por la policía pues, una cosa es el hecho negativo y, otra muy distinta, el impositivo, no siendo lo mismo la negación de unos hechos cuya probanza incumbe a la acusación, que la introducción de hechos, una vez acreditados aquellos, que impidan sus efectos punitivos, no habiendo probado la defensa el extremo ahora comentado.

Consideraciones, las expuestas, que determinan la desestimación del recurso.

TERCERO.- En cuanto a las costas procesales, procede declararlas de oficio.

Vistos, además de los citados, los artículos de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D^a. Ana María Martínez Gradolí, en representación de D. Luis Francisco, contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia, en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 109/2009 y, en consecuencia, confirmar íntegramente la misma, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

La presente sentencia también se notificará a los perjudicados u ofendidos por el delito, aunque no se hubieren personado en el procedimiento.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL SR. PRESIDENTE D. JOSÉ MARÍA TOMÁS TÍO.

Aceptando los hechos probados de la Sentencia recurrida, excepto el primer inciso del párrafo tercero, la discrepancia con la mayoría de la Sala se concreta en que:

1.- El principio de legalidad obliga a examinar el alcance de la conducta sancionada en el artículo 270 del Código Penal, toda vez que en modo alguno es permisible, sin atentar gravemente contra aquél, incluir en la conducta típica lo que el legislador no quiso específicamente incorporar, como hace, por ejemplo, cuando tipifica la "venta" de material pornográfico a menores (artículo 186 del Código Penal) o con menores (artículo 189 del Código Penal) o de armas (artículo 567 del Código Penal). El artículo 270 del Código Penal integra como acciones nucleares la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en su primer



párrafo; añadiendo en el segundo las acciones de importar, exportar o almacenar; así como otras relacionadas exclusivamente con programas de ordenador, a las que se refiere el párrafo tercero, que excede de lo que nos es exigido en esta sentencia. De entre las conductas posibles que pudieran reprocharse a quien se interviene ofreciendo en venta obras producto del ingenio humano en diversos soportes, cupiera admitir que pertenece a alguna modalidad de la distribución, lo cual nos obliga a examinar si puede equipararse el ofrecimiento en venta con la distribución propiamente dicha. Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, "distribuir" significa "dividir una cosa entre varios, con arreglo a ciertas normas o discrecionalmente, dar a cada cosa el destino conveniente, deshacer los moldes repartiendo las letras en los cajetines respectivos", lo cual mal se conecta con la acción atribuida al acusado. Desde el punto de vista del marketing comercial, la distribución podría equipararse a una forma de hacer llegar objetos o servicios desde su producción a su consumo. Al decir del profesor Mollá Descals (Introducción al Marketing, editorial Mc Graw-Hill), la distribución de un producto incorpora valor o utilidades, en tanto que se pone en un lugar determinado para facilitar su adquisición, se utiliza un tiempo determinado para favorecer la oferta, y se vale de una forma singular, mejorando su presentación, para satisfacer el requerimiento del consumidor. Dar valor al producto en cualquier caso para facilitar su venta en las mejores condiciones, integrándose en el circuito del recorrido ordinario que un producto o servicio, material o inmaterial, realiza en la cadena de producción y consumo. Desde la perspectiva comercial, pudiera estimarse que la distribución integra la venta, mas en modo alguno puede identificarse con ella, ni desde luego constituye ésta una modalidad exclusiva de aquélla, ni siquiera el concepto genuino que de distribución pueda darse atendido el valor semántico de las palabras castellanas. El artículo 19 del Real Decreto Legislativo 1/96, de 12 de abril, dice que "se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma". Esta definición legal, en cuanto que completa un tipo cerrado, se enfrenta con la significación literal de la acción posible. Es bien significativo que el artículo 189.1 b) del Código Penal recoja como conductas diferentes las de vender y distribuir. Hace pensar que el legislador quiere incluir acciones distintas e individualizadas con los ricos matices que nuestra lengua les atribuyen.

2.- En cuanto al elemento subjetivo del delito, viene definido por la necesidad de que la acción se realice "con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero", pero, en aplicación sistemática del texto legislativo (RDL 1/96) "se entenderá que no existe beneficio económico o comercial directo ni indirecto cuando el préstamo efectuado por un establecimiento accesible al público de lugar al pago de una cantidad que no exceda de lo necesario para cubrir sus gastos de funcionamiento". Ciertamente que el texto se refiere a los supuestos de "préstamo", pero nada impide que en una interpretación sistemática y racional pueda aplicarse a supuestos en los que ni siquiera existe abierto establecimiento al público. Por ello, pudo decir la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 7/3/03 que el ánimo de lucro debe deducirse en los supuestos de explotación de un establecimiento mercantil, del hecho de que el acusado sea una persona dedicada a esa actividad empresarial, de la cantidad de material intervenido, y del anuncio público en el local, que en conjunto evidencian el beneficio económico que presidía la actividad. Más, cuando 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; "ninguno de los discos cumple los requisitos técnicos que presentan los originales, lo que se aprecia a simple vista", según informa la policía científica de la Dirección General de Policía (folios 27 y 28); y, por supuesto, sin demérito para las casas distribuidoras o productoras, resulta complejo estimar que se haya atentado contra el bien jurídico protegido por esta figura (sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 7/2/01). Es verdad que la protección del consumidor es uno de los contenidos o ámbitos de protección, pero en el ámbito de la propiedad intelectual la protección es solo del derecho del titular de la obra.

Respecto del segundo de los motivos del recurso relativo a la improcedencia de trabar responsabilidad civil alguna, supuesto que no existe en la declaración de hechos probados ni nadie ha pretendido introducir elemento alguno que justifique que el montante de la fijada, deberá estimarse esta parte del recurso y en consecuencia no hacer declaración alguna de responsabilidad civil.

3.- Todo ello lleva a pensar que el legislador quiso declarar típica una determinada actividad con "relevante" perjuicio a terceros, en cuanto que se encuentra integrada en el Capítulo undécimo en el Título decimotercero de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, pareciendo más propio que recaiga el reproche penal sobre quien realice alguna de las conductas que el legislador quiso, fundamentalmente por el ánimo de lucro y el perjuicio a tercero, que mal pueden predicarse, por la desproporcionalidad que supondría, respecto de quien obtiene pequeñas cantidades para soportar la amenaza de una pena de prisión entre seis meses a dos años o la multa hasta veinticuatro meses que en el precepto penal se recoge. Podría decirse con todo rigor que el ánimo de lucro alcanza a toda actividad humana que permita cualquier ingreso con el que se incrementa el valor, los recursos o las reservas disponibles; pero resultaría contradictorio atribuírselo a quien sólo aspira a continuar viviendo en una economía de supervivencia, que le exige llevar su "economía" no ya al día, sino al momento, en función del resto que le va quedando de cada transmisión para gastarlo



en sus perentorias necesidades de sustento, que ni permiten a las de sus más cercanos parientes que de cada uno dependen. Por otro lado, no toda violación del derecho de propiedad intelectual es constitutiva de un delito relativo a dicha propiedad. Como señala la SAP Las Palmas de 7/2/01 , "solo cuando el hecho resulte claramente encuadrable en los preceptos del Código Penal que tipifican los distintos delitos sobre la materia que prevé dicho texto. 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 (artículos 133 a 136), de tal manera que la penal únicamente es ejercitable con éxito cuando concurren los elementos integrantes del delito."

4.- Finalmente, 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 artículo 270 del Código Penal , ha de ser efectivo y real y, por supuesto, ha de consistir en un perjuicio, un menoscabo material, una falta de percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no se ocasiona en el presente a las sociedades mercantiles titulares de los derechos, por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, lo que no impedirá el comiso y destrucción de los efectos intervenidos por ser de ilícito comercio.

Por virtud de lo anterior y en aplicación de la Ley, sostengo que la Sala debía:

PRIMERO: Estimar el recurso de apelación interpuesto por D^a Ana María Martínez Gradolí, en representación de Luis Francisco , contra la sentencia de 24 de julio de 2009, dictada por la Sra. Magistrada-Juez de lo Penal número 6 de Valencia en este procedimiento;

SEGUNDO: Absolver a Luis Francisco del delito contra la propiedad intelectual del que venía condenado;

TERCERO: Mantener el comiso de las copias intervenidas por ser de ilícito comercio, ordenando su destrucción;
y

CUARTO: Declarar de oficio las costas causadas en ambas instancias.