DICTAMEN PENAL

Niass Douane, natural de Senegal y sin permiso de residencia en España y sin antecedentes penales, fue detenido a las 21: 30 horas del día 3 de febrero de 2011, a la altura del número 59 del Paseo de Gracia por agentes de la Guardia Urbana de Barcelona, siéndolo atribuido un delito contra la propiedad industrial tipificado en el artículo 274.2 del Código Penal.

Los agentes de la Guardia Urbana visualizaron un transeúnte, posteriormente identificado como NiaSs Douane, que recibía un billete de una persona que inmediatamente después abandonó el lugar. Al acercarse al lugar en el que se encontraba nuestro defendido, verificaron que a los pies tenía una sábana con cordones atados en sus extremos para su fácil recogida. Sobre la sábana tenía dispuestos bolsos y cinturones de distintas marcas de lujo, no pudiendo acreditar su origen. NiasS Douane contaba en ese momento con 73.5 Euros en diferente tipo de billete y moneda y 5 dólares.

Niass declaró ante el Juez de Instrucción, el día 5 de febrero de 2011 que la manta y las bolsas no eran suyas, sino de un compatriota, y que él se encontraba al cuidado de las mismas mientras iba a los baños de una cafetería cercana.

Tras la declaración del inculpado, las pruebas periciales practicadas, y la declaración e los representantes de las entidades presuntamente perjudicadas, el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación considerando los hechos como constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual tipificado en el artículo 274.2 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

El artículo 274.2 castiga con las mismas penas que el artículo anterior (seis meses a dos años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses) al que, a sabiendas, posea para su comercialización o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados.

El objeto material protegido por este tipo son los signos distintivos registrados conforme a la legislación de marcas, que otorgan a su titular un medio para identificar en el tráfico comercial a su empresa o sus actividades o mercancías, cuyo concepto se nos ofrece en los artículos 4 y 87 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, Ley de Marcas.

En cuanto al bien jurídico protegido, se puede afirmar que es el derecho exclusivo del titular registral, tal y como establece el propio Código Penal que sanciona las conductas

de mera posesión para la comercialización de productos que incorporen signos distintivos fraudulentos, que supongan una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos.

En el caso que nos ocupa, y con el objetivo de lograr una mejor defensa de los intereses de nuestro cliente, es necesario realizar un análisis pormenorizado de la jurisprudencia respecto a esta cuestión, ya que la falta de criterio uniforme en cuanto al bien jurídico protegido por la norma, puede aportarnos información importante para su defensa.

Existen sentencias que afirman que se trata de delitos pluriofensivos, que protegen un bien jurídico dual, y que exigen para que los hechos tengan relevancia penal, que los signos distintivos que han sido usurpados tengan aptitud para inducir a error o equivocación al consumidor. Así se desprende de la lectura de las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 22/01/88, de 9/06/89, y de 6/05/95, entre otras.

En apoyo de la tesis contraria, que considera el interés del titular de signo distintivo como único bien jurídico protegido, existe también numerosa jurisprudencia. Los partidarios de esta tendencia afirman que es indiferente que los signos usurpados tengan o no aptitud para crear confusión en el consumidor, bastando la mera posesión para la comercialización o la comercialización para que la conducta sea considerada como típica a efectos penales.

En nuestra defensa podemos alegar la jurisprudencia que exige el requisito de confundibilidad, mayormente elaborado por las Audiencias Provinciales, poniéndolo en relación con la aptitud de los signos que han sido usurpados, para confundir al eventual comprador de los mismos, y atendiendo a las circunstancias en las que se produce la venta.

En este caso, tal y como señala el informe pericial realizado, "a pesar de la similitud de los anagramas con los originales, la marroquinería no tiene la procedencia industrial que se le supone, ni los productos son iguales a ninguno de los incluidos en los catálogos de estas empresas", luego no cabe confusión posible. Además, la venta presuntamente se ha producido en circunstancias que a nadie harían pensar en la autenticidad de tales productos, por lo que no puede haber ningún error en el consumidor que los adquiere.

Esta línea de defensa se puede apoyar en lo señalado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona secc 5ª de 26/2/2004, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc 2ª de 2/7/2004, aunque dada la disparidad de criterios jurisprudenciales a la hora de exigir el juicio de confundibilidad de los signos distintivos y la posibilidad de inducir a error al consumidor, quizá no se trate del argumento más sólido en el que apoyarnos existiendo otros con más posibilidades de éxito.

La conducta típica que se sanciona penalmente en el artículo 274.2, se refiere a la posesión para la comercialización y la puesta en el comercio de productos o servicios con signos distintivos.

En base a esta redacción se puede afirmar que es suficiente que el autor lleve a cabo esta conducta de mera posesión o de comercialización efectiva para que el tipo se considere consumado.

Hay que señalar que existe un elemento subjetivo, ya que esa mera posesión para la comercialización, o comercialización efectiva debe realizarse "a sabiendas", quedando excluida la comisión culposa, o incluso el dolo eventual.

El testimonio de los Agentes acerca de las circunstancias en las que se produjeron los hechos puede ser cuestionado.

Los agentes afirman que el día 3 de febrero alrededor de las 21:00 horas a la altura del número 59 del Paseo de Gracia de Barcelona, uno de ellos visualizó entre los transeúntes, cómo nuestro cliente recibía un billete de una persona que abandonaba posteriormente el lugar. Una vez se acercaron al lugar en el que Niass se encontraban, vieron como éste no se movía, y que tenía a sus pies una sábana con cordones atados en sus extremos para su fácil recogida, y que sobre la sábana tenía varias bolsas y cinturones.

De las circunstancias de hora y fecha y la distancia del lugar en el que se encontraban los agentes hasta el lugar en que presuntamente se estaba cometiendo el delito se puede deducir que la visibilidad era escasa, luego podríamos argumentar la insuficiencia de la actividad probatoria sobre los elementos del tipo que no logra destruir la presunción de inocencia, aunque, dadas las circunstancias no debemos confiar en que esta línea de defensa prospere, por la poca consistencia de la declaración de nuestro cliente, que alegó que las manta y las bolsas no le pertenecían, y que sólo se encontraba cuidándolas en espera del regreso de los aseos de un compatriota al que tampoco identificó.

Por su gran relevancia a la hora de enjuiciar los hechos, hay que tener, además, en cuenta la importante modificación llevada a cabo en este artículo, por la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que incluye un párrafo en el 274.2.

El legislador ha entendido que era necesaria una adaptación del tipo a la situación de los denominados *manteros*, en aras del principio de proporcionalidad.

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.

El artículo 623.5 del Código penal establece que Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

5.- Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente.

Luego, en su caso, se deberá calificar como constitutivo de falta, y no como delito como afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación.

En este punto debemos analizar el discurso temporal del procedimiento penal iniciado contra nuestro defendido.

La detención se produjo el día 3 de febrero de 2011

El día 5 de febrero se llevó a cabo la declaración de Niass Douane ante el Juez de Instrucción.

El 10 de febrero se solicitó el informe pericial que fue emitido el día 24 del mismo mes.

En ese momento se produjo una paralización de la causa, por haber estado de baja el funcionario de justicia que la tramitaba.

El 3 de septiembre de 2011 se dictó auto de prosecución del procedimiento por los trámites del Procedimiento abreviado.

El 9 de septiembre de 2011, el Ministerio Fiscal, presentó escrito de acusación contra Niass Douane considerándolo, como hemos señalado anteriormente, autor de un delito contra la propiedad intelectual tipificado en el artículo 274.2 del Código Penal.

Debemos traer a colación en este momento el régimen jurídico de la prescripción de los delitos y faltas.

El artículo 131 del Código Penal, establece que Los delitos prescriben:

- A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.
- A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.
- A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.
- A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año.

Señalando el apartado 2 que Las faltas prescriben a los seis meses.

Como hemos argumentado anteriormente, los hechos presuntamente atribuidos a Niass, en su caso, deberían ser calificados como falta, luego la prescripción ocurrirá a los seis meses.

El artículo 132.1 afirma que los plazos de prescripción se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción.

El artículo 132. 2, señala que la prescripción se interrumpirá quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

- 1. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.
- 2. No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.

En el caso que estamos analizando, debido al tiempo transcurrido desde que se realizó el último trámite, de solicitud del informe pericial el 10 de febrero, y su emisión el 24 de febrero de 2011, hasta que se dictó el auto de prosecución el 3 de septiembre, se puede entender que se ha producido la prescripción de la falta presuntamente cometida por Niass Douane, extinguiéndose por tanto su responsabilidad penal.

Sin duda, ésta será la mejor vía de defensa, una vez establecida la calificación de los hechos como falta, y no como delito.