

Id Cendoj: 48020370022008200039
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Bilbao
Sección: 2
Nº de Recurso: 63/2008
Nº de Resolución: 169/2008
Procedimiento: Rollo apelación abreviado
Ponente: MARIA JESUS REAL DE ASUA LLONA
Tipo de Resolución: Auto

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL

TRAMITAZIO PENALEKO BULEGO KOMUNA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. Sección 2ª

BARROETA ALDAMAR 10 3ª Planta- C.P. 48001 Tfno.: 94 401.66.68

Rollo ape.abrev. nº :63/08-2ª

Diligenc.previas 3166/07

Atestado nº: NUM000

Juzgado: Jdo.Instrucción nº 5 (Bilbao)

Contra: MINISTERIO FISCAL DEL PAIS VASCO

AUTO Nº 169/08

Iltrmos. Sres.:

PRESIDENTE Dª Mª JESUS ERROBA ZUBELDIA

MAGISTRADO D. MANUEL AYO FERNANDEZ

MAGISTRADO Dª MARIA JESUS REAL DE ASUA LLONA

En BILBAO,a 25 de Marzo de 2008

HECHOS

PRIMERO.- Por el Ministerio Fiscal se interpuso recurso de Reforma y Subsidiario de Apelación frente al Auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Bilbao en fecha 26 de noviembre de 2007 en las diligencias Previas nº 3166/07.

SEGUNDO.- Desestimado dicho recurso por auto 15 de enero de 2008, se interpuso recurso de apelación contra el mismo, que admitido a trámite se remitieron las actuaciones a esta Audiencia Provincial, donde recibidas se formó el rollo, siguiéndose las mismas por sus trámites.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, la Iltrma. Sra. Dña. MARIA JESUS REAL DE ASUA LLONA.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Por parte del Ministerio Fiscal, se interpone recurso de apelación contra el Auto de

sobreseimiento acordado por parte del Juzgado de Instrucción, alegando que la venta al por menor encaja en el concepto mercantil de distribución, por las razones que alega en su recurso y que la Ley cuando sanciona no exceptúa los supuestos de venta al por menor de copias ilegales, por lo que interesa la revocación de la resolución impugnada y la continuación de las presentes diligencias, al entender que los hechos objeto de la presente causa, indiciariamente integrarían un delito contra la **propiedad intelectual**.

SEGUNDO.- Así planteados los términos de la cuestión sometida a nueva consideración en esta segunda instancia, el recurso se adelanta desestimado, por las razones que se pasan exponer.

Efectivamente esta Sala ya ha venido sosteniendo en varias resoluciones, -siguiendo la línea jurisprudencial de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 26.7.2.002 ; de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14.2.2.003; o la más reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31.1.2006 y de la Sección Sexta de esta misma Audiencia Provincial de fecha 4.11.2005; 21 y 30.6.2006; 4 y 7.7.2006; 24.11.2006 y 6.2.2007 - , en las que entrando en el fondo de la cuestión y aplicando el *artículo 270.1 del CP* , consideran atípica la venta callejera de DVD y CDS, esto es, la mera actividad de estar situado en una zona pública poniendo a disposición de terceros adquirentes productos que integren una copia no autorizada de CDS musicales y DVDS de películas, como copias sin la autorización de sus titulares y en la pequeña cuantía que suele ser el CDS, siendo los autores ordinariamente alcanzados y detenidos ocupándoseles todo el material aprehendido.

Dicha línea jurisprudencial se basa en el *artículo 25* de la Constitución Española que se refiere al principio de legalidad y dice que nadie puede ser condenado por un hecho que no esté tipificado en el Código Penal, lo que determina la interdicción de una interpretación extensiva de los tipos penales, consecuencia del precitado principio, así como la taxatividad de los tipos penales, es decir, que sólo es ilícito penal, aquella conducta que el Código Penal o las leyes penales especiales, definen como delito o falta.

Así las cosas, el *artículo 270.1 sanciona como constitutivas de delito*, 1º :- La reproducción; 2º.- El plagio; 3º.- La distribución y 4º.- La comunicación pública, en todo o en parte, de una obra artística, literaria o científica amparada por un derecho de exclusividad, sin la autorización del titular del derecho, con la lógica consecuencia que lo que se imputa a Adesalam Mane Sene sería la distribución, en este caso concreto la venta callejera, el denominado top manta que aunque resulte ocioso decirlo, se trataría del último eslabón de la cadena de distribución. Pero es que ¿puede entenderse como de distribución la conducta llevada a cabo por el imputado? En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30.1.2.006 ya citada, dice muy acertadamente que los tipos de los *artículos 270 a 276 del Código Penal* , referidos a la **propiedad intelectual** e industrial, son normas penales en blanco que deben ser completadas con las normas que regulan los derechos de la **propiedad intelectual** , algo muy semejante a lo que ocurre igualmente con los tipos de los *artículos 311 a 318* del mismo Cuerpo Legal referidos a los delitos contra los derechos de los trabajadores, que han de ser complementados con las normas que regulan el ámbito laboral .

En este sentido, en principio la distribución en el ámbito mercantil no comprende la venta al detalle. El distribuidor es un intermediario entre el productor y el vendedor. El *artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual* define la distribución como la puesta a disposición del público del original y copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma, ostentando el titular del derecho en exclusividad el derecho de explotación de la obra, en el que se comprende, además de la reproducción, comunicación pública y transformación, la distribución y si esta actividad no está autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho de **propiedad intelectual** , pero no toda infracción del derecho de **propiedad intelectual** es constitutiva de delito, por cuanto que de aceptarse tal tesis, se vaciaría de contenido el ámbito de protección conferido a sus titulares por la Ley de **Propiedad Intelectual** e Industrial. Pero es que lo que define el citado *artículo 19 L.P.I.* como distribución tampoco comprende en ningún caso, la venta al por menor, que es objeto del presente procedimiento, de forma tal que si ni tan siquiera en términos mercantiles, encajaría esta conducta con la de distribución, mucho menos puede tener encaje penal.

La conducta sancionada en el *artículo 270 del CP* , completada con la norma mercantil como distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende el derecho a vender la obra con ánimo de lucro, de modo que en principio, cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular, supone una infracción del derecho de la **propiedad intelectual** . Ahora bien como ya se ha dicho anteriormente, el delito sólo lo configuran aquellas conductas infractoras de los derechos de las propiedades intelectuales e industriales que por su gravedad trasciendan del ámbito mercantil y justifiquen la aplicación del tipo penal.

En el supuesto que aquí nos ocupa se trata del último eslabón de una conducta. Contra la venta callejera de estos productos, por personas que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa , a juicio de esta Sala, por la aplicación del derecho penal, sino por la de normas de orden público que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras , a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada, pero la conducta imputada al denunciado, no es por todo cuanto antecede constitutiva de infracción penal alguna, jurisdicción ésta que como es sabido se halla regida por el principio de intervención mínima y ultima ratio.

Por todo ello, sólo las conductas de mayor entidad que la que nos ocupa han de tener una respuesta penal, siendo el ámbito administrativo el competente la reprimir este fenómeno del top manta, máxime cuando la reciente modificación del Texto Refundido de la **Propiedad Intelectual** , aprobado en su día por el *Real Decreto Legislativo 1/1.996 de 12 de Abril* , ha sido modificado recientemente por la *Ley 19/06, de 12 de Abril*, y en su *artículo 139, apartado 1* , contempla la retirada del comercio de ejemplares ilícitos y su destrucción a costa del infractor, en tanto que su *artículo 140* regula, de forma detallada, la indemnización de daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido. La existencia de estos procedimientos como adecuados para el resarcimiento del derecho afectado es la mas idónea y no la persecución penal del último eslabón de la cadena de infracción, es decir, la criminilización del más débil.

En consecuencia y por todo cuanto antecede, procede confirmar la resolución impugnada, con declaración de oficio de las costas devengadas en esta segunda instancia, según previenen el *artículo 123 CP* y los *artículos 239 y ss. LECrim* .

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA DISPONE

DESESTIMAR el Recurso de Apelación formulado por parte del Ministerio Fiscal, contra el Auto de fecha 26 de Noviembre de 2.007, dictada por el Juzgado de Instrucción nº 5 de los de Bilbao en las Diligencias Previas nº 3166/07 de las que el presente Rollo de Apelación 63/08 dimana, y CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS EL MISMO con declaración de oficio de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, con la advertencia de que la misma no es susceptible de recurso ordinario alguno.

Devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de la presente resolución, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MAGISTRADOS

EL/LA SECRETARIO