

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela penal. Piratería. Bien jurídico protegido. Sujeto pasivo del delito.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Castellón de la Plana/Castelló de la Plana, Sección 2ª

FECHA: 6-5-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 12040370022010100229.

Actualización: 14-1-2013.

OTROS DATOS: Recurso 161/2010. Sentencia 173/2010.

SUMARIO:

“Se trata de copias de DVDs de películas grabados sobre discos tipo DVD-R. Las carátulas, portada y contraportada, están fotocopiados o escaneados a color y el estuche se trata de una funda de plástico flexible y transparente y al igual que en el caso de los CDs se observa a simple vista que no son originales. El propio perito ha manifestado que comprobó el contenido y que se trataba de copias, y que eran falsos. También, a preguntas del Ministerio Fiscal dice Pascual que aquel día vendió tres Cds o DVds, y que los vendió por dos euros cada uno. Dice que los compraba a un chino en la calle a un euro, a uno treinta, o a uno cincuenta euros”.

[...]

“... el objeto de protección del delito del art. 270 CP es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia legal en el mercado, y por ello el sujeto pasivo del delito no es el consumidor, sino las compañías discográficas y cinematográficas, resultando indiferente que el consumidor sepa que el producto es falso”.

COMENTARIO: A diferencia de lo que en nuestra modesta opinión sentenció erradamente la Audiencia Provincial de Cáceres, al decir que *“tratándose de unas falsificaciones burdas ... no provocarían un perjuicio patrimonial real al titular de los derechos de distribución de la propiedad intelectual y, consecuentemente, faltaría uno de los elementos que integran el tipo penal”*¹, acierta la dictada en el fallo que motiva estos comentarios cuando ubica como sujeto pasivo del delito de *“piratería”* de obras literarias o artísticas o de grabaciones sonoras o audiovisuales, mediante la oferta de ejemplares que contienen reproducciones ilícitas, a los titulares de los respectivos derechos, de modo que resulta intrascendente que la distribución ilícita se haya realizado mediante duplicaciones artesanales que los consumidores puedan diferenciar de

¹ Sentencia de la Sección 2ª (11-2-2010).

las originales. Sin embargo, olvida esta sentencia entre los sujetos pasivos del delito a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes, tanto o más perjudicados que las propias industrias, pues son personas naturales que muchas veces tienen como su único sustento personal o familiar las remuneraciones que se derivan de la explotación legítima de sus obras o prestaciones. Con razón, el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo dijo que la piratería “... importa un perjuicio al titular originario del derecho (creador de la obra), que deja de recibir una «retribución» por el uso de sus creaciones intelectuales, de la cual depende para su subsistencia y la de su familia”². Sobre el tema de los consumidores, la Audiencia Provincial de Madrid ha aclarado que “el bien jurídico protegido no es el mercado y la posible confusión entre copias lícitas e ilícitas, y sí los derechos de propiedad intelectual con su doble contenido: derechos morales y de explotación”³; la Audiencia Provincial de Jaén que ... no puede admitirse como requisito el perjuicio al consumidor, pues este no es un requisito del tipo, el cual exige el perjuicio a los titulares de los derechos de propiedad de propiedad intelectual”⁴; y la Audiencia Provincial de Zaragoza, que es irrelevante “que quien ofrezca esas copias «piratas» lo haga o no con intención de engañar a los posibles compradores”⁵.
© Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

En Castellón de la Plana a seis de mayo de dos mil diez.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto y examinado el Rollo de Apelación Penal nº 161/2010, incoado en virtud del recurso interpuesto contra la sentencia número 356/2009 de fecha 27 de noviembre de 2009 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, en los autos de Juicio Oral nº 12/2008, sobre delito contra la propiedad intelectual.

Han intervenido en el recurso, como APELANTE, Pascual, representado por el Procurador D. Pablo Vicente Ricard Andreu y defendido por el Letrado D. Pablo Ferrer García, y como APELADO, el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia objeto de recurso declaró probados los siguientes hechos: “Se declara probado como resultado de la prueba practicada en los presentes autos consistente en interrogatorio, testifical, pericial y documental que, sobre las 13:30 horas del día 18 de Marzo de 2007, el acusado Pascual -mayor de edad y sin antecedentes penales y en situación ilegal en territorio español- se encontraba en la Avenida Rey Don Jaime de Castellón ofreciendo a la venta cd#s y dvd#s pirateados, a imitación de los originales y sin que tuviera la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre los mismos para su difusión o venta, siéndole incautados un total de 66 cd#s y 51 dvd#s.

Los perjuicios ocasionados a la entidad de Gestión de derechos Intelectuales ascienden a 196,02 euros por lo que a la venta de los cd#s se refiere, no habiendo realizado alegación alguna la entidad EGEDA respecto a los dvd#s.

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia, es del tenor literal siguiente: “Que debo condenar y condeno a Pascual como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES

2 Sentencia de la 1ª Cámara de Derecho Criminal (13-3-2007).

3 Sentencia de la Sección 3ª (20-4-2007).

4 Sentencia de la Sección 2ª (13-9-2010).

5 Sentencia de la Sección 6ª (23-9-2010).

de prisión, y DOCE MESES DE MULTA con una cuota diaria de SEIS EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53.1 del Código Penal para caso de impago, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales. Y que, en concepto de responsabilidad civil, el acusado deberá indemnizar a la entidad de Gestión de Derechos Intelectuales en la suma de 196,02 euros por los perjuicios ocasionados, y a EGEDA en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por los perjuicios ocasionados, mas los intereses legales. La pena privativa de libertad será sustituida por expulsión del territorio español por diez años. Abónense, en su caso, las medidas cautelares acordadas privativas de libertad o derechos para el cumplimiento de la pena”.

TERCERO.- Publicada y notificada la Sentencia, se interpuso contra la misma recurso de apelación por el Procurador D. Pablo Vicente Ricard Andreu, en nombre y representación de Pascual, y en base las alegaciones que realizaba, terminó suplicando se eleven los autos a la Audiencia Provincial de Castellón para que con estimación del presente recurso se sirva dictar en su día sentencia por la que revocando la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, y previos los trámites legalmente establecidos, dicte otra por la que estimando el presente recurso, absolviendo a Pascual del delito contra la propiedad intelectual por el que ha sido condenado.

Tramitado el correspondiente recurso de apelación, se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal, que lo impugnó, interesando la confirmación de la resolución recurrida por considerarla ajustada a derecho y en virtud de sus propios fundamentos.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial de Castellón el día 12 de marzo de 2010, se turnaron a la Sección Segunda, señalándose para la deliberación y votación el día 5 de mayo de 2010, y quedando para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal condenó a Pascual como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual a la pena de SEIS MESES de prisión, y DOCE MESES DE MULTA con una cuota diaria de SEIS EUROS -entre otros pronunciamientos-.

Frente a dicha resolución se interpone recurso de apelación por el Procurador D. Pablo Vicente Ricard Andreu, en nombre y representación de Pascual, alegando en primer lugar, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado al no haberse practicado en el plenario, prueba de cargo bastante para acreditar la culpabilidad. Dice que ninguna prueba se ha practicado para determinar el contenido de los estuches que su patrocinado portaba y que estaba disponiendo para su venta, o que era lo que contenían CDs o DVDs, y si los mismos eran copias no autorizadas, o si eran grabaciones que nada tuvieran que ver con lo anunciado, o si eran soportes en blanco. Añade que hubiese bastado un simple visionado del contenido de las cintas o una pericial. Por todo ello no pueden establecerse presunciones cuando se disponía de medios para practicar una prueba directa, y todo ello le incumbe a la acusación, por lo que en caso de duda se deberá estar siempre a favor del acusado.

También se dice que los indicios existentes en este supuesto no tienen las características que establece la jurisprudencia, y más que encontrarnos ante indicios se está ante sospechas incapaces de por sí, de desvirtuar la presunción de inocencia, indicios que por otra parte no serían suficientes máxime cuando existía la posibilidad de acudir a una prueba directa.

En segundo lugar se alega por la parte recurrente infracción del principio de tipicidad establecido en el artículo 25 de la Constitución al haberse aplicado de forma indebida el artículo 270 del cp. por no

ser constitutiva de delito la actividad desplegada por su representado. Dice que a su cliente le detuvieron llevando unos CDs y DVDs, pero incluso suponiendo que los mismos fueran piratas, criterio que no se comparte, tal conducta no es típica. Añade que no se produjo ningún acto de distribución, puesto que Pascual se disponía a ofertar la venta, pero no fue sorprendido efectuando transacción alguna. También se indica que existe una amplia jurisprudencia que se pronuncia sobre la inclusión de la venta al por menor de CDs sin la autorización de los titulares. Dice que son normas en blanco, y que en el ámbito mercantil la distribución no comprende la venta al detalle, y no toda infracción del derecho de exclusividad del titular de la propiedad intelectual tiene cabida en el artículo 270 del cp. y solo la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal.

En tercer lugar se alega por la parte recurrente, que en el supuesto que se tuviera por probado la comisión de un delito, se aprecie las dilaciones indebidas como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal como muy cualificada, por haber transcurrido más de dos años en su enjuiciamiento.

Por el Ministerio Fiscal se dice que no procede el recurso presentado en primer lugar de conformidad con lo establecido en el artículo 741 de la lecrim. Y en segundo lugar, dado que se practicó la prueba pericial que no fue impugnada en forma por la defensa que acreditaba que las copias intervenidas al acusado eran falsificadas, y el acusado fue detenido cuando se estaba dedicando a la actividad de venta ilícita de estos efectos y carecía de cualquier autorización de los titulares de los derechos de reproducción.

SEGUNDO.- *En primer lugar se alega por la parte recurrente vulneración del derecho a la presunción de inocencia del acusado, al no haberse practicado en el plenario prueba de cargo bastante para*

acreditar su culpabilidad.

Cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de la instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad, a que esa actividad se somete, conducen a que, por regla general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Magistrado en cuya presencia se practicaron, por lo mismo que es este Juzgador, y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de pruebas, y de valorar correctamente su resultado apreciando personal y directamente, sobre todo en las pruebas personales, ya sea declaraciones de las partes o de testigos, su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas y vacilaciones, coherencia y, en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados, ventajas todas ellas, derivadas de la inmediación de las que carece el Tribunal de Apelación, llamado a revisar esa valoración en segunda instancia, lo que justifica que deba respetarse, en principio, el uso que haya hecho el Juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en juicio, lo que es plenamente compatible con los derechos de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia.

De esta manera, el juicio revisorio en la segunda instancia supone ser especialmente cuidadoso a fin de que no implique sustituir la valoración realizada por el Juzgador de instancia, y más cuando se trata de testimonios que el juzgador ha aquilatado en cuanto al alcance y fiabilidad de determinadas declaraciones.

Por ello, para que el Tribunal de la segunda instancia pueda variar los hechos declarados en la primera, se precisa que, por quien se recurra, se acredite que así procede por concurrir alguno de los

siguientes casos: a) Inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba; b) Que el relato fáctico sea oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo. c) Que haya sido desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

Consecuencia de lo anterior será la imposibilidad que tiene el Tribunal de apelación de valorar por sí mismo cualquier prueba sometida al principio de inmediación, esto es, las personales, de forma distinta a como lo ha hecho el juez que la presencié. (S.S.T.C. 197/2002, de 28 de octubre; 198/2002, de 28 de octubre; 200/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre; 230/2002, de 9 de diciembre; 41/2003, de 27 de febrero).

Y en virtud de lo anteriormente dicho, esta Sala, valorando los hechos probados y la prueba practicada en la instancia, no puede sino llegar a la misma conclusión condenatoria que la manifestada por la Sra. Magistrada en la instancia. Las argumentaciones realizadas por el Letrado de la defensa no se ajustan a lo acontecido en el acto del juicio oral. El Ministerio Fiscal, en su escrito de calificación de los hechos, solicitó como medio de prueba para el acto del juicio oral, la pericial del técnico que emitió el informe obrante en los folios 40 a 42 de las actuaciones, salvo que el mismo, no fuera impugnado en tiempo y forma. En el escrito de defensa realizado por la parte, no fue impugnada la pericial y el informe realizado, sino que además se hizo propia la prueba propuesta por el Ministerio Fiscal, por lo que ahora no se entiende que en el trámite de la apelación, se diga que ninguna prueba se ha practicado para determinar el contenido de los estuches que su patrocinado portaba y que estaba disponiendo para su venta, o que contenían CDs o DVDs y que los mismos eran copias no autorizadas, o si eran grabaciones que nada tuvieran que ver con lo anunciado o si eran soportes en blanco.

De igual forma, la pericial realizada y obrante el folio 40 a 42, y ratificada en el acto del juicio oral por la persona que la ha realizado, y que tenía por objeto determinar la falsedad de los cds y dvds intervenidos,

y si se distinguen o no de los originales, concluye diciendo que ninguno de los discos cumple los requisitos técnicos que presentan los cds originales, y que se aprecia a simple vista la marca y el tipo de los Cds. Se trata de copias de cds de música grabados sobre disco tipo CD-R y las carátulas, portada y contraportada, están fotocopiados o escaneados a color y el estuche se trata de una funda de plástico flexible y transparente y fácilmente se observa que no son originales. De igual forma, y respecto a los DVDs, ninguno de los cumple los requisitos técnicos que presentan los originales. Se dice también que se aprecia fácilmente la marca y el tipo de los Dvd-Rs. Se trata de copias de DVDs de películas grabados sobre discos tipo DVD-R. Las carátulas, portada y contraportada, están fotocopiados o escaneados a color y el estuche se trata de una funda de plástico flexible y transparente y al igual que en el caso de los CDs se observa a simple vista que no son originales. El propio perito ha manifestado que comprobó el contenido y que se trataba de copias, y que eran falsos. También, a preguntas del Ministerio Fiscal dice Pascual que aquel día vendió tres Cds o DVds, y que los vendió por dos euros cada uno. Dice que los compraba a un chino en la calle a un euro, a uno treinta, o a uno cincuenta euros. Dice también que no sabía que dichos cds fueran los que pusieran a la venta en establecimientos como por ejemplo el Corte Inglés -manifestación ésta última nada creíble, tanto por el precio por el que los compraba, como por su apariencia-.

Por su parte, los Agentes que le detuvieron, manifestaron en el acto del juicio que el detenido les ofreció CDs y DVDs, a tres euros los CDs y a cuatro euros los DVDs. Iba por las meses mostrándolos, pero que no lo vio vender antes.

En la sentencia que se recurre se dice: "... Trasladando la anterior doctrina al presente caso, de la prueba practicada se llega a la conclusión contenida en el apartado de hechos probados, a la vista principalmente de la testifical de los agentes intervinientes. En primer lugar, en cuanto al interrogatorio del acusado, por el mismo se

reconoce en el acto del juicio oral que el día 18 de Marzo de 2007 se encontraba ofreciendo cds y dvds en la Avenida Rey Don Jaime de Castellón, cuando fue sorprendido por agentes de policía. El acusado explicó que vendía los cd#s a dos euros, y que previamente los había comprado a “chinos” por un euro, justificando su conducta en dos hechos principales. Por un lado, afirmó que vendía los cds porque necesitaba el dinero para comer, ya que no trabajaba en otra cosa; por otro lado, afirmó que no sabía que los cds no eran originales. En segundo lugar, se cuenta con la testifical de los agentes de Policía Nacional NUM000, NUM001 y NUM002, quienes explicaron en el acto del juicio oral, ratificando el atestado que, el día 18 de marzo de 2007 se encontraban de paisano en una terraza en la Avenida Rey Don Jaime de Castellón cuando se acercó el acusado y les ofreció cds, a tres euros, y dvds a cuatro euros.

Explicaron los agentes que, tras identificarse como agentes, examinaron el material ofrecido, viendo a simple vista que eran falsos, explicando que algunos de los cds los llevaba en la mano y el resto en una bolsa, y que, en lugar de carátula, los cds iban en una bolsa de plástico, con una fotocopia en color en la carátula. En tercer lugar, se contó en el acto del juicio oral con la pericial del autor del informe obrante al folio 39 y ss de las actuaciones, donde se constató la falsedad del material intervenido”.

También se indica en la sentencia, que “.... Pues bien, a la vista de lo expuesto, es posible afirmar que en el presente caso concurren todos y cada uno de los requisitos del tipo en la conducta realizada por el acusado y descrita en el apartado de hechos probados y que se concretan en la venta de cds piratas musicales y otros de películas copiadas, que debe enmarcarse en la conducta típica de distribución, como a continuación se expondrá. En primer lugar se alega por la defensa el desconocimiento de que la actividad de venta fuera ilícita, excusa que no puede ser acogida ya que el acusado en ningún momento manifestó que no supiera que la actividad fuera ilícita sino que lo que alegaba era que no sabía que los CDs eran falsos,

lo que tampoco puede acogerse. Ha quedado debidamente acreditado que se trataba de copias grabadas en discos compactos sin autorización del titular de los derechos de reproducción, y ello a través de los siguientes datos: 1º) El modus operandi evidencia una conducta subrepticia tanto en el modo de adquisición de los discos -se dice por el propio acusado que los compro a unos chinos, como de la forma de almacenamiento y venta por el acusado, saliendo con ellos en mochilas y vendiéndolos a un precio sensiblemente inferior (el acusado declaró que los CDs los compraba a un euro, y los vendía por dos, aun cuando los agentes de policía fueron testigos directos de que el acusado los ofrecía por tres euros los cds y cuatro los dvds), de forma ambulante por diversos establecimientos, todo ello sin mediar recibos, licencias u otros documentos propios de una actividad comercial lícita. 2º) Y fundamentalmente, la prueba pericial concluye que las portadas de las fundas son copias reproducidas por medios fotomecánicos en color y los cds musicales y los dvds remitidos no son originales sino copias musicales y de película efectuadas en discos compactos grabables. Así queda patente sin duda alguna que eran copias falsificadas. Esta prueba pericial es plenamente fiable, sin que haya quedado impugnada ni desvirtuadas sus conclusiones”.

La valoración de la prueba ha sido correctamente efectuada por quien redacta la sentencia apelada y no por el hecho de ser Juzgadora en primera instancia, sino por la justificación que realiza en su sentencia de dicha valoración, los argumentos que expone para ello y el resultado del juicio oral reflejado en la grabación del mismo en formato audiovisual. Con todo ello se ha practicado prueba de cargo suficiente, no se está ante meras presunciones, sino que hay prueba bastante y suficiente, tanto la realizada sobre los soportes que se vendían, y que se reconoce que se vendieron por el acusado, como sobre la propia acción realizada, según declaraciones de los Agentes, por lo que, como se ha dicho, hay pruebas suficientes, como para poder establecer la relación de hechos probados que se realiza por la Juzgadora en Instancia.

TERCERO.- En segundo lugar se alega por la defensa del acusado infracción del principio de tipicidad establecido en el artículo 25 de la Constitución al haberse aplicado de forma indebida del artículo 270 del código penal, por no ser constitutiva de delito la actividad desplegada por su representado.

Los hechos que se declaran probados en la Sentencia de Instancia son constitutivos de un delito de propiedad intelectual del art. 270.1 del CP. Según dicho precepto será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses, quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística, fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derecho de propiedad intelectual o de sus cesionarios. En la Sentencia recurrida se realiza una pormenorizada y exhaustiva explicación sobre dicho tipo penal, que esta Sala no puede más que reproducir.

Se impugna también la sentencia de instancia por entender el recurrente que los hechos que se declaran probados no son constitutivos del delito previsto en el artículo 270 del Código Penal, por la escasa trascendencia económica del perjuicio causado por el acusado y regir el principio de intervención mínima del derecho penal. En el supuesto analizado concurren como se ha dicho, todos los requisitos del tipo en los hechos que la sentencia recurrida ha declarado probados. Por ejemplo, el art. 270-1º del Código Penal utiliza la expresión “en perjuicio de tercero”, lo que supone una conducta tendencial, es decir, dirigida a producir dicho perjuicio, y que se consuma con la realización del acto tendencial, sin necesidad de que se produzca el perjuicio efectivo, que sólo tiene relevancia a los efectos de la responsabilidad civil -además de ello, el acusado reconoció en el acto del juicio haber vendido otros cds con anterioridad-. El precepto referido dice “en perjuicio de tercero”,

pero no dice “con perjuicio para tercero”, resultando que esta última expresión supone la producción de un perjuicio real, mientras que la primera 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 es ya la fase de agotamiento del delito. Por lo tanto, la real producción de un perjuicio, como parece exigir el recurrente, no es necesaria para la existencia del delito.

También debe señalarse que el objeto de protección del delito del art. 270 CP es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia legal en el mercado, y por ello el sujeto pasivo del delito no es el consumidor, sino las compañías discográficas y cinematográficas, resultando indiferente que el consumidor sepa que el producto es falso.

A lo expuesto debe añadirse que el concepto típico de distribución no exige la venta efectiva de los artículos incautados. El art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual define la distribución de la siguiente manera: “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”, y basta una interpretación literal del texto para poder afirmar, sin duda alguna, que la mera puesta a disposición del público, previo a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de “distribuir”. Como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4 de abril de 2005, “con independencia de que interpretar distribución como ofrecimiento a la venta es una interpretación posible del delito contra la propiedad intelectual puesto que la lesividad propia del delito contra la propiedad intelectual se fundamenta en el ofrecimiento en el mercado de productos sin autorización del titular de los derechos de explotación, los delitos contra la propiedad intelectual son delitos contra intereses generales para cuya consumación no es necesario probar un efectivo perjuicio para una o unas personas determinadas, perjuicio que

de existir se tomará en consideración en orden a la determinación de la responsabilidad civil”. También la Sentencia de la misma Audiencia de Barcelona de fecha 7 de abril del mismo año establece que “la distribución, a efectos legales, consiste, a tenor del art. 19 de la LPI en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”. Y el poner a disposición consiste en colocar al alcance de los destinatarios (el público) y por cualquier medio, la obra, sin que sea necesaria la venta del producto.

La propiedad intelectual se integra, conforme a la propia Ley de Propiedad Intelectual, por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuye al autor derechos de explotación sobre los mismos, entre los que se encuentra el de distribución, entendiéndose por tal, la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, a través de distribuidores autorizados. Como se expone en la Sentencia de la AP de Valencia de 17 de mayo de 2004, 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.

Siendo este precepto 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 formado, 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 distribución típica 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 se ofrecen en venta y se venden las copias ilegales al público”. Ello aunque pueda constituir el último eslabón del comercio ilegal, encaja plenamente en el tipo del art. 270-1º del Código Penal por el que viene condenado Pascual, sin que sea de aplicación al caso de autos el principio de intervención mínima pretendido por el recurrente, pues como recuerda la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 670/2006 de 21 de junio “el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención.

El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para

restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Esta Sala, después de hacer una valoración legal de la actual situación, no puede dejar pasar la proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, contra la criminalización e ingreso en prisión de personas que venden CDs y DVDs (Orgánica), en la que se propone una modificación el artículo 270.1 del cp. que establecerá que "Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, quien, con finalidad comercial

y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. No se perseguirá penalmente a quien, sin estar integrado en una organización, reproduzca o distribuya a pequeña escala las obras a las que se refiere este precepto. La distribución sólo será punible cuando el beneficio obtenido o el perjuicio causado exceda de 400 euros".

Mediante dicha proposición de Ley se pretende modificar la actual situación, si bien en el sentido de no castigar penalmente a quien, sin estar integrado en una organización, reproduzca o distribuya a pequeña escala las obras a las que se refiere este precepto, y en todo caso, la distribución sólo será punible cuando el beneficio obtenido o el perjuicio causado exceda de 400 euros. Pero dicha norma no ha sido aprobada, por lo que hay que estar a la actual regulación, vigente en el presente momento.

Por todo lo expuesto, procede desestimar en su totalidad el recurso de apelación interpuesto, confirmando la resolución recurrida.

CUARTO.- También se alega por la parte recurrente que en el supuesto que se estime que concurren los requisitos para considerar los hechos delictivos, se aprecie como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal como muy cualificada, las dilaciones indebidas, por haber transcurrido más de dos años en su enjuiciamiento.

Tal y como se dice en la Sentencia de Instancia, una vez examinadas las actuaciones, las mismas se iniciaron por atestado en fecha 20 de marzo de 2007. La instrucción de la causa duró hasta el 11 de octubre de 2007 en el que se acordó la apertura de juicio oral, remitiendo las actuaciones al Juzgado de lo Penal. El Juzgado de lo Penal recibió las actuaciones y señaló juicio oral el día 23

de noviembre de 2009, fecha en la que se celebró. Por tanto, pasaron dos años y medio entre el atestado inicial y el dictado de la sentencia, lo que no puede entenderse como una dilación indebida en la tramitación de la causa, entendiéndose como plazo que se estima razonable en atención al objeto del proceso, y sin que la causa haya estado paralizada injustificadamente, no pudiéndose estimar vulnerado el derecho reconocido en el art. 24.2 CE, por lo que la solicitud de dicha atenuante o eximente debe de ser rechazada.

QUINTO.- *En materia de costas procesales es de aplicación el art 239 y 240 de la LECrim., por lo que las mismas se imponen a la parte apelante, al ser desestimadas sus pretensiones.*

VISTOS los arts. de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Pablo Vicente Ricard Andreu, en nombre y representación de Pascual, contra la sentencia número 356/2009 de fecha 27 de noviembre de 2009 dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, en los autos de Juicio Oral nº 12/2008, sobre delito contra la propiedad intelectual, y debemos confirmar y confirmamos la expresada resolución, con imposición de las costas del recurso al apelante.

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