

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. Tipicidad. Economía informal. Principio de la intervención mínima.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª

FECHA: 15-12-2009

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: 18-10-2010.

OTROS DATOS: Recurso 188/2009. Sentencia 550/2009.

SUMARIO:

“El tipo penal no exige una venta en masa o la actuación con organizaciones que se dedican a la piratería”.

[...]

“... aunque puede perfectamente comprenderse que la juez discrepe en el plano político-criminal de la punición de esa clase de conductas cuando son perpetradas por sujetos inmigrantes en paro laboral, lo que no cabe es que solvente su discrepancia axiológica aplicando sus propios criterios frente a los que ha impuesto el legislador cuando tipifica ciertos comportamientos por considerarlos reprochables en el ámbito penal. El juez se halla sometido al principio de legalidad penal y ante una conducta típica sólo le cabe aplicar la ley, si bien cuenta con instrumentos jurídicos idóneos para ajustar la decisión al caso concreto, aplicando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y adecuando la cuantía punitiva a las circunstancias personales del autor que se dan en cada supuesto específico. Entendemos que no cabe, en cambio, destipificar de facto la conducta en el marco jurisdiccional con el argumento de que no se trata de comportamientos que no generan repulsa social”.

“En el mismo sentido, carece también de una base jurídica sólida y razonable el solventar los problemas sociales y humanos que laten detrás de conductas como la ahora enjuiciada acudiendo a la aplicación del principio de intervención mínima ...”.

[...]

“El argumento de leve afectación al bien jurídico protegido, también debe ser rechazado porque la distribución en los términos anteriormente indicados lesiona el bien jurídico protegido ya que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho, afectando a su expectativa de ganancia patrimonial ...”.

COMENTARIO: Parece que los tribunales españoles no han adoptado una posición unánime en relación al alegato del principio 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. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Bizkaia (10-11-2009), declaró que “*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*”, mientras que diversas secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona tienen acogido criterios contrapuestos, porque mientras la Sección 7ª (8-2-2006), sentenció que “*sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal*”, la Sección 2ª de la misma Audiencia (10-3-2008) dijo, por el contrario, que “*... cualquier venta, incluso «la venta callejera», es una conducta típica al estar vetada por Ley al interprete toda interpretación del término*”, de manera que “*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*”. Este último pronunciamiento se armoniza con lo resuelto por el Tribunal Supremo español (21-6-2006), cuando sentenció 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*”. Ahora bien, cuando se ha considerado punible la referida conducta, diversos fallos han condenado al infractor a penas sustitutivas, dependiendo de las fórmulas permitidas por cada sistema penal, tales como las de libertad vigilada por un tiempo determinado, el cumplimiento de un cierto número de horas de trabajos comunitarios o, como en el asunto que motiva estos comentarios, la posibilidad de la expulsión del infractor del territorio nacional, al tratarse de un inmigrante indocumentado © **Ricardo Antequera Parilli, 2011**.

TEXTO COMPLETO:

Visto en segunda instancia por esta Sección Primera de esta Audiencia Provincial, el recurso de apelación contra la sentencia de 24 de noviembre de 2008 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 135/2007, aclarada por auto de 1 de junio de 2009, seguido contra don Doroteo.

Habiendo sido partes en la sustanciación del recurso, como apelante el citado acusado representado por el procurador don Gabriel de Diego Quevedo y defendido por la letrada doña Mª del Mar Cueto Álvarez, y como apelado el Ministerio Fiscal; siendo ponente el Ilmo. Sr. don ALEJANDRO Mª BENITO LÓPEZ.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal dictó sentencia en la causa indicada cuyo relato fáctico y parte dispositiva dicen:

HECHOS PROBADOS.-"Sobre las 14:40 horas del 6 de junio de 2006, en la avenida de General Perón de Madrid, Doroteo (mayor de edad, con ordinal de informática NUM005 y sin antecedentes penales) ofrecía al público 60 DVDes, colocados sobre una manta extendida en el suelo, copias de películas originales, sin la autorización de los titulares de los derechos de autor.

No constan los perjuicios causados a EGEDA.

El acusado se encuentra en situación irregular en España, careciendo de permiso de trabajo y residencia."

FALLO: "Que debo CONDENAR Y CONDENO a Doroteo -ya circunstanciado- como autor penalmente responsable, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de un delito CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL -ya definido- a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena y MULTA DE DOCE MESES, con una cuota diaria de dos euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas; sustituyendo la pena privativa de libertad impuesta por la expulsión del territorio nacional al no tener el acusado residencia legal de España y al pago de las costas del juicio."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución la representación del acusado interpuso el recurso de apelación.

TERCERO.- Admitido el recurso y efectuado el correspondiente traslado al Fiscal, quien lo impugnó, se elevó el procedimiento original a este Tribunal, donde se formó el oportuno rollo de Sala, señalándose el día de hoy para su deliberación.

II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la sentencia impugnada.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El derecho a la presunción de inocencia, además de constituir criterio ordenador del sistema procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita dicha condena cuando haya mediado una actividad probatoria, que practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por el tribunal penal competente, pueda considerarse de cargo (STC 51/1995).

Esta presunción no debe confundirse con la divergencia de la parte apelante con la valoración del elenco probatorio de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción, como el constituido en el presente caso por las declaraciones en el juicio de los policías NUM000 y NUM001, don Ezequias, legal representante de Egeda, y la pericial de los policías NUM002, NUM003 y NUM004, que integra un problema estrictamente procesal que debe articularse por la vía del error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- La misma suerte desestimatoria debe correr dicho pretendido error.

La versión exculpatoria del acusado, en uso de su legítimo derecho a la defensa, sosteniendo que no estaba vendiendo, queda desvirtuada por la testifical de los policías NUM000 y NUM001 quienes refieren que vieron al imputado que tenía extendida en el suelo un tela en la que se exponían los sesenta DVD#S intervenidos.

Frente a ello no se puede oponerse el que no se le ocupara dinero, pues los agentes no vieron que efectuara ningún acto concreto de venta, por lo tanto no es posible que identificaran a un comprador; ni es preciso que para vender tuviera dinero para cambio, pues no es imprescindible para realizar la transacción porque el comprador puede pagar el importe exacto, lo habitualmente se facilita mediante un precio uniforme equivalente al valor del billete más pequeño.

TERCERO.- También debe rechazarse la postulada infracción de ley por aplicación indebida del art. 270.1 del Código Penal (CP).

Dicho precepto castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses, 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 tipo de 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.

a) Copias ilegales de películas, sin autorización de las productoras.

La prueba pericial practicada por la policía local y nacional acredita los DVD#S contenían copias de películas originales, pues aun cuando los peritos únicamente ha examinado parte de ellos, existen una serie de datos objetivos de los que se deduce racionalmente que todos los DVDs incautados al acusado estaban grabados con películas conocidas en el mercado, como las características de los soportes, que son DVD-R sin ningún tipo de serigrafía, los estuches son bolsas de plástico carentes de celofán protector y precinto, las carátulas están escaneadas o fotocopiadas con pérdidas de calidad y definición en textos, imágenes y colores, sólo tienen portada, no contraportada y carecen de libreto; y el lugar y modo en que son ofrecidos a los presuntos compradores.

La ausencia de autorización es manifiesta al tararse de copias falsas de películas originales por las razones anteriormente expuestas, que únicamente son comercializadas por las distintas productoras, cuya representación corresponde a Egeda, según indicó su legal representante, una vez examinada la relación de las películas y productoras.

La cadena de custodia se ha respetado, pues los tres DVD#S analizados por el funcionario de la brigada provincial de policía científica le fueron remitidos directamente por el instructor del atestado, y los cincuenta y siete restantes se entregaron al Juzgado, según las diversas diligencias que refleja el atestado, y éste último fue quien dispuso su entrega a la policía local para su informe en el auto de incoación de diligencias previas.

b) Distribución.

La Junta de Magistrados de las Secciones Penales de esta Audiencia Provincial de 25 de mayo de 2007, acordó por mayoría que la mera puesta a disposición del público para la venta íntegra distribución, acogiendo la definición contenida en el art. 19.1 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone: "Se

entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma".

c) Ánimo de lucro.

El citado ánimo implica que la actuación se dirija a la consecución de un beneficio patrimonial, que en este caso se deduce palmariamente por el propio comportamiento de exhibición de las copias falsificadas al público sobre una manta extendida en el suelo en plena calle, lo que se conoce como "top manta".

No así que tenga un alcance comercial en los términos que exige el art. 273 para otro tipo penal.

d) Perjuicio.

La actuación exige que sea "en perjuicio de tercero", y no con genere un efectivo resultado perjudicial, pues se trata de un delito de consumación anticipada, que no requiere para su consumación que efectivamente se haya materializado la venta, la cual corresponde a la fase de agostamiento.

e) Venta en masa.

El tipo penal no exige una venta en masa o la actuación con organizaciones que se dedican a la piratería.

f) Principio de intervención mínima.

Como señala la SAP Sección 15ª de Madrid SAP Madrid nº 185/2008, de 15 abril: "De otra parte, y en lo que atañe al argumento de que no se trata de conductas que generen una "repulsa social", se está ante un razonamiento axiológico que entra de lleno en el terreno del legislador. Es el legislador el que impulsa los intereses de la generalidad de los ciudadanos al aprobar las leyes y compatibilizar con sus criterios los intereses en conflicto que hay en juego entre los diferentes sectores sociales (titulares de la propiedad intelectual, artistas o ejecutantes, distribuidores de los CD#S y los DVD#S, trabajadores que intervienen en la

elaboración de esa clase de mercancía, ciudadanos que los adquieren en los establecimientos, etc). Y lo cierto es que en los últimos tiempos el parlamento, al ser consciente de los problemas socioeconómicos de toda índole que subyacen a la producción y venta de los CD#S y los DVD#S, no sólo no ha destipificado las conductas de los vendedores ambulantes, sino que ha agravado las penas correspondientes al tipo penal en las recientes reformas del art. 270 del C. Penal con el fin de evitar tales conductas y disuadir punitivamente a los posibles infractores. Y así quedó evidenciado en la reforma implantada por Ley Orgánica 15/2003, al imponer de forma acumulada la pena de prisión y de multa, que dejaron así de ser alternativas, y también en el ámbito procesal, pues el texto legal implantó también la vía procesal del enjuiciamiento rápido para los delitos flagrantes contra la propiedad intelectual, novedad que está claramente orientada a agilizar los procesos relativos a conductas como la que ahora se contempla.

Por consiguiente, aunque puede perfectamente comprenderse que la juez discrepe en el plano político-criminal de la punición de esa clase de conductas cuando son perpetradas por sujetos inmigrantes en paro laboral, lo que no cabe es que solvente su discrepancia axiológica aplicando sus propios criterios frente a los que ha impuesto el legislador cuando tipifica ciertos comportamientos por considerarlos reprochables en el ámbito penal. El juez se halla sometido al principio de legalidad penal y ante una conducta típica sólo le cabe aplicar la ley, si bien cuenta con instrumentos jurídicos idóneos para ajustar la decisión al caso concreto, aplicando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y adecuando la cuantía punitiva a las circunstancias personales del autor que se dan en cada supuesto específico. Entendemos que no cabe, en cambio, destipificar de facto la conducta en el marco jurisdiccional con el argumento de que no se trata de comportamientos que no generan repulsa social.

En el mismo sentido, carece también de una base jurídica sólida y razonable el solventar los problemas sociales y humanos que latén detrás

de conductas como la ahora enjuiciada acudiendo a la aplicación del principio de intervención mínima, pues, como tiene declarado la jurisprudencia, se trata de un principio que no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última "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 precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto -como advierte el Tribunal Supremo- no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal (SSTS 7/2002, de 19-I; y 96/2002, de 30 -I)."

f) Inocuidad o insignificancia.

El argumento de leve afectación al bien jurídico protegido, también debe ser rechazado porque la distribución en los términos anteriormente indicados lesiona el bien jurídico protegido ya que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho, afectando a su expectativa de ganancia patrimonial, pues no debe olvidarse que la tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual se encuentra en la Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, mientras que la de los delitos relativos al mercado y a los consumidores se ubica en la Sección 3ª del mismo Capítulo y Título.

g) Error de tipo.

La aducida ausencia de dolo por error de tipo basada en el argumento anterior decae ante el rechazo de aquél.

CUARTO.- La misma suerte desestimatoria debe correrla alegada concurrencia de la eximente del art. 20.3 CP por grave alteración en la percepción de la conciencia de la realidad.

Los condicionamientos sociales derivados de la socialización primaria del acusado en un contexto cultural diferente al de nuestro país, y

su situación de precariedad económica por su situación irregular, no tienen virtualidad suficiente para alterar mínimamente su conciencia sobre la antijuridicidad de su comportamiento, y prueba de ello es la forma clandestina en que se realiza el "top manta".

QUINTO.- La denegación de indemnización exige entrar a analizar la aducida acreditación de perjuicio para declarar la responsabilidad civil.

SEXTO.- El art. 89.1 CP dispone que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

El trámite de audiencia al penado que el citado precepto no prevé, ha sido exigido por la jurisprudencia (STS 8 de julio de 2004 y 2 de julio de 2005), al considerar que para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión.

En este caso, el Fiscal en sus conclusiones provisionales solicitó la aplicación del art. 89 CP, dando la posibilidad al acusado y a su defensa de manifestar lo que consideraran oportuno sobre la procedencia de la expulsión, así como de proponer las pruebas que estimaran convenientes en relación tal petición, por lo tanto han tenido la posibilidad de contradicción (STS de 8 de julio de 2004 y 7 de junio de 2005).

Respecto del fondo, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del

territorio español es correcta, porque el acusado es un ciudadano extranjero en situación irregular al tiempo de la comisión del delito enjuiciado y de la celebración del juicio, admitió que carece de familia en España, y no existen razones especiales en la naturaleza del delito cometido, que hagan aconsejable su cumplimiento en territorio nacional.

En todo caso si por cualquier circunstancia no se pudiese llevar a efecto la expulsión, deberá entrar en juego la previsión recogida en el propio precepto para ese supuesto, y que es la del cumplimiento de la pena, término que como recuerda el ATC Pleno de 4 de abril de 2006 no es sinónimo de ingreso en prisión, y que no prejuzga la aplicabilidad de los substitutivos penales, sin que nada obste a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80 y siguientes CP.

SÉPTIMO.- Las costas de esta alzada deben declararse de oficio al no apreciarse temeridad en la formulación del recurso.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la representación del acusado don Doroteo contra la sentencia de 24 de noviembre de 2008 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 135/2007, aclarada por auto de 1 de junio de 2009 debemos CONFIRMAR dicha resolución. Y se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Contra esta sentencia no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en la segunda instancia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.