



Roj: **SAP NA 863/2000 - ECLI:ES:APNA:2000:863**

Id Cendoj: **31201370032000100044**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **14/07/2000**

Nº de Recurso: **90/1999**

Nº de Resolución: **96/2000**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN MANUEL FERNANDEZ MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 96/2000

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. AURELIO VILA DUPLÁ

D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

En Pamplona, a catorce de julio del año dos mil.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, compuesta por los Magistrados que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación penal el Rollo Penal de Sala nº 90/99, derivado del Procedimiento Oral nº 87/99 del Juzgado de lo Penal núm. Tres de Pamplona, por un delito contra los derechos de la propiedad intelectual, siendo parte apelante, el condenado D. Blas , representado por el Procurador Sr. Echauri Ozcoidi y defendido por el Letrado Sr. Martínez Esparza; y partes apeladas: D. Octavio , representado por el Procurador Sr. Beltrán García y defendido por el Letrado Sr. Huarte, así como el Ministerio Fiscal

Siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de junio de mil novecientos noventa y nueve, el referido Juzgado en el citado procedimiento dictó Sentencia cuyos hechos probados y fallo, literalmente, dicen:

Hechos probados: "De la apreciación crítica de la prueba practicada resulta probado, y como tal se declara, que el acusado Blas , mayor de edad y sin antecedentes penales, realizó en al menos cien camisetas estampaciones de una fotografía del encierro de las Fiestas de San Fermín a su paso por la C/ Mercaderes que había sido realizada por Octavio , fotógrafo profesional, y registrada en el Depósito Legal de Navarra con el número NA-1347 /97. Sin contar con autorización del Sr. Octavio , el acusado puso a la venta al público varias de estas camisetas al precio de 1.200 pts. cada una en el establecimiento " DIRECCION000 ", sito en la C/ DIRECCION001 de esta ciudad y perteneciente a una de las hijas del acusado, logrando vender al menos cincuenta y una camisetas. El día 22 de Julio de 1998 se ocuparon por efectivos del Grupo de Investigación Fiscal y Antidrogas de la Guardia Civil treinta y nueve de estas camisetas en " DIRECCION000 , interviniéndose otras diez más, así como dieciséis fotolitos para llevar a cabo la impresión, en un local de Mutilva Baja que el acusado utilizaba para realizar las estampaciones.

Fallo: "Que DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado Blas como autor penalmente responsable de un delito contra los derechos de propiedad intelectual, ya definido, a la pena de MULTA DE SEIS MESES con cuotas diarias de mil pesetas y responsabilidad personal subsidiaria de noventa días en caso de impago, así como al pago de la totalidad de las costas causadas en este proceso.



En concepto de responsabilidad civil el acusado indemnizará a Octavio en la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas e intereses legales por daños morales.

Para el cumplimiento de la pena impuesta será de abono al condenado la totalidad del tiempo que haya permanecido cautelarmente privado de libertad por esta causa.

Contra la presente Sentencia podrá interponerse recurso de Apelación en este Juzgado para ante la Audiencia Provincial en el plazo de DIEZ DIAS a partir de su notificación.

Llévese certificación de la presente a los autos principales y notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal.

Lo que pronuncio, ordeno y firmo, juzgando definitivamente en la instancia por esta Sentencia, en lugar y fecha ut supra".

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución fue apelada en tiempo y forma por la representación procesal del condenado en la instancia.

TERCERO.- En el trámite del Art. 795.4 de la Ley de Enjuiciamiento Crimi-nal, la representación procesal de D. Octavio solicitó la confir-mación de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Recibidos los autos en la Audiencia, previo reparto, se turnaron a la Sección Tercera en donde se incoó el citado rollo, quedando pendiente por su orden para deliberación y fallo.

QUINTO.- Se aceptan los hechos declarados probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada.

PRIMERO.- El Juzgador a quo consideró al acusado responsable de un delito contra la propiedad intelectual, previsto y penado en el art. 270 del Código Penal, pronunciamiento con el que aquél no se muestra conforme, enderezando su recurso a conseguir su revocación y que se dicte nueva sentencia en esta alzada, absolviéndole libremente de dicha infracción penal. El recurso fue impugnado tanto por la acusación particular como por el Ministerio Fiscal, quienes solicitaron su desestimación.

El primer motivo de oposición aducido en el recurso, atañe a los aspectos fácticos de la sentencia disentida, ya que considera el recurrente que el Juzgador de la primera instancia erró al valorar la prueba practicada, ya que las estampaciones no se hicieron a partir de un soporte fotográfico, como se indica en el fundamento jurídico primero de la sentencia, sino que el acusado compró una camiseta en la que ya estaba estampada dicha foto, la cual fotocopió y a raíz de tal fotocopia procedió a estamparla en sus propias camisetas, en las que quiso comercializar.

El motivo no puede merecer favorable acogida, y ello por las siguientes razones. En primer lugar hemos de indicar que en los hechos probados de la sentencia recurrida, reproducidos en la presente resolución, el Juez a quo se limita a señalar que el acusado "...realizó en al menos cien camisetas estampaciones de una fotografía del encierro de las Fiestas de San Fermín, a su paso por la c/Mercaderes, ..." no especificando el modo en que se hizo la estampación.

La disquisición que plantea el recurrente resulta irrelevante desde la óptica del art. 270 del Código Penal, donde sanciona las conductas de reproducir o distribuir sin el consentimiento de su autor, o de quien explote sus derechos, una obra artística. Que ello se haga de un modo o de otro carece de interés, es decir, en el caso enjuiciado que tales conductas se realizaran partiendo de la copia obtenida de un soporte fotográfico o en el modo indicado por el acusado, es indiferente.

Lo trascendente, lo que resulta esencial para la configuración de la conducta típica, lo constituye el hecho de copiar una fotografía y pretender obtener un lucro con ello, a través de la venta de camisetas con la imagen así obtenida, sabiendo que tal conducta requería, inexcusablemente, la pertinente autorización, con la que obviamente no contaba.

Por ello no cabe acoger el motivo de oposición indicado.

SEGUNDO.- El segundo motivo esgrimido en el recurso atañe a la incardina-ción de los hechos enjuiciados en el art. 270 del Código Penal.

A) Las partes acusadoras imputan al hoy recurrente la comisión de un delito previsto y penado en el art. 270 del Código Penal, al entender que la fotografía por él utilizada para estampar en las camisetas, sin la autorización de su autor, es una obra artística, y en consecuencia merece la protección penal que tal precepto otorga al derecho de propiedad intelectual.



La delimitación del objeto material de dicho delito ha de realizarse conforme a conceptos ubicados fuera del Código Penal, ya que éste no contiene un concepto legal de obra literaria, artística o científica. Para ello hemos de acudir a la Ley de Propiedad Intelectual, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. El art. 10 de dicha ley establece que "son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellos...".

Con respecto a dicho precepto señala Gerardo -Co-mentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, segunda edición, Tecnos 1997, pág. 158- que la función del mismo "es determinar qué se entiende por obra literaria, artística o científica, puesto que éstas constituyen el objeto de la propiedad intelectual (art. 1º), a los efectos de protección de la Ley. Lo que no tiene necesariamente que coincidir con lo que pueda ser considerado como obra desde un punto de vista distinto, y concretamente desde el punto de vista del arte, de la literatura y de las ciencias. Aquí no se trata de definir lo que es una obra de arte literaria o científica, sino lo que es una obra susceptible de protección por la Ley, es decir, lo que es el objeto de la propiedad intelectual o del derecho de autor".

En la enumeración que hace dicho precepto se recogen, art. 10. 1. h), las obras fotográficas. Ahora bien, el artículo 128, único precepto del título V del Libro II de la Ley -siendo la rúbrica de éste "De los otros derechos de propiedad intelectual"-, se refiere a la protección de las meras fotografías, indicando lo siguiente: "Quien realice una fotografía u otra reproducción obtenida por procedimiento análogo a aquélla, cuando ni una ni otra tengan el carácter de obras protegidas en el Libro I, goza del derecho exclusivo de autorizar su reproducción, distribución y comunicación pública, en los mismos términos reconocidos en la presente Ley a los autores de obras fotográficas".

B) La diferente ubicación sistemática de las obras fotográficas y las meras fotografías, a que acabamos de ludir, plantea la trascendente cuestión de si ambas son susceptibles de protección penal.

La defensa del imputado recoge en su recurso una serie de opiniones doctrinales de indudable interés que es conveniente reproducir:

"Gonzalo Quintero Olivares en su obra Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal (Aranzadi 1.996), pag. 576 señala:

"La LPI (títulos II, III, V y VI del Libro II), junto a los derechos de intérpretes y ejecutantes añade 'otros derechos de propiedad intelectual' que no se mencionan en el Código Penal y que no podrán incluirse por vía de interpretación extensiva, como son los 'productores de fonogramas', los productores de 'grabaciones audiovisuales', las FOTOGRAFÍAS y determinadas producciones editoriales".

Antonio Delgado Porrás en su libro Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual (Cuadernos Civitas) , dice al respecto, pag. 115:

"Por obras literarias, artísticas o científicas (y dentro de este concepto caben sus 'transformaciones') se entiende las producciones intelectuales que reúnan requisitos de creatividad, originalidad y concreción de forma. De manera no limitativa se mencionan en la LPI (arts. 10, 11 y 12) ... Por no reunir el requisito de la originalidad no son obras las 'meras fotografías' ... y quedan fuera de la protección penal".

En similares términos se pronuncia Concepción Carmona Salgado (La Nueva Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Montecorvo), cuando al referirse a las creaciones fotográficas y a las obras inéditas, para negar la protección penal a las meras fotografías afirma:

"Sin embargo por lo que a las fotografías en concreto se refiere, creemos que la respuesta al respecto debe ser negativa, en base al siguiente argumento: la distinta naturaleza legal adjudicada a cada una de ellas, en base a la cual las primeras son verdaderas obras del ingenio sobre las que recae el derecho de autor en sentido estricto, mientras las segundas constituyen 'meras' fotografías, cuya realización supone una simple actividad mecánica, pero no una auténtica creación intelectual, ... impide que la protección penal derivada de aquellas disposiciones, por ambiciosa que sea, se extienda a la segunda clase de las mismas ni a sus respectivos derechos, ya que no son legalmente concebidas como obras del ingenio ..."

A dichas opiniones podemos añadir la de López Borja de Quiroga -"Los delitos contra la propiedad intelectual", Empresa y Derecho Penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, 1998-, quien indica:

"III. BIEN Jurídico PROTEGIDO

Evidentemente, el bien jurídico protegido no puede ser el mismo en la época en que la legislación penal al respecto seguía el sistema de la norma penal en blanco que en la época actual en la que se ha concretado el tipo penal. Así pues, ya no puede decirse que la propiedad intelectual en todas y cada una de sus manifestaciones



se encuentra protegida penalmente. Habrá aspectos que sólo merezcan y precisen una protección civil y, lógicamente, sólo los ataques más intolerables contra ciertos aspectos de la indicada propiedad puede ser amparada por la legislación penal"

Consideramos que puede afirmarse que, a los presentes efectos decisorios, la distinción entre obra fotográfica y mera fotografía, resulta relevante en la medida que sólo en el primer caso estaremos hablando de "derecho de autor", bien jurídico relevante y único al que cabe extender la protección penal. Quien realiza una mera fotografía no está dando lugar al nacimiento de una obra, protegida en el Libro I de la Ley, y por tanto no cabe hablar de derechos de autor. Sí es cierto que, dados los términos del art. 128, su realización da lugar a la aparición de unos intereses tutelables, cuya protección, de hecho, se dispensa en el ámbito de la propia Ley, pudiendo sintetizarse tal protección en el hecho de que la explotación de la mera fotografía requerirá el consentimiento de quien la ha hecho o del titular de los derechos sobre ella, conforme a lo prevenido en los arts. 17 y siguientes L.P.I., y, en este sentido, la protección es la misma que la dispensada al autor de una obra fotográfica. Ahora bien, dicha protección no puede tener una traslación penal automática, ya que no cabe extender la protección que dispensa el Derecho Penal a toda infracción que se produzca en el ámbito de la propiedad intelectual, por aplicación del principio de intervención mínima:

Así podemos traer a colación las sentencias del Tribunal Supremo, de fecha 4 de junio de 1.992, y la de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de octubre de 1.999. En la primera de ellas, nuestro Alto Tribunal recuerda que la protección de los derechos de autor se ejerce en una triple vertiente, no necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal, subrayando 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... Desde luego, lo que no se puede es criminalizar todas y cada una de las infracciones del derecho de autor, pues tal extensión constituiría un desorbitado proteccionismo penal, a todas luces excesivo", fundamento jurídico séptimo A).

En este mismo sentido la Audiencia Provincial de Barcelona, en la precitada sentencia, fundamento jurídico tercero, señala: "Siguiendo con el estudio del recurso interpuesto por la representación de los acusados, y en cuanto a la presencia en el caso de autos del elemento objetivo configurador del tipo aplicado, que se ha planteado extensamente el Tribunal, debe reconducirse el debate a la delimitación de; sentido e intensidad del principio de intervención mínima, configurado en nuestro ordenamiento jurídico penal como uno de los de carácter fundamental. Tal principio engloba, entre otros, el conocido como principio del carácter fragmentado del derecho penal, el cual implica que, y partiendo de que se haya estimado necesario el recurso al derecho punitivo, no son sancionables todas aquellas conductas que resulten lesivas a los bienes jurídicos que previamente el legislador ha determinado como dignos de protección, sino solo aquellas modalidades de ataque que resulten más peligrosas para ellos."

C) Una vez que hemos dejado sentado que la protección penal sólo cabe dispensarla a quien ha creado una obra fotográfica, la cuestión siguiente a dilucidar es la que concierne a los criterios conforme a los cuales cabe distinguir una obra fotográfica de una mera fotografía.

Desde un punto de vista teórico cabe afirmar que al hallarse la obra fotográfica dentro del enunciado del art. 10 L.P.I., ha de participar de los caracteres de las obras artísticas, lo cual tampoco resulta sencillo de definir.

En cualquier caso, es un criterio seguro el de la originalidad, la obra artística requiere que se trate de una creación original, incorporando, de algún modo, la inquietud y el ánimo de su autor.

Sin embargo, respecto al tema que nos ocupa, desde un punto de vista práctico la dificultad se antoja insalvable, y es que como afirma Gerardo , op. citada, "la fotografía se diferencia de otros tipos de obras por el tipo o forma de creación. Mien-tras que normalmente se trata de dar una forma a las representaciones espirituales del autor, en la fotografía se trata, en gran medida, de la reproducción de algo previa-mente existente en la realidad circundante con la ayuda de medios técnicos".

Es de todos conocida la existencia de fotógrafos a quienes no resulta excesivo calificar como artistas, cuyas fotos merecerán la consideración de obras artísticas, pero aún así habrá de convenirse en que dicho elemento subjetivo no puede ser el indicador de la protección penal.

El Juez a quo expresa su estado de incertidumbre cuando afirma: "...el juzgador se vería obligado a reconocer que la fotografía que es objeto del presente proceso se halla más cerca de las obras fotográficas que de las meras fotografías". Lo que le inclina a considerarla como obra fotográfica es fundamentalmente el carácter profesional de quien la realiza, es decir, que se trata de un fotógrafo, alguien cuyo medio de vida es la realización de fotografías; a lo que el Juez a quo añade el poseer "un equipo especializado".

El criterio de la profesionalidad no es adecuado ya que supondría otorgar protección penal a cualquier trabajo hecho por un fotógrafo, abstracción hecha de su aspecto creativo, finalidad que no resulta de la redacción del



art. 270 C.P. Menos lo es aún la realización con un equipo sofisticado, ya que el resultado de su utilización no tiene porque ser una obra artística.

La que pudiéramos denominar "fotografía reproductiva", difícilmente podrá ser considerada como una obra fotográfica, a los efectos de gozar de la protección penal que dispensa el art. 270 de nuestro texto punitivo. Hemos de insistir, para no herir ninguna sensibilidad, en que tal delimitación se hace a los meros efectos penales, donde rige un criterio interpretativo restrictivo y pro reo, por lo que en modo alguno debe considerarse como una minusvaloración del valor estético o artístico de la foto-grafía. En este sentido resultan ilustrativas las palabras de Gerardo , al analizar, op. citada, el art. 128: "Sin embargo, muchas de las fotografías cuya originalidad es dudosa, pueden tener un gran valor comercial, como reflejo de la realidad que captan, esto es, como consecuencia de su valor documental. Las fotografías constituyen actualmente documentos gráficos de la realidad social de primer orden, a veces de valor inestimable. Ese significado documental de la fotografía se extiende a todos los campos de la actividad: científica, artística, deportiva, política...", lo que cabe complementar con la referencia que el mismo autor hace a la mera fotografía, al comentar el art. 10. 1. h): "La mera fotografía se limita a recoger de forma normal o común escenas, figuras, acontecimientos de la realidad, aunque sea con gran precisión técnica y perfección de la imagen obtenida".

La fotografía de autos recoge una estampa de un encierro, mediante la cual el autor consigue transmitir a quien la observe toda la tensión y el peligro que aquél entraña; pero a los efectos jurídico-penales, no puede ser reputada como una obra fotográfica. Ello no significa que el autor de la fotografía no goce de ninguna protección respecto a los derechos de explotación y distribución de aquélla, pero ello ha de realizarse en un cauce procesal diferente.

Al no ser los hechos constitutivos de infracción penal, resulta innecesario entrar a analizar el último motivo esgrimido en el recurso, relativo a la falta de dolo.

TERCERO.- En virtud de cuanto antecede, procede estimar el recurso interpues-to contra la sentencia dictada por el Juez a quo, debiendo dictarse nueva resolución absolviendo libremente al acusado del delito que se le imputaba.

Tal declaración comporta que se declaren de oficio las costas procesales ocasionadas en ambas instancia, a tenor de lo prevenido en el art. 123 del Código Penal y art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación, esta Sala acuerda,

FALLO

Que ESTIMANDO el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, interpuesto por la representación procesal de D. Blas , frente a la sentencia de fecha 24 de junio de 1.999, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. Tres de Pamplona, en el Juicio Oral nº 87/99, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma y debiendo dictar otra absolviendo libremen-te al expresado D. Blas , del delito contra los derechos a la propie-dad intelectual del que venía siendo acusado.

Procede declarar de oficio las costas procesales causadas tanto en la primera instancia como en la presente alzada.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.