

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

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

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

**FECHA:** 18-6-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 18087370022010100152. Actualización: 18-11-2011.

**OTROS DATOS:** Sentencia 435/2010. Recurso 113/2010.

### SUMARIO:

*“... Victoriano ... fue sorprendido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía en el Paseo del Violón de Granada ofreciendo a los transeúntes con los que se cruzaba obras fonográficas y videográficas reproducidas sin la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual”.*

[...]

*“... siendo cierto que los Tribunales pueden sustentar una interpretación restrictiva de los tipos tomando como base los principios limitadores del ius puniendi (del cual el principio de intervención mínimo constituye uno de los más utilizados), no es menos cierto que no puede olvidarse que el poder judicial tiene encomendada la tarea de juzgar y ejecutar lo juzgado y no de concretar las conductas que han de ser consideradas o no constitutivas de delito y/o falta, función esta constitucionalmente asignada al legislador, quien, precisamente, a hora de proceder a la incriminación de un comportamiento habrá de tomar en consideración tales principios político-criminales, así como la existencia de otros mecanismos extra-penales encaminados a contrarrestarlos (necesidad y utilidad de la intervención penal). Finalmente recordamos las SSTS 21-6-2006 y 28-2-2005, para no acoger la aplicación del principio de mínima intervención, que va ligado íntimamente al de legalidad y esencialmente dirigido al legislador, en cuanto postulado razonable de política criminal a la hora de determinar que la intervención del derecho penal se ajuste al mínimo indispensable para el control social, concluyendo que dicho principio solo se entiende en contextos de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos - conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social - pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos”.*

**COMENTARIO:** La jurisprudencia española ha sido vacilante en cuanto a la aplicación o no 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 grabaciones musicales o audiovisuales a través de la venta callejera o por medio de los canales de la economía informal, no obstante que el Tribunal Supremo español, como postulado de carácter general, ha dicho reiteradamente 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” (21-6-2006). En fallos dictados por tribunales de otros países y que también forman parte de esta compilación jurisprudencial, se ha descartado la aplicación del principio de la intervención mínima en supuestos como el que se comenta, pero cuando se ha tratado de “infractores primarios” o el material ilícito incautado no lo ha sido en cantidades significativas, dichos tribunales han optado por la aplicación de penas sustitutivas, como las de libertad vigilada por un tiempo determinado o las de cierto número de horas de trabajo comunitario. Otra cosa es que, como en el fallo que motiva estos comentarios, se haya absuelto al imputado por deficiencias en la prueba acerca del cuerpo del delito. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

### TEXTO COMPLETO:

*En la ciudad de Granada a dieciocho de junio de dos mil diez.*

*Examinado, deliberado y votado en grado de apelación por la sección Segunda de esta Audiencia Provincial, sin necesidad de celebración de vista, el Procedimiento Abreviado nº 134/2009 del Juzgado de lo Penal número 1 de Granada, por un delito contra la propiedad intelectual, siendo parte, además del Ministerio Fiscal, como apelante Victoriano, representado por el procurador don Francisco Requena Acosta y defendido por el letrado don Andres Vargas Gil; actuando como ponente el Magistrado Iltmo. Sr. Don Pedro Ramos Almenara.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número 1 de los de Granada, se dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 2009, en la cual se declaran probados los siguientes hechos: “Victoriano, mayor de edad y sin antecedentes penales, sobre las 18,00 horas del día 21 de marzo de

*2009 fue sorprendido por agentes del Cuerpo Nacional de Policía en el Paseo del Violón de Granada ofreciendo a los transeúntes con los que se cruzaba obras fonográficas y videográficas reproducidas sin la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual. Concretamente, le fueron intervenidos ciento cincuenta y dos (152) cds musicales, y cincuenta y siete (57) películas en formato DVD.*

*Los perjuicios totales ocasionados a las entidades titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, concretamente a EGEDA se han tasado en 655 #50 euros.”*

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de dicha resolución expresa textualmente: “Que debo CONDENAR Y CONDENO a Victoriano como autor de un delito contra la propiedad intelectual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a seis meses de prisión, con privación del derecho de sufragio pasivo durante la duración de la condena que se sustituyen por expulsión por diez años, doce meses de multa con cuota de tres euros o un día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas

*impagadas, pago de las costas y a que indemnice a EGEDA en 655,50 euros"*

**TERCERO.-** *Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación del acusado Victoriano, sobre la base de principio de intervención mínima del derecho penal.*

**CUARTO.-** *Presentado ante el Juzgado de lo Penal y dado traslado a las demás partes, fueron remitidos los autos a esta Audiencia Provincial, habiéndose señalado para su deliberación, votación y fallo el día 16 de junio del corriente año, al no estimarse necesaria la celebración de vista.-*

**QUINTO.-** *Se acepta la relación de hechos probados que contiene la sentencia apelada y que quedó antes transcrita.*

**SEXTO.-** *En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.-*

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.-**

*La letrada directora del recurso recurre en apelación sosteniendo, que no debe haber condena alguna, alegando el principio de intervención mínima y sustentándola en algunas resoluciones de varias Audiencias Provinciales. Argumento loable pero que no puede ser atendido.*

*Este Tribunal como el de la mayoría de las Audiencias Provinciales no comparte la argumentación esgrimida por la representación letrada del recurrente en virtud de la cual la venta callejera de Cd,s y Dvd,s sin la preceptiva autorización del titular de los derechos carece de relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación del delito contra la propiedad intelectual previsto y penado en el art. 270.1 CP y ello en base a los siguientes argumentos: a) en primer lugar, porque si bien es cierto que, en muchas ocasiones, quienes ofrecen en la vía pública dichas copias ilegales lo hacen apremiados por la necesidad de "ganarse la vida" ante la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo debido a la*

*irregular situación administrativa en que se encuentran, no es menos cierto que constituye una conducta de "distribución" y como tal subsumible en el tenor literal del tipo contenido en el art. 270.1 CP ; b) en segundo lugar, porque si bien es cierto que existen otros mecanismos extra-penales para garantizar los intereses económicos derivados de la producción intelectual, no es menos cierto que resultan del todo punto insuficientes para erradicar o, cuanto menos, reducir la ilegal venta callejera y/o ambulante de dichos productos, tal y como puede constatarse ante la proliferación de esta práctica en las calles y plazas de cualquier ciudad media de nuestra geografía; c) en tercer lugar, porque no puede restarse toda relevancia penal al fenómeno coloquialmente conocido como "top manta", argumentado que quienes realizan dicha actividad constituyen el "último eslabón del comercio ilegal"; no sólo porque en tanto "eslabón" constituye indefectiblemente una parte necesaria de la organización que la sustenta (desde la reproducción en las denominadas "tostadoras", pasando por la distribución entre los distintos "manteros" y finalmente su efectiva venta al público), sino porque de extenderse dicho argumento a otros delitos también podría fundamentarse la irrelevancia jurídico-penal de los actos de pequeño tráfico de sustancias estupefacientes (el denominado menudeo), por tratarse del último eslabón del denominado "ciclo de la droga" y constituir, en muchos casos, el medio de vida utilizado por aquellos que se encuentran en una situación de irregularidad y/o simplemente el medio para sufragarse su propia adicción; d) en cuarto lugar, porque no puede supeditarse la relevancia jurídico-penal únicamente a aquellas conductas relacionadas con la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades, cuando dichos comportamientos, precisamente, fundamentarían la aplicación de los subtipos agravados establecidos en las letras b) y c) del artículo 271 CP, de lo cual se infiere a contrario que no se precisa su concurrencia para la imputación del tipo básico previsto en el art. 270.1 CP ; y e) por último, y no por ello menos importante, porque siendo cierto que los Tribunales pueden sustentar una interpretación*

restrictiva de los tipos tomando como base los principios limitadores del *ius puniendi* (del cual el principio de intervención mínimo constituye uno de los más utilizados), no es menos cierto que no puede olvidarse que el poder judicial tiene encomendada la tarea de juzgar y ejecutar lo juzgado y no de concretar las conductas que han de ser consideradas o no constitutivas de delito y/o falta, función esta constitucionalmente asignada al legislador, quien, precisamente, a hora de proceder a la incriminación de un comportamiento habrá de tomar en consideración tales principios político-criminales, así como la existencia de otros mecanismos extra-penales encaminados a contrarrestarlos (necesidad y utilidad de la intervención penal). Finalmente recordamos las SSTS 21-6-2006 y 28-2-2005, para no acoger la aplicación del principio de mínima intervención, que va ligado íntimamente al de legalidad y esencialmente dirigido al legislador, en cuanto postulado razonable de política criminal a la hora de determinar que la intervención del derecho penal se ajuste al mínimo indispensable para el control social, concluyendo que dicho principio solo se entiende en contextos de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos - conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social - pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos.

Trasladada la doctrina a los hechos enjuiciados, solo recordar que la conducta a examen se halla tipificada y penada en el artículo 270 del CP, y en la acción típica que describe el delito se castiga tanto la reproducción de obras en sus distintas manifestaciones, como la distribución, entendiéndose por la primera acción: "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias" (art.18 de la Ley reguladora), y por la segunda: "la puesta a disposición al público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler,

préstamo o de cualquier otra forma" (art.19 ), asentando la antijuridicidad y tipicidad de estas conductas en el ánimo de lucro del sujeto activo y en el perjuicio para el titular de los derechos dimanantes de la propiedad intelectual, elemento tendencial que se agota, obviamente, en la obtención de copias ilegales y piratas de las obras y entre las que se incluyen las musicales y las películas y en la tenencia y disposición de las mismas para la venta y en su mismo ofrecimiento con tal finalidad lucrativa.

## SEGUNDO.-

Expuesto todo lo anterior nos encontramos con que al acusado según el atestado le intervienen 152 CDs de audio y 57 DVDs de video, y que en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Granada le entregan al Policía Local nº NUM000 10 DVD y 10 CD para la practica de la prueba pericial acordada. Pericial efectuada por la perito doña Salome, subinspectora con numero profesional NUM001, Jefe de la Unidad de Policía Judicial Local, adscrita a los Juzgados de Granada, y que va referida a Cds de: Conchita, Laura Pausini, Sin tetas no hay paraíso, Enrique el Piculabe, Borjaboces, Los éxitos del año, Marco Antonio, Tina, Rihanna y Camela; y Dvds de: Corazon de Rinta, Sexdrive, Leroy y Stitch, Gente poco corriente, Juno; Posdata te quiero, Blanca Nieves, Olly el submarino, Pocoyo y Dame tu mano; que informa que ha examinado los referidos discos, visionando y escuchando de una muestra de 10 unidades del material fonográfico o musical intervenido. Pero del análisis del indicado informe lo que se corresponde, son con unos datos genéricos que parecen pertenecer a otra pericial efectuada, o que aquella es un mero modelo para los Cds y Dvds incautados.

Así al folio 3 de la pericial, en la fotografía 1, hace referencia a último disco de Fondo Flamenco, grabado sobre soporte de CD-R, CD que no consta como intervenido a Victoriano. Al folio 4 de la pericial, se estudia la carátula exterior de los CDs, y se hace con una del Mago de Oz, CD que no consta intervenido a Victoriano. Al folio 5 de la pericial en la fotografía 5 se exhibe la carátula fotocopiada



de un disco de Andy Lucas, y otros de Pasión Vega y Nuria Fergó (Paketenteres), ninguno de los cuales CDs constan intervenidos a Victoriano. Al folio 6 de la pericial aparecen carátulas de CDs, de Top 2005, Calentito 2005, Pasion Vega, Pasión de Gavilanes, ninguno de los cuales fue incautado a Victoriano. Solo encontramos una coincidencia en la página 6 sobre Camela, en la imagen del ecualizador y que viene referido a Modelo Pericial Intelectual reflejándose "Laberinto de Amor". De las películas o discos Dvds no hay constancia de ninguna pericial concreta efectuada en los intervenidos a Victoriano; se generaliza con la diferencia básica de DVD y CD, de los estuches y carátulas de los dubitados (sin especificar ninguno de la muestra de 10 intervenidas a Victoriano) y se indica que del "examen realizado de las películas existen varios tipos de grabaciones, unas que no son reproducciones con calidad DVD, sino que son grabaciones realizadas en una sala cinematográfica obtenidas a partir de una cámara digital o bien bajadas de internet...".

Por tanto dicha pericial aunque no fue impugnada por la parte, no fue ratificada en el plenario por la experto que la emitió, para que explicase si visionó las muestras de todos los CDs y DVDs que se incautaron a Victoriano; y por tanto al no poderse acreditar que reproducciones en concreto se han peritado, no se pueden inferir que todos los soportes incautados a Victoriano sean falsos, pues en el ámbito del juicio penal no caben extrapolaciones de unas pericias a otras.

### **TERCERO.-**

Por lo expuesto no estando concretados cuales de los Cds y Dvds eran falsos, y por tanto a que titulares pertenecían, procede estimar el recurso por este otro motivo, y en consecuencia absolver al acusado del delito del que venía acusado, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Que ESTIMANDO el recurso de apelación formulado por el procurador don Francisco Requena Acosta, en nombre y representación procesal del recurrente Victoriano, contra la sentencia de fecha 1 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Granada en los autos a que el presente Rollo se contrae, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS su fallo, y en su lugar se ABSUELVE a Victoriano del delito contra la propiedad intelectual por el que venía condenado en primera instancia y declarando de oficio las costas procesales, tanto las de la primera instancia como las de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se hará saber que la misma es firme por no haber contra ella recurso alguno, y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia para su conocimiento, cumplimiento y ejecución.-

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.