

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

La tipicidad

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Zamora

FECHA: 16-1-1996

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo, en *“Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor”*. Instituto de Derecho Industrial/Universidad de Santiago (España). Ed. Marcial Pons. No. XVIII. Madrid, 1997, pp. 591-596.

SUMARIO:

“ ... cuando se trata de la tipificación de la distribución, comunicación pública, la importación, la exportación, almacenamientos, todas ellas formas de explotación usurpatoria ... lo que realmente importa es que se estén distribuyendo, comunicando al público, importando, exportando la obra o su copia sin consentimiento del titular de la obra o del cesionario de los derechos”.

COMENTARIO:

Como regla general, las legislaciones nacionales tipifican como delito el acto de distribuir, comunicar o reproducir una obra sin el consentimiento del titular del respectivo derecho, es decir, sin ninguna condición objetiva de punibilidad como lo sería el ánimo de lucro o el beneficio económico, aunque en ciertos textos estas dos últimas circunstancias puedan constituir una agravante del ilícito penal. Algunas leyes, más bien por excepción, incluyen en el tipo delictivo la finalidad lucrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil o administrativa que se derive del uso no de una obra o prestación aunque dicha utilización carezca de propósitos de lucro. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

TEXTO COMPLETO:

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que en el Procedimiento abreviado número 486/94, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal de Zamora, en fecha 14 Junio 1995, se dictó sentencia cuyos Antecedentes de Hechos Probados son del tenor literal siguiente: "Unico: Sobre las 8.30 h. de la tarde del dos de agosto de 1989, en la estación de servicio "La C.", de Benavente (Zamora), fueron sorprendidos las

acusadas D^a M^a Pilar y D^a Alicia C. A., hermanas, con unas furgoneta, matrícula P., aparcada en el lugar, con diversas cintas de cassette, de música, que procedían de otra furgoneta, al parecer propiedad de la Sra. también acusada D^a Petra A. G. La Guardia Civil las detuvo, sospechando que las cintas pudieran ser falsas, o de procedencia ilícita. Las cintas que estaban en la furgoneta de las primeras, que procedían de Ponferrada, se valoraron en 88.000 ptas.; y las que estaban en la segundas que procedía de Salamanca, matrícula J., en 311.500 ptas. Eran en total 176

cintas de la primera furgoneta y 2.623 las de la segunda. Avisado algo después un técnico de la Asociación (AFYVE), para que valorara las cintas, y su importe, ésta afirmó que valoraba cada una en 1.500 ptas.; y por ello, al ser falsas, y todas ellas copiadas de otras, el valor total sería de 264.000 las de la primera furgoneta, 934.500 ptas. las de la segunda. Las cintas y los vehículos fueron intervenidos". Y en atención a los precedentes hechos recayó sentencia cuyo fallo dice así: "Que debo condenar y condeno a D^a Petra A. G., como autora directa, criminalmente responsable, de un delito frustrado contra la propiedad intelectual, con ánimo de lucro, y sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la multa de trescientas mil pesetas, con seis meses de arresto caso de impago; y al pago de una indemnización civil de 400.000 ptas., con los intereses legales desde el 1-9-1989, a favor de AFIVE, o entidad que acredite representar los derechos de autor; y al pago de todas las costas del juicio, incluidas las particulares de todas las partes de éste. Y debo de absolver y absuelvo a D^a M^a Pilar y D^a Alicia C. A., del delito del que se les acusa. Se acuerda la destrucción de todas las cintas ocupadas en este juicio. Dése a las fianzas presentadas el oportuno destino. Se aprueba el auto de solvencia dictado por el Juzgado de Instrucción".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal con fecha 24-7-95 y por la representación de D^a Petra A. G. con fecha 28-7-95, siendo impugnado el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal por la representación de D^a M^a Pilar y D^a Alicia C. A., que a su vez se adhirieron al recurso interpuesto por la representación de D^a Petra A. G.; pasando los autos a la Audiencia para dictar la resolución procedente.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el término para dictar sentencia debido al cúmulo de trabajo penal del Ponente.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- No se acepta la fundamentación de la sentencia de instancia, no los hechos probados de todo aquello que resulte modificado por los fundamentos de Derecho de la presente sentencia.

SEGUNDO.- Contra la sentencia de instancia se interpone recurso de apelación por el Ministerio Fiscal con fundamento en un motivo: error en la apreciación de las pruebas que llevan al Juzgador de instancia a dictar sentencia absolutoria respecto a dos de las tres acusadas. El segundo recurso lo interpone la representación de la tercera acusada - condenada- con fundamento en los siguientes motivos: quebrantamiento de las garantías procesales en cuanto que no se ha practicado ninguna prueba pericial tendente a demostrar la inautenticidad de las cintas musicales ocupadas a la acusada; error en la apreciación de las pruebas en cuanto que la sentencia de instancia considera que la acusada y condenada era conocedora de la naturaleza de las cintas musicales; infracción por aplicación indebida del art. 534 bis a) y 534 bis b) 1^a del Código Penal en cuanto no se ha determinado la identidad de los sujetos titulares de los derechos de propiedad intelectual supuestamente perjudicado; infracción por inaplicación del artículo 6 bis A) del Código Penal e infracción del artículo 24 de la Constitución.

TERCERO.- El primero de los motivos del segundo recurso debe prosperar. Durante la fase de las Diligencias Previas ningún informe pericial se practicó a instancia del Juez Instructor para determinar que los fonogramas ocupados a las acusadas en dos vehículos fueran reproducciones de originales o fueran cintas musicales originales. Tampoco en la fase del juicio oral se ha practicado prueba pericial destinada a probar la naturaleza original o de copias de las cintas ocupadas a las acusadas. Si bien es cierto que la acusación particular propuso como prueba pericial a un experto sobre la materia, empleado de la propia acusación, cuya prueba pericial fue admitida como tal sin que la Defensa pusiera tacha sobre el perito antes de

la celebración del juicio oral, ni en fase previa del juicio oral, por lo que debería haberse practicado dicha prueba como pericial, tampoco cabe ignorar que en el acto del juicio oral se acordó por el Juez, sin que la acusación hiciera protesta destinada a alegar infracción por falta de tutela judicial efectiva, que la persona propuesta tendría la posición de testigo. Por tanto, las declaraciones de dicho experto sólo pueden tener valor de prueba testifical. Dicha consideración, impide llegar al hecho probado de que las cintas musicales ocupadas eran falsas, sin bien tendrá relevancia para incardinar los hechos en la conducta tipificada de reproducir o plagiar por la sencilla razón de que no está probado que las cintas fueran originales o copias realizadas sin consentimiento del autor de la obra, no es menos cierto que dicho hecho ninguna relevancia ha de tener para la tipificación de los hechos como distribución o comunicación pública de la obra literaria o artística. Porque, si bien para que concurra el tipo base de la reproducción es preciso demostrar, a ser posible por prueba pericial, que los objetos del delito -en este caso las cintas musicales (musicassettes o fonogramas)- son copias del original o lo mismos originales, pero reproducidos sin autorización del autor de la obra o de sus cesionarios, cuando se trata de la tipificación de la distribución, comunicación pública, la importación, exportación, almacenamiento, todas ellas formas de explotación usupatoria contempladas en el artículo 534 bis a) del Código Penal en relación con los artículos 17 a 20 de la L. P. Intelectual, lo que realmente importa es que se estén distribuyendo, comunicando al público, importando, exportando la obra o su copia sin consentimiento del titular de la obra o del cesionario de los derechos.

CUARTO.- El segundo de los motivos del recurso debe decaer. Del análisis del anterior motivo del recurso interpuesto por la Defensa de la acusada y condena evidentemente se deduce, puesto que no existe prueba de que las cintas musicales ocupadas a las acusadas fueran reproducciones inconsentidas, que no se puede concluir que la recurrente tuviera conocimiento de que las cassettes musicales fueran reproducción de las originales o fueran originales. Ahora bien, según el razonamiento

del anterior fundamento, puesto que los actos realizados por la recurrente estarían incardinados en el tipo de distribución o, tal vez almacenamiento, no es necesario que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de si las cintas que distribuye o almacena son originales o reproducción (copias) de los originales, sino que lo realmente trascendente es que, bien sean originales, bien reproducciones de los originales o copias de reproducciones (artículo 18 de la LPI), el sujeto activo del delito realice actos de distribución o almacenamiento de las copias, originales sin consentimiento del autor de la obra o de los cesionarios del derecho de distribución. El artículo 17 de la LPI contempla los derechos de explotación de la obra como un derecho exclusivo de su autor, que comprende los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación. Sólo el autor o sus cesionarios, salvo en los casos previstos en la Ley (artículos 31 y 32) pueden explotar dichos derechos. Si, el autor o el cesionario de la obra realizan reproducciones de la obra mediante la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella es evidente que las copias obtenidas con dicha autorización entran dentro del derecho de explotación que tiene el autor o su cesionario. Ahora bien, si posteriormente las copias obtenidas por reproducción o el mismo original de la obra es distribuida o comunicada al público o transformada sin autorización del autor o de sus cesionarios se están infringiendo los derechos de autor, y si dicha infracción reúne los requisitos exigidos en el tipo penal estaríamos en presencia del delito previsto en el artículo 534 bis a) del Código Penal. Por tanto, aunque la recurrente ignorara, pese a que en su primera declaración ante la Guardia Civil en presencia de Letrado dijera que conocía el carácter de "piratas" de las cintas, que efectivamente las cintas que transportaba para vender fueran copias realizadas sin autorización del autor o autores o de los cesionarios del derecho de reproducción, ello no alcanza al tipo de distribución, pues, aunque las cintas fueran originales o copias autorizadas por el autor o cesionario, lo que no estaba autorizada la recurrente es a distribuir las.

QUINTO.- El tercero de los motivos del recurso debe decaer igualmente. La primera alegación hecha por la recurrente es que no se ha determinado la identidad del sujeto pasivo del delito o titular de los derechos de autor infringidos. Al folio 27 y siguientes de las diligencias penales obra poder general para pleitos en el cual se reseña que se ha constituido una asociación (AFYVE) al amparo de la Ley 19/87 con plena personalidad jurídica y capacidad de obrar, que se rige por los Estatutos de 10 de Marzo de 1982, que están depositados en el Ministerio de Trabajo y protocolizados mediante acta notarial de 28 de Diciembre 1987. Por tanto de dicha prueba documental se deduce la constitución de una asociación al amparo de la LPI, en los términos que resulten de los Estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Es decir, se trata de un caso particular de legitimación aparente de la que se inviste "ex lege" a las entidades de gestión, en consideración a su específica función en el campo de la protección de los derechos de autor y afines. La legitimación aparente solo necesita del acreditamiento mediante su autorización en el BOE. Por tanto, aunque no se aporte el BOE donde se publicaron, no ofrece dudas, examinado el poder notarial para pleitos, que dicha asociación está autorizada por el Ministerio de Cultura, estando protocolizados los estatutos por los que se rige. Dichas entidades tienen las facultades recogidas en el artículo 132 y las pueden ejercer en la forma que refiere el artículo 135.

Por lo que se refiere al resto de los elementos definitorios del delito, aparte del sujeto pasivo del delito ya analizado en el anterior párrafo, concurren todos los elementos del delito. Así, en primer lugar, el objeto material del delito, que describe el artículo 534 bis a) del C. Penal como las obras literarias, artísticas o científicas o sus transformaciones o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier soporte o comunicada a través de cualquier medio. Relacionado dicho precepto con el artículo 10 de la LPI obtenemos que las composiciones musicales con o sin letra expresada por cualquier soporte es el objeto del presente delito, pues los objetos distribuidos por al

recurrente eran composiciones musicales con o sin letra expresadas en soporte de cinta. La conducta tipificada cometida por la recurrente fue la de distribución de los soportes sonoros de las composiciones musicales. Tengamos en presente, según reconocimiento de la propia recurrente y las otras dos acusadas, que la recurrente transporta de Salamanca a Benavente con intención de vender un número muy elevado de cintas musicales (musicassettes) en número de más de dos mil. En dicha localidad se entrevista con las otras dos acusadas, una de las cuales era una mera acompañante, dentro de un bar. Salen al exterior del bar. Mueven las furgonetas en que habían viajado desde Salamanca y Ponferrada a Benavente. Colocan las furgonetas en posición de cargar o descargar el contenido del lugar destinado a la carga. Comienza a descargar de la furgoneta matrícula de Salamanca en la que había viajado, conduciéndola, la recurrente tres cajas conteniendo cintas musicales y cuando se disponen a cargarlas en la otra furgoneta son detenidas por miembros de la Guardia Civil que habían sido alertados sobre las actividades presuntamente delictivas de las detenidas. Es obvio que la recurrente, mediante el transporte de un gran número de cintas musicales desde Salamanca a Benavente, concierne la compraventa de un número no determinado por un precio, según confiesan las acusadas de 215 pesetas unidad, y comienzan a trasladar las cintas musicales del vehículo conducido por la recurrente al vehículo conducido por la otra acusada. Es decir, se ha perfeccionado el contrato de compraventa de las cintas musicales y se ha comenzado o terminado, pues se ignora el total de los objetos vendidos, a realizar la entrega de la cosa vendida. Mediante dicha compraventa y realización de la entrega total o parcial de las cintas musicales, la recurrente realizó el acto de distribución del objeto material del delito. No existe autorización ni del autor de la obra ni de los cesionarios del derecho de distribución para que la acusada realizara actos de distribución de cintas musicales. El derecho de distribución corresponde exclusivamente al autor o al cesionario o al productor, según el artículo 109 de la LPI. Ni la recurrente era autora de las obras musicales, ni estaba autorizada para distribuir los soportes sonoros de la obra.

También concurre el dolo o intención de atentar contra los derechos de la propiedad intelectual. Dicho elemento del delito viene dado porque la recurrente, que ya le habían incautado en otras ocasiones en el mercadillo de Zamora cintas sonoras, pese a saber que las copias se venden en el almacén a 800 pesetas, las adquiere en Salamanca a un precio muy inferior al del mercado -200 pesetas-. Para la venta realiza un desplazamiento largo y se realiza en un bar, haciendo la entrega en un lugar poco concurrido cuando, si efectivamente estuviera autorizada para distribuir las cintas, lo lógico es que la entrega de las cintas se realice en el centro comercial del que las compra para su posterior comercialización. La recurrente es perfecta conocedora de que no está autorizada para distribuir las cintas y que dicha distribución sin consentimiento del autor o cesionario no es legal. Todos los actos de adquisición de las cintas, venta y entrega se realizan al margen de los medios habituales de transmisión de mercancías dentro del comercio. Por otro lado, ni median contratos escritos, ni albaranes de entrega, ni facturas, ni relaciones de objetos entregados ni, por supuesto, ningún libro de comercio, ni declaraciones de impuestos.

SEXTO.- El penúltimo de los motivos del segundo recurso debe correr igual suerte desestimatoria. Alega en dicho motivo la infracción del artículo 6 bis a) del Código Penal error invencible de tipo. Baste remitir a lo dicho anteriormente al estudiar el elemento del dolo del tipo penal para concluir que no existió el error vencible alegado por la recurrente. La acusada era perfectamente conocedora, según se puede deducir de la forma de realizar la compra y posterior venta de las cintas, lugar donde se pacta y entregan y carencia de todo tipo de documentación, así como que en otras ocasiones se le habían incautado numerosas cintas, que no estaba autorizada para distribuir cintas y que los actos realizados eran actos realizados eran actos de distribución, pues ponía a su disposición de terceras personas cintas musicales.

SÉPTIMO.- El último de los motivos del recurso debe decaer igualmente. Ciertamente, debe prosperar el recurso en relación al hecho

probado de la sentencia de instancia relativo a la falsedad de las cintas, pues no se admite dicho hecho en cuanto que no se articula prueba pericial que lo demuestre. Ahora bien, el resto de los elementos del delito objeto material, culpabilidad material, culpabilidad, y conducta típica están demostrados por pruebas practicadas en el acto del juicio oral con todas las garantías constitucionales de oralidad, intermediación, publicidad y contradicción. El objeto material, porque tanto las declaraciones de la Guardia Civil, de las acusadas y del experto nombrado por la entidad gestora y la ocupación de las cintas, demuestran que se trataba de cintas que contenían composiciones musicales, bien fueron originales o copias autorizadas. La conducta tipifica: distribución está demostrado por las propias declaraciones de las acusadas, declaración de la Guardia Civil, que observó la entrega material de algunas cajas y el propio experto que comprobó la existencia de las cintas. La culpabilidad, en su versión de dolo, queda demostrada por las declaraciones de las acusadas, actos realizados, carencia de cualquier documentación sobre la venta, entrega, ausencia de libros de comercio, declaraciones de impuestos.

OCTAVO.- El recurso del Ministerio Fiscal, que no pormenoriza cada uno de los motivos del recurso interesa se dicte sentencia condenatoria contra las otras dos acusadas, que ha absuelto la sentencia de instancia por un delito de los artículos 534 bis a) y bis b) del Código Penal y se condene a las penas recogidas en el escrito de calificación provisional y a las indemnizaciones correspondientes. Dicho recurso debe decaer.

Descartada en relación a la condenada la conducta típica de reproducción de la obra artística sin consentimiento del dueño o cesionario de los derechos de autor por las razones ya expuestas al analizar el otro recurso que no es necesario reproducir ahora, sólo cabría, puesto que ningún acto de comunicación pública se ha realizado, incardinar los hechos en la conducta de distribuir. Sin embargo, del análisis de los hechos acontecidos, las otras dos acusadas no incurrieron en el delito mediante la distribución,

pues se limitan a comprar un número no determinado de cintas sonoras y en el momento de recibirlas son sorprendidos por los miembros de la Guardia Civil. Por tanto, las cintas que estaban recibiendo como compradoras, aunque posteriormente las destinaran a distribuir, aún no habían realizado ningún acto de distribución mediante la puesta a disposición del público, bien sea una generalidad de personas o un solo persona, del original o de la copia de la obra mediante la venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma. Tampoco entendemos que hubiera realizado actos de almacenamiento ya que las cintas que le ocuparon los miembros de la Guardia Civil en el interior del vehículo en número muy inferior al de las cintas que transportaba la otra acusada es dudosa, teniendo en cuenta la cantidad, que fueron destinadas a la distribución. En todo caso, en el momento de la detención las acusadas, absueltas, ningún acto de venta, préstamo u otro semejante realizaban para deducir que estaban distribuyendo las cintas que traían desde Ponferrada.

NOVENO.- Dos cuestiones se presentan a la Sala que, pese a que el recurso del Ministerio Fiscal no propone es preciso, al menos mencionar. La primera, la sentencia de instancia condena por un delito de infracción de los derechos de autor en grado de frustración sin que el Ministerio Fiscal mencione expresamente y como motivo aparte la impugnación de dicho pronunciamiento, por lo que hemos de entender, con el fin de evitar indefensión de la parte contraria, que en dicho

pronunciamiento está consentido por el Ministerio Fiscal. La segunda, relativa a la responsabilidad civil, ni ha sido impugnada expresamente por la Defensa, según examen minucioso del escrito del recurso, ni tampoco por la acusación particular, que podría estar interesada en el aumento de la indemnización. Por tanto, aunque el Ministerio Fiscal lo recoge como objeto del recurso, pero también en términos muy genéricos, sin que se haga eco precisamente la entidad verdaderamente interesada procede confirmar el pronunciamiento de responsabilidad civil de la sentencia de instancia.

DÉCIMO.- Pese a desestimar los dos recursos interpuestos se declaran de oficio las costas del recurso, según el artículo 240 de la LECrim., al no apreciar temeridad o mala fe en su interposición.

Vistos los artículos de pertinente aplicación.

Fallamos

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y el recurso interpuesto por la Procuradora, D^a Mercedes González Morillo, en representación de D^a Petra A. G., contra la sentencia de fecha catorce de Junio de mil novecientos noventa y cinco, dictada por el Il^{mo}. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal de Zamora. Confirmamos el fallo de la sentencia, pero con los argumentos expuestos en esta sentencia y declaramos de oficio las costas de este recurso.