DICTAMEN 01/06/2012

Contra la sentència dictada pel Jutjat penal número 40 de Barcelona, que absol a NIASS DOUANE per delicte contra la propietat industrial, recorre en apel·lació el Ministeri Fiscal al·legant l'existència del delicte i reclama la condemna de nou.

Cabria reafirmar l'establert en el Fonament Jurídic Tercer de la Sentència de 18 de maig de 2012; *"En el caso de autos y de la prueba practicada en el Juicio oral no se ha desplegado prueba mínima suficiente que permite afirmar que el acusado se hallaba vendiendo bolsos y cinturones. En este sentido si bien los testigos de la Guardia Urbana núm. 22825, 24783, 25438 y 25096 declaró que el acusado estaba ofreciendo los bolsos, lo cierto es que no ha resultado acreditado que observaran ningún acto de transacción, ni que vendiera alguno de los efectos que portaba, ni tampoco han concretado ningún detalle de su actuación o del presunto ofrecimiento del acusado a los transeúntes de la vía pública, sin poder concretar ningún acto concreto de participación del acusado en ese día, afirmando únicamente el agente 22325 que observó una venta, sin poder concretar quien era la persona del comprador ni la cantidad de dinero que se entregó en la misma, no constando la identidad de dicha persona presunta compradora, ni tampoco un acta de intervención de la cantidad entregada y en su caso o cinturón que presuntamente el acusado había vendido, lo que permite generar un mínimo de duda razonable en la convicción de este juzgado en cuanto efectivamente la actuación de la acusado fue la de ofrecimiento y venta de alguna de tales efectos. Por ello, considerando que no se ha practicado prueba de cargo suficiente al respecto, procede en virtud del principio in dubio pro reo absolver a la acusado."*

Sobre la possibilitat que els fets puguin justificar una punició inferior a la interessada pel Ministeri Fiscal.-

Cap ara qüestionar-se si els fets, tal qual han estat declarats provats, resultarien assumibles en el paràgraf 2º de l'article 274.2 del Codi Penal, afegit per Llei Orgànica 5/2010, de 22 de 22 de juny, i més concretament en el seu últim incís. Aquest paràgraf disposa:

"No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 276, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5".

Tres són, doncs, els elements a considerar per aplicar aquest precepte, i més particularment –insistim- el seu últim incís:

1. Distribució al detall. En el present cas i malgrat la contrària opinió de l'acusació, efectivament ens trobem davant tal suposat, doncs l'acusat regentava un lloc ambulant de venda al públic en el Passeig de Gràcia de Barcelona a l'altura del número 59; activitat que només cal qualificar com a distribució al detall o "*venta a pequeña escala*", en paraules de l'Exposició de Motius (apartat XVII) de l'esmentada Llei Orgànica 5/2010.

2. Característiques del culpable. Tan indefinit concepte podria donar a entendre que, a tenor de la referida Exposició de Motius, hauria de reservar-se a "*personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia*". No obstant això, convé significar que tal argument es realitza pel legislador per si no fos prou, com revela l'expressió "*máxime cuando*" utilitzada per introduir la frase abans ressenyada. En realitat, interpretant-la dins del seu context, es conclou que el principal motiu de la rebaixa punitiva no se centra en la marginalitat que freqüentment caracteritza als autors d'aquestes infraccions penals, sinó en "*una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias fraudulentas*", com s'adverteix amb anterioritat en la citada Exposició de Motius i resulta predicable del cas que ens concerneix.

Per afegiment, difícilment cal concloure que el legislador concebés la seva reforma amb la intenció d'aplicar-la exclusivament a "persones en situació de pobresa", com podria pretendre l'acusació , quan en la pràctica resultarà fart complex, si no impossible, acreditar que persones en tals circumstàncies hagin obtingut, o puguin obtenir mitjançant la venda de la mercaderia que se'ls confisqui, beneficis econòmics propers als 400 euros; quantitat que marca el límit entre el delicte i la falta, com s'analitzarà a continuació.

3. Benefici econòmic inferior a 400 euros. El punt important d'aquest requisit resideix a destriar si per aquest benefici econòmic ha d'entendre's ben el ja obtingut o materialitzat, ben el que s'hagués pogut obtenir amb la futura venda de la mercaderia intervinguda a poder de l'inculpat.

La clau de l'assumpte hem de buscar-la, una vegada més, en l'Exposició de Motius de la reforma operada per la Llei Orgànica 5/2010, que pot ajudar a desentranyar la voluntat del legislador, deficientment plasmada en l'articulat del Codi Penal. Doncs bé, en el ja repetit apartat XVII d'aquesta Exposició de Motius, textualment es recull, com a element del subtipus atenuat, "*la reducida cuantía del beneficio económico obtenido*" pel culpable, i no el que s'hagués pogut obtenir amb una hipotètica i futura venda de la mercaderia intervinguda; benefici que, a més, quan no aconsegueixi els 400 euros, convertirà la conducta investigada o jutjada en mera falta.

Centrant-nos en el present cas, el Magistrat a quo declara no provat que l'acusat pretengués vendre, amb ànim d'obtenir beneficis econòmics les peces que van ser ocupades en el seu poder. No consta, en definitiva, ni s'ha practicat prova alguna sobre aquest tema, que

l'acusat hi hagués ja obtingut benefici algun, sinó només que pretenia obtenir-ho mitjançant la venda de les mercaderies confiscades. En tals condicions, necessàriament ha de concloure's que el benefici o marge comercial obtingut per l'acusat va ser menor de 400 euros, per la qual cosa el fet seria constitutiu de la falta contra la propietat industrial sancionada per l'article 623.5 del Codi Penal; sense perjudici que la mera tinença o possessió conscient i intencionada, que es declara provada, prou per satisfer el tipus donat el tenor de l'article 274.2 paràgraf 1º del Codi Penal: "*Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas, posea para su comercialización (...)*".

Cabria afegir que tampoc ha quedat acreditat que el benefici que haguessin obtingut per l'acusat mitjançant la venda de les peces confiscades hauria superat els 400 euros. No cal advertir que una cosa és el perjudici ocasionat a les entitats titulars dels drets d'explotació de les marques falsificades , i una altra diferent el benefici que poguessin haver obtingut l'acusat amb la venda d'aquesta mercaderia fraudulenta; concepte aquest englobat en el perjudici que defineix l'article 43.2 de la Llei 17/2001, de 7 de desembre, de Marques.

Doncs bé, per calcular el possible benefici que podrien haver obtingut l'acusat, només es compta amb les declaracions dels agents, al tenor dels quals caldria realitzar les següents observacions:

1. ***"****(…) afirmando únicamente el agente 22325 que observó una venta, sin poder concretar quien era la persona del comprador ni la cantidad de dinero que se entregó en la misma, no constando la identidad de dicha persona presunta compradora, ni tampoco un acta de intervención de la cantidad entregada y en su caso o cinturón que presuntamente el acusado había vendido, lo que permite generar un mínimo de duda razonable en la convicción****"***

En cap cas, per tant, el benefici que podria haver obtingut l'acusat hagués superat els 400 euros.

Per tot quant antecedeix, es conclou que els fets jutjats revestirien els caràcters d'una falta contra la propietat industrial sancionada en l'article 623.5 del Codi Penal.

Sobre la prescripción de la responsabilidad criminal de NIASS DOUANE.-

Aconseguit aquest punt, ens plantegem si la referida falta podria trobar-se prescrita.

Convé recordar que la naturalesa material i d'ordre públic, inherent a l'institut de la prescripció, imposa que hagi de ser apreciada fins i tot d'ofici en el moment que es comprovi la concurrència dels seus requisits i qualsevol que sigui l'estat que presentin les

actuacions (en tal sentit i per multitud d'elles, sentència del Tribunal Suprem de data 9 de març de 2005).

Doncs bé, respecte a la prescripció, el Ple de la Sala Segona del Tribunal Suprem va adoptar recentment, amb data 26 d'octubre de 2010, un Acord no Jurisdiccional del tenor literal següent:

"Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado".

Aquest Acord, per la qual cosa es refereix concretament a les faltes, no ve sinó a acollir la tesi que, nova i encertadament, ja defensava la sentència 179/2009, de 16 de març, dictada en Rotllo d'Apel·lació de Judici de Faltes per la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de València. I, en definitiva, aplicat al cas que ens concerneix, condueix a declarar la no prescripció de la falta, examinada la causa, es comprova que, des de la remissió de les actuacions pel Jutjat d'Instrucció (acte de data 20 de gener de 2012) fins que el Jutjat penal es va pronunciar sobre admissió de proves i assenyalament del judici oral (acte de data 18 de maig de 2012), el procediment no va estar paralitzat durant més de sis mesos, termini prescriptiu establert per a les faltes per l'article 131.2 en relació amb el 132.2 paràgraf 1º del Codi Penal.

Conclusió:

Una defensa subsidiària seria defensar que estem en una falta, i no un delicte, ja que no s'ha resultat provat que en cap cas el benefici que podria haver obtingut l'acusat hagués superat els 400 euros.

Per tot quant antecedeix, es conclou que els fets jutjats revestirien els caràcters d'una falta contra la propietat industrial sancionada en l'article 623.5 del Codi Penal

En relació a la prescripció es conclou que no existeix prescripció de la falta, examinada la causa, es comprova que, des de la remissió de les actuacions pel Jutjat d'Instrucció (acte de data 20 de gener de 2012) fins que el Jutjat penal es va pronunciar sobre admissió de

proves i assenyalament del judici oral (acte de data 18 de maig de 2012), el procediment no va estar paralitzat durant més de sis mesos, termini prescriptiu establert per a les faltes per l'article 131.2 en relació amb el 132.2 paràgraf 1º del Codi Penal.

Tal és el meu dictamen que sotmeto a qualsevol altre criteri millor fundat en dret.

Barcelona, a 01 de juny de 2012