

Número 21.
San Sebastián
Diciembre 2007
145 - 161

ESPECIALIDADES PROCESALES EN LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Prof^a. Dra. Andrea PLANCHADELL GARGALLO

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Jaime I de Castellón

Resumen: La protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual e industrial precisa no sólo de una adecuada regulación sustantiva, sino también de una correcta regulación procesal, ya que la inadecuada protección de estos derechos puede convertir en inútil cualquier previsión sustantiva, por excelente que sea. El presente trabajo se centra en el orden penal, destacando los problemas y especialidades procesales que en materia de legitimación, determinación del procedimiento adecuado, diligencias de instrucción y prejudicialidad civil, así como en materia de prueba, nos encontramos en la protección penal de la propiedad intelectual e industrial.

Laburpena: Jabetza intelektual eta industrialaren eskubideen babes juridikoak erregulazio nabarmena behar du, baita prozesuko erregulazioa ere, zeren eta eskubide hauen babes desgokiak edozein aurreikuspen hutsala bihurtzen du, bikaina izanik ere. Lan hau ordena penalean zentratzen da, legitimazio arloan arazoak eta espezialitate prozesalak nabarmenduz baita prozedura egokiak ere, instrukzio eginbideak eta zibil arloko aurrejudizialtasunak eta frogen eremuan, jabetza intelektual eta industrialaren babes penala.

Résumé: La protection juridique des droits de la propriété intellectuelle et industrielle requiert non seulement une régulation substantielle adéquate, mais aussi une régulation procédurale correcte, puisque la protection inadéquate de ces droits peut rendre inutile toute prévision substantielle, aussi excellente qu'elle soit. Le présent travail se centre sur le domaine pénal, en soulignant les problèmes et les particularités procédurales qu'on peut trouver, par rapport à la propriété intellectuelle et industrielle, en matière de légitimation, de détermination de la procédure adéquate, des diligences d'instruction et des questions préjudicielles dans le domaine civil, ainsi qu'en matière de preuve.

Summary: The legal protection of intellectual and industrial property rights needs not only a good substantive regulation but also a correct procedural regulation, because an inadequate protection of these rights can make useless any substantive measure, however good it may be. The present work focuses on the penal issues, emphasizing the procedural problems that arise in relation to the penal protection of intellectual property and regarding issues as legitimation, setting the appropriate procedure, proceedings and civil prejudicial questions, as well as concerning evidence.

(Nota): Contribución a la Jornada sobre "Protección penal de la propiedad intelectual sobre derechos digitales", Leioa, 28 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

Palabras clave: Derecho penal, Derecho procesal, Derecho de propiedad intelectual e industrial, Delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Gako hitzak: Zigor zuzenbidea, zuzenbide prozesala, Jabetza intelektual eta industrialaren eskubidea, jabetza intelektual eta industrialaren babes penalean.

Mots clef: Droit pénal, Procédure, Droit de la propriété intellectuelle et industrielle, Délits contre la propriété intellectuelle et industrielle.

Key words: Penal Law, Procedural Law, Intellectual and Industrial Property Law, Offences against intellectual and industrial property.

I. INTRODUCCIÓN

Una adecuada protección jurídica de los derechos de propiedad intelectual e industrial no sólo depende de la existencia de una adecuada regulación sustantiva, en la que se contemple el contenido de cada uno de estos derechos y los actos que puede realizar el titular de los mismos; sino que es absolutamente necesario que estas normas se completen con una correcta regulación procesal, ya que la inadecuada protección procesal de estos derechos puede convertir en inútil cualquier previsión sustantiva, por excelente que sea.

Pues bien, la tutela procesal de estos derechos se puede llevar a cabo a través de distintos órdenes jurisdiccionales, el contencioso administrativo (principalmente para la tutela de la “fase de registro”), el civil (acciones civiles de nulidad, cesación, reintegración, etc.) y el penal. De entre ellos, nosotros vamos a centrarnos en el orden penal, destacando las especialidades procesales que nos encontramos en la protección penal de la propiedad intelectual e industrial, respecto de las que, pese a las diferencias puntuales, vamos a hacer un tratamiento conjunto.

II. ESPECIALIDADES PROCESALES

Las particularidades que encontramos en la jurisdicción penal se refieren, básicamente, a la legitimación, al procedimiento adecuado, a las diligencias de instrucción (intervención y destrucción de efectos, medidas sobre la empresa) y a la prejudicialidad civil¹.

A) Legitimación

Con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se elimina la necesidad de que para la persecución de estos delitos fuera necesaria la denuncia previa, de forma que estos delitos pasan a ser perseguibles de oficio (art. 287.1 CP). Con la nueva regulación de este artículo, se ha dejado la denuncia como necesaria para los delitos contra el mercado y los consumidores, pero ya no para la investigación y castigo de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Podemos pensar que este cambio legislativo implica una modificación en la concepción del legislador acerca de la necesidad de protección de estos derechos, al

1. Ver, sobre varias de estas cuestiones, MARCO COS, J.M., *La instrucción de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial*, en “La Instrucción de los delitos económicos y contra la Hacienda Pública”, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004.

otorgar a sus vulneraciones carácter público, mostrando una mayor sensibilidad respecto de la importancia de los derechos vulnerados. Lo cierto es que este tipo de delitos han adquirido hoy una gran importancia, presentando un componente económico muy importante; su comisión es, cuanto menos, muy frecuente y además se producen a la luz pública (piénsese en el top manta y en la venta callejera de ropa y complementos con el diseño y la etiqueta de conocidas marcas)². Por otro lado, tampoco podemos desdeñar la presión que hayan podido ejercer diferentes grupos a los que estos delitos afectan especialmente (piénsese en todas las campañas a favor y compra del canon por la adquisición de cd, dvd, reproductores de mp3, etc.).

Por tanto, el proceso por delitos contra la propiedad intelectual e industrial podrá comenzar por cualquiera de las vías ordinarias (denuncia, atestado policial, querrela del perjudicado o del acusador popular, de oficio). Como indica CABAÑAS GARCIA “la prerrogativa de poder incoar procedimiento sin depender del agraviado, solventa de paso un problema de práctica forense no menor (y además común entre los delitos semipúblicos): el de los casos en que los órganos de instrucción, sobre todo los cuerpos de policía judicial, reciben noticia o practican actuaciones de averiguación preliminar sin cobertura formal, y la validez de esos actos en cuanto sanados o no por la posterior denuncia del sujeto. La postura de las Audiencias ha tendido a reputarlas... como una especie de “diligencias de prevención”, no afectadas de nulidad sino anulables, que se salvan a virtud de esa denuncia posterior...”³.

Simultáneamente, como se ha observado⁴, con la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 287.1 CP quedará sin contenido –aunque no derogado expresamente– el segundo párrafo del artículo 282 LECRIM., con arreglo al cual los funcionarios de la policía judicial, aunque no se haya formulado denuncia, deben llevar a cabo las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial. Al pasar a ser delitos perseguibles de oficio, serán de aplicación, como cuando se trata de cualquier delito público, las diligencias policiales comunes de averiguación del delito, descubrimiento del presunto delincuente y aseguramiento de las piezas de convicción.

Complementariamente, el art. 771.1 LECRIM establece expresamente que la información de derechos prevista en este artículo, concretamente en lo que nos interesa en este momento el ofrecimiento de acciones de los arts. 109 y 110, deberá hacerse también a “aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos”. Entre estas últimas, claramente, debe-

2. Lo cierto es que estas mismas consideraciones se podrían hacer respecto a los delitos contra el mercado y los consumidores, mientras que éstos no han sido modificados y sigue siendo necesaria la previa denuncia para su persecución.

3. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, pág. 89.

4. PONS VIVES, A., *Reforma del Código Penal. Protección penal de la marca en la LO 15/2003*, Revista IURIS, núm. 83, mayo 2004, pág. 49.

mos entender incluidas, además de a los terceros a quienes se haya cedido el derecho, a las entidades de gestión colectiva⁵.

B) Determinación del procedimiento adecuado

Conforme a la modificación de la LECRIM por la Ley Orgánica 15/2003 los procesos penales por estos delitos se tramitarán conforme al procedimiento abreviado. No obstante, la Ley Orgánica 8/2002, reguladora del enjuiciamiento rápido de determinados delitos, permite que también puedan tramitarse, según los casos, como juicios rápidos. Asimismo han de tenerse en cuenta las disposiciones de los arts. 816 a 823 bis de la LECRIM en el caso de que la infracción a la propiedad intelectual se produjera a través de un medio de comunicación pública, como televisión, radio o Internet.

1) Procedimiento Abreviado

Como es sabido, el art. 757 LECRIM establece la procedencia de este proceso para el enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o con otras de distinta naturaleza, conjuntas o alternativas, de cualquier cuantía o duración. Las penas señaladas en los artículos 270 al 277 del Código Penal para estos delitos se mantienen dentro de dichos límites.

2) Juicio Rápido

La aplicación del juicio rápido se delimita en el art. 795 LECRIM, partiendo del ámbito objetivo del procedimiento abreviado, exigiéndose la concurrencia de los tres criterios siguientes:

1º) Gravedad de la pena, pues se prevé únicamente para delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años, o con cualquier otra pena, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía.

2º) Que el proceso penal se incoe en virtud de atestado policial, de forma tal que al Juez de Guardia le llega la *notitia criminis* por esta vía. Con esta previsión se excluye la incoación por denuncia particular, querrela o por el Ministerio Fiscal, ya que lo que se pretende es que la actividad instructora se pueda concentrar ante el Juez de guardia, para lo que será necesario que éste, al incoar las diligencias urgentes propias de estos procesos, cuente ya con el material instructorio que la Policía habrá presentado con el atestado (acelerada instrucción concentrada), lo que no sería factible si el proceso se incoa por un particular al que no puede pedirse que haga estas actuaciones. Pero que además, la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o citado ante él, por tener la condición de denunciado en el atestado policial, es decir, tiene que darse una disponibilidad personal del presunto responsable. Respecto a esta exigencia, podemos encontrarnos con un problema en los casos en que haya una pluralidad de autores y sólo hayan sido detenidos o citados algunos de ellos, de forma que se puede entender que, salvo en los supuestos en que pueda darse el enjuiciamiento independiente de los mismos, no podrá acudirse a los juicios rápidos.

5. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, pág. 90.

Esta exigencia debe entenderse matizada por la previsión del art. 796.4, al permitir que cuando la Policía Judicial tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del art. 795, respecto del cual, no habiendo sido detenido o localizado el presunto responsable, fuera previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, que se remitirá al Juzgado de guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado de acuerdo con lo previsto para este proceso.

3º) Por último, es necesaria la concurrencia alternativa de alguna de las siguientes circunstancias, todas ellas referidas al tipo delictivo:

a) Que se trate de un delito flagrante.

b) Que se trate de alguno de los delitos a que se refiere el art. 795.1-2º, entre los cuales encontramos expresamente los delitos flagrantes contra la propiedad intelectual e industrial⁶.

c) Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea relativamente sencilla, aunque en ellos no se den las circunstancias anteriormente vistas. Con esta posibilidad se está permitiendo que cualquier delito castigado con menos de 5 años de pena privativa de libertad (10 si es de otra naturaleza), sea juzgado por este procedimiento.

La posibilidad de que estos delitos puedan enjuiciarse a través de los trámites de los juicios rápidos no deja de plantear algunos problemas que, sin ser ajenos a los demás delitos que se enjuician por esta vía, se deben en parte a las características propias de estos delitos.

En primer lugar, la flagrancia viene definida legalmente en el art. 795 LECRIM como inmediatez de la acción delictiva (entendida como el descubrimiento del delincuente en el momento mismo en que está ejecutando el delito o en un momento inmediatamente posterior a su comisión), inmediatez personal (de forma que el delincuente esté presente) y una necesidad urgente de intervención para evitar que siga cometiendo el delito, detener al delincuente y obtener pruebas que puedan desaparecer⁷.

6. Debemos señalar que el apartado h) de la regla 2ª del citado artículo 795.1 cuando indica los delitos que van a ser enjuiciados como juicio rápido e incluye los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, ya les añade el calificativo de flagrancia. Llama la atención esta reiteración ya que en la regulación de estos juicios la flagrancia es uno más de los requisitos establecidos en el art. 795.1-1º LECRIM para proceder al enjuiciamiento rápido.

7. Así se entiende también por la jurisprudencia, véase, las SS TC 341/1993, de 18 de noviembre; 94/1996, de 28 de mayo; y de las SS TS de 9 de julio de 1994 (RA 5702); 9 de febrero de 1995 (RA 801); 7 de junio de 2000 (RA 4161); 16 de marzo de 2001 (RA 1903); 15 de noviembre de 2002 (RA 10479), entre otras. Expresamente, el art. 795 establece que "... se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no solo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente '*in fraganti*' aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él".

CABAÑAS considera que tampoco existe razón de fondo alguna para no acudir al enjuiciamiento rápido el margen de la flagrancia, si concurren los demás presupuestos del art. 795.1 y 3^a, en tanto que se considere que la investigación no presentara dificultades⁸, lo que parece no ocurrirá en los subtipos agravados de los arts. 271 y 276 CP.

No es fácil aventurar qué proporción de delitos contra la propiedad industrial o intelectual es susceptible de tramitación por el procedimiento rápido. En bastantes ocasiones la comisión del delito, especialmente los casos de delitos contra el diseño industrial, no resultará tan evidente para justificar este procedimiento, ya que la actividad instructora para determinar la tipicidad del hecho no siempre será sencilla y tampoco será evidente la prueba de comisión del hecho delictivo, sino que será necesaria actividad instructora complementaria de cierta importancia (por ejemplo, pueden ser necesarias pruebas periciales, en determinados casos, para determinar la identidad entre el diseño objeto del proceso y el que se intenta proteger). En cambio, de determinadas violaciones del derecho a la propiedad intelectual encontramos más ejemplos, ya que todos aquellos casos en que la policía procede a la detención de vendedores del *top manta* entran dentro de estas situaciones. En todos ellos se repite el mismo patrón: Observación por la policía de determinadas conductas sospechosas; dirigirse a las personas de las que se sospecha están cometiendo el delito; ante la inminencia de ser preguntados por la Policía en muchas ocasiones se produce la huida de los sospechosos, abandonando los productos cuya supuesta venta se pretendía.

En definitiva, si bien es cierto que, con arreglo al tenor de la ley procesal, la tramitación de los procesos por delitos contra la propiedad industrial puede seguirse tanto por los cauces del procedimiento abreviado, como por los de los juicios rápidos, la naturaleza de dichos delitos y los requisitos de los juicios rápidos hacen prever que no todos ellos serán enjuiciados por medio de los llamados juicios rápidos, más bien al contrario.

C) Diligencias de instrucción

1) Intervención

Nos encontramos aquí con dos tipos de medidas cuya finalidad es completamente distinta, y no siempre cautelar: Las dirigidas a garantizar las responsabilidades pecuniaras derivadas del hecho punible y las tendentes a la conservación de las cosas relacionadas con el delito⁹.

Con las medidas que permiten conservar los objetos relacionados con el delito se pretende facilitar el esclarecimiento de los hechos y asegurar las fuentes de prueba, mediante la aprehensión y posterior depósito de las mismas. En ellas, la finalidad cautelar es secundaria, ya que en primer lugar se dirigen a evitar la pérdidas de los efectos e instrumentos del delitos y sólo cuando esto se ha conseguido servirán también, por sus características, para asegurar la responsabilidad pecuniaria.

8. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, págs. 91 y 92.

9. GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Ed. Colex, Madrid 2000, págs. 332 a 333.

Estas medidas pueden acordarse por el Juez Instructor durante la práctica de las primeras diligencias, entre las cuales incluye el art. 13 LECRIM las de “consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación”. El destino de los bienes aprehendidos depende de la naturaleza de los mismos. Si los objetos fueran perecederos o pudieran sufrir una depreciación notable por el transcurso del tiempo, “el Juez o Tribunal que conozca de la causa, oído el Ministerio Fiscal, podrá ordenar su venta en pública subasta, ingresándose su precio en la Caja General de Depósitos a resultas de lo que en definitiva se acordase en la sentencia”. Con carácter provisional el órgano judicial puede acordar que los bienes permanezcan en poder de su propietario, si fuere conocido.

2) Destrucción de efectos

El artículo 338 LECRIM, tras referirse a la conservación de los instrumentos y efectos relacionados con el delito, permite su destrucción, dejando muestras suficientes, cuando resulte necesaria o conveniente, previa audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario o, en su caso, a la persona en cuyo poder fueron hallados, dejando la debida constancia en autos.

Si bien el tenor de la ley nos permite afirmar que cabe acordar esta destrucción respecto de los efectos de cualquier delito, lo cierto es que la práctica de los tribunales nos muestra una cierta reticencia al uso de la medida, salvo en los casos de armas y drogas tóxicas, por su propia peligrosidad (a los que expresamente sí se refiere la ley), ya que en esencia supone la desaparición de elementos que siendo efectos del delito son, al mismo tiempo, pruebas de su comisión y de ellos se pueden derivar datos importantes para la investigación.

El art. 338 LECRIM, redacto por Ley Orgánica 15/2003, de reforma del Código Penal, hace expresamente extensiva a los efectos e instrumentos relacionados con los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la posibilidad de destrucción “una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente”. Por lo tanto, la norma indica expresamente la posibilidad legal de proceder a la destrucción de los efectos e instrumentos de estos delitos, una vez que “hayan sido examinados pericialmente”, lo que viene a ser equivalente a la prevención de los párrafos segundo y tercero del citado artículo 338 LECRIM sobre la necesidad de dejar “muestras suficientes” y “constancia en los autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos destruidos”.

El documento en que se dejará constancia de estos particulares constituye prueba pericial preconstituida, por lo que para ser valorados por el tribunal será necesario que en su elaboración hayan participado las partes, con respeto al principio de contradicción. Como en cualquier otra situación idéntica a ésta, la necesidad de participación de las partes en la prueba puede plantear algún problema en los casos en que no hayan tenido intervención quienes en el momento procesal de la investigación en que se llevó a cabo no tenían la condición de imputados.

Esta diligencia, en los delitos que nos ocupan, puede constituir la principal prueba de cargo de la ilicitud del diseño objeto del proceso, de la falsedad del producto, etc. Y ha de advertirse también que la elaboración de la prueba puede presentar, según los casos, características técnicas complejas.

La posibilidad de destrucción de los efectos e instrumentos del delito debe compaginarse con lo previsto en el art. 127 CP, es decir, con la posibilidad de vender los bienes de lícito comercio intervenidos para aplicar el precio obtenido de dicha venta a cubrir la responsabilidad civil de los autores del delito. Por tanto, no será aconsejable la destrucción de todos los efectos relacionados con el delito, por cuanto los que puedan ser vendidos deberán conservarse para atender con el precio que se obtenga de la venta al pago de las responsabilidades civiles.

3) Medidas sobre la empresa

Con la redacción actual del art. 288 CP se han resuelto todas las dudas respecto a la posibilidad de que en los casos que nos ocupan puedan adoptarse cualquiera de las medidas previstas en el art. 129 CP. La adopción de estas medidas corresponde en principio al juez o tribunal sentenciador. Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo prevé expresamente que la clausura temporal y la suspensión, nunca por más de cinco años, pueden ser acordadas por el juez instructor. La utilidad de estas medidas en el caso que nos ocupa parece evidente para facilitar la investigación, ya que impiden que se modifique el estado de cosas existente al tiempo de iniciarse la investigación y permite prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

Se ha planteado la cuestión de si cabe la adopción de las medidas cautelares previstas en los apartados 7 a 9 del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cese en la actividad o abstención de llevar a cabo determinada conducta, intervención y depósito de ingresos derivados de determinada actividad, depósito temporal de objetos que se consideren producidos con infracción de las normas sobre propiedad industrial), teniendo en cuenta el carácter supletorio de esta norma procesal¹⁰. Con base en este carácter supletorio podría decirse que nada obsta a la aplicación en el procedimiento penal que se siga para la investigación de un delito contra la propiedad intelectual o industrial de las medidas cautelares previstas en el artículo 727 LEC.

Pese a que se podrían dar argumentos en contra de la aplicación de estas medidas (basadas principalmente en la distinta naturaleza jurídica de las normas de la LEC y las del CP), lo cierto es que la adopción de medidas cautelares civiles en el proceso penal viene permitida por la propia legislación especial para la tutela de la propiedad intelectual e industrial. Así, por ejemplo, el art. 143 de la Ley de Propiedad Intelectual lo permite expresamente, sin perjuicio de las que puedan adoptarse al amparo de la legislación procesal penal, lo que supone una remisión al art. 727 LEC, que enumera una relación de medidas cautelares a decretar y permite la adopción de cualesquiera otras necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia principal (art. 727.11^a LEC)¹¹.

Cuestión distinta es que a la misma finalidad a que tiende alguna de estas medidas, por ejemplo la consistente en el depósito de ejemplares de las obras u objetos produ-

10. CABAÑAS GARCÍA, J.C., *Especialidades procesales en la persecución de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual*, La Ley Penal, núm. 6, Junio 2004, que admite la aplicación de tales medidas cautelares del proceso civil. El artículo 4 LEC dispone que la ley procesal civil tiene carácter supletorio "en defecto de disposiciones en las leyes que regulan" los demás tipos de procesos (penales, laborales, etc.).

11. ARMENGOT VILAPLANA, A., *La piratería musical: derechos de propiedad intelectual defraudados y medios de tutela judicial*, Diario La Ley nº 5670, de 5 de diciembre de 2002.

cidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial (art. 727.9 LEC), se llegue mediante las diligencias características de la instrucción penal consistentes en la intervención de los efectos e instrumentos del delito (arts. 13, 299 y 334 LECRIM), sin necesidad, por lo tanto, de acudir a la legislación procesal civil.

D) Prejudicialidad civil

El principal problema que presenta la prejudicialidad civil es si su planteamiento provocará la suspensión del proceso penal hasta su resolución. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha zanjado esta cuestión, considerando que el art. 10 LOPJ resulta de aplicación preferente al régimen de las cuestiones prejudiciales contenido en la LECRIM¹².

E) Algunas particularidades en materia de prueba

Desde el punto de vista probatorio, el análisis de la jurisprudencia nos permite detectar una serie de problemas que se repiten sistemáticamente, en la mayoría de los casos derivados de la regulación penal de las figuras delictivas que nos ocupan, pero que obviamente tienen trascendencia procesal. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, nos encontramos con las siguientes cuestiones: La necesidad de acudir con “demasiada frecuencia” a la prueba pericial, ante la falta de prueba de cargo directa; los problemas de determinación de la titularidad del derecho y de las obras perjudicadas, siendo éste requisito inexcusable de la tipicidad penal; la necesaria determinación del perjuicio a terceros y la exactitud del informe pericial.

1) Prueba indiciaria

En este sentido, encontramos un importante número de sentencias en que se analiza si existen o no indicios suficientes para condenar a los acusados en supuestos por estos delitos. En todas ellas, partiendo de la jurisprudencia comúnmente aceptada sobre la prueba por indicios, se plantea el problema de si, ante la ausencia de prueba de cargo directa, los indicios que se tienen cumplen los requisitos constitucionales que permiten condenar en base a ellos.

Interesante es en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de febrero de 2007 (RA 305), en la que se acude a la prueba indiciaria para analizar si se ha acreditado o no el elemento intencional integrante del tipo penal por el que eran acusados, si bien adelantamos que no lo consideran concurrente. A los acusados se les intervienen 297 patinetes eléctricos, provenientes de China con destino a un comercio de Madrid, de los que al averiguar los modelos de utilidad se comprueba que son titularidad de una entidad que no había autorizado su importación por los acusados. La condena de los acusados pasaba por acreditar que éstos conocían esa circunstancia, lo que no pudo hacerse (por el contrario, la acusación particular considera que los acusados conocían necesariamente la existencia y titularidad de sus modelos de utilidad 9702913 e industrial 141.441 por su condición de comerciantes profesionales, por haber presentado un escrito ante el juzgado de instrucción de Valencia aportando una

12. Véanse las SS TS de 24 de julio de 2001 (RA1490) y de 29 de octubre de 2001 (RA 2059).

copia del Boletín de la Propiedad Industrial que publica el modelo industrial del que es titular Taiwán Motorbikes, y por haber sido comercializados los patinetes por el Corte Inglés y también por Coca Cola como artículo promocional, debiendo presumirse la concurrencia del dolo en este tipo de delitos)¹³. Pues bien, la sentencia referida establece que:

“... Igualmente debe destacarse que nos encontramos ante un elemento de carácter subjetivo que como tal no es perceptible por los sentidos ni puede ser acreditada su concurrencia a través de prueba directa. Al pertenecer a la esfera interna del sujeto debe evidenciarse por aquellos factores externos que lo revelan.

Conforme constante doctrina jurisprudencial (STS 21.3.00 [RJ 2000, 2673]), la inexistencia de prueba de cargo directa sobre el dato o hecho de que se trate no impide que la presunción de inocencia pueda desvirtuarse mediante la llamada prueba indirecta o indiciaria, por la cual a partir de determinados hechos o datos base cabe racionalmente deducir la realidad del hecho consecuencia. Para ello son precisos determinados requisitos:

A) Que los indicios estén plenamente acreditados; y que además sean plurales, o excepcionalmente sea único pero de una singular potencia acreditativa; sean concomitantes al hecho que se trate probar y estén interrelacionados, cuando sean varios, reforzándose entre sí (Sentencias de 12 [RJ 1996, 5688] y 16 de julio de 1996 [RJ 1996, 5915], entre otras).

B) Que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de demostración, existiendo entre ambos un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (Sentencias de 18 de octubre de 1995 [RJ 1995, 7530]; 19 de enero [RJ 1996, 2] y 13 de julio de 1996 [RJ 1996, 5930], etc.).

C) Que la Sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que apoya el juicio de inferencia, y que explicita el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.

Pues bien, en el supuesto de autos la juzgadora de instancia no ha alcanzado la necesaria convicción de que los acusados tuvieran conocimiento de la existencia de los registros a favor de Taiwan Motorbikes. No se trata efectivamente de registros notorios, la propiedad de la Acusación Particular recaía sobre unos modelos de utilidad e industrial muy concretos que no eran conocidos de modo patente en el mercado, como pueden serlo otras marcas o signos distintivos conocidos al menos por una generalidad de personas, como por ejemplo las marcas o signos distintivos utilizados por Chanel, Polo, Lacoste etc. El que los patinetes fueran comercializados por El Corte Inglés o hubieran sido utilizados en una campaña promocional por Coca Cola no les convierte en notorios. Y el hecho de que, una vez intervenida

13. En sentido similar, puede consultarse las SS AP de Barcelona, de 2 de febrero de 2007 (RA 219038); AP de La Coruña de 13 de junio de 2006 (RA 205762). También, las SS AP de Bizkaia, de 20 de marzo de 2007 (RA 136944); AP de Pontevedra, de 13 de febrero de 2007 (RA 88222); AP de Barcelona de 31 de enero de 2007 (RA 133223); AP de Brugos, de 6 de octubre de 2006 (RA 286265); AP de Cádiz, de 27 de enero de 2004 (RA 62218).

la mercancía en la Aduana, se presente un escrito ante el juzgado de Valencia acompañando copia del Boletín de Propiedad Industrial donde consta el modelo industrial de Taiwán Motorbikes lo único de evidencia es que los denunciados, una vez conocida la intervención de sus productos en la Aduana, trataron de rescatarlos intentado acreditar que no respondían al mismo modelo industrial que los distribuidos por aquélla. Y por último, la condición de comerciantes de los acusados no les convierte sin más en conocedores de las características de todos los productos que comercializan y de los modelos de utilidad e industriales que les corresponden, máxime cuando la actividad de éstos no es especializada dedicándose a la distribución en España de los más variados productos procedentes de China.

Es evidente pues que los datos aportados por la Acusación Particular y sobre los cuales pretende acreditar la concurrencia del elemento intencional de la infracción que se imputa a los acusados no reúnen las notas necesarias para integrar una verdadera prueba indiciaria, pues solo con ellos no puede alcanzarse una deducción razonable según las reglas de la lógica y de la experiencia que lleve a una única conclusión posible, esto es, que los denunciados conocieran la existencia de los registros.

Y no hay, según reiterada doctrina jurisprudencial, posibilidad de una comisión culposa porque es preciso el dolo genérico sobre la acción en el sentido de que el autor sea consciente de su significación y, además, es necesario el dolo específico de la intención o ánimo defraudatorio, lo que no concurre en el presente supuesto, tal como razonadamente expone la juzgadora de instancia, con argumentos que no han sido desvirtuados en el recurso.

Por lo expuesto, estimamos que no existe prueba de cargo suficiente para estimar acreditada la participación de los acusados en los hechos enjuiciados y, en concreto, de su conocimiento de la existencia de los registros. Y, tal y como se expresa en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sec. 3ª, S, 26-11-2001, a que más arriba se hacía referencia, la protección penal de la propiedad industrial es muy positiva en cuanto favorece la libertad de elección del consumidor y estimula el esfuerzo empresarial, pero no puede llevarse más allá de lo que el legislador ha fijado como presupuestos del delito – objetivos y subjetivos – de forma inequívoca. La acción dolosa, con el dolo específico ya definido, resulta imprescindible para afirmar la realidad de la infracción penal,

Procede en consecuencia, con desestimación del recurso formulado, la confirmación íntegra de la resolución recurrida.”

Por su claridad, queremos destacar también lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 6 de octubre de 2006 (RA 286265):

“...existen los siguientes indicios que prueban que la finalidad de los CDs y DVDs ocupados en la bolsa al acusado estaban destinados a su venta:

1) la ocupación en una bolsa de tan importante cantidad de DVDs y CDs falsos que no encuentra explicación distinta a la que su destino fuera la venta, máxime cuando el acusado entraba y salía de establecimientos públicos.

2) La ausencia de una justificación mínimamente creíble de su tenencia por el acusado, dadas las contradicciones en que ha incurrido el acusado.

3) El hecho de que al verse sorprendido por la policía emprendiera la huida.

Indicios que le llevan a la convicción de que el propósito del acusado era su venta a terceros.”

2) Determinación de los titulares del derecho

Al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007 (RA 137096) establece, en su Fundamento Jurídico Tercero:

“... , hemos de partir necesariamente del relato de hechos probados de la sentencia apelada, al que se remite el Ministerio Fiscal para comprobar si del mismo, surgen todos los requisitos de tipicidad que el apelante sostiene que concurren, necesarios para la condena penal que se solicita.”

Pues bien, de dicho relato fáctico lo primero que se deduce es que, no aparece acreditada la procedencia de las películas intervenidas, ni quienes sean exactamente los titulares de los derechos de propiedad intelectual en relación a las concretas copias intervenidas, ni que estas efectivamente pertenezcan a dichos posibles titulares. Las expresiones utilizadas en dicho relato fáctico, segundo párrafo, son tan genéricas o imprecisas que no permiten por sí solas saber de que títulos cinematográficos, supuestamente protegidos, estamos hablando en concreto y, por tanto, tampoco quienes pudieran ser los autores, productores o hipotéticos beneficiarios de los derechos de propiedad intelectual. Hubiera sido precisa la concreción de cada título y la mención específica del titular correspondiente, pero esto no se ha hecho.

Y ocurre que la adecuada concreción de los titulares específicos de los derechos de propiedad intelectual, así como de las obras perjudicadas, también concretas, que supuestamente les pertenecen es requisito inexcusable de la propia tipicidad penal. No cabe hablar en este delito del artículo 270 del Código Penal de titulares genéricos o ilegibles -como consta en instrucción- ni de obras o copias de las mismas, de las que no se conoce su título, autor o productor en particular.

En este sentido debemos traer a colación la STS de 2 de octubre de 2002, nº 1578/2002, rec. 451/2001, que absolvía a los acusados de un delito del artículo 270 del Código Penal, entre otras razones, porque no se habían concretado en el relato de hechos probados esos titulares de derechos. Al respecto nos dice dicha resolución que: «Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajenidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película «Lobo» o de las otras películas que se dicen «replicadas» halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgan o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo».

Y esto no se ha hecho en el caso que nos ocupa. No sólo es que el relato de hechos probados de la sentencia apelada no identifique debidamente a esos titulares concretos, o sus obras, sino que ni siquiera podía haberlos identificado por su cuenta, cuando la realidad es que ni el Ministerio Fiscal reseña en su conclusión 1ª de su escrito de acusación quién o quiénes sean los titulares de los derechos cuya protección penal invocan; tampoco de qué obras en particular estamos hablando. Todo son alusiones genéricas o vagas que no sirven a la debida identificación de titulares y obras en particular...”¹⁴

En sentido similar, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 6 de marzo de 2007 (RA 173654):

14. Igualmente, puede verse la S AP de Madrid, de 6 de marzo de 2007 (RA 173654).

En los folios 12 a 14 de las actuaciones invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, integrados en el atestado nº 7302 de la Comisaría de Policía Nacional de Tetuán, simplemente recogen una relación de CD's y DVD's incautados el día 26 de abril de 2005, según se manifiesta en dicha fotocopia, pero en ningún momento se especifica en dichos folios designados por el Ministerio Fiscal quiénes son los titulares de la propiedad intelectual de dichas películas o DVD o los titulares de los derechos de explotación de las mismas.

Sin perjuicio de que los informes periciales no pueden ser valorados en esta segunda instancia, en tanto, es prueba de carácter personal que no ha sido practicada ante la inmediación de este tribunal de apelación, dichos informes periciales solamente se pronuncian sobre que 3 de los DVD «son falsos», pero no se pronuncia sobre la titularidad de la propiedad intelectual o de sus derechos de explotación de las obras contenidas en los DVD.

Ninguno de los testigos que declararon en el acto de juicio oral se pronunció sobre la identidad de los titulares de la propiedad intelectual de las obras contenidas en los DVD intervenidos. Sólo a preguntas del Magistrado del Juzgado de lo Penal, los funcionarios de Policía Municipal NUM000 y NUM001 manifestaron que habían hablado con el representante legal de EGEDA, quien les facilitó los perjuicios económicos de las entidades. Estos funcionarios manifestaron que «el 84% es el perjuicio de la representante legal de EGEDA».

Tales manifestaciones, sin perjuicio que como hemos dicho, en tanto prueba de carácter personal no la podemos valorar en esta segunda instancia, tampoco identifica a los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de su explotación de las obras contenidas en los DVD intervenidos.

De hecho, fue solicitada como medio de prueba por el Ministerio Fiscal la declaración del representante legal de la entidad EGEDA, supuesta entidad que según el Ministerio Fiscal representa a los titulares de la propiedad intelectual de las obras contenidas en los DVD o bien de los titulares de los derechos de explotación de dicha propiedad intelectual, pero este representante legal de EGEDA no compareció al acto del juicio oral a pesar de estar citado legalmente (folios 137 y 138), habiendo renunciado el Ministerio Fiscal a su testimonio.”

3) Determinación de perjuicio

Estamos ante otro problema práctico intrínsecamente relacionado con el anterior, de hecho es la misma Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2007 (RA 137096) la que permite hacernos una idea de esta cuestión:

“La falta de concreción de la identidad de los posibles titulares, debidamente individualizados, nos lleva también a otro requisito del tipo: el necesario perjuicio a tercero. La propia STS antes reseñada destaca que «sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del artículo 270 del CP» añadiendo en otro momento que «una sentencia condenatoria carece de toda justificación jurídica y lógica cuando un elemento esencial de la tipicidad debe ser demostrado en la fase de ejecución de la sentencia, dado que todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar sentencia».

Pues bien, tampoco de la conclusión 1ª del escrito de conclusiones provisionales, luego elevada a definitiva, o sea, el apartado que ha de concretar «los hechos» por los que se acusa, se deduce la existencia de ese perjuicio a tercero que exige, como requisito de tipicidad, el artículo 270 CP. El Ministerio Fiscal ni siquiera lo menciona, lo que tampoco sirve a la tipicidad penal. Como dice la STS, a la que nos

venimos refiriendo «todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar sentencia». Por ello tampoco es extraño que la sentencia de instancia no haya podido fijar perjuicio alguno para tercero, por lo que «sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del artículo 270 CP».

Igualmente clarificadora es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, de 6 de octubre de 2006 (RA 286265):

“...En segundo lugar alega la defensa del acusado la infracción del artículo 270.1 del Código Penal al entender que incluso la conducta de venta de los objetos ocupados no es constitutiva de infracción penal, al no existir perjuicio real ni a las entidades propietarias de los objetos protegidos por la normativa de la propiedad intelectual ni a los compradores.

La cuestión planteada ha sido ya resuelta por la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2004, cuyo criterio debe reiterarse en esta resolución por ser perfectamente aplicable al supuesto sometido a enjuiciamiento.

El referido artículo 270 del Código Penal en su párrafo primero, dispone: «será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y de multa de doce a veinticuatro 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 derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios». Es decir, entre los elementos constitutivos del delito tipificado en el art. 270.1 Código Penal figura el «perjuicio de tercero», es decir, para que la venta de una obra musical en soporte CD y de una película en soporte de DVD resulte encuadrable en el antedicho tipo delictivo, es necesario, según se desprende del tenor literal del citado precepto, que con esa venta se perjudique a terceros; existen dos posibles grupos de «perjudicados», a saber:

a) Por un lado, los consumidores, los adquirentes finales de los CDs y DVDs; pero a la vista de las actuaciones resulta obvio que no existe perjuicio para los mismos, ya que, por una parte tenemos que, según se desprende del informe pericial emitido por el Servicio de Criminalística de la Comisaría Provincial de Burgos (folios 16 a 25 de las actuaciones), «ninguno de los 207 CDs cumple con los requisitos técnicos que presentan las copias originales, lo que se aprecia a simple vista, debido a que las grabaciones se han hecho sobre un soporte de disco DR-R (...) presentan carátulas, realizadas por reproducción fotomecánica, del álbum original, siendo de baja calidad, se encuentran en el interior de un estuche de plástico, con una deficiente presentación. Las características de los DVDs responden en términos generales a las de los CDs, y son copias de sus originales o de sus copias». Ello conduce a la afirmación de es más que evidente estar en presencia de una copia ilegítima y sin que, por otra parte, se oculte en momento alguno esta circunstancia a un potencial cliente. Estamos, por tanto, ante el típico compacto pirata de venta ambulante, el cual no ofrece duda alguna al comprador sobre su falsedad. En definitiva, de la lectura del informe pericial emitido se desprende, que las copias de CDs y DVDs intervenidas, tanto en lo que respecta a la carátula como al disco, son burdas imitaciones, con las que no se pretende, ni se puede engañar a nadie, no existiendo, por consiguiente, perjuicio para los consumidores.

b) En segundo lugar, y conforme manifestamos en el acto del juicio oral, cabe plantearse un segundo grupo de «perjudicados»: Las compañías discográficas o distribuidoras; y consideramos que tampoco existe tal «grupo de perjudicados» si

atendemos al mínimo o nulo impacto que puede ocasionar la venta de los DVDs y CDs cuya falsedad no ha sido ocultada en ningún momento que son ofrecidos a personas que se encuentran en establecimientos públicos, muchas de las cuales ni siquiera son usuarios de dichos productos.

Como expresa la SAP Las Palmas 07.02.01, en un caso similar al que nos ocupa, con la salvedad de que se refiere a unas cintas de vídeo, hemos de poner de manifiesto que al aplicar el art. 270 CP, «nos encontramos ante una norma sancionadora que, como tal, ha de ser interpretada estrictamente, por lo que el perjuicio a terceros en cuanto elemento del delito del art. 270 CP. ha de ser efectivo, real; y por supuesto, ha de consistir en un «perjuicio», un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no les ocasiona (refiriéndose a las grandes Distribuidoras), por resultar de cuantía inapreciable en el peor de los casos, a cualquiera de las referidas sociedades mercantiles. Pero tampoco a los compradores -aparte de que éste no es el bien jurídico protegido con la tipificación del delito objeto de atención-, pues al ser tan burda la grabación y tan patente que no proceden de las casas distribuidoras de las originales -las carátulas son fotocopias fácilmente identificables como tales- que quien las adquiere es consciente de que se trata de una copia «casera», sin garantías de precisión y, por supuesto, sin demérito para las casas distribuidoras o productoras...».

Por otro lado, no toda violación del derecho de propiedad intelectual es constitutiva de un delito relativo a dicha propiedad; sólo cuando el hecho resulte claramente comprendido en los preceptos del Código Penal que tipifican los distintos delitos sobre la materia que prevé dicho texto legal punitivo. La Ley de la Propiedad Intelectual al regular la protección de los derechos reconocidos en la misma (Libro III) concede al titular de estos derechos otras acciones tendentes a dicho fin (arts. 133 al 136), de tal manera que la penal únicamente es ejercitable con éxito cuando concurren los elementos integrantes del delito, lo cual no sucede en el supuesto enjuiciado, según hemos expuesto, pues no obstante constituir el hecho una violación del derecho de propiedad intelectual, dicha violación no reúne los requisitos necesarios para ser sancionada como delito del citado art. 270.1 del Código Penal. Para ello se requiere, un efectivo perjuicio a terceros, no apreciable en el presente caso, lo cual no significa que todo supuesto de reproducción o venta de cintas de vídeo sin autorización del titular de la propiedad intelectual quede fuera del campo jurídico-penal. Y es que no resulta equiparable una actuación aislada como la del acusado con aquéllos otros en que quien reproduce o vende los CDs y DVDs cuenta con una organización -lo que no consta suceda con el acusado- por poco amplia que sea, por medio de la cual lleva a cabo una «distribución» de las mismas, según las características de esta actividad en el campo económico; venta en masa. Y por otro lado que el titular de la propiedad intelectual tenga un potencial económico, un volumen de negocio que se ve afectado negativamente con la referida distribución ilegal.

Así lo entiende la jurisprudencia mayoritaria y las fuerzas de orden público en su actividad de represión de los típicos «manteros», limitándose a poner dificultades al ejercicio de su comercio y a requisarles, en su caso, la mercadería y abrirles el correspondiente expediente gubernativo por venta no autorizada, entendiéndolo, como entiende por otro lado esta Sala de Apelación, que no se puede atribuir el concepto de «distribuidor» o «almacenador» previsto en el Código Penal al último eslabón de la cadena comercial, el vendedor al por menor de la mercancía que de otros recibe y en los que concurren las definiciones del artículo 270.1 del Código Penal. El citado precepto está pensando en otro tipo de conducta ilícita al por mayor y que, ésta sí, causa perjuicio a las compañías discográficas.

Por todo lo indicado procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y ahora examinado, debiendo, en virtud del principio de mínima intervención del Derecho Penal, residenciar el debate de la cuestión planteada en otro ámbito, el administrativo o la jurisdicción civil ordinaria.”

4) Informe pericial

Respecto a la importancia del informe pericial en estos casos, podemos ver la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de febrero de 2007 (RA 219038), donde el problema es la acreditación de que los CD's que se estaban presuntamente vendiendo eran falsos:

“En efecto, de la prueba practicada en el plenario, ni resulta que los CD's incautados fueran falsos, ni resulta qué contenido concreto tenía cada uno, ni siquiera el de alguno de ellos. Sólo se puede llegar a la conclusión de que los CD's se hallaban grabados por ordenador. Todas estas conclusiones se extraen de la prueba pericial practicada, pues el perito en el plenario manifestó que los examinó externamente y de dicho examen concluyó que contenían grabaciones no estampadas, es decir que no se hallaban realizadas industrialmente, sino por ordenador, y examinó también el contenido de alguno de ellos de forma aleatoria, sin decir su número, aunque sin efectuar matización alguna a las preguntas de la defensa del acusado que mencionaba cinco como los analizados de dicha forma. En todo caso informó el perito el contenido concreto de lo grabado por ordenador en ellos.

Así pues, resulta obvio a nuestro juicio que los hechos declarados probados no son constitutivos del delito por el que se condena al acusado por falta de la concurrencia de los requisitos exigidos por el tipo.

En los hechos probados no consta qué concreta obra artística se ha reproducido con infracción de los derechos de propiedad intelectual. Además cabe añadir que de tratarse efectivamente de tales obras, podían incluso hallarse exentas de autorización por tratarse de copias privadas en el sentido del artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, sin que, por el escaso bagaje probatorio existente sobre el contenido concreto de los CD's en cuestión, pueda de forma indiciaria llegarse a concluirse que precisaban de la referida autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, que por otra parte se desconocen quiénes eran.

Por todo lo expuesto, los hechos declarados probados no son constitutivos de la infracción penal por la que se ha seguido la causa contra el apelante y en consecuencia debe estimarse el recurso de apelación con revocación de la sentencia recurrida en el sentido de absolverlo de toda responsabilidad criminal, con declaración de las costas de la instancia de oficio.”

Igualmente, puede verse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 11 de julio de 2006 (RA 279742)¹⁵:

“Si bien es cierto que de todo el conjunto de CD's y DVD's intervenidos al acusado (122) sólo se ha emitido informe pericial sobre dos de ellos, como muestra, concluyendo claramente el informe pericial, ratificado en el acto del juicio oral, que los CD's musicales y los DVD's son copias de obras musicales y película, efectuadas en discos compactos grabables, lo que sería suficiente para estimar acreditada la realización del requisito activo del delito, pues bastaría con que se distribuya un

15. Véase también, la S AP de Madrid, de 9 de enero de 2007 (RA 160645).

solo ejemplar de la obra musical o cinematográfica sin consentimiento del titular de los derechos de propiedad intelectual para cometer el delito tipificado en el artículo 270.1 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), no es menos cierto que, además, al folio 8 de las diligencias obra otro informe emitido por el instructor del atestado en el que se especifican las características de los CD's y DVD's intervenidos al acusado, que difieren, según sus conocimientos policiales, de los soportes originales, concretando que los intervenidos son grabables, es decir, formatos CD-R y DVD-R, mientras que los originales no son grabables, observando a simple vista el círculo grabado, cosa que no aparece en los originales, que llevan la marca CD y DVD. Además, por el grado de coloración, mientras el original tiene siempre el color plata de la capa de protección, los intervenidos tiene cierta coloración, sin tener en cuenta las diferencias notables entre las carátulas de los originales y las que figuran en los CD's y DVD's intervenidos.

Por todo lo cual, es evidente que de la prueba pericial, ratificada en el acto del juicio, y de la prueba testifical, que ratifica el atestado no existe ninguna duda de que la totalidad de los CD's y DVD's intervenidos al acusado son copias musicales y de películas de originales”.

