

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. El perjuicio meramente potencial.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª

**FECHA:** 10-12-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079370162010100858. Actualización: 15-1-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 361/2010. Sentencia 754/2010.

### SUMARIO:

*“... es un hecho objetivo que [al] acusado le ocuparon en su poder CD,s y DVD,s que, sometidos a peritación y aún cuando ésta resultaba superflua, era falsos, estos, copias piratas de sus originales o de otras copias. Posesión que admite el acusado tanto en su declaración sumaria como en juicio, si bien reduciendo su número a treinta o cuarenta, cuando es un hecho objetivo que se el aprehendieron 8 CD,s de música y 104 DVD,s. Manifestando en juicio que no los tenía para venderlos, sino para verlos y distribuirlos entre familiares y amigos. Contradiendo así lo que, por ser de toda evidencia, reconoció en su declaración en el Juzgado, asistido de letrado, en orden a que «recogió él mismo la manta con los CD,s, que al principio los vendía en la calle y luego se metió en el METRO y los sacó y los puso en el suelo para organizarlos». Esto es, admitió que los estaba vendiendo en la calle y se dispuso a hacer lo mismo en el METRO, extendiéndolos en el suelo para exponerlos en venta”.*

[...]

*“El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, reconoce el derecho de distribución en su 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».”*

*“Por ello, la distribución supone ya una lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal 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, lo que ocurre sin duda cuando se ofrecen en venta al público copias ilegales, aun cuando no es preciso para la consumación del ilícito que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas: la*

*expresión «en perjuicio de tercero» implica la producción de un perjuicio meramente potencial, de suerte que la acción es típica por ser idónea para producir un perjuicio a tercero”.*

**COMENTARIO:** Si la ley penal reprime la distribución de ejemplares ilícitos, en este caso mediante la venta, es evidente que el requisito del tipo de cumple con la intención de comercializar dichas copias, tomando en cuenta que la distribución se concreta con la puesta a disposición del público de los ejemplares ilegítimos, aunque la enajenación no se realice efectivamente, ya que basta con el riesgo potencial de que se pueda causar perjuicio a los sujetos pasivos del delito, vale decir, a los titulares de los derechos sobre las obras sonoras o audiovisuales, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones protegidas. Coinciden en esa apreciación otras Audiencias Provinciales, al sentenciarse por ejemplo que “... estamos ante una infracción penal de tendencia y, por tanto, su consumación no exige un perjuicio efectivo, siendo suficiente para que se cumplan los requisitos del tipo la puesta a disposición del público de las copias no autorizadas o «piratas» ... Dicho de otra manera, la venta de alguna copia supondría únicamente el agotamiento de los efectos del delito, pero no afectaría a la consumación del mismo ...”<sup>1</sup>, razón por la cual se configura “... como un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio”<sup>2</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

## TEXTO COMPLETO:

Presidente de esta Sala.

En Madrid, a diez de diciembre de dos mil diez.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

Vistas, en segunda instancia, ante la Sección XVI de esta Audiencia Provincial, las diligencias del Procedimiento Abreviado 333/2008, procedentes del Juzgado de lo Penal nº 23 de Madrid. Seguidas por delito CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL, contra Vicente, venidas al conocimiento de esta Sección en virtud del recurso de apelación que autoriza el artículo 796.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpuesto en tiempo y forma por el procurador don Miguel Ángel Castillo Sánchez, en representación de Vicente, contra la sentencia pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal nº 23 de Madrid, con fecha 16/09/10; habiendo sido partes en la sustanciación del recurso dicho apelante y como parte apelada el Ministerio Fiscal; siendo Ponente el ilustrísimo señor Magistrado don MIGUEL HIDALGO ABIA,

**PRIMERO.-** La indicada sentencia, de la que se acepta su relación de trámites como tales antecedentes, contiene parte dispositiva del tenor literal siguiente: FALLO: “Que debo condenar y condeno a Vicente como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad: 1º) A la pena de prisión de 6 meses, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. 2º) A la pena de 12 meses multa, fijándose la cuota diaria en 3 Euros, y estableciéndose la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago del art. 53 del Código Penal. 3º) Al pago de las costas procesales. -Se sustituye la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional del condenado, con prohibición de entrada por 10 años, conforme al art. 89, apartado 1º del Código Penal y con aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional 17, párrafo 2º in fine de la L.O. 19/03 de 23 de diciembre. -Se decreta el decomiso de los CD,s y DVD,s intervenidos al acusado, a los que se dará el destino legal correspondiente”.

1 Audiencia Provincial de Zaragoza. Sentencia de la Sección 6ª (23-9-2010).

2 Audiencia Provincial de Jaén. Sentencia de la Sección 2ª (13-9-2010).

**SEGUNDO.-** *Contra la anterior resolución por el procurador don Miguel Ángel Castillo Sánchez, en representación de Vicente, se interpuso recurso de apelación y admitido a trámite dicho recurso, fueron elevadas las actuaciones ante esta Audiencia Provincial, señalándose hora y día para su deliberación.*

**TERCERO.-** *En la tramitación del recurso se han cumplido las prescripciones legales.*

## II. HECHOS PROBADOS

*Se aceptan y se dan por reproducidos los que como tales figuran en la sentencia de instancia.*

## III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *El recurrente discrepa con la valoración de la prueba realizada por el Juzgado de lo Penal en la sentencia recurrida, alegando vulneración del principio de presunción de inocencia e infracción del artículo 270 del Código Penal.*

*“Aunque la fijación de los hechos y la valoración de los medios de prueba corresponde, en principio, al Juez de instancia, también el Juez o Tribunal de apelación puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez, dado que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteasen, sean de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un novum iudicium” ( Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29/11/1990).*

*No obstante, si bien el Tribunal de apelación tiene plenas facultades para conocer en su totalidad lo actuado, no es menos cierto que el principio de inmediación impone que haya de dar como verídicos los hechos que el Juez de Instrucción ha declarado probados en la sentencia apelada, cuando no existe manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba o cuando los hechos probados resulten incompletos, incongruentes o*

*contradictorios en sí mismos o finalmente cuando hayan sido desvirtuados por alguna prueba que se haya realizado en la segunda instancia.*

*Plantea el recurrente una cuestión relativa a la valoración de la prueba, a través de la que pretenden imponer su criterio parcial y subjetivo al más imparcial y objetivo del Juez “a quo”. El examen de las actuaciones y, en particular del acta del juicio oral, permiten comprobar cómo a éste comparecieron el acusado y los peritos propuestos, con el resultado que consta en la misma. El Juez sentenciador en primera instancia, desde la posición privilegiada que la inmediación le confiere y que le permiten percibir directamente las manifestaciones en todos aquellos que ante él declaran y explicando las razones por las que otorga mayor credibilidad a unos que a otros de los intervinientes, llega a la conclusión de que los hechos ocurren tal como la sentencia declara probados.*

**SEGUNDO.-** *En el análisis de valoración de la prueba conforme el artículo 9.3 CE, tratándose de pruebas personales, el Tribunal Supremo, en su posición actual distingue dos niveles (TS S 2047/2002): a) un primer nivel dependiente de la forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un Tribunal Superior, que no ha contemplado la práctica de la prueba; y b) un segundo nivel, de elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos, y que sí puede ser revisada, “censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, absurdas o, en definitiva, arbitrarias”.*

*Criterios que son aplicables también al recurso de apelación. Así en el FJ 2º de la Sentencia nº 2047/2002, de 10 de diciembre recuerda “que tampoco en nuestra modalidad de apelación se puede proceder a una nueva valoración de las pruebas oralmente practicadas en la primera instancia, prescindiendo del principio de inmediación”, sino, como resulta de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional*

(SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 170/2002, de 30 de septiembre, 199/2002, de 28 de octubre y 212/2002, de 11 de noviembre), “han modificado con buen criterio la doctrina anterior del Tribunal Constitucional para reconocer, como debería resultar obvio, que también en la resolución del recurso de apelación las Audiencias Provinciales deben respetar la valoración probatoria íntimamente vinculada a los principios de contradicción e inmediación, dado que el recurso de apelación penal español, con acierto, no incluye repetición del juicio oral”.

La práctica identidad en la amplitud de la facultad revisora en ambos recursos de casación y apelación termina expresándose en la citada STS nº 2047/2002, en estos términos: “Es indudable que estos cuatro parámetros” (de análisis de la prueba de cargo, suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y que haya sido racionalmente valorada) “permiten una amplísima revisión del juego probatorio, por lo que, en la actualidad, el único límite que en realidad tiene el recurso de casación en la revisión fáctica, es el del principio de inmediación, límite que también se aplica en el recurso de apelación”.

**TERCERO.-** En aplicación estricta de esta doctrina de la inmediación, el órgano de apelación vulneraría el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en el caso de que, sin practicar prueba alguna, intentara corregir la valoración llevada a cabo por el juez de lo penal y llegar a una conclusión distinta la obtenida por él. Sólo podría hacerlo si tal corrección fuera posible con una apreciación -exclusiva - de pruebas cuya valoración, dada su naturaleza, no precisa de inmediación (STC 198/2002, de 28 de octubre, FJ5; ATC 220/1999, de 20 de septiembre, asimismo, STEDH de 29 de noviembre de 1991 -caso Jan-Ake Anderson contra Suecia-). Y se resalta el adjetivo “exclusiva”, por respeto a lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional en sentencias como la de 198/2002, 200/2002 y 230/2002 en las que el órgano de apelación había fundado básicamente su convicción en pruebas documentales, pero en todas las cuales

también tenía incidencia para complementar tal convicción el resultado de las declaraciones de los acusados y testimonios prestados en el juicio, lo que determinó en los tres casos que se otorgara el amparo por vulneración del derecho fundamental invocado.

**CUARTO.-** La sentencia impugnada, además de expresar las razones por las que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado, estima que los hechos objeto de acusación están suficientemente acreditados, pues valora, de un lado, el informe pericial incorporado a los folios 66 a 90, ratificado y ampliado en juicio por los peritos NUM000 y NUM001, adscritos a la Sección Técnica de Investigación de Policía Municipal, y, de otro, la confesión prestada por el propio acusado en fase sumarial, incorporada al folio 47, y en juicio, en el que se desdijo de lo reconocido en aquella primera declaración prestada ante su letrado, hoy firmante del escrito de recurso de apelación y quien le asistió igualmente en juicio. Concluyendo, con criterio que se comparte que es un hecho objetivo que a tal acusado le ocuparon en su poder CD,s y DVD,s que, sometidos a peritación y aún cuando ésta resultaba superflua, era falsos, estos, copias piratas de sus originales o de otras copias. Posesión que admite el acusado tanto en su declaración sumaria como en juicio, si bien reduciendo su número a treinta o cuarenta, cuando es un hecho objetivo que se el aprehendieron 8 CD,s de música y 104 DVD,s. Manifestando en juicio que no los tenía para venderlos, sino para verlos y distribuirlos entre familiares y amigos. Contradiendo así lo que, por ser de toda evidencia, reconoció en su declaración en el Juzgado, asistido de letrado, en orden a que “recogió él mismo la manta con los CD,s, que al principio los vendía en la calle y luego se metió en el METRO y los sacó y los puso en el suelo para organizarlos”. Esto es, admitió que los estaba vendiendo en la calle y se dispuso a hacer lo mismo en el METRO, extendiéndolos en el suelo para exponerlos en venta.

La venta primero en la calle, y la exposición posterior en el interior del METRO, constituyen actos de

*distribución e integra el delito contra la propiedad intelectual por el que fue justamente condenado en la instancia.*

**QUINTO.-** El artículo 270.1 del Código Penal introducido por la reforma de LO 15/2003 en vigor a partir del 1 de octubre de 2004, castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses la conducta de 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 derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. El delito que examinamos requiere, pues, para su consumación:

a) Una acción de reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de obra literaria, artística o científica, o de transformación, interpretación o ejecución de las mismas en cualquier tipo de soporte o su comunicación por cualquier medio, o su importación o almacenamiento.

b) Carencia de autorización para cualquier clase de esas actividades concedida por los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

c) Dolo, como conocimiento de los elementos objetivos del tipo y voluntad de realizar la conducta típica.

d) Y ánimo de lucro como elemento que en el actual código configura el tipo básico (anteriormente cualificaba el delito) en su vertiente subjetiva y delimita, junto con el perjuicio de tercero, el objeto de protección penal, que ahora se circunscribe al aspecto patrimonial de los derechos de propiedad intelectual.

Debe, en consecuencia, acreditarse cumplidamente en cada caso concreto la concurrencia de todos los elementos que integran el delito objeto de

*acusación, tanto los objetivos como los subjetivos, y, singularmente y para lo que aquí ahora nos interesa, debe acreditarse que la obra literaria, artística o científica en cuestión ha sido reproducida, plagiada, distribuida o comunicada públicamente sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de la propiedad intelectual o de sus cesionarios.*

*Para el Juez a quo no hay duda, pues así lo declara expresamente como un hecho probado, que el acusado ofreció en venta a terceras personas CD,s y DVD,s.*

*El Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, reconoce el derecho de distribución en su 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».*

*Por ello, la distribución supone ya una lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal 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, lo que ocurre sin duda cuando se ofrecen en venta al público copias ilegales, aun cuando no es preciso para la consumación del ilícito que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas: la expresión “en perjuicio de tercero” implica la producción de un perjuicio meramente potencial, de suerte que la acción es típica por ser idónea para producir un perjuicio a tercero. Según el Acuerdo no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de mayo de 2007, la mera puesta a disposición del público, previa a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de distribuir.*

*Por lo que se refiere a la naturaleza de los DVD,s*

y CD,s intervenidos, el juzgador de instancia no cuestiona que son copias piratas, esto es, copias de los originales o de otras copias, cuya grabación se ha hecho utilizando una grabadora, sistema ajeno a la grabación de los originales. Presentando un contenido y formato que, extraños a los originales, evidencian que son copias piratas, tal como se expone en el informe pericial incorporado (folios 53 a 89), ratificado y ampliado en juicio por los peritos números NUM000 y NUM001.

Por tanto, y teniendo en cuenta la cantidad de obras intervenidas, la existencia de una relación completa con indicación de los autores y los títulos, junto con el informe pericial acreditativo de que son copias inauténticas, todo ello es suficiente para afirmar que se trata de obras susceptibles de protección conforme a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, sin que en el proceso exista ningún principio de prueba que acredite o permita dudar siquiera de la existencia de autorización para que el acusado pudiera explotar tales obras, máxime cuando la realidad nos enseña que los discos y las películas originales son los únicos productos que se autorizan para su comercialización por los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Es más, es un hecho notorio no sólo tal falta de autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, sino también el grave daño y perjuicio que les ocasiona la confección o grabación de copias piratas y su venta al público.

Entendemos, por último, que concurre en la conducta realizada por el acusado el elemento subjetivo específico que precisa el tipo penal -el ánimo de lucro- y que no requiere de mayor prueba que la conclusión racional y lógica que se extrae del hecho relativo a que aquél ofrecía los CD,s y DVD,s para su venta, esto es, a cambio de una prestación económica, sin liquidar los derechos que corresponden a los correspondientes titulares, lo que conlleva una voluntad de enriquecimiento patrimonial en perjuicio de tercero.

Se constata, por tanto, la realización por parte del acusado del injusto típico del artículo 270.1 del

Código Penal.

**SEXTO.-** Por lo expresado, procede desestimar la apelación y confirmar la resolución impugnada.

Declarando de oficio las costas de esta alzada, al no apreciarse temeridad o mala fe.

Vistos los artículos de pertinente aplicación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **IV. PARTE DISPOSITIVA**

FALLAMOS que, desestimando el recurso de apelación planteado por el procurador don Miguel Ángel Castillo Sánchez, en representación de Vicente, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 23 de Madrid, con fecha 16-09-10, en su Procedimiento Abreviado 333/08.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Contra esta sentencia no cabe recurso.

Notifíquese esta resolución al procurador recurrente así como al Ministerio Fiscal.

Devolviendo las actuaciones al citado Juzgado con testimonio de aquella para su conocimiento y efectos oportunos.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de donde proceden, con testimonio de esta Sentencia para su cumplimiento y ejecución.

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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.