

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 Bilbao, Sección 2ª

**FECHA:** 28-5-2010

**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: 48020370022010100317. Actualización: 20-11-2011.

**OTROS DATOS:** Sentencia 406/2010. Recurso 229/2010.

### SUMARIO:

*“Modesto ... transitaba por la calle Las Mercedes a la altura del nº 31, de la localidad de Getxo, portando una bolsa que contenía 221 CD,s y 104 DVD#s no originales, ofreciéndolos a los viandantes”.*

[...]

*“... esta Sala ha considerado y considera que la venta callejera de este tipo de productos por personas que únicamente tratan de ganar un dinero para subsistir pasará por la aplicación de normas de orden público que impiden este tipo de ventas, pero no por la intervención del derecho penal, sin que ello suponga la despenalización de estas conductas, sino adecuar a los criterios de intervención mínima, última ratio y proporcionalidad, la respuesta de la jurisdicción a cada supuesto. Por ello únicamente conductas de mayor envergadura han de tener respuesta en este ámbito penal, debiendo dirigir la represión de las demás al ámbito administrativo ... El empleo de estos procedimientos para el resarcimiento del derecho afectado es el adecuado y no la persecución penal del último eslabón de la cadena de infracción, es decir la criminalización del más débil”.*

**COMENTARIO:** Aunque la tendencia mayoritaria pero no unánime de la jurisprudencia española, ha sido la de rechazar el argumento de la “insignificancia” 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, algunos fallos se han pronunciado en sentido inverso, como el que motiva esta reseña, 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). La inaplicación de sanciones penales a la distribución de ejemplares ilícitos a través de los canales de la economía informal no parece estar en consonancia con el Acuerdo sobre los ADPIC que, por una parte, entiende “por «mercancías pirata que lesionan el derecho de autor» cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación” y, por la otra, compromete a los Estados miembros de la OMC a tipificar penalmente los casos de “piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial”, mediante penas “suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente”. Otra cosa es que, como se ha resuelto en sentencias de otros países, también reseñadas en esta compilación jurisprudencial, si bien se descarte la aplicación del principio de la intervención mínima en supuestos como el que se comenta, se opte 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, cuando se trate de “infractores primarios” o el material ilícito incautado no lo sea en cantidades significativas. © Ricardo Antequera Parilli, 2011.

## TEXTO COMPLETO:

*En la Villa de Bilbao, a veintiocho de mayo de dos mil diez.*

*VISTOS en segunda instancia, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bilbao, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 09 del año 2007 del Juzgado de Instrucción nº 3 de los de Getxo, causa seguida con el núm. 26 del año 2010 ante el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Bilbao por presunto delito contra la propiedad intelectual contra Modesto con NIE nº NUM001, nacido el día 01-01-1986, hijo de y, natural de Senegal y sin residencia legal en España, sin antecedentes penales, representado por la Procuradora Dña. Inés Elena Rodríguez Molinero y bajo la Dirección Letrada de D. Eduardo Andrade Aurrecoechea; habiendo sido parte acusadora el Ministerio Fiscal.*

*Expresa el parecer de la Sala como Magistrado Ponente la Ilma. Sra. Dña. María Jesús ERROBA ZUBELDIA*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** *Por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los de dicha clase de Bilbao se dictó con fecha 03-03-2010 sentencia en la que se declaran expresamente probados los siguientes hechos: "HECHOS PROBADOS: Modesto, nacido en Senegal el día 1 de enero de 1986, con NIE NUM001, sin antecedentes penales y sin residencia legal en España, el día 29 de diciembre de 2009, sobre las 13:30 horas transitaba por la calle Las Mercedes a la altura del nº 31, de la localidad de Getxo, portando una bolsa que contenía 221 CD,s y 104 DVD#s no originales, ofreciéndolos a los viandantes. No queda probado que fuera conocido por el acusado la ilicitud de las copias, ni su intención de introducirlas en el circuito comercial con perjuicio de los legítimos titulares".*

*La parte dispositiva o Fallo de la indicada sentencia, así mismo, dice textualmente: "FALLO: Que debo ABSOLVER y ABSUELVO a Modesto , del delito del que venía siendo acusado. Las costas se declaran de oficio".*

**SEGUNDO.-** *Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y 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 la vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.*

**CUARTO.-** *No estimándose necesaria la celebración de la vista, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo. Se dan por reproducidos los Antecedentes de la sentencia Apelada.*

### **HECHOS PROBADOS**

*Se aceptan y dan por expresamente reproducidos los declarados en la sentencia recurrida.*

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** *Apela el Ministerio Fiscal la sentencia dictada el día 03-03-2010 por el Juzgado de lo Penal nº 5 de los Bilbao en la causa núm. 26 del año 2010 con la pretensión de que se revoque y en su lugar se dicte nueva sentencia por la que se condene al acusado como autor de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270 del Código Penal en los términos interesados en la instancia.*

*Alega el Ministerio Público que con especial referencia al testimonio prestado por el agente de la Policía Local de Getxo nº 18 y a la narración fáctica que se realiza en la sentencia, no puede existir más interpretación conforme a la experiencia y a la recta razón humana que entender que el acusado absuelto es autor de los hechos que le acusa.*

*Por la parte apelada se solicita la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia recurrida.*

**SEGUNDO.-** *El recurso interpuesto no puede acogerse toda vez que este Tribunal entiende,*

*al igual que el juzgador, que los hechos objeto de acusación no son constitutivos de ilícito penal.*

*Las conductas típicas sancionadas en el art. 270 del Código Penal son "reproducir", "plagiar", "distribuir" o "comunicar públicamente" en todo o en parte una obra literaria, artística o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística. Se trata de una norma penal en blanco y por ello ha de integrarse con la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril) que en su artículo 19 define la distribución como "la puesta a disposición al público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma".*

*Esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en las distintas formaciones que ha ido teniendo, ha sostenido que la posesión de copias falsas de CDs y DVDs con intención de ponerlas a disposición del público no es constitutiva por sí de sanción penal ya que, en virtud del principio de mínima intervención del derecho penal, tal conducta, aunque pudiera suponer una infracción del derecho de exclusividad del titular de la propiedad intelectual, no tiene cabida en el artículo 270 Código Penal o carecería de sentido la protección que a estos derechos se les confiere en el ámbito de las leyes de Propiedad Intelectual y en la de Propiedad Industrial, por lo que parece evidente concluir que el delito lo configurarían tan sólo aquellas conductas infractoras de los derechos de las propiedades (industrial e intelectual) que, por su entidad y/o gravedad (por ejemplo en los casos en que se ejecuta la acción por el titular de un local comercial), justifiquen tal intervención del derecho penal. De modo que esta Sala ha considerado y considera que la venta callejera de este tipo de productos por personas que únicamente tratan de ganar un dinero para subsistir pasará por la aplicación de normas de orden público que impiden este tipo de ventas, pero no por la intervención del derecho penal, sin que ello suponga la despenalización de estas conductas, sino adecuar a los criterios de intervención mínima,*

última ratio y proporcionalidad, la respuesta de la jurisdicción a cada supuesto. Por ello únicamente conductas de mayor envergadura han de tener respuesta en este ámbito penal, debiendo dirigir la represión de las demás al ámbito administrativo, máxime cuando la reciente modificación del citado Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (aprobado en su día por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril) ha sido modificado recientemente (Ley 19/06 de 12 de abril) y en su artículo 139.1 contempla la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción a costa del infractor, en tanto que en su artículo 140 regula, de forma detallada, la indemnización de daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido. El empleo de estos procedimientos para el resarcimiento del derecho afectado es el adecuado y no la persecución penal del último eslabón de la cadena de infracción, es decir la criminalización del más débil.

En esta línea se sitúa finalmente el Acuerdo adoptado por las tres secciones penales de esta Audiencia Provincial de Vizcaya en su reunión de fecha 18-06-2009, entendiendo que en el caso de la venta callejera de mercancías el criterio general es de estimar estas conductas atípicas, debiendo no obstante atenderse a las peculiaridades de cada caso.

Pues bien en el caso que ahora nos ocupa la conducta del acusado se limita a portar una bolsa conteniendo 221 CDs y 104 DVDs no originales que iba ofreciendo a los viandantes, un supuesto más de venta callejera sin más

connotaciones que conforme al criterio expuesto no reviste gravedad suficiente para ser merecedor de reproche penal.

En consecuencia, a la vista de cuantas consideraciones anteceden, se desestima el recurso interpuesto y se confirma la sentencia recurrida.

**TERCERO.-** Siendo quien recurre el Ministerio Fiscal, procede declarar las costas de oficio.

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia, en la apelada y demás de pertinente y general aplicación.

#### **FALLAMOS:**

Que desestimando como desestimamos el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 03-03-2010 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 5 de los de Bilbao en la causa núm. 26 del año 2010, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con declaración de las costas causadas de oficio.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.