

Id Cendoj: 48020370062009100047
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 6
Nº de Recurso: 101/2009
Nº de Resolución: 394/2009
Procedimiento: Rollo apelación abreviado
Ponente: ANGEL GIL HERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL

TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sección 6ª

BARROETA ALDAMAR 10 4ª planta- C.P. 48001 Tfno.: 94-4016667

Rollo Abreviado nº 101/09-6ª

Procedimiento nº 440/08

Jdo. de lo Penal nº 1 (Bilbao)

SENTENCIA NUM. 394/09

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE D. ANGEL GIL HERNÁNDEZ

MAGISTRADO D. JOSÉ IGNACIO ARÉVALO LASSA

MAGISTRADA DÑA. MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ PUENTE

En BILBAO, a veintidós de abril de dos mil nueve.

VISTOS en segunda instancia, por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 440/08 ante el Jdo. de lo Penal nº 1 (Bilbao) por hechos constitutivos, aparentemente, de un delito de CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL atribuido a D. Fulgencio , nacido en Yeumbew (Senegal) el 01-01-82, hijo de Serigne y de Awa Geuye, con NIE/Pasaporte nº NUM000 , representado por la Procuradora Sra. ANA ROSA ALVAREZ y defendido por el Letrado Sr. JOSE LUIS MORENO, siendo parte acusadora, el Ministerio Fiscal.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. D. ANGEL GIL HERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 1 (Bilbao) de los de dicha clase, se dictó con fecha 12 de enero de 2009 sentencia, cuyos hechos dicen:

"Ha resultado probado, y así se declara, que el pasado día uno de mayo de dos mil cuatro, sobre las 16:03 horas, Dº Fulgencio (mayor de edad a la fecha de los hechos, como nacido el 1 de enero de 1982 en Senegal, sin antecedentes penales y con residencia legal), fue detenido por agentes de la Ertzaintza al identificarlo cómo la persona que instantes antes habían visto caminando por la calle San Antonio de Etxebarri, portando en una de sus manos varios cds, una riñonera en la cintura y una bolsa de color azul al hombro, que contenía hasta un total de 92 cds de música, reproducciones no originales de diferentes discos

de música en formato CD y 21 dvds, reproducciones no originales de diferentes películas. Objetos que fueron localizados en el interior del baño del establecimiento en el que verificaron la detención."

La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: "Que Debo Absolver y Absuelvo a Dº Fulgencio del delito contra la propiedad intelectual del que ha sido acusado en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de 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.

HECHOS PROBADOS

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la Sentencia apelada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza la parte apelante contra la Sentencia de fecha 12 de enero de 2009 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao , en cuya parte dispositiva se estableció que "Que Debo Absolver y Absuelvo a Dº Fulgencio del delito contra la propiedad intelectual del que ha sido acusado en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales causadas."

Alegando, en síntesis, que se tenga por presentado el escrito, se admita y, previos los trámites oportunos, se dicte resolución por la que se revoque la Sentencia dictada en la presente causa y se condene a Fulgencio en los términos interesados en escrito de calificación cuyas conclusiones fueron elevadas a definitivas en el plenario.

Ante las alegaciones contenidas en el escrito de recurso, lo primero que debemos señalar es que ninguna duda tenemos de que el contenido de los discos responda a lo anunciado en el exterior de los propios discos pues esto es lo que sucede habitualmente en el conocido sector del **"top manta"**, que no tendría el éxito del que goza si el consumidor que lo adquiere se viera defraudado, defraudación que en el caso puede descartarse partiendo de la pericial practicada por el organismo competente de la Ertzaintza, en la que se constató que los discos analizados estaban efectivamente grabados con copia de música, no pareciendo absurdo, ilógico ni irracional señalar que si la finalidad perseguida con los discos hubiera sido la de engañar a los consumidores haciéndoles creer falsamente que los discos contenían las grabaciones de audio que se anunciaba en su exterior, en tal caso, los autores no se habrían tomado la molestia de grabar real y efectivamente el disco pericialmente analizado con sus catorce pistas de audio en estéreo.

De ello colegimos, a falta de una prueba que evidencie lo contrario, que los discos reproducían las canciones o películas anunciadas en sus carátulas pues ya hemos anticipado que esto es lo que sucede normalmente con esta clase de productos, esto es, lo que responde a la racionalidad económica de esta actividad delictiva y, en el caso, además, por lo anteriormente razonado, puede descartarse la hipótesis de que pensara engañarse al consumidor entregándole un disco sin el contenido anunciado en la carátula del mismo disco posibilidad que, por otra parte, no consta que se hubiera alegado ante el Juzgado, lo que habría podido dar lugar a la audición de todos o muchos de los discos. Entiende la Sala que este, digamos el probatorio, no es el problema, sino el de la propia calificación jurídica que la conducta desarrollada por el apelante debe tener, siguiendo con la línea jurisprudencial, que se va consolidando poco a poco, de lo que son buena muestra, entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de San Cruz de Tenerife, de 26 de julio de 2.002, de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 14 de febrero de 2003, o la más reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de enero de 2006 , en las que entrando en la cuestión de fondo, y aplicando el *art. 270.1 del Código Penal* , consideran atípica la venta callejera de DVD y CDS, esto es, la mera actividad de estar situado en una zona pública poniendo a *disposición de terceros* adquirentes productos que integren una copia no autorizada de Cds musicales y DVDs de películas como copias sin la autorización de sus titulares y en la pequeña cuantía que suele ser DS siendo los autores ordinariamente

alcanzados y detenidos, ocupándoles todo el material aprehendido.

Dicha línea jurisprudencial, como no podía ser de otra manera, parte del propio *art. 25 CE* recoge el principio de legalidad, en cuanto a los tipos penales se refiere, según el cual Nadie puede ser condenado por un hecho que en el momento de su comisión no esté tipificado como ilícito penal, no cabiendo la interpretación extensiva de los tipos penales, la cual impide el alegado principio y el de taxatividad de los tipos penales, de modo que Solo es ilícito penal aquella conducta que el Código Penal, o las leyes penales especiales, define como delito o falta. No pueden incluirse conductas que no están expresamente recogidas, como constitutivas de ilícitos penales. Desde esta perspectiva, el *art. 270.1*, 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, con la lógica consecuencia, por lo que a nuestro asunto se refiere, que la conducta desplegada por el acusado, esto es, la venta al menor sólo podría encuadrarse en la distribución, pues en el resto de conductas típicas no encaja la venta callejera que nos ocupa; pero, ¿la conducta llevada a cabo por el imputado, puede considerarse como de distribución?.

La adecuada resolución de dicha interpretación debe partir del principio según el cual, como expresamente indica la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2.006 , los tipos recogidos en los *arts. 270 a 276 del CP* , relativos a las propiedades intelectuales e industriales, son normas penales en blanco, que deben ser completadas con las normas que regulan los derechos de la propiedad industrial y la intelectual. En principio la distribución en el ámbito mercantil no comprende la venta al detalle. El distribuidor es un intermediario entre el productor y el vendedor. 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, distribución y comunicación pública, así como la transformación. El *art. 19* define lo que hay que entender por distribución, que es la puesta a disposición al público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo, o cualquier otra forma, sin comprender en ningún caso la citada venta al por menor, de modo que si ni tan siquiera mercantilmente la conducta aquí enjuiciada es merecedora de tal término (distribución), mucho menos lo será penalmente.

La conducta sancionada en el *art. 270 del Código Penal* , completada con la norma mercantil, como distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende el derecho a vender la obra con ánimo de lucro, de modo que, en principio, cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular, supone una infracción del derecho de la propiedad intelectual. Ahora bien, no toda infracción del derecho a la propiedad intelectual es constitutiva de delito. Si ello fuera así, carecerían de contenido las normas protectoras del derecho que nos ocupa, contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, así como las contenidas en la Ley de Propiedad Industrial, cuya infracción también constituye delito. El delito sólo lo configuran aquellas conductas, infractora de los derechos de las propiedades intelectuales e industriales, que por su gravedad, justifiquen la aplicación del derecho penal. Tan conducta es el último eslabón de una conducta, que sí sería constitutiva de delito del *art. 270 del C.P.* , que es la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho, sin la autorización del titular del mismo.

Contra la venta callejera de estos productos, por personas, que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa por la aplicación del derecho penal, sino por la aplicación de normas de orden público, que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales, que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada, pero la conducta imputada al recurrente no es pues constitutiva de infracción penal alguna, y por ello debe ser absuelto del delito por el que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables, sin que por ello se deje desprotegido al titular de los correspondientes derechos de explotación de las obras aprehendidas, toda vez que el propio Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril* , modificado recientemente por *Ley 19/06, de 5 de junio*, no sólo contempla, en su *art. 139, apartado 1* la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, todo ello a costa del infractor, sino que el *art. 140* del mismo texto legal regula detalladamente la indemnización de daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido, que comprenderá no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido sino también el de la ganancia que se haya dejado de obtener, siendo éste el procedimiento adecuado para lograr el resarcimiento de aquéllos, no la persecución penal del último eslabón, por cierto el más débil, de la conducta que se pretende criminalizar.

Por si ello fuera poco, y entrando en el problema probatorio, no sólo indica la Sentencia de instancia que "Los agentes no pudieron corroborar el discutido acto de ofrecimiento no explicitado en el atestado,

sino incluso que el acusado fuera la persona que portaba el material antes de la detención", sino que, en realidad, los agentes intervinientes en la detención, declararon que en ningún momento vieron producirse la venta de CD o DVD alguno, y además ni siquiera estaban seguros de que la persona a la que siguieron con una mochila que contenía CDs falsificados fuese el apelado.

Ello, unido a la falta de proposición por el apelante de la práctica de prueba alguna en esta sede, hace que no pueda revisarse el contenido de aquélla en la referido a la valoración, supérflua, por otro lado, constatada la atipicidad de la conducta desarrollada por el Sr. Fulgencio .

TERCERO.- Procede declarar de oficio, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 109 del C.P.*, el *pago de las costas devengadas en esta segunda instancia*.

En virtud de la potestad jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 12 de enero de 2009, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao , debemos confirmar íntegramente el contenido del mismo, declarando de oficio el pago de las costas causadas en esta segunda instancia.

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.