

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

Piratería. Tipicidad. Distribución al público. Mera oferta de venta. Ánimo de lucro. Consumación del delito.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2ª

FECHA: 13-9-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 23050370022010100322. Actualización: 18-2-2013.

OTROS DATOS: Recurso 76/2010. Sentencia 117/2010.

SUMARIO:

“... el tipo penal engloba las conductas de reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, y, en concreto respecto a la distribución se entiende, tal y como viene definido por el art. 19 del Texto Refundido 1/1996 de la Ley de Propiedad Intelectual, «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma», por lo que no puede aceptarse la exclusión de la venta al detalle preconizada por el recurrente, pues además de ser interesada contraría el concepto legal dado por la Ley de Propiedad Intelectual, a la que hemos de acudir para completar el tipo en tanto norma penal en blanco”.

“Además, se cuestiona la falta de perjuicio al consumidor y a los autores, al no portar dinero el condenado, aludiendo implícitamente a una falta de consumación del delito, argumento que no puede prosperar, por cuanto el aspecto de la culpabilidad se define por la necesidad de que la acción se realice con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, configurándose como un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio”.

“Por tanto, aun cuando el condenado no hubiera llegado a vender tales copias piratas el hecho de llevarlas en una bolsa y ofrecerlas a la venta a los clientes de un bar cumple las exigencias del tipo en cuanto a la acción de distribución que pretendía llevar a cabo”.

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. Tal ha sido también la apreciación de otras Audiencias Provinciales, al sentenciarse por ejemplo que *“el requisito exigido por el art. 270.1 del C. Penal de actuar en perjuicio de tercero no exige la producción de un perjuicio efectivo y concreto para el titular del derecho,*

pues tampoco es eso lo que se desprende de la expresión con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero; por el contrario hay que entender que el tipo penal exige tan solo una producción de un perjuicio meramente potencial, bastando con que la acción sea idónea para producir un perjuicio a tercero”¹; que “el hecho de que una persona sea sorprendida portando material falsificado que pretende vender cuando todavía no lo ha puesto en venta no convierte el hecho en «acto preparatorio» como la defensa recoge, porque es un delito tendencial. No precisa para su consumación la venta, la transacción, puesto que el ánimo de lucro existe desde el momento en que se busca negociar con material falsificado desconociendo los intereses de los titulares de los derechos de propiedad”² o 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 ...”³. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

En la ciudad de Jaén, trece de Septiembre de dos mil diez.

Vista, en grado de apelación, por la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial la causa seguida ante el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén de esta capital, por el Procedimiento Abreviado nº 307/2008, por el delito contra la propiedad intelectual, procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Martos, siendo acusado Bienvenido cuyas circunstancias constan en la recurrida, representado en la instancia por el Procurador Sra. Inmaculada del Balzo Castillo y defendido por el Letrado Sra. Muñoz Ortega, siendo apelante el acusado, parte apelada el Ministerio Fiscal, y Ponente a la Ilma. Sra. Magistrada D^a. M^a Fernanda García Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Por el Juzgado de lo Penal número 2 de Jaén, en el Procedimiento Abreviado nº 307/2008 se dictó, en fecha 16-07-2010 Sentencia*

que contiene los siguientes hechos probados: “El día 19-04-08, en la vía pública, Avda. Pierre Cibe de Martos el acusado fue sorprendido por Agentes de la Guardia Civil, cuando guiado por el ánimo de obtener un beneficio económico, accedía al interior de un bar portando en una mochila, y en una bolsa de plástico 148 CD’s y 70 DVD’s, pertenecientes a diversos autores y reproducidos sin contar con las preceptivas autorizaciones de los titulares de los derechos, y destinados a la venta de terceras personas, observando los agentes como el acusado ofrecía dichos CDs y DVD para su venta a los clientes, siendo detenido por tales hechos. Los perjuicios sufridos fueron tasados en 398’18 euros para la entidad para la AGEDI, en 246’24 euros para la entidad EGEDA, y en 278’24 euros para la entidad SGAE”.

SEGUNDO.- *Así mismo la referida Sentencia pronuncia el siguiente Fallo: “Que debo CONDENAR Y CONDENO a Bienvenido como autor criminalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 6 MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de 12 MESES DE MULTA a 2 euros cuota día, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago DE UN DÍA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADA DOS CUOTAS IMPAGADAS, así como, a indemnizar en concepto de responsabilidad civil*

1 Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de la Sección 23ª (7-9-2010).

2 Audiencia Provincial de Sevilla. Sentencia de la Sección 7ª (28-9-2010).

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

en 398'18 Euros para la entidad AGEDI, en 246,24 Euros para la entidad EGEDA, y en 278'24 Euros para la entidad SGAE, mas los intereses legales que se devenguen, así como al pago de las costas procesales.

Así mismo, se ACUERDA SUSTITUIR la pena privativa de libertad por la establecida en 6 meses de prisión, a Bienvenido, POR LA expulsión inmediata del territorio Nacional durante un periodo de diez años (10 años).

TERCERO.- Contra la misma Sentencia por Bienvenido, formalizó en tiempo y forma el recurso de apelación dándose traslado a las demás partes para impugnación o adhesión habiéndose presentado por el Ministerio Fiscal escrito de impugnación.

CUARTO.- Elevados los autos a esta Audiencia, se acordó formar Rollo, turnar de Ponente, quedando examinados para Sentencia.

QUINTO.- Se aceptan como trámites y antecedentes los de la Sentencia recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia que condena a Bienvenido como autor 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 dos euros, sustituyéndose la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional durante diez años, se alza la representación procesal del condenado con el presente recurso de apelación, alegando como motivo principal el error en la apreciación de la prueba, al considerar que no ha quedado acreditado que el condenado fuera interceptado por la Guardia civil ofreciendo a la venta a los clientes del bar los CDs y DVDs que portaba, que la simple posesión no puede ser encuadrada en el tipo penal del art. 270.1 CP, que no está acreditada

el perjuicio a terceros ni a los consumidores, que falta el requisito de procedibilidad exigido por el art. 287 CP de ser necesaria la denuncia de la persona agraviada o sus representantes, no constando la denuncia de EGEDA (sí de SGAE Y AGEDI), y falta de legitimación de las entidades denunciadas por faltar la autorización para denunciar de las casa comerciales a quienes representan, y, como motivo subsidiario, solicita, siguiendo la jurisprudencia de algunas Audiencias Provinciales (con cita de una sentencia de Vizcaya), la aplicación del principio de intervención mínima al no tener encaje la venta al detalle en el concepto de distribución exigido por el tipo penal tratándose de una mera infracción administrativa.

A dicho recurso se opuso el Ministerio Fiscal, al entender valorada correctamente la prueba por la juzgadora de instancia, dado que los agentes de la Guardia civil cuando declararon en juicio oral aclararon el atestado en el sentido de que el condenado poseía las copias ilegales de CDs y DVDs para su venta al público y el propio recurrente en instrucción reconoció que eran suyos y que los tenía para venderlos obedeciendo su cambio de declaración en el plenario a una maniobra defensiva, por lo que solicita la plena confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- En cuanto al error en la valoración de la prueba, alegado como motivo principal del recurso, ha de exponerse previamente que respecto a la valoración de la prueba en esta alzada, es doctrina jurisprudencial acuñada por el Tribunal Constitucional desde la STC 167/2002, pudiéndose mencionar expresamente las más recientes STC 126/2007, 137/2007, 142/2007 y 167/2008, que "En relación al examen de la prueba testifical en esta segunda instancia no le es posible al Tribunal ad quem efectuar una revisión de la valoración de las pruebas realizada por el tribunal de la primera instancia, que requieran la vigencia de los principios de inmediación, publicidad y contradicción. Dichas pruebas se circunscriben a las de carácter personal, esto es, a las declaraciones de las partes, testigos y peritos, dado que las mismas exigen

la formación del juicio de credibilidad sobre su veracidad o mendacidad. Es la única forma que puede cumplirse con la finalidad del principio de inmediación: sólo quien ha presenciado la práctica de los interrogatorios orales puede estar legitimado para la formación de un juicio sobre la credibilidad o mendacidad del interviniente en la prueba. Por tanto hemos de regirnos por esta prohibición de valoración probatoria en la segunda instancia en lo referente al juicio de credibilidad de las pruebas personales fundado en la apreciación de tales signos externos, aunque no a sus inferencias en el juicio de razonabilidad.

Asimismo, es conocida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en orden a que el Juzgador de primer grado es el que por su apreciación directa y personal de la actividad probatoria, está en mejores condiciones para obtener una valoración objetiva y crítica del hecho enjuiciado, sin que sea lícito sustituir su criterio por el legítimamente interesado y subjetivo de la parte, sin un serio y claro fundamento. Es más y por lo que se refiere a los medios de prueba personales en los que fundamentalmente se apoya la resolución recurrida, de acuerdo con la Jurisprudencia, y en concreto la STS de 8 de febrero de 1999, la credibilidad de la testifical -en este caso además, declaración de acusados- practicada en el acto del juicio “está sujeta a la percepción directa del Tribunal que la recibe”, ya que a él le corresponde la más directa e inmediata percepción de los testimonios depuestos, incluido el comportamiento mismo de quien los presta, respecto a su firmeza, titubeos, expresión facial, gestos, etcétera (SSTS 5-6-93, 18-10-94 y 20-9-00) valorándolos conforme a las prescripciones legales y extrayendo conclusiones que conducen a la solución plasmada en la resolución final, siendo él y no este Órgano de apelación el que ha podido “ver con sus propios ojos y oír con sus propios oídos” en la gráfica expresión de la STS de 2-2-89.

Esta Sala, recogiendo la doctrina anterior -por todas, SS. 20-9-05, 10-11-05 ó 19-6-06 ó en la más reciente de 26-01-2010 -, ha reiterado que compete al Juez de Instancia, en base a lo dispuesto en el

art.741 L.E.Crm., apreciar las pruebas practicadas en el juicio oral de acuerdo con el dictado de su conciencia y las conclusiones fácticas a las que así llegue, las cuales habrán de reputarse correctas salvo cuando se demuestre un manifiesto error o cuando resulten incompletas, incongruentes o contradictorias, únicos supuestos en los que procede la revisión en apelación y que desde luego no se aprecian en el supuesto de autos.

En definitiva, el motivo ha ser necesariamente rechazada pues la Magistrada de instancia, en uso de las facultades que le vienen conferidas - SSTS de 3 mayo 1996, 26 mayo 1998 y 13 noviembre 2.001, entre otras - tras confrontar las distintas declaraciones o manifestaciones de testigos e inculpado, una vez sujetas a contradicción y adecuada publicidad en el plenario, seleccionó las que consideró más espontáneas y acordes con la realidad, concediendo credibilidad a la de aquellos (agentes de la Guardia civil) por estimarlas más fiables y verosímiles, no siendo ahora factible en grado de apelación la revisión cabal de los extremos valorativos fundados en esa percepción directa e inmediata, pues privados de dicha intermediación, carecemos de fundamento válido para apartarnos del juicio de credibilidad, razonable y razonado que efectúa dicho Magistrada, pues según resulta del visionado del VCD la testifical del agente de la Guardia civil fue contundente en lo relativo a que el condenado no sólo portaba la bolsa con las copias piratas sino que los estaba ofreciendo a la venta en el interior de un bar donde fue detenido, siendo ésta la prueba válida para fundamentar una sentencia condenatoria, que, por otro lado, no contradice el atestado, el cual omite por su concisión que el detenido estaba ofreciendo dichas copias ilegales a la venta, pero ella resultaba claro al agente y así fue reconocido por el propio imputado al declarar en el Juzgado de Instrucción (f. 36-“que su intención era venderlos”), y si bien en juicio oral niega tal extremo manifestando que sólo los llevaba para entregarlos a otra persona, en concordancia con la línea defensiva y la línea del presente recurso, lo cierto es que incurrió en contradicción y no dio explicación suficiente acerca de este cambio de versión ni trajo

a declarar como testigo a ese tercero en cuestión, por lo que ello autoriza a la Juez sentenciadora a valorar ambas declaraciones e inclinarse por la que le merezca mayor credibilidad, en este caso, la de instrucción.

Ahora bien, se equivoca el apelante al considerar que la posesión reconocida por el imputado para entregar dichas copias a otra persona es impune, pues no es sino una de las variadas formas de distribución de este tipo de mercancías, que pasan de diversos manos desde los reproductores hasta los vendedores.

Así, el tipo penal engloba las conductas de reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, y, en concreto respecto a la distribución se entiende, tal y como viene definido por el art. 19 del Texto Refundido 1/1996 de la Ley de Propiedad Intelectual, “la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma”, por lo que no puede aceptarse la exclusión de la venta al detalle preconizada por el recurrente, pues además de ser interesada contraría el concepto legal dado por la Ley de Propiedad Intelectual, a la que hemos de acudir para completar el tipo en tanto norma penal en blanco.

Además, se cuestiona la falta de perjuicio al consumidor y a los autores, al no portar dinero el condenado, aludiendo implícitamente a una falta de consumación del delito, argumento que no puede prosperar, por cuanto el aspecto de la culpabilidad se define por la necesidad de que la acción se realice con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, configurándose como un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio.

Por tanto, aun cuando el condenado no hubiera llegado a vender tales copias piratas el hecho de llevarlas en una bolsa y ofrecerlas a la venta a los clientes de un bar cumple las exigencias del tipo en cuanto a la acción de distribución que pretendía llevar a cabo.

Por otro lado, 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, constando en el procedimiento la reclamación de SGAE (Sociedad General de Autores y Editores) y AGEDI (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales) y la cuantificación por el perito judicial del perjuicio dejado de percibir por los CDs y DVDs falsos.

Aun cuando hubiera sido deseable que tales entidades hubieran aportado al hacerles el ofrecimiento de acciones la documentación acreditativa de los contratos de cesión de los derechos de explotación, ello no impide apreciar la concurrencia de la falta de autorización de los titulares de tales derechos, pues tal requisito de procedibilidad no es exigible para la admisión de la denuncia cuando se vea afectada una pluralidad de autores, tal y como dispone el art. 287,2 del Código Penal, como es el caso en que las copias contienen obras variadas de diversos autores, a los que se está privando de los legítimos beneficios que espera obtener con la distribución y venta de la obra creada a través de los cauces legales y que de esta forma le están siendo sustraídos.

Finalmente, con carácter subsidiario, se invoca, con base en la jurisprudencia de algunas Audiencias Provinciales, el principio de intervención mínima solicitando la absolucón al tratarse de venta al detalle que no debe encuadrarse en el tipo penal por no rebasar su condición de mera infracción de la Ley de Propiedad Intelectual.

Esta Sala, aun no desconociendo la doctrina emanada de cierto sector de las AA.PP., como la que se cita de Vizcaya, en modo alguno es compartida por esta Audiencia Provincial, como ya se ha pronunciado en sentencia dictada en el recurso 67/07, auto de 28-05-2007 y sentencia de 27-07-09, entre otras, en las que se decía “En orden a la falta de entidad de la conducta descrita, sólo decir como mantiene también la SAP de Madrid de 21-2-06, que en la misma concurren todos los

elementos del tipo descritos en la sentencia de instancia..., y en consecuencia sin perjuicio de que hoy en día sea consustancial a la conciencia social existente en el mundo moderno, la idea de que el derecho de autor debe de ser respetado y protegido frente a las múltiples posibilidades que la técnica ofrece y que las conductas descritas en el artículo 270 CP, pretenden acabar con actividades que pudieran ser más complejas, tales como grandes redes dedicadas a lucrarse de modo ilegal con los beneficios de los derechos de propiedad intelectual ajenos, supuesto que aquí realmente no concurre, sin embargo no por ello debe dejar de perseguirse dentro del mismo tipo penal también las conductas de escasa trascendencia desde el punto de vista de la poca incidencia del perjuicio, pues son perfectamente subsumibles en el citado precepto que ninguna discriminación hace respecto de la tipicidad por la cuantía del daño”.

Y, en concreto, respecto al principio de intervención mínima invocado, decir que el mismo es de naturaleza político criminal, STS 28-2-2005, dirigido fundamentalmente al legislador, y sólo al Juzgador en el sentido del deber que aquel se impone de una interpretación estricta de la ley penal, sin extensiones analógica pero también sin exclusiones, por razón de oportunidad, de hechos de poca significación.

Por lo que, en nuestra organización política, propia de un estado democrático, es potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales. Si el Juez o Tribunal considera que no debe ser penada una determinada acción u omisión el artículo 4.3 CP ofrece la válvula de escape, pudiendo incluso plantearse cuestión de inconstitucionalidad si se entiende que la norma penal produce “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” o “una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona” (TC S. 55/1996, 161/1997 y 136/1999), siendo ese cauce y no el de obviar a través de una

serie de criterios valorativos ciertamente revestidos de indeterminación, conductas que el propio legislador ha previsto como delictivas y merecedoras de un reproche penal, porque ello podría suponer la vulneración del principio de legalidad que también informa el Derecho penal y que debe suponer en todo caso el límite a una incorrecta extensión de ese otro principio de intervención mínima - STS de 21-6-06 -.

Lógicamente, como resalta la SAP de Madrid de 20-4-07, los interrogantes serían múltiples, así “Se ignora a partir de que número de copias piratas la conducta merecería la calificación de grave sin alcanzar la especial gravedad del tipo cualificado, o por ejemplo, cabría plantearse la distinta consideración que merecerían las grandes discográficas y las pequeñas, o los autores en función de su volumen de ventas o patrimonio, no alcanzando a comprender -sigue diciendo- la razón por la que un hurto de un disco, -con independencia de ser el perjudicado un centro comercial que no lo habría de notar en su cuenta de resultados o un comerciante individual- o la estafa por importe de un euro, han de tener sin cuestionarse la consideración de infracción penal y una defraudación a los derechos de propiedad intelectual superior ... ha de considerarse atípica. Lógicamente, como concluye dicha resolución, aplicando el Código Civil, la legislación mercantil, administrativa y social la práctica totalidad de los bienes jurídicos pueden ser tutelados y protegidos, y sobraría el Código Penal. La cuestión es si determinados ataques han de merecer además una sanción penal, y el juicio sobre ello, como queda dicho, no corresponde a los órganos judiciales”.

Portodo lo anterior, el recurso ha de ser desestimado.

TERCERO.- No existen razones en que basar una condena en las costas de esta apelación, que habrán de declararse de oficio.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación

interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia con fecha 16 de julio de 2010 por el Juzgado de lo Penal nº Dos de Jaén, en Diligencias de Procedimiento Abreviado nº 307/2008, debemos confirmar íntegramente la misma, con declaración de oficio de las costas de esta apelación.

Devuélvase al Juzgado de lo Penal número Dos de Jaén los autos originales, con testimonio de esta resolución, para su cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.