

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2011
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela penal. Bien jurídico protegido. Piratería. Economía informal. Principio de la intervención mínima.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 6ª

FECHA: 10-11-2009

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: 19-10-2010.

OTROS DATOS: Recurso 690/2009. Sentencia 1073/2009.

SUMARIO:

“Cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular, supone una infracción del derecho de la propiedad intelectual. Ahora bien, no toda infracción del derecho a la propiedad intelectual es constitutiva de delito ... El delito sólo lo configuran aquellas conductas, infractoras de los derechos de las propiedades intelectuales e industriales, que por su gravedad, justifiquen la aplicación del derecho penal”.

“En este caso, la oferta callejera de CDs falsificados, no tiene la entidad suficiente para constituir ilícito penal, aunque suponga una infracción del derecho de exclusividad amparado por la propiedad intelectual, la cual lógicamente debe tener su sanción, pero no penal ... Contra la venta callejera de estos productos, por personas, que sólo buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa por la aplicación del derecho penal, sino por la aplicación de normas de orden público, que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales, que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada ...”.

COMENTARIO: La aplicación o no de los principios de la *“insignificancia”* (o del delito de *“bagatela”*) y/o de la *“intervención mínima”* del derecho penal, en los casos de la distribución al público de ejemplares ilícitamente reproducidos de obras musicales o audiovisuales, interpretaciones o ejecuciones artísticas y/o de producciones fonográficas, a través de la venta callejera o por medio de los canales de la economía informal, no ha tenido una recepción uniforme en la jurisprudencia comparada, aunque en todos los casos se ha admitido que hay un bien jurídico digno de protección. Así, por ejemplo, el descarte de tales principios y, por tanto, la condena a los imputados, ha sido recogido por la jurisprudencia en Brasil, cuando el Tribunal Federal Regional de la Cuarta Región (21-11-2007) dijo que *“para poder hablarse de un ilícito de «bagatela», no puede ser medida a través de simples consideraciones acerca del valor de la mercancía, ya que el bien jurídico tutelado por la norma consiste en los derechos de la propiedad*

intelectual”, mientras que el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais (17-4-2007), expresó que “... la situación precaria en la que vive la mayoría de la población brasileña no puede ser aceptada como una causa de legitimación de prácticas ilícitas” y el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (6-2-2007), que “... la tolerancia a las ventas de CDs «piratas» ... y la aplicación al caso de la teoría de la insignificancia, no solamente atenta contra la ley, sino también contra todo el esfuerzo de las autoridades mundiales volcado al combate de ese pernicioso delito”. Otra cosa es que en los supuestos de infractores “primarios” y tomando en consideración la reducida cantidad del material ilícito incautado, algunos tribunales hayan optado por aplicar penas sustitutivas, tales como las de libertad vigilada por un tiempo determinado o el cumplimiento de un cierto número de horas de trabajos comunitarios. En el caso español no hay una postura uniforme, ya que mientras la Audiencia Provincial de Barcelona (10-3-2008), dictaminó 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 ... 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”, la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia que acá se reseña, recogió el criterio opuesto a los efectos de absolver al vendedor ambulante encausado. Este fallo no parece armonizarse con lo resuelto por el Tribunal Supremo español (21-6-2006), cuando ha sentenciado que “reducir la intervención del derecho penal, como ultima «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

TEXTO COMPLETO:

VISTOS en segunda instancia, por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de BIZKAIA, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 197/09 ante el Jdo. de lo Penal nº 1 (Bilbao) por hechos constitutivos, aparentemente, de un delito CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL atribuido a Luis Francisco, nacido en Senegal el 01-01-1983, hijo de Abu y de Yuma, con DNI (no consta), sin antecedentes penales, representado por la procuradora Sra. Ana Mª Conde Redondo y defendido por el Ldo. Sr. José Miguel Peleteiro Montes, siendo la parte acusadora el Ministerio Fiscal.

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. D. ANGEL GIL HERNANDEZ.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de dicha clase de Bilbao, se dictó con fecha 10 de julio de 2.009 sentencia en la que se

declaran expresamente probados los siguientes Hechos: "Ha resultado probado, y así se declara, que el pasado 14 de octubre de 2.007, Dº Luis Francisco (también conocido como Cesar cuyo número de identificación no consta en la causa, mayor de edad a la fecha de los hechos, como nacido el día 1 de enero de 1983, en situación administrativa sin determinar y sin antecedentes penales), fue detenido en el rastro de Bolueta de la Villa de Bilbao, cuando se encontraba junto a otra persona y una de las dos mantas que exhibían al público un total de 246 reproducciones no originales, 182 diferentes discos de música en formato CD, 64 en formato DVD, sin autorización de los titulares, ni cesionarios de los correspondientes derechos de propiedad intelectual que figuran como miembros de la Sociedad General de Autores." La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia dice textualmente: "FALLO: Que Debo Absolver y Absuelvo a Dº Luis Francisco del delito contra la propiedad intelectual del que ha sido acusado en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales causadas."

SEGUNDO.- *Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de MINISTERIO FISCAL en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.*

TERCERO.- *Elevados los Autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al Magistrado Ponente a los efectos de acordar sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.*

CUARTO.- *No estimándose necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.*

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la sentencia apelada.

HECHOS PROBADOS

Se dan por reproducidos los Antecedentes de la Sentencia Apelada.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Se alza la parte apelante contra la Sentencia de fecha 10-7-09 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao en cuya parte dispositiva se estableció que: "Debo Absolver y Absuelvo a Dº Luis Francisco del delito contra la propiedad intelectual del que ha sido acusado en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales causadas."*

Alegando, en síntesis que en el tráfico de drogas, el pequeño trapicheo, no obstante la escasa incidencia de su protección sobre el bien jurídico y poder considerarse también como la criminalización del más débil, no determina la exclusión de la norma penal sino, en su caso, la petición parcial de indulto que efectúa la Sala a los efectos de mitigar el rigor intensivo de la intervención penal. La pequeña venta, ya sea en el tráfico de drogas o en los delitos contra la propiedad intelectual, es el presupuesto necesario de la operación a gran escala. Esta última no puede existir sin la existencia de los pequeños canales de distribución entre los consumidores del producto ilícito.

El correcto análisis de estos motivos ha de partir de la consideración de que el principio de

presunción de inocencia no queda vulnerado cuando un Tribunal de apelación procede a una nueva valoración de la prueba, dado que el "recurso de apelación en el Procedimiento Penal Abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro ordenamiento jurídico, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente declarado por el Tribunal Constitucional, de "novum iudicium", con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el Juzgador ad quem asume la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez a quo, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por aquél (SSTC 177/1997, DE 14 DE OCTUBRE; 120/1999, de 18 de junio; ATC 220/1999, de 20 de setiembre o las más recientes SS nº 41/2003, de 27 de febrero y 21/2003, de 10 de febrero).

Nos hallamos, en estos supuestos, ante una discrepancia en la apreciación de la prueba llevada a cabo por dos órganos judiciales con plena competencia para ello, y no es dudoso, dada la naturaleza y finalidad del recurso, que entre ambas valoraciones ha de prevalecer la del Tribunal de apelación.

Sin embargo, es al Juez de instancia al que, por razones de inmediación en su percepción, aprovechan al máximo las pruebas practicadas en el acto del juicio; por eso, suele afirmarse que la fijación de hechos llevada a cabo por la resolución recurrida, ha de servir de punto de partida para el órgano de apelación, y sólo podrá rectificarse por inexactitud o manifiesto error en la apreciación de la prueba, o cuando el relato histórico fuera oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo, o cuando haya sido desvirtuado por probanzas practicadas en la segunda instancia.

SEGUNDO.- *Desde esta perspectiva, el recurso ha de ser desestimado. En efecto, ante las alegaciones contenidas en el escrito de recurso, lo primero que debemos señalar es*

que ninguna duda tenemos de que el contenido de los discos responda a lo anunciado en el exterior de los propios discos, pues esto es lo que sucede habitualmente en el conocido sector del "top manta", que no tendría el éxito del que goza si el consumidor que lo adquiere se viera defraudado, defraudación que en el caso puede descartarse partiendo de la pericial practicado por el organismo competente, en la que se constató que los discos analizados estaban efectivamente grabados con copia de música, no pareciendo absurdo, ilógico ni irracional señalar que si la finalidad perseguida con los discos hubiera sido la de engañar a los consumidores haciéndoles creer falsamente que los discos contenían las grabaciones de audio que se anunciaba en su exterior, en tal caso, los autores no se habrían tomado la molestia de grabar real y efectivamente el disco pericialmente analizado con sus catorce pistas de audio en estéreo.

De ello colegimos, a falta de una prueba que evidencie lo contrario, que los discos reproducían las canciones anunciadas en sus carátulas pues ya hemos anticipado que esto es lo que sucede normalmente con esta clase de productos, esto es lo que responde a la racionalidad económica de esta actividad delictiva y, en el caso, además, por lo anteriormente razonado, puede descartarse la hipótesis de que pensara engañarse al consumidor entregándole un disco sin el contenido anunciado en la carátula del mismo disco posibilidad que, por otra parte, no consta que se hubiera alegado ante el Juzgado, lo que habría podido dar lugar a la audición de todos o muchos de los discos. Entiende la Sala que este, digamos el probatorio, no es el problema, sino el de la propia calificación jurídica que la conducta desarrollada por el apelante debe tener, siguiendo con la línea jurisprudencial, que se va consolidando poco a poco, de lo que son buena muestra, entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de San Cruz de Tenerife, de 26 de julio de 2.002, de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 14 de febrero de 2003, o la más reciente de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de enero de 2006, en las que entrando en la cuestión de fondo, y aplicando el art. 270.1 del Código Penal, consideran atípica la venta callejera de DVD y CDS, esto es, la mera

actividad de estar situado en una zona pública poniendo a disposición de terceros adquirentes productos que integren una copia no autorizada de Cds musicales y DVDs de películas como copias sin la autorización de sus titulares y en la pequeña cuantía que suele ser DS siendo los autores ordinariamente alcanzados y detenidos, ocupándoles todo el material aprehendido.

Dicha línea jurisprudencial, como no podía ser de otra manera, parte del propio art. 25 CE recoge el principio de legalidad, en cuanto a los tipos penales se refiere, según el cual Nadie puede ser condenado por un hecho que en el momento de su comisión no esté tipificado como ilícito penal, no cabiendo la interpretación extensiva de los tipos penales, la cual impide el alegado principio y el de taxatividad de los tipos penales, de modo que Solo es ilícito penal aquella conducta que el Código Penal, o las leyes penales especiales, define como delito o falta. No pueden incluirse conductas que no están expresamente recogidas, como constitutivas de ilícitos penales.

Desde esta perspectiva, el art. 270.1, sanciona, como constitutivas de delito cuatro conductas concretas: reproducir, plagiar, distribuir, o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra artística, literaria o científica, amparada por un derecho de exclusividad, sin la autorización del titular del derecho, con la lógica consecuencia, por lo que a nuestro asunto se refiere, que la conducta desplegada por el acusado, esto es, la venta al menor sólo podría encuadrarse en la distribución, pues en el resto de conductas típicas no encaja la venta callejera que nos ocupa; pero, ¿la conducta llevada a cabo por el imputado, puede considerarse como de distribución?. La adecuada resolución de dicha interpretación debe partir del principio según el cual, como expresamente indica la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de enero de 2.006, los tipos recogidos en los arts. 270 a 276 del CP, relativos a las propiedades intelectuales e industriales, son normas penales en blanco, que deben ser completadas con las normas que regulan los derechos de la propiedad industrial y la intelectual. En principio la distribución en el ámbito mercantil no comprende la venta al detalle. El distribuidor es

un intermediario entre el productor y el vendedor. Pero la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril) en su artículo 17, que regula el derecho de explotación exclusiva por parte del titular registral, establece que el titular del derecho ostenta en exclusividad el derecho de explotación de la obra. El cual comprende la reproducción, distribución y comunicación pública, así como la transformación. El art. 19 define lo que hay que entender por distribución, que es la puesta a disposición al público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo, o cualquier otra forma.

La conducta sancionada en el art. 270 del Código Penal, completada con la norma mercantil, como distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende el derecho a vender la obra con ánimo de lucro.

Cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular, supone una infracción del derecho de la propiedad intelectual. Ahora bien, no toda infracción del derecho a la propiedad intelectual es constitutiva de delito. Si ello fuera así, carecerían de contenido las normas protectoras del derecho que nos ocupa, contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, así como las contenidas en la Ley de Propiedad Industrial, cuya infracción también constituye delito. El delito sólo lo configuran aquellas conductas, infractoras de los derechos de las propiedades intelectuales e industriales, que por su gravedad, justifiquen la aplicación del derecho penal.

En este caso, la oferta callejera de CDS falsificados, no tiene la entidad suficiente para constituir ilícito penal, aunque suponga una infracción del derecho de exclusividad amparado por la propiedad intelectual, la cual lógicamente debe tener su sanción, pero no penal, en cuanto que tal conducta es el último eslabón de una conducta, que si sería constitutiva de delito del art. 270 del CP, que es la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho, sin la autorización del titular del mismo. Contra la venta callejera de estos productos, por personas, que sólo

buscan una manera de ganarse la vida, la lucha no pasa por la aplicación del derecho penal, sino por la aplicación de normas de orden público, que impidan este tipo de ventas, debiendo entrar en juego las normas administrativas sancionadoras, a través del cumplimiento de las respectivas ordenanzas municipales, que de manera general prohíben la venta ambulante o descontrolada, pero la conducta imputada al recurrente no es pues constitutiva de infracción penal alguna, y por ello debe ser absuelto de los delitos por los que venía siendo acusado, con todos los pronunciamientos favorables inherentes.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 109 del Código Penal, es procedente declarar de oficio el pago de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Vistos los preceptos legales citados en esta sentencia, en la apelada, el art. 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y demás de pertinente y general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 10-7-09, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao, debemos confirmar íntegramente el contenido del mismo, con declaración de oficio de las costas causadas en esta segunda instancia.

Devuélvase los autos originales al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta, nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION: Dada y pronunciada fué la anterior sentencia por los Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, certifico.