

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Tutela penal. Bien jurídico protegido. Piratería. Principio de la intervención mínima.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2ª

**FECHA:** 10-3-2008

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Actualización: 18-10-2010.

**OTROS DATOS:** Recurso 58 / 2008. Sentencia 236/2008.

### **SUMARIO:**

*“... cualquier venta, incluso «la venta callejera», es una conducta típica al estar vetada por Ley al interprete toda interpretación del término y, por lo tanto, cumplidas las demás exigencias típicas ... no es posible en Derecho afirmar su atipicidad sobre la base de considerar que la conducta escapa del ámbito de protección de la norma porque no constituye un ataque grave al bien jurídico protegido (el derecho exclusivo a la explotación patrimonial de la obra) desde la perspectiva del principio de intervención mínima”.*

[...]

*“... cuando el legislador ha empleado el término «distribuir», junto al de reproducir, plagiar o comunicar públicamente, con ánimo de lucro y en perjuicio (patrimonial) de tercero, no se está refiriendo al contrato de distribución strictu sensu ..., sino a la puesta a disposición del público (por lucro) de copias o reproducciones con lesión (patrimonial) del derecho de explotación de la obra que jurídicamente pertenece a sus titular ...”.*

[...]

*“... considerar sin ulterior razonamiento que solo «la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito» (y no la venta callejera o en establecimiento de cantidades menores) integra el tipo penal por aplicación del principio de intervención mínima, conllevaría, por el principio de igualdad en la interpretación de los tipos penales, la aplicación del mismo principio también en sede de tráfico de estupefacientes de modo que «solo el tráfico o tenencia en grandes cantidades» constituiría una conducta grave susceptible de ser incardinada en el artículo 368 del CP y no la venta de una o mas papelinas, lo que es absurdo”.*

## TEXTO COMPLETO:

*En nombre de S.M. el Rey, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona ha visto en grado de apelación el Proceso Abreviado nº 62/07, Rollo de Apelación nº AP58 sobre delito contra la propiedad intelectual procedente del Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar, en el que fueron partes el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la Acción Pública y como acusado Andrés, representado por el Procurador Sra Esparrich Rovira en virtud del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del referido acusado contra la sentencia dictada a 9 de enero de 2008 por el Sr. Juez del expresado Juzgado.*

*El recurso fue impugnado por el Ministerio Fiscal quien solicitó la confirmación de la sentencia objeto de apelación.*

*Ha sido Magistrado Ponente de esta resolución S.S<sup>a</sup> Ilma Doña María José Magaldi Paternostro, quien expresa el parecer del Tribunal.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *En fecha 9 de enero de 2008 y por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar se dictó sentencia en el Proceso Abreviado nº 62/07 que contiene el fallo que aquí se da por reproducido por razones de economía procesal.*

**SEGUNDO.-** *Apelada fue la sentencia por la representación procesal del acusado y previos los trámites legales se remitieron los autos a esta Sección teniendo entrada en la misma el día 3 de marzo de 2008, habiéndose celebrado el día de la fecha la preceptiva deliberación y votación del recurso interpuesto en cuya tramitación se han observado todas las prescripciones legales.*

**TERCERO.-** *Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y los hechos probados de la sentencia apelada.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada que se*

*sustituyen por los contenidos en esta resolución.*

**SEGUNDO.-** *Articula la representación procesal del acusado el recurso de apelación que interpone contra la sentencia dictada en la primera instancia alrededor de los argumentos jurídicos que expone en el escrito de formalización del recurso, sobre cuya base solicita la revocación de la sentencia y que se dicte otra de conformidad con sus pretensiones absolutorias.*

*El recurso de apelación no puede prosperar en esta alzada por las razones jurídicas que se explicitan en el siguiente Fundamento de Derecho.*

**TERCERO.-** *El recurrente funda el primer motivo del recurso en realidad y aun cuando alude a la infracción de precepto constitucional, en un error en la valoración de la prueba en que habría incurrido el Juez a quo y que habría comportado la sentencia condenatoria que contra el acusado pronuncia.*

*Pues bien, con carácter previo al análisis del fondo del primer motivo del recurso debe señalarse que si bien es cierto que el recurso de apelación permite la revisión de la valoración de la prueba efectuada por el Juez a quo, cierto es también que el hecho de que aquella tenga como base las pruebas practicadas a su presencia, garantizados los principios de publicidad, oralidad y contradicción, oídas Acusación y Defensa y las propias manifestaciones del acusado (artículos 24 de la CE, 741 de la LECRim y 229 de la LOPJ.) comporta que, en principio, aquella valoración deba ser respetada hecha excepción de que carezca de todo apoyo en el conjunto probatorio practicado en el acto solemne del Juicio Oral, lo que no acaece en la sentencia objeto de apelación.*

*En efecto, admitidos los demás extremos fácticos que otorgan virtualidad al tipo penal del artículo 270 del CP, el aducido error cristalizaría en la inexistencia de prueba de cargo en lo que concierne al carácter de copia o reproducción del original de las canciones y películas que fueron incautadas al acusado, así como del valor económico de dichas*

reproducciones, respecto de lo cual no se habría practicado pericial alguna en el acto del Juicio siendo así que las referidas periciales documentadas obrantes en la causa habían sido expresamente impugnadas por la parte recurrente.

Es cierto, por un lado, que el Ministerio Fiscal no dejó constancia en su escrito de calificación provisional de que proponía como documental las pericias realizadas, sin necesidad de citación de los peritos, salvo que fueren impugnadas por la parte y, por otro, que la representación procesal del acusado las impugnó en su escrito de conclusiones provisionales. Sin embargo, reciente jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, afirma que no basta la mera impugnación sino que es preciso que la parte impugnante bien cite a los peritos a Juicio o bien proponga una contrapericia puesto que la mera manifestación de que se impugna una pericia o certificación en sede de escrito de defensa no puede comportar la expulsión de la misma sin más y sin material contradicción del procedimiento, impugnación formal que el recurrente no ha llevado a cabo por lo que la valoración como documental de la misma es perfectamente legítima, significando, por último, al recurrente, en lo que concierne a su alegación de que no consta la vigencia de los derechos de explotación y la titularidad de los mismos, supuesto en el cual, como hemos dicho en otras ocasiones, no puede pronunciarse una sentencia condenatoria, que en este caso sí fueron llamados a la causa y acreditaron tales exigencias las entidades que los ostentaban (folios 41 y ss, 55 y ss, 98 y 106 yy ss)

**CUARTO.-** El segundo motivo del recurso que la parte rubrica bajo el epígrafe infracción de precepto legal, se concreta, en definitiva, en compartir la tesis interpretativa del artículo 270 del CP propuesta y aplicada por la Sección Séptima de esta Audiencia Provincial según la cual, en virtud de la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, la conducta enjuiciada en esta causa sería atípica.

La Sala no solo no comparte dicha tesis sino que sostiene una posición hermeneutica

distinta que fue expuesta en nuestro auto de fecha 10 de diciembre de 2007 (AR678/07) del que fue Ponente quien lo es de esta resolución y que transcribimos en parte como respuesta jurídica (negativa) a la pretensión absolutoria del recurrente deducida como segundo motivo del recurso.

La tesis interpretativa propuesta por la Sección Séptima de la Audiencia de Barcelona, afirma que "la venta callejera" de copias o reproducciones de obras amparadas por el derecho de propiedad intelectual, con violación por tanto del derecho de explotación exclusiva de dicho derecho "no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal " " por tratarse del último eslabón del comercio ilegal", lo cual equivale a declarar su atipicidad.

La declarada atipicidad se funda (con expresa alusión a la STS de 24 de febrero de 2003) exclusivamente en un principio político criminal: el principio de intervención mínima del sistema penal, en virtud del cual -se dice- "solo las conductas más graves, como la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito" y no " la venta callejera de estos productos ilegales, por medio de personas, que solo buscan una manera de ganarse la vida, ante la imposibilidad de otros medios más adecuados".

Así pues, aceptada la ilegalidad de la venta y el carácter ilícito de las copias o reproducciones objeto de la misma, la Sección Séptima no afirma la atipicidad porque la elección de un método interpretativo legal en vez de otro (artículo 3.1 CC) la conduce a declararla por no ser subsumible la venta callejera en el tenor literal posible de la conducta de "distribuir" o apoyándose en los presupuestos dogmáticos que otorgan virtualidad a la atipicidad de una conducta por ausencia de antijuricidad material, es decir, de lesión penalmente relevante del bien jurídico protegido. Y tampoco funda la absolución que pronuncia en la causa de justificación (que no de atipicidad) del estado de necesidad (artículo 20.5º CP) a lo que parece abocar la referencia a actividad (ilegal) " de personas que solo buscan una manera de ganarse la vida ante la posibilidad de otros medios adecuados" que deviene, en

consecuencia, una mera petición de principio sin consecuencia jurídica alguna.

Esta Sala no puede asumir la interpretación del artículo 270 del CP propuesta por la Sección Séptima que se apoya en la mera remisión a un principio político criminal. Los motivos jurídicos de nuestra discrepancia son los siguientes:

1º) Es un hecho jurídicamente indiscutido que el "principio de intervención mínima" es un mandato dirigido al legislador en virtud del cual, en un Estado de Derecho, el derecho penal solo debe prohibir bajo pena los ataques mas graves (e idóneos) dirigidos a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que se entienden esenciales para el desarrollo de los individuos o de la sociedad políticamente articulada y que, de este modo, devienen bienes jurídico penales. (principio de fragmentariedad y de última ratio).

De ninguna manera constituye un mandato dirigido al Juez (en la aplicación del Derecho) ni le posibilita fundar solo en dicho principio una absolución (o un sobreseimiento) en cuanto no constituye por naturaleza ni una causa de atipicidad (error de tipo invencible que excluye el tipo subjetivo), ni una causa de justificación (apartados 4º, 5º y 7º del artículo 20 del CP) ni, claro es, una causa de inimputabilidad apartados 1º, 2º y 3º del artículo 2º del CP) o de exculpación o inexigibilidad (apartado 6º del artículo 20 del CP) o el error de prohibición invencible según jurisprudencia mayoritaria).

2º) Ahora bien, constituyendo el principio de intervención mínima un principio político criminal que debe informar todo el ordenamiento penal y siendo un hecho -doctrinal y jurisprudencialmente admitido que los principios político criminales deben impregnar también la interpretación (y aplicación) de los tipos penales, también el Juez está llamado a respetar dicho principio cuando interpreta el Derecho (en este caso, en la interpretación del artículo 270 del CP) pero la cristalización del mismo en sede jurisdiccional solo es factible acudiendo bien a la interpretación restrictiva de los tipos penales,

bien a la ausencia de antijuricidad material de la conducta.

Dicho en términos sintéticos: en la interpretación y aplicación del Derecho Penal el Juez se sujeta (y debe hacerlo) al principio de intervención mínima cuando (en favor del reo) realiza una interpretación restrictiva del tipo o cuando advierte (y justifica) la ausencia de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico pero, de ninguna manera, puede sustentar en aquel principio la irrelevancia penal de una conducta que el legislador ha tipificado como delito pues ello implica suplantar la voluntad del legislador quien únicamente faculta al Juez, si cree que un comportamiento no debiera ser penado (típico) o no serlo tan gravemente, a exponer su tesis al Gobierno o a solicitar el indulto. (artículo 4.3 del CP) Y ello es lo que, precisamente, lleva a cabo la tesis interpretativa elaborada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial que sostiene la atipicidad de los hechos en razón de la aplicación (directa) del principio político criminal de intervención mínima, (tomando como punto de referencia una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que como diremos no guarda relación con el supuesto de autos) partiendo de consideraciones socio-subjetivas y no de consideraciones jurídicas derivadas de la elección de un determinado criterio interpretativo o por calificarlos como exponentes de una de las causas de ausencia de antijuricidad material (dogmáticamente determinadas)

Apoyamos nuestra afirmación en los siguientes argumentos jurídicos:

1º) La Sección Séptima no solo acepta que el tipo penal del artículo 270 del CP constituye un tipo penal en blanco sino que, citando el artículo 19 de la Ley de la Propiedad Intelectual, admite también que "cualquier venta de una obra artística en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho de la propiedad intelectual", por lo que cabe inferir que afirma la vinculación del interprete penal a la definición auténtica del concepto de distribución que recoge el citado artículo 19 de la LPI y, en definitiva, que el artículo 270 del

*CP acoge una figura delictiva que, en todos sus aspectos, constituye una ley penal en blanco.*

*Ergo, no absuelve en razón de una interpretación restrictiva del concepto de "distribución" que conlleva su exclusión del ámbito de protección de la norma por no tener cabida en el tenor literal del precepto, sino que reconoce expresamente que la "venta callejera" llevada a cabo con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero (del titular del derecho o los cesionarios) "supone una infracción del derecho de propiedad intelectual", si bien, a continuación, y con apoyo en el principio de intervención mínima, determina que "solo las conductas más graves, como la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades puede configurar el delito"*

*Desde esta perspectiva (ley penal en blanco), es evidente que la conducta de "distribuir", como elemento normativo jurídico del tipo, solo puede ser interpretado en el sentido que le proporciona el artículo 19 de la LPI por lo que cualquier venta, incluso "la venta callejera", es una conducta típica al estar vetada por Ley al interprete toda interpretación del término y, por lo tanto, cumplidas las demás exigencias típicas (que no se discuten por la Sección Séptima) no es posible en Derecho afirmar su atipicidad sobre la base de considerar que la conducta escapa del ámbito de protección de la norma porque no constituye un ataque grave al bien jurídico protegido (el derecho exclusivo a la explotación patrimonial de la obra) desde la perspectiva del principio de intervención mínima.*

*Pero es que, aun cuando se sostuviera que el artículo 270 del CP integra un tipo penal en blanco solo parcialmente, es decir, en lo que se refiere a las exigencias jurídico privadas que disciplinan la titularidad (jurídicamente reconocida) de un derecho de la propiedad intelectual, sin que el legislador penal y el interprete se hallen vinculados, en lo que a la descripción de las conductas típicas se refiere, a conceptos estrictamente mercantiles, del redactado y exigencias típicas del precepto y del bien jurídico protegido (interpretación sistemática) se desprende que cuando el legislador ha empleado el término "distribuir", junto al de reproducir, plagiar o comunicar*

*publicamente, con ánimo de lucro y en perjuicio (patrimonial) de tercero, no se está refiriendo al contrato de distribución strictu sensu (cuyo significado jurídico mercantil tampoco coincide con la distribución "en grandes cantidades" a la que aluden las sentencias antes citadas), sino a la puesta a disposición del público (por lucro) de copias o reproducciones con lesión (patrimonial) del derecho de explotación de la obra que jurídicamente pertenece a sus titular y no así, en cambio, para el mero autor-distribuidor, a la "distribución" gratuita de dichas copias, esto es, sin ánimo de lucro, aun cuando fuera masiva que sí escapa al tenor literal del precepto ("con ánimo de lucro").*

*Y, a mayor abundamiento, tal entendimiento de los conceptos típicos de "reproducción" (en masa) o de "distribución" (en grandes cantidades) vaciaría en gran medida de contenido, orillando la interpretación sistemática, el subtipo agravado del artículo 271 del CP.*

*2º) La atipicidad de "la venta callejera" preconizada por la Sección Séptima tampoco halla causa en la ausencia de antijuricidad material lo cual solo tiene lugar, según la doctrina actual, en el supuesto de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica: a) No implican una afectación suficiente del bien jurídico por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (Ejemplo, el que causa la muerte de otro a consecuencia de un mero empujón que determina su caída y que su cabeza dé en un bordillo no puede considerarse autor del tipo de homicidio porque la muerte no puede imputarse objetivamente como una conducta suficientemente peligrosa) b) El bien jurídico típico es disponible por parte de su titular y existe conformidad de éste. (Ejemplo, no hay tipo de detención si la víctima consiente en ser detenido) c) Son hechos adecuados socialmente (principio de adecuación social). Así, no son penalmente típicos los malos tratos, improperios o lesiones consecuencia de actuaciones deportivas normales. d) Son hechos o ataques insignificantes al bien jurídico protegido por la norma (principio de insignificancia). Así, no constituye el tipo de coacciones el hecho de que en una autopista un vehículo impida*

*adelantar a otro manteniéndose indebidamente en el carril izquierdo.*

*En estos casos - y solo en estos, entre los que no resulta subsumible el que nos ocupa- que, sin embargo, formalmente caben en la letra de los tipos penales respectivos, se habla dogmáticamente de causas de exclusión de la tipicidad que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de la tipicidad según la doctrina mayoritaria.*

*En todos los demás, las conductas descritas en un tipo penal son típicas y lo es, pues, "la venta callejera" de copias o reproducciones de CD o DVD, sin perjuicio que pueda apreciarse en dicha conducta, como eximente o atenuante, el estado de necesidad o incluso un error de prohibición, vencible o invencible, si se acreditaren los presupuestos que los viabilizan.*

*3º) Finalmente, la tesis propuesta por la Sección 7ª de la Audiencia confunde el sentido y alcance del contenido de la STS de 24 de febrero de 2003 en la que apoya su interpretación del artículo 270 del CP y que transcribe descontextualizado.*

*Efectivamente, lo que se apunta en dicha sentencia es ni más ni menos que el Juez debe tener en cuenta el principio de intervención mínima de la normativa penal en la función que le compete de interpretar los tipos penales, fijando en una rigurosa hermenéutica qué ataque grave para el bien jurídico ha querido proteger el legislador asociando una pena a determinada conducta y cual ha relegado extramuros del sistema punitivo, pero en ningún caso manifiesta que el principio de intervención mínima otorgue al Juez la facultad de absolver por entender que una conducta (típica) carece de gravedad suficiente, pues ello constituiría un mecanismo inadecuado para expulsar del sistema penal comportamientos que (con acierto político criminal o no) el legislador ha querido tipificar como infracción penal lo que, desde ningún prisma constitucional, es función del Juez.*

*Ello tiene especial relevancia en supuestos delictivos que tienen su correlativo en el marco del derecho administrativo sancionador*

*(supuestos a los que se refiere la sentencia del TS citada) donde es preciso marcar el límite entre la conducta más grave (delito) y la conducta menos grave (infracción administrativa) pero este límite debe ser buscado (y hallado) por el Juez en el propio tipo penal mediante una labor interpretativa del precepto penal (y concretamente de la conducta típica) restrictiva y que atienda al bien jurídico protegido. Y así, el delito fiscal, por interpretación de la conducta típica (artículo 305 CP: "el que defraude... eludiendo") requerirá la elusión de impuestos mediante actos o conductas fraudulentas tendentes a enmascarar el hecho imponible mientras que el mero hecho de no pagar los impuestos (eludir impuestos) determinará solo una sanción administrativa; igualmente, no toda resolución irregular (e incluso contraria a Derecho) dictada por funcionario público en asunto administrativo constituirá prevaricación sino solo aquella que, dictada en el marco estrictamente legal o en virtud de la facultad discrecional de la administración, no pueda objetivamente justificarse en Derecho (artículo 404 CP "arbitraria"). Y en otro orden de cosas, un contrato nulo por vicio del consentimiento (dolo vicio) que causa un perjuicio patrimonial permanecerá en la esfera jurídico privada si dicho contrato no halla causa en un "engaño bastante" (objetiva y subjetivamente) tal y como se ha configurado interpretativamente por la doctrina y la jurisprudencia (artículo 248 CP).*

*Esta es la única función (y el límite) que el principio político criminal de intervención mínima debe jugar en la función jurisdiccional de aplicar el Derecho penal, sin que al margen de los criterios interpretativos expuestos, pueda devenir una causa de exención de la responsabilidad no prevista – ni querida- por el legislador. O expresado de otra manera: en el ámbito de la aplicación del Derecho Penal, el principio político criminal de intervención mínima del sistema punitivo no deroga el principio de legalidad constitucionalmente declarado.*

*Pero es que además, considerar sin ulterior razonamiento que solo "la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho o su distribución en grandes*

*cantidades pueden configurar el delito" (y no la venta callejera o en establecimiento de cantidades menores) integra el tipo penal por aplicación del principio de intervención mínima, conllevaría, por el principio de igualdad en la interpretación de los tipos penales, la aplicación del mismo principio también en sede de tráfico de estupefacientes de modo que "solo el tráfico o tenencia en grandes cantidades" constituiría una conducta grave susceptible de ser incardinada en el artículo 368 del CP y no la venta de una o mas papelinas, lo que es absurdo.*

**QUINTO.** *Se declaran de oficio las costas procesales del recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y ss del Código Penal y 239 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general aplicación al caso, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo en nombre de S.M. el Rey*

## **FALLAMOS**

*Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sra Esparrich Ejaz, en nombre y representación de Andrés contra la sentencia dictada a 9 de enero de 2008 por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Arenys de Mar en el Procedimiento Abreviado nº 62/07 debemos confirmar y confirmamos íntegramente y en todos sus pronunciamientos dicha sentencia, declarando de oficio las costas procesales de la primera instancia y las del recurso.*

*Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario alguno, la pronunciamos, mandamos y firmamos.*

**PUBLICACIÓN.-** *Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el día de su fecha por la Ilma Sra Magistrado Ponente, hallándose celebrando audiencia pública. DOY FE.*