

## PROPIEDAD INTELECTUAL: VENTA CALLEJERA DE CD Y DVD

**CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO**

*Fiscal del Tribunal Superior de Justicia*

**Palabras clave:** propiedad intelectual, piratería.

### **ENUNCIADO**

El día 27 de diciembre, Ka, de nacionalidad senegalesa, fue detenido en esta ciudad por la policía que patrullaba la zona, cuando, semioculto de miradas indiscretas o policiales, ofrecía en venta, por precio de tres euros, determinados CD y DVD, de películas y música, correspondientes a obras conocidas, y cuya grabación había conseguido y que obtuvo sin consentimiento de los titulares de las mismas. Se le intervinieron numerosas copias en apariencia ilícitas. Se iniciaron las diligencias penales que dieron lugar a la incoación del correspondiente procedimiento abreviado.

CUESTIONES PLANTEADAS:

Análisis de la venta pirata de los CD y DVD: calificación jurídica de los hechos y elementos típicos.

### **SOLUCIÓN**

La realidad social nos presenta habitualmente cómo existen determinadas personas de origen extranjero, como en el caso que se propone, que se dedican a la venta callejera, en muchos casos con

la finalidad de obtener un dinero necesario para subsistir, ofreciendo determinados soportes: CD o DVD, videojuegos u otros elementos, en los que se recogen determinadas películas o grabaciones musicales, juegos u objetos sin más, que obtienen de manera ilícita, a través de intermediarios desconocidos, normalmente encargados de la creación ilícita de los mismos y que distribuyen a bajo precio y con perjuicio de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual. Normalmente se trata de obras cinematográficas o musicales conocidas y de actualidad, cuya explotación corresponderá al autor de la obra o al cesionario de los derechos cedidos; es decir, estas obras siempre tienen un titular, sin perjuicio de su concreción en el caso particular de que se trate (RDLeg. 1/1996, de 12 de abril, arts. 1, 17, 26 y 43). Son casos en los que se ataca a los titulares de derechos que son protegidos por el Código Penal, concretamente en el artículo 270.

Considero necesario hacer un breve análisis del artículo 270 para ver si la conducta que se recoge en el supuesto de hecho ofrecido encaja en el mismo. El precepto castiga a 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 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.

*Bien jurídico protegido:* el bien jurídico protegido por el precepto es un bien patrimonial o moral individual que consiste en el interés que tiene el titular de los derechos de explotación, que tiene en exclusiva y que integra acciones nucleares como la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente.

*Conducta típica:* estamos ante un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales. En el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que se trata de la venta al público de determinados CD y DVD piratas, la *conducta típica de distribución* debe de interpretarse conforme a la configuración legal de ese derecho de distribución realizada por la normativa extrapenal que define ese derecho, en la ya mencionada Ley de Propiedad Intelectual de 1996, en cuyo artículo 17 se reconoce el derecho de distribución, estableciendo que «... corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier formato, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin autorización, salvo los casos previstos en esta ley». En consecuencia, la distribución típica supone ya la lesión del bien jurídico protegido en cuanto que mediante ella se niega la exclusividad de explotación del titular del derecho que afecta a la expectativa de ganancia patrimonial que, derivada de ella, este tiene. No hay duda de que se lesiona dicho derecho cuando se ofrecen en venta y se venden las copias ilegales al público. En consecuencia del apartado primero del indicado precepto se desprende que se castiga igualmente la reproducción como la distribución de la obra de que se trate, sin autorización de su titular. La *venta es punible en cuanto modalidad de distribución*. La jurisprudencia mayoritaria entiende que dentro del término «distribuya» está incluida la «venta», tal y como fluye con naturalidad del texto legal del Real Decreto Legislativo 1/1996 mencionado, que regula la propiedad intelectual, en cuyo artículo 19 se expresa que «se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler,

préstamo o de cualquier otra forma». Y existe venta ilegal de los mismos cuando los CD ocupados contienen obras copiadas a través de medios informáticos de las originales, con independencia de que fuera de manera «casera», si quien lo hizo contaba con los medios para ello, no necesariamente complejos o sofisticados; y tanto quien los reproduce como quien los vende incurren en infracción criminal, incluso cuando el aspecto exterior de la caja que contiene el disco o el aspecto exterior mismo del disco reflejan la copia, pues no deja por ello esta de serlo, siendo evidente que quien lo compra, a precio muy inferior al mercado, en ningún caso ignora la procedencia de la copia que adquiere, se trate de CD o DVD.

*Ánimo de lucro:* elemento fundamental también es el ánimo de lucro que debe inspirar la conducta del vendedor; ánimo de lucro que existe cuando a cambio del CD o DVD, cuya elaboración ha originado un coste, se pide un precio que supera el mismo, obteniendo de esta manera quien lo hace un beneficio económico, que es el fin último del comportamiento que se castiga. Este interés de beneficio económico ilícito es suficiente, no se requiere que el sujeto se dedique de manera habitual o en exclusiva a esa actividad, ni mucho menos que se tenga una estructura similar a la empresarial. En los delitos relativos a la propiedad intelectual no es posible una prueba directa del ánimo de lucro, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo (SSTS de 27 de febrero y 26 de septiembre de 1992) se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo así a criterios como la forma de la copia ilegal, cantidad y número de copias intervenidas, lugar de venta, carencia de todo tipo de documentación y permisos.

*Perjuicio:* el perjuicio de tercero es un elemento del tipo y se señala que habrá de deducirse de la finalidad de la conducta. Siendo necesaria la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio o los perjuicios (STS de 23 de octubre de 1992). Ese perjuicio puede ser material o moral pero siempre ha de probarse (STS de 28 de diciembre de 1984).

*Consumación:* en orden a la consumación, no es necesaria la producción del perjuicio, ya que el Código Penal, en el precepto indicado, dice «en perjuicio de tercero», expresión que es distinta a «con perjuicio para tercero». Esta última expresión implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquella supone una producción meramente potencial. La acción debe ser adecuada o idónea para producir el perjuicio pero la consumación del delito no exige que efectivamente se cause. Con la venta efectiva, en este caso, se produce el agotamiento del delito.

*Falta de autorización:* resulta evidente la existencia de un titular de los derechos de explotación en el ámbito de la propiedad intelectual. Es un hecho que en principio, y salvo excepciones, no requiere prueba, pues debe entenderse probada a la vista de la regulación legal en el Real Decreto Legislativo 1/1996 citado. Por otro lado, es necesario hacer constar que la inexistencia de autorización del titular puede constatarse normalmente mediante prueba indirecta, es decir, a través de indicios o presunciones, sin perjuicio de la prueba directa, mediante la declaración en el juicio oral del titular negando la concesión de la autorización al detenido en concreto, para distribuir o explotar la obra de la manera que se recoge en el texto del caso.

De este somero análisis del precepto penal indicado se desprende que, en el caso descrito en el enunciado, se describe la existencia de un delito relativo a la propiedad intelectual, al concurrir los elementos típicos del precepto sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, siendo posible que el detenido, una vez sea juzgado, pueda ser expulsado de España como forma de sustitución de la pena. El procedimiento a seguir será el de los juicios rápidos.

Se revela a través de las circunstancias en que se realizan las grabaciones que ofrece en venta el detenido, la forma en que lo hacía y el precio pedido; todo esto da lugar a deducir claramente, y de forma racional, que el mismo carece de la autorización oportuna de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual. Prueba indiciaria que se desprende de numerosos datos que acreditan el hecho base, sobre todo en aquellos casos en los que además el vendedor nada dice al respecto o no contradice tal posibilidad.

En el caso propuesto, partiendo de las consideraciones apuntadas, y vista la finalidad, digamos comercial de la conducta desarrollada por el detenido, la intervención policial constató la existencia de la venta por un determinado precio e intervino al detenido numerosos soportes ilícitos. Resulta evidente que a efectos probatorios, quizá sería necesaria la elaboración de un informe pericial, sobre todo en orden a determinar el perjuicio. Debe también acreditarse el elemento subjetivo, que consiste en que la acción se desarrolle con ánimo de lucro, que se debe entender según lo apuntado, como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, mediante la realización de la actividad de venta que resulta prohibida, que determina una ganancia económico-monetary. Este ánimo se obtiene de los diferentes elementos del caso: la venta ilícita por precio escaso, de forma oculta o semioculta, de los CD o DVD con los que obtiene una ganancia para el vendedor y para terceros, bien solo para uno de ellos pues puede ser el lucro propio o de terceros, carecía de documentación o autorización para la venta. De este *modus operandi* se deduce claramente ese ánimo de lucro, existente con carácter general en los supuestos como en el que se plantea.

No parece posible la aplicación de ninguna atenuante o eximente de la responsabilidad criminal, pues no se desprende del caso, y además deben ser objeto de prueba y petición expresa. Evidentemente no es posible la aplicación del estado de necesidad, pues la residencia en España, dedicándose a la comisión de hechos ilícitos para vivir, no es admisible como causa de atenuación de la responsabilidad, ya que para ello debe acreditarse la imposibilidad de realizar otra tarea lícita a esos efectos. Aunque la gravedad del hecho, su escasa entidad, debe tenerse en cuenta para imponer una pena de las legalmente tipificadas, que resulte proporcional y que debería ser la pena de multa próxima al límite legal, al no contar con medios conocidos de vida. Deberá fijarse la responsabilidad civil, debiendo indemnizar de los daños y perjuicios causados (art. 109 del CP).

Debe tenerse en cuenta también la posible aplicación del artículo 89 del Código Penal, pues la falta de residencia legal y la ausencia de circunstancias excepcionales pueden dar lugar a la expulsión, que determinaría la sustitución de la pena.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 89 y 270.
- RDLeg. 1/1996 (TRLPI), arts. 1.º, 17, 26 y 43.
- SSTS de 28 de diciembre de 1984, 27 de febrero, 26 de septiembre y 23 de octubre de 1992.