

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 Castellón de la Plana, Sección 2ª

FECHA: 17-11-2010

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: 12040370022010200448. Actualización: 21-11-2011.

OTROS DATOS: Auto 412/10. Recurso 631/2010.

SUMARIO:

“Según la exposición de hechos que realiza la Guardia Civil en su atestado el imputado fue visto por Agentes de la Policía cuando se encontraba dentro del local Bar Ronda vendiendo CDs de música y DVDs (132 de música y 11 películas). Según la declaración del imputado Eladio realizada al folio 31 de las actuaciones, dichos soportes los compra en Valencia, y los vende los CDs a 2 euros y los DVDs a 3 euros”.

[...]

“... la conducta típica de distribución debe de interpretarse conforme a la configuración legal de ese derecho de distribución realizada por la normativa extrapenal definitoria de tal derecho, que no es otra que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, que reconoce el derecho de distribución, artículo 17, «... corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier formado, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin autorización, salvo los casos previstos en esta Ley». Y lo define en el artículo 19 como «la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».”

[...]

“No hay duda de que es así cuando se ofrecen en venta y se venden las copias ilegales al público. Ello aunque pueda constituir el último eslabón del comercio ilegal, encaja plenamente en el tipo del art. 270-1º del Código Penal, sin que sea de aplicación al caso de autos el principio de intervención mínima pretendido, pues como recuerda la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 670/2006 de 21 de junio «el derecho

penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención» ...”.

“El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside”.

“El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar ...”.

[...]

“Ahora bien, 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 ...”

TEXTO COMPLETO:

En Castellón de la Plana a diecisiete de noviembre de dos mil diez.

La SECCION SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto y examinado el Rollo de Apelación Penal núm. 631/2010, incoado en virtud del recurso interpuesto contra el auto de fecha 5 de marzo de 2010, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vila-real (Castellón), en

Diligencias Previas nº 734/2006, P.P.A. nº 118/2008, sobre sobreseimiento libre de las actuaciones.

Han intervenido en el recurso, como APELANTE, el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *En el procedimiento del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de*

Vila-real (Castellón), se dictó auto en fecha 5 de marzo de 2010 en el que se acordaba: "DISPONGO: Se decreta el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal, remitiéndole copia del mismo, a los efectos que la Ley prescribe, previniendo a las partes que contra esta resolución podrán interponer recurso de reforma en el plazo de TRES DIAS, y una vez firme, archívense las presentes actuaciones. Habiéndose dictado un Auto de Procedimiento Abreviado, déjese éste sin efecto, atendidos los razonamientos anteriores".

Contra la anterior resolución fue interpuesto recurso de reforma y subsidiario de apelación por el Ministerio Fiscal y en base a las alegaciones que realizaba, terminaba interesando del Juzgado la revocación del auto y la práctica de las diligencias que se interesaron en su escrito de fecha 17 de febrero de 2010 por los motivos que se decidían.

Tramitado el correspondiente recurso de reforma, se dictó en fecha 26 de mayo de 2010 en el que se acordaba: "Se desestima el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de fecha 5 de marzo de 2010 y en consecuencia no ha lugar a su reforma confirmándose la misma en su integridad", y admitiendo a trámite el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

SEGUNDO.- Tramitado el recurso de apelación de forma subsidiaria, en fecha 5 de julio de 2010 se realizó informe de alegaciones por el Ministerio Fiscal, designando particulares.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial el día 25 de agosto de 2010, se turnaron las mismas a la Sección Segunda, señalándose para deliberación y votación el día de la fecha 17 de noviembre de 2010.

CUARTO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de este recurso de apelación el auto dictado por el Juzgado de Vila-real en el que se acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones, por no ser los hechos constitutivos de infracción penal.

Por el Ministerio Fiscal se dice en su escrito de recurso que por auto de fecha 1 de julio de 2008 se acordó la incoación de procedimiento penal abreviado, y se habían solicitado la práctica de diligencias por el Ministerio Fiscal, sin que las mismas se hubieran realizado. Se añade que en el procedimiento abreviado el artículo 780 de la lecrim priva al instructor de la posibilidad de acordar el sobreseimiento en el momento procesal en el momento en el que se ha acordado, es decir, hasta en cuanto esa parte no haya evacuado el traslado que se le confirió. También se indica que sobre el fondo del asunto la actuación del imputado viene encuadrada dentro de lo que comúnmente se viene llamando "top manta" y se circunscribe sin género de dudas al ámbito del tipo del artículo 270, 1 del cp. Añade que los argumentos efectuados por la instructora son defendibles desde el punto de vista de "lege ferenda", pero inviables desde el punto de vista de la legislación actual. Y en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal al recurso de apelación admitido de forma subsidiaria se añade por el Ministerio Fiscal que ni siquiera la reciente reforma del Código Penal ha destipificado los hechos, y en lo demás, se remitía a lo ya manifestado en su anterior informe.

Por el Juzgado de Instrucción se acuerda el sobreseimiento libre de la causa, es decir, se acuerda el sobreseimiento de las actuaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 637, 2 de la Lecrim en relación con el artículo 779, 1, 1ª de la Lecrim. El sobreseimiento libre acordado por el Juzgado de Instrucción, se acordó por tanto, entendiendo una falta de tipicidad del hecho, o de la responsabilidad penal de su presunto autor, lo que equivale totalmente a una sentencia absolutoria, que produce los efectos de la cosa juzgada, y determina el archivo definitivo de las

actuaciones, que nunca podrán revivir o vivificarse, ni en ese mismo proceso, ni en otro ulterior que desvele el mismo "thema decidendi". Sobreseimiento, por tanto, que, dadas las consecuencias que comporta, sólo es factible cuando de las diligencias de investigación practicadas se desprende inequívocamente que los hechos objetivamente y "ex ante" nunca podrían cumplir el tipo de una figura penal.

Sin embargo, esta Sala, a la vista de la instrucción realizada entiende que no es posible proceder al archivo de las actuaciones y menos a través de un sobreseimiento libre, y que debe continuarse con la instrucción de la causa, con progresión del procedimiento. Según la exposición de hechos que realiza la Guardia Civil en su atestado el imputado fue visto por Agentes de la Policía cuando se encontraba dentro del local Bar Ronda vendiendo CDs de música y DVDs (132 de música y 11 películas). Según la declaración del imputado Eladio realizada al folio 31 de las actuaciones, dichos soportes los compra en Valencia, y los vende los CDs a 2 euros y los DVDs a 3 euros. También obra en las actuaciones periciales de los anteriores soportes en los que se concluye que se trata de copias, con carátulas fotocopiadas o escaneadas a color, dentro de fundas flexibles de plástico, estableciendo finalmente un perjuicio a SGAE, Promusicae y Adese.

El artículo 270, 1 del Cp. actual establece que será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses, 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 derecho de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Para la Ilma. Sra. Magistrada los hechos no pueden ser considerados como delictivos, además de por razones del tipo, por la escasa trascendencia económica del perjuicio causado por el

acusado y regir el principio de intervención mínima del derecho penal, relegándose los hechos al ámbito civil o en su caso administrativo. Sin embargo, para esta Sala, concurren todos los requisitos del tipo.

La propiedad intelectual se integra, conforme a la propia Ley de Propiedad Intelectual, por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuye al autor derechos de explotación sobre los mismos, entre los que se encuentra el de distribución, entendiéndose por tal, la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, a través de distribuidores autorizados. Como se expone en la Sentencia de la AP de Valencia de 17 de mayo de 2004, el artículo 270 "protege un bien patrimonial o moral individual consistente en el interés de explotación exclusiva del titular de los derechos de explotación e integra como acciones nucleares la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente.

Siendo este precepto un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales. Concretamente la conducta típica de distribución debe de interpretarse conforme a la configuración legal de ese derecho de distribución realizada por la normativa extrapenal definitoria de tal derecho, que no es otra que el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de 1996, que reconoce el derecho de distribución, artículo 17, «... corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier formado, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin autorización, salvo los casos previstos en esta Ley». Y lo define en el artículo 19 como «la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

En consecuencia, la distribución típica supone ya la lesión del bien jurídico protegido en cuanto que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho y se afecta a la expectativa de ganancia patrimonial

que, derivada de ella, éste tiene. No hay duda de que es así cuando se ofrecen en venta y se venden las copias ilegales al público. Ello aunque pueda constituir el último eslabón del comercio ilegal, encaja plenamente en el tipo del art. 270-1º del Código Penal, sin que sea de aplicación al caso de autos el principio de intervención mínima pretendido, pues como recuerda la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo núm. 670/2006 de 21 de junio "el derecho penal se rige por unos principios esenciales, entre ellos, el de legalidad y el de mínima intervención.

El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que

forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, 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."

Por ejemplo, el art. 270-1º del Código Penal utiliza la expresión "en perjuicio de tercero", lo que supone una conducta tendencial, es decir, dirigida a producir dicho perjuicio, y que se consume con la realización del acto tendencial, sin necesidad de que se produzca el perjuicio efectivo, que sólo tiene relevancia a los efectos de la responsabilidad civil -además de ello, el acusado reconoció en el acto del juicio haber vendido otros cds con anterioridad-. El precepto referido dice "en perjuicio de tercero", pero no dice "con perjuicio para tercero", resultando que esta última expresión supone la producción de un perjuicio real, mientras que la primera supone una producción meramente potencial. Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause: la efectiva venta es ya la fase de agotamiento del delito. Por lo tanto, la real producción de un perjuicio, como

parece exigir el recurrente, no es necesaria para la existencia del delito.

Además de lo dicho, también debe señalarse que el objeto de protección del delito del art. 270 CP es la exclusividad de la explotación de una determinada obra y sus reproducciones, en el marco de una concurrencia legal en el mercado, y por ello el sujeto pasivo del delito no es el consumidor, sino las compañías discográficas y cinematográficas, resultando indiferente que el consumidor sepa que el producto es falso.

A lo expuesto debe añadirse que el concepto típico de distribución no exige tampoco la venta efectiva de los artículos incautados. El art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual define la distribución de la siguiente manera: "Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma", y basta una interpretación literal del texto para poder afirmar, sin duda alguna, que la mera puesta a disposición del público, previo a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de "distribuir". Como afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4 de abril de 2005, "con independencia de que interpretar distribución como ofrecimiento a la venta es una interpretación posible del delito contra la propiedad intelectual puesto que la lesividad propia del delito contra la propiedad intelectual se fundamenta en el ofrecimiento en el mercado de productos sin autorización del titular de los derechos de explotación, los delitos contra la propiedad intelectual son delitos contra intereses generales para cuya consumación no es necesario probar un efectivo perjuicio para una o unas personas determinadas, perjuicio que de existir se tomará en consideración en orden a la determinación de la responsabilidad civil". También la Sentencia de la misma Audiencia de Barcelona de fecha 7 de abril del mismo año establece que "la distribución, a efectos legales, consiste, a tenor del art. 19 de la LPI en la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma". Y

el poner a disposición consiste en colocar al alcance de los destinatarios (el público) y por cualquier medio, la obra, sin que sea necesaria la venta del producto.

Esta Sala, después de hacer una valoración legal de la actual situación, tiene que hacer referencia a la nueva redacción del artículo 270, 1 del cp. #al que se le añade el párrafo que se dirá-, dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, en la que se recoge que: "No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las circunstancias del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses, o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623, 5". Y el artículo 623, 5 del cp. establece: "Los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270, 1 y 274, 2 cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concorra alguna de las circunstancias prevenidas en los arts. 271 y 276, respectivamente." Por todo lo anterior, el legislador quiere castigar de forma penal aquellas conductas cuyo beneficio no fuera superior a esos 400 euros, por lo que como se ha dicho, no es posible la aplicación del principio de intervención mínima, al colisionar frontalmente con el principio de legalidad.

SEGUNDO.- *Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción se dictó en fecha 31 de julio de 2008 auto de procedimiento penal abreviado contra Eladio. El artículo 780, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en el capítulo II, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las Diligencias Previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que soliciten la apertura de juicio oral, formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o,*

excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias. En cumplimiento de dicho artículo, el Ministerio Fiscal solicitó diligencias complementarias según el informe de fecha 17 de septiembre de 2008 consistentes en la acreditación de la situación de residencia legal o ilegal en España del imputado. Dicha prueba fue acordada por providencia de fecha 1 de octubre de 2008, y en fecha 7 de octubre de 2008 se dictó nueva providencia pasando las actuaciones de nuevo al Ministerio Fiscal, que contestó en fecha 12 de noviembre de 2008 solicitando la nueva práctica de diligencias. Y por nueva providencia de fecha 20 de octubre de 2009 se volvió a requerir oficio para acreditar la situación del imputado en España y acordándose la práctica de las diligencias complementarias solicitadas por el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 12 de noviembre de 2008. Y en fecha 20 de enero de 2010 se acordó unir el oficio policial, teniendo también por cumplimentado lo solicitado por el Ministerio Fiscal, dando traslado de nuevo al mismo para que formulara acusación, o pida el sobreseimiento de la causa. Y por informe de fecha 17 de febrero de 2010 por el Ministerio Fiscal se solicita la práctica de diligencias complementarias ya solicitadas anteriormente y no practicadas, acordándose directamente por el Juzgado por auto de fecha 5 de marzo de 2010 el sobreseimiento libre de las actuaciones.

Por todo lo anterior, el auto de archivo de sobreseimiento libre, además de no ser procedente por cuestiones de fondo, como se ha dicho en el fundamento anterior, tampoco lo es por cuestiones procesales.

Por el Ministerio Fiscal se ha solicitado la práctica de diligencias complementarias que han sido acordadas por el Juzgado de Instrucción, sin que las mismas hayan llegado a ser practicadas en su totalidad y sin que exista resolución del Juzgado denegando la

práctica de las mismas por motivos posteriores o sobrevenidos.

Por lo tanto, después de haberse dictado auto de procedimiento penal abreviado, o existe auto denegando la práctica de las diligencias de prueba que solicita el Ministerio Fiscal, o escrito de acusación o sobreseimiento del Ministerio Fiscal y consiguiente auto de apertura de juicio oral o auto de sobreseimiento, pero no directamente auto de sobreseimiento del Juzgado. Por el Juzgado se han acordado las diligencias de pruebas complementarias que ha solicitado el Ministerio Fiscal y las mismas no han sido practicadas, por lo que en consecuencia, el auto que se recurre, no es procedente.

Por todo cuanto antecede el recurso debe ser estimado, dejando sin efecto el auto recurrido, con prosecución del procedimiento y la práctica de las diligencias solicitadas por el Ministerio Fiscal y ya acordadas por el Juzgado.

TERCERO.- En materia de costas procesales no son de apreciar méritos para su imposición (art 240 LECrim).

Vistos los preceptos legales de pertinente aplicación

LA SALA ACUERDA:

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de fecha 5 de marzo de 2010, dictado por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Vila-real (Castellón), en Diligencias Previas nº 734/2006, P.P.A. nº 118/2008, que se deja sin efecto y debiendo practicar el Juzgado las diligencias que fueron solicitadas por el Ministerio Fiscal y que ya fueron admitidas, y con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

Así por este Auto, del que se llevará certificación al Rollo, lo acordamos, mandamos y firmamos.