

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela penal. Piratería. Bien jurídico protegido. Argumento de la aptitud de engaño al consumidor. Desestimación.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de León, Sección 3ª

FECHA: 16-11-2011

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>. Id Cendoj: 24089370032011100649. Actualización: 14-8-2013.

OTROS DATOS: Recurso 103/2011. Sentencia 271/2012.

SUMARIO:

“El bien jurídico protegido es esencialmente el derecho exclusivo del autor de una obra artística, sin que sea necesario que se produzca una lesión efectiva o potencial de los intereses del consumidor como consecuencia de la aptitud del signo usurpado para la confusión, es decir, no es necesaria para la consumación del delito que exista una posibilidad de confusión en el consumidor, sin que sea posible excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que no se da posibilidad de confusión por las características concretas del objeto o por las circunstancias o contexto en que es puesta en el comercio, como la presentación de los productos, los lugares de venta o el precio ...”

COMENTARIO: A diferencia de lo que en nuestra modesta opinión sentenció erradamente la Audiencia Provincial de Cáceres, al decir que *“tratándose de unas falsificaciones burdas ... no provocarían un perjuicio patrimonial real al titular de los derechos de distribución de la propiedad intelectual y, consecuentemente, faltaría uno de los elementos que integran el tipo penal”*¹, acierta la dictada en el fallo que motiva estos comentarios cuando aunque de manera implícita ubica el bien jurídico protegido en el delito de *“piratería”* de obras literarias o artísticas mediante la oferta de ejemplares que contienen reproducciones ilícitas, en el derecho intelectual de los titulares sobre tales obras, de modo que resulta intrascendente que la distribución ilícita se haya realizado mediante duplicaciones artesanales, que los consumidores puedan diferenciar de las originales. Con razón, la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana ha aclarado que *“... el objeto de protección del delito del art. 270 CP² es la exclusividad de la explotación de una determinada*

¹ Sentencia de la Sección 2ª del 11-2-2010.

² Código Penal español. *“Artículo 270. 1. 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*

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”³; la Audiencia Provincial de Madrid que “el bien jurídico protegido no es el mercado y la posible confusión entre copias lícitas e ilícitas, y sí los derechos de propiedad intelectual con su doble contenido: derechos morales y de explotación”⁴; la Audiencia Provincial de Zaragoza, que es irrelevante “que quien ofrezca esas copias «piratas» lo haga o no con intención de engañar a los posibles compradores”⁵ o la Audiencia Provincial de Jaén, que “... no puede admitirse como requisito el perjuicio al consumidor, pues este no es un requisito del tipo, el cual exige el perjuicio a los titulares de los derechos de propiedad de propiedad intelectual ...”⁶. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

ILMOS. SRS.

D^o. LUIS ADOLFO MALLO MALLO.- Presidente.

D^o. MANUEL ANGEL PEÑIN DEL PALACIO.-
Magistrado

D^o. JESUS SANTOS FERNANDEZ.- Magistrado
suplente

*En la ciudad de León, a dieciséis de diciembre de
dos mil once.*

VISTOS ante el Tribunal de esta Sección Tercera,
en grado de apelación, los autos del Procedimiento
Abreviado nº. 58/2010, procedentes del Juzgado
de lo Penal nº 1 de Ponferrada, habiendo sido

*apelante el MINISTERIO FISCAL y apelado Isaac,
representado por la Procuradora D^a BEATRIZ URIA
MIRAT y defendido por el letrado D^o RICARDO
RODRIGUEZ PEREZ, y Magistrado Ponente el
Ilmo. Sr. D. LUIS ADOLFO MALLO MALLO.*

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la sentencia
recurrida es del tenor siguiente: “**FALLO:** Absolver
a D. Isaac de toda responsabilidad criminal derivad
de las presentes actuaciones procediendo una vez
que sea firme esta resolución a la destrucción de
los efectos intervenidos, con expresa reserva de
acciones civiles a la parte perjudicada para reclamar
si a su derecho interesa la correspondiente

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. No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra 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. 2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento. 3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo” (nota del compilador).

3 Sentencia de la Sección 2^a (6-5-2010).

4 Sentencia de la Sección 3^a (20-4-2007).

5 Sentencia de la Sección 6^a (23-9-2010).

6 Sentencia de la Sección 2^a (13-9-2010).

indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Las costas del procedimiento se declaran de oficio”.

SEGUNDO.- *Notificada dicha resolución, por el MINISTERIO FISCAL se interpuso recurso que fue admitido, dándose traslado a las demás parte por un plazo común de diez días, impugnándose el recurso por la defensa del acusado y, después de los trámites oportunos, se remitió todo lo actuado a esta Sección Tercera señalándose para la deliberación del recurso el día 29- Noviembre-2011.*

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- *Se acepta el relato fáctico de la sentencia impugnada, que es del tenor literal siguiente: “HECHOS PROBADOS: Primero.- El día 12 de enero de 2.007, sobre las 23:15 horas, Isaac, extranjero sin trabajo ni apoyo familiar en España, se encontraba en la avenida del Castillo de la ciudad de Ponferrada ofreciendo a los transeúntes copias falsificadas de Cds de música y de películas en soporte Dvd, que previamente había adquirido para venderlas y poder obtener algún dinero con que subsistir. Segundo.- Isaac fue detenido por agentes de la Policía Local de la ciudad de Ponferrada quienes le intervinieron 137 Cds. de música y 57 películas de Dvd. Tercero.- Los Cds de música y los Dvds de películas que Isaac portaba eran burdas falsificaciones en su soporte y carátulas, sin que ofrecieran duda alguna a quienes los vieran sobre su carácter de falsificación, no estando acreditado si todos los soportes intervenidos contenían música o contenidos audiovisuales amparados pro los derechos de propiedad intelectual.*

SEGUNDO. - *A los anteriores hechos probados se añaden los siguientes: los discos intervenidos al acusado contenían copias no autorizadas de canciones y películas cuyo comercialización supone para las entidades gestoras de los derechos de propiedad intelectual -SGAE y AGEDI- unos perjuicios valorados en 152,07 euros y 406,89 # respectivamente.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *No se comparte la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.*

SEGUNDO.- *El MINISTERIO FISCAL interpone recurso de apelación contra la sentencia que ABSUELVE al acusado Isaac de un delito contra la propiedad intelectual - art. 270 y 272 CP -, interesando su revocación y el dictado de una sentencia condenatoria contra el acusado en los términos interesados en el acto del juicio.*

TERCERO.- *En el recurso de apelación se denuncia infracción por inaplicación del art. 270 CP.*

Es cierto que no es cuestión pacífica en la doctrina de las Audiencias Provinciales la tipicidad o atipicidad de la actividad conocida como top-manta o venta callejera de material videográfico pirata (DVDs y CDs), existiendo sentencias que se pronuncian por la no subsunción de tales conductas en el tipo del art. 270 CP., bien argumentando que el mero ofrecimiento de tales copias ilegales no constituye una conducta de “distribución”, bien amparándose en el principio de intervención mínima del D. Penal (en tal sentido, entre otras, la SAP Pontevedra Sec. 2ª de 21-5-2.008, la SAP Cáceres -Sec. 2ª. De 20-1-2.009 y la SAP Madrid - Sec. 2ª. De 4-3-.009), sin embargo, la mayoría de las sentencias se pronuncian por la punición de estas conductas por la modalidad de distribución del art. 270-1 CP.

La SAP Madrid, Sec. 23ª, de 11-2-2.009 realiza un pormenorizado extendido de la cuestión destacando:

Esta Sala no comparte en absoluto el argumento del recurrente, pues, como afirma la SAP de Barcelona de 7-4-2005 “...El artículo 270 del Código Penal sanciona a quienes con ánimo de lucro no sólo reproduzcan, sino también a quienes distribuyan en todo o en parte la obra literaria, artística, científica fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Pues bien, dentro del mencionado precepto el segundo de los comportamientos típicos recogidos

es el de la distribución. Siendo así, que la misma, a efectos legales consiste, a tenor del artículo 19 núm. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual, en «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma».

Desglosando dicho concepto o definición, se desprenden los dos primeros requisitos o elementos de esta modalidad de explotación. En tal sentido y en primer extremo, el «poner a disposición», y en segundo orden, «la publicidad».

Pues bien, poner a disposición consiste en colocar al alcance de los destinatarios (el público) y por cualquier medio, la obra. En otras palabras, el ofrecimiento y la puesta en circulación de la obra pirata tienen cabida en la distribución, sea como sea la manera en que esta distribución se lleve a cabo. Por su parte, la publicidad o puesta a disposición «del público», implica que la oferta de la obra se formule a un universo indeterminado de personas, que en principio es plural (público). En otros términos, la distribución ha de revestir un carácter de público...En efecto, volviendo al requisito de la publicidad (entendida ésta como oferta al público), es este carácter el que ha de presidir precisamente la conducta de la distribución. Esto es, el acto de poner a disposición la obra o sus ejemplares pirateados, teniendo como destinatarios, en principio, a una pluralidad indeterminada de sujetos: el público.

Siendo en este preciso extremo necesario acudir al concepto de publicidad que la propia Ley de Propiedad Intelectual ofrece en su artículo 20 núm. 1. En este precepto, se considera por exclusión como no pública «la comunicación celebrada en un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo».

De esta manera, efectivamente habría de rechazarse la existencia de publicidad cuando la puesta a disposición de la obra pirateada se llevara a cabo en un círculo doméstico y muy reducido de personas. O lo que es lo mismo, es preciso que

la oferta de la obra traspase la esfera privada o personal y llegue al público en general. Entendiendo ahora como público, no a un sujeto determinado, sino con posibilidad de ser numeroso.

De tal suerte que una vez traspasada la frontera de lo privado o de lo socialmente íntimo, el criterio cuantitativo de «público» se debilita enormemente. Por lo que no es preciso entonces que el público ante el que se ofrece la obra sea muy numeroso.

Bastando entonces que dicha obra o ejemplar de la misma pirateado se oferte tan sólo a uno o a unos pocos sujetos con quienes no existía previamente vínculo privado o relación alguna...”.

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Cuenca de 20-4-2005 cuando dice que “...Según reiterado criterio jurisprudencial las infracciones contra la propiedad intelectual, a las que se reputan generalmente como delitos de mera actividad, tratan de proteger el denominado derecho de autor en todas sus facetas. El sujeto activo de dichas infracciones lo puede ser cualquiera que sea imputable, mientras que el sujeto pasivo lo puede ser el autor o creador de la obra científica, literaria o artística, sus causahabientes o cesionarios.

La dinámica comisiva o acción es muy variada y se concreta en la reproducción, plagio, distribución o comunicación pública sin autorización de los titulares (STS de 19 de mayo de 2001). Finalmente hay que poner de manifiesto que se define el aspecto de la culpabilidad por la necesidad de que la acción se realice con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, por lo que es un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio. De otra parte, el artículo 117.1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 12 de abril de 1996, establece que corresponde al productor de fonogramas el derecho exclusivo de autorizar la distribución de los fonogramas y la de sus copias, derecho que podrá transferirse, cederse o ser objeto de la concesión de licencias, disponiendo a su vez el artículo 19.1 de la citada Ley, que 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..”.

La SAP de Vizcaya de 15-2-2005 también señala respecto a esta infracción, y en un supuesto análogo al que ahora estamos enjuiciando que “...dentro de las conductas típicas previstas en el art. 270 del Código Penal (y) se encuentra la distribución públicamente, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero en todo o en parte, de 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. Se trata de una norma penal en blanco que ha de integrarse con la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril en cuyo art. 19 se define la distribución como «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma». En el caso que nos ocupa y con el relato de hechos declarado probado y no combatido por la parte apelante la conducta enjuiciada se subsume en el art. 270, toda vez que, el acusado fue sorprendido mientras ofrecía a la venta unas copias de CDs no autorizadas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual o cesionarios -llamadas vulgarmente copias «piratas»-, con evidente ánimo de lucro y en perjuicio de esos titulares o cesionarios.

El delito se consuma en el momento que se disponen a la venta tales efectos sin la autorización de los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual, no es necesaria la venta en sí de una copia este acto supondría el agotamiento de los efectos del delito.

Por otra parte, nadie negaría que si un comerciante legalmente establecido ofrece al público en venta o alquiler unas copias «piratas» de CDs está cometiendo el delito previsto y penado en el art. 270, porque estaría distribuyendo estos efectos

con independencia que se haya producido una venta. Del mismo modo quien despliega una tela en la calle y deposita encima esas copias «piratas» y se coloca al lado exigiendo un precio por ellas está cometiendo el mismo delito. La actividad, la conducta, es la misma sea ejecutada tras un mostrador, un tenderete o depositando la mercancía en el suelo y en todo caso se hace con ánimo de lucro, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o cesionarios y en perjuicio de los mismos...”.

Entiende esta Sala que la calificación jurídica que efectúa la sentencia es correcta. Y así lo corrobora diversas sentencias entre las que podemos destacar por lo que se refiere a la calificación de los hechos, la SAP de Madrid de 18-6-2008 afirma la naturaleza de estos delitos y que el mero ofrecimiento de venta al público constituye delito diciendo: “El bien jurídico protegido por el art. 270 del Código Penal comprende derechos de naturaleza personal relativos al derecho moral del autor, y de naturaleza patrimonial en cuanto puede afectar a los derechos de explotación y distribución de la creación (Sentencias de 14 de febrero de 1984, 13 de octubre de 1988, 19 de enero, 9 de junio de 1990, 22 de mayo de 2001); se trata, pues, de un delito de tipo mixto acumulativo que describe distintas conductas susceptibles de configurar distintos delitos, en lo que la doctrina científica viene denominando delitos con objeto plural que comprenden a cuantos realizan los diferentes verbos nucleares de la figura penal, comprensivos de dos formas de realización, una ideal, el plagio, y otra material, las explotaciones usurpatorias, que afectan al conjunto de facultades ligadas a los intereses económicos del autor e implican un indudable perjuicio para el mismo, en cuanto no ha prestado su consentimiento a dicha actuación.

Por consiguiente, las reproducciones masivas configuran una de las posibles conductas tipificadas, plenamente diferenciada de la distribución de dichos productos sin la autorización de su titular. La conducta realizada queda incardinada en el tipo penal, y no puede destipificarse a voluntad

por aplicación del principio de intervención mínima invocado. Desde otro punto de vista, la postura mantenida resulta inadecuada desde la perspectiva de la política criminal, pues supone dejar impune el eslabón final de la cadena defraudatoria, en tanto la venta al menudeo es la única salida comercial de tales productos.

Por otro lado, ya se expuso que los hechos declarados probados expresan como el acusado tenía colocados los 82 DVD en una manta en la vía pública, pero sin decir nada en relación a concretas operaciones de tráfico. Ciertamente, sobre esta circunstancia se han esgrimido diversas soluciones doctrinales, con reflejo también en distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales. El sentido absolutorio de algunas de dichas resoluciones recae sobre la atipicidad de la conducta sustentada en la circunstancia de que el acusado sólo fue visto ofreciendo al público los efectos reseñados, pero no se observó la concreta realización de un acto de venta de los mismos.

La distribución aparece definida en el art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual como «la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma». En definitiva se trata de la comercialización de la obra intelectual o el control sobre su circulación.

La distribución presenta también una exigencia cuantitativa al tener como destinatario al «público», esto es, a una generalidad de personas, y únicamente se concibe respecto de obras susceptibles de presentarse en ejemplares, a diferencia de aquellas que sólo pueden exhibirse o comunicarse pero no ser objeto de distribución, según se infiere de lo dispuesto en el art. 20.1 de la ley citada para la comunicación pública.

Esta conducta guarda por ello estrecha relación con la previa reproducción, aunque normativamente integran dos conductas típicas e independientes entre sí, operando normalmente la distribución sobre copias piratas o reproducidas ilegalmente.

En tales condiciones, es claro que la sanción penal de la distribución usurpatoria se extiende a toda explotación comercial de la obra artística que se realice al margen de la autorización que compete otorgar al titular de los derechos de explotación. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993 indica la necesidad de no confundir reproducción con comercialización, resaltando que las dos son conductas típicas, sin que la segunda tenga que ver con grados de perfección delictiva.

Para la realización de la conducta típica es suficiente con la simple oferta del ejemplar o copia de la obra al público. Así lo ha entendido la Junta de Magistrados de esta Audiencia Provincial para la unificación de criterios de 25 de mayo de 2007, al considerar que la mera puesta a disposición de los efectos al público en el ámbito de la venta callejera es un supuesto que encaja en la acción típica de distribuir. En este caso se advierte en los hechos probados la disposición inequívoca de los efectos como dispuestos a la venta a terceras personas, lo que configura la infracción aplicada, aunque no haya sido visualizado ningún concreto acto de venta...

En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Tarragona de 28-7-2008 cuando dice

“...En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, esta Sala, en sentencias de esta Sección de fechas, 1 de octubre, 10 y 3 de septiembre de 2007 y 22 de enero de 2007, con cita de las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada de 3 de junio de 2006, Barcelona de 1 de marzo de 2006, de Cádiz de 27 de septiembre de 2005, de Alicante de 26 de julio de 2005 y de Castellón de 7 de junio de 2006, entre muchas otras, ya declaró que el mero ofrecimiento de soportes gráficos como CDs o DVDs copiados sin que exista venta efectiva es constitutivo de la conducta típica encuadrada en el término distribución del art. 270 del Código Penal por cuanto que éste supone la mera puesta a disposición del público de las copias con ánimo de obtener un lucro, entendiéndose consumada la conducta con el mero ofrecimiento al no requerir el tipo que se alcance el resultado, siendo suficiente que el

mismo aparezca como la finalidad de la conducta del acusado, finalidad que deberá deducirse de las circunstancias del hecho. En definitiva, el mero ofrecimiento de venta consumaría el delito con independencia de que llegase o no a vender los soportes aludidos.

También hemos declarado que la conducta consistente en la puesta a disposición del público de los soportes copiados, encaja precisamente en el concepto de distribución, sin que competa a los Tribunales, por razones de justicia material, considerar atípicas conductas que tienen perfecto encaje en el tipo aplicado, pues es el legislador quien debe, en su caso, excluir del ámbito penal aquéllas conductas que, por su menor relevancia para el bien jurídico protegido, carezcan de entidad suficiente para merecer reproche en esta sede...”.

No cabe invocar en el presente caso el principio de intervención mínima ni que existan normas de carácter civil suficientes para proteger los ataques contra la propiedad intelectual, pues como señala la SAP de Barcelona de 6-6-2008, “...no se comparte la interpretación que el recurrente efectúa en relación con el principio de intervención mínima del Derecho penal, que aquí se considera como un principio vigente en el momento legislativo, que opera como criterio límite en el momento de selección de conductas que deben merecer relevancia penal en atención a los principios informadores del derecho penal (fragmentariedad y subsidiariedad) que conforman el principio de ultima ratio. Una vez que el legislador ha decidido, constreñido por estos criterios, qué conductas deben merecer reproche penal, su tipicidad no puede decaer por el hecho de que otros ámbitos del ordenamiento jurídico tutelen también el mismo bien jurídico o resulte difícil deslindar las conductas que deben merecer reproche penal y cuáles simplemente reproche civil o administrativo. En ese punto, el alcance de la infracción de que se trate debe resultar interpretado conforme a estos criterios y a los generales, para decidir su alcance, pero no puede en ningún caso obviarse la decisión del legislador de incriminar determinadas conductas, ni tampoco el alcance

interpretativo del tenor literal posible...”.

La SAP de Barcelona de 28-5-2008 también aplica este criterio, respecto al principio de intervención mínima, revocando la sentencia del juzgado de lo Penal que aplicaba el principio de intervención mínima (“...La declarada atipicidad se funda (con expresa alusión a la STS de 24 de febrero de 2003) exclusivamente en un principio político criminal: el principio de intervención mínima del sistema penal, en virtud del cual - se dice -- “solo las conductas mas graves, como la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito” y no “la venta callejera de estos productos ilegales, por medio de personas, que solo buscan una manera de ganarse la vida, ante la imposibilidad de otros medios mas adecuados”).

La sentencia en cambio señala que “Los motivos jurídicos de nuestra discrepancia son los siguientes:

1º) Es un hecho jurídicamente indiscutido que el “principio de intervención mínima” es un mandato dirigido al legislador en virtud del cual, en un Estado de Derecho, el derecho penal solo debe prohibir bajo pena los ataques mas graves (e idóneos) dirigidos a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos que se entienden esenciales para el desarrollo de los individuos o de la sociedad políticamente articulada y que, de este modo, devienen bienes jurídico penales. (principio de fragmentariedad y de última ratio).

De ninguna manera constituye un mandato dirigido al Juez (en la aplicación del Derecho) ni le posibilita fundar solo en dicho principio una absolución (o un sobreseimiento) en cuanto no constituye por naturaleza ni una causa de atipicidad (error de tipo invencible que excluye el tipo subjetivo), ni una causa de justificación (apartados 4º, 5º y 7º del artículo 20 del CP) ni, claro es, una causa de inimputabilidad (apartados 1º, 2º y 3º del artículo 2º del CP) o de exculpación o inexigibilidad (apartado 6º del artículo 20 del CP o el error de prohibición invencible según jurisprudencia mayoritaria).

2º) Ahora bien, constituyendo el principio de intervención mínima un principio político criminal que debe informar todo el ordenamiento penal y siendo un hecho - doctrinal y jurisprudencialmente admitido- que los principios político criminales deben impregnar también la interpretación (y aplicación) de los tipos penales, también el Juez está llamado a respetar dicho principio cuando interpreta el Derecho (en este caso, en la interpretación del artículo 270 del CP) pero la cristalización del mismo en sede jurisdiccional solo es factible acudiendo bien a la interpretación restrictiva de los tipos penales, bien a la ausencia de antijuricidad material de la conducta.

Dicho en términos sintéticos: en la interpretación y aplicación del Derecho Penal el Juez se sujeta (y debe hacerlo) al principio de intervención mínima cuando (en favor del reo) realiza una interpretación restrictiva del tipo o cuando advierte (y justifica) la ausencia de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico pero, de ninguna manera, puede sustentar en aquel principio la irrelevancia penal de una conducta que el legislador ha tipificado como delito pues ello implica suplantar la voluntad del legislador quien únicamente faculta al Juez, si cree que un comportamiento no debiera ser penado (típico) o no serlo tan gravemente, a exponer su tesis al Gobierno y solicitar el indulto (artículo 4.3 del CP).

Y ello es lo que, precisamente, lleva a cabo la tesis interpretativa en la que sustenta la Juez a quo el sobreseimiento que acuerda, en cuanto sostiene la atipicidad de los hechos en razón de la aplicación (directa) del principio político criminal de intervención mínima, (tomando como punto de referencia una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que como diremos no guarda relación con el supuesto de autos) partiendo de consideraciones socio- subjetivas y no de consideraciones jurídicas derivadas de la elección de un determinado criterio interpretativo o por calificarlos como exponentes de una de las causas de ausencia de antijuricidad material (dogmáticamente determinadas).

Apoyamos nuestra afirmación en los siguientes argumentos jurídicos:

1º) La postura jurisprudencial citada no solo acepta que el tipo penal del artículo 270 del CP constituye un tipo penal en blanco sino que, citando el artículo 19 de la Ley de la Propiedad Intelectual, admite también que “cualquier venta de una obra artística en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho de la propiedad intelectual”, por lo que cabe inferir que afirma la vinculación del interprete penal a la definición auténtica del concepto de distribución que recoge el citado artículo 19 de la LPI y, en definitiva, que el artículo 270 del CP acoge una figura delictiva que, en todos sus aspectos, constituye una ley penal en blanco.

Ergo, no absuelve en razón de una interpretación restrictiva del concepto de “distribución” que conlleva su exclusión del ámbito de protección de la norma por no tener cabida en el tenor literal del precepto, sino que reconoce expresamente que la “venta callejera” llevada a cabo con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero (del titular del derecho o los cesionarios) “supone una infracción del derecho de propiedad intelectual”, si bien, a continuación, y con apoyo en el principio de intervención mínima, determina que “ solo las conductas mas graves, como la reproducción en masa o su distribución en grandes cantidades puede configurar el delito”.

Desde esta perspectiva (ley penal en blanco), es evidente que la conducta de “distribuir”, como elemento normativo jurídico del tipo, solo puede ser interpretado en el sentido que le proporciona el artículo 19 de la LPI por lo 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 (que no se discuten por la Sección Séptima) 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.

Pero es que, aun cuando se sostuviera que el artículo 270 del CP integra un tipo penal en blanco solo parcialmente, es decir, en lo que se refiere a las exigencias jurídico privadas que disciplinan la titularidad (jurídicamente reconocida) de un derecho de la propiedad intelectual, sin que el legislador penal y el intérprete se hallen vinculados, en lo que a la descripción de las conductas típicas se refiere, a conceptos estrictamente mercantiles, del redactado y exigencias típicas del precepto y del bien jurídico protegido (interpretación sistemática) se desprende que cuando el legislador ha empleado el término “distribuir”, junto al de reproducir, plagiar o comunicar públicamente, con ánimo de lucro y en perjuicio (patrimonial) de tercero, no se está refiriendo al contrato de distribución strictu sensu (cuyo significado jurídico mercantil tampoco coincide con la distribución “en grandes cantidades” a la que aluden las sentencias antes citadas), sino a la puesta a disposición del público (por lucro) de copias o reproducciones con lesión (patrimonial) del derecho de explotación de la obra que jurídicamente pertenece a sus titular y no así, en cambio, para el mero autor distribuidor, a la “distribución” gratuita de dichas copias, esto es, sin ánimo de lucro, aun cuando fuera masiva que sí escapa al tenor literal del precepto (“con ánimo de lucro”).

Y, a mayor abundamiento, tal entendimiento de los conceptos típicos de “reproducción” (en masa) o de “distribución” (en grandes cantidades) vaciaría en gran medida de contenido, orillando la interpretación sistemática, el subtipo agravado del artículo 271 del CP, como correctamente señala el Ministerio Fiscal en el recurso.

2º) La atipicidad de “la venta callejera” preconizada tampoco halla causa en la ausencia de antijuricidad material lo cual solo tiene lugar, según la doctrina actual, en el supuesto de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica: a) No implican una afectación suficiente del bien jurídico por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (Ejemplo, el que causa la muerte de otro a consecuencia de un mero empujón que determina su caída y que su cabeza dé en un bordillo no puede

considerarse autor del tipo de homicidio porque la muerte no puede imputarse objetivamente como una conducta suficientemente peligrosa). b) El bien jurídico típico es disponible por parte de su titular y existe conformidad de éste. (Ejemplo, no hay tipo de detención si la víctima consiente en ser detenido). c) Son hechos adecuados socialmente (principio de adecuación social). Así, no son penalmente típicos los malos tratos, improprios o lesiones consecuencia de actuaciones deportivas normales. d) Son hechos o ataques insignificantes al bien jurídico protegido por la norma (principio de insignificancia). Así, no constituye el tipo de coacciones el hecho de que en una autopista un vehículo impida adelantar a otro manteniéndose indebidamente en el carril izquierdo.

En estos casos - y solo en estos, entre los que no resulta subsumible el que nos ocupa- que, sin embargo, formalmente caben en la letra de los tipos penales respectivos, se habla dogmáticamente de causas de exclusión de la tipicidad que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de la tipicidad según la doctrina mayoritaria.

En todos los demás, las conductas descritas en un tipo penal son típicas y lo es, pues, “la venta callejera” de copias o reproducciones de CD o DVD, sin perjuicio, como también señala el Ministerio Fiscal, que pueda apreciarse en dicha conducta, como eximente o atenuante, el estado de necesidad o incluso un error de prohibición, vencible o invencible, si se acreditaren los presupuestos que los viabilizan.

3º) Finalmente, aquella tesis jurisprudencial confunde el sentido y alcance del contenido de la STS de 24 de febrero de 2003 en la que apoya su interpretación del artículo 270 del CP y que transcribe descontextualizado.

Efectivamente, lo que se apunta en dicha sentencia es ni mas ni menos que el Juez debe tener en cuenta el principio de intervención mínima de la normativa penal en la función que le compete de

interpretar los tipos penales, fijando en una rigurosa hermenéutica qué ataque grave para el bien jurídico ha querido proteger el legislador asociando una pena a determinada conducta y cual ha relegado extramuros del sistema punitivo, pero en ningún caso manifiesta que el principio de intervención mínima otorgue al Juez la facultad de absolver por entender que una conducta (típica) carece de gravedad suficiente, pues ello constituiría un mecanismo inadecuado para expulsar del sistema penal comportamientos que (con acierto político criminal o no) el legislador ha querido tipificar como infracción penal lo que, desde ningún prisma constitucional, es función del Juez.

Ello tiene especial relevancia en supuestos delictivos que tienen su correlativo en el marco del derecho administrativo sancionador (supuestos a los que se refiere la sentencia del TS citada) donde es preciso marcar el límite entre la conducta mas grave (delito) y la conducta menos grave (infracción administrativa) pero este limite debe ser buscado (y hallado) por el Juez en el propio tipo penal mediante una labor interpretativa del precepto penal (y concretamente de la conducta típica) restrictiva y que atienda al bien jurídico protegido. Y así, el delito fiscal, por interpretación de la conducta típica (artículo 305 CP :”el que defraude... eludiendo”) requerirá la elusión de impuestos mediante actos o conductas fraudulentas tendentes a enmascarar el hecho imponible mientras que el mero hecho de no pagar los impuestos (eludir impuestos) determinará solo una sanción administrativa; igualmente, no toda resolución irregular (e incluso contraria a Derecho) dictada por funcionario publico en asunto administrativo constituirá prevaricación sino solo aquella que, dictada en el marco estrictamente legal o en virtud de la facultad discrecional de la administración, no pueda objetivamente justificarse en Derecho (artículo 404 CP “arbitraria”). Y en otro orden de cosas, un contrato nulo por vicio del consentimiento (dolo vicio) que causa un perjuicio patrimonial permanecerá en la esfera jurídico privada si dicho contrato no halla causa en un “engaño bastante” (objetiva y subjetivamente) tal y como se ha configurado interpretativamente por la

doctrina y la jurisprudencia (artículo 248 CP).

Esta es la única función (y el límite) que el principio político criminal de intervención mínima debe jugar en la función jurisdiccional de aplicar el Derecho penal, sin que al margen de los criterios interpretativos expuestos, pueda devenir una causa de exención de la responsabilidad no prevista -ni querida- por el legislador. O expresado de otra manera: en el ámbito de la aplicación del Derecho Penal, el principio político criminal de intervención mínima del sistema punitivo no deroga el principio de legalidad constitucionalmente declarado.

Pero es que además, considerar sin ulterior razonamiento que solo “la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito” (y no la venta callejera o en establecimiento de cantidades menores) integra el tipo penal por aplicación del principio de intervención mínima, conllevaría, por el principio de igualdad en la interpretación de los tipos penales, la aplicación del mismo principio también en sede de tráfico de estupefacientes de modo que “solo el tráfico o tenencia en grandes cantidades” constituiría una conducta grave susceptible de ser incardinada en el artículo 368 del CP y no la venta de una o mas papelinas, lo que es absurdo”.

La SAPValencia, Sec. 3ª de 19-2-2.009. Se pronuncia en el mismo sentido diciendo: La Sala comparte el criterio del juzgador de instancia, entendiendo que con el tipo penal del art. 270-1 del CP el legislador ha pretendido amparar la exclusividad del autor en la utilización de su obra artística, impidiendo que sea copiada sin su autorización aprovechando la creación artística ajena y utilizándola con fines comerciales o de lucro, elemento este último que es la que la hace merecedora de sanción punitiva y justifica la aplicación del precepto legal, ya que lo penalmente relevante es el ataque a la exclusividad de que goza el titular del derecho, amparado por un título de propiedad intelectual.

El bien jurídico protegido es esencialmente el

derecho exclusivo del autor de una obra artística, sin que sea necesario que se produzca una lesión efectiva o potencial de los intereses del consumidor como consecuencia de la aptitud del signo usurpado para la confusión, es decir, no es necesaria para la consumación del delito que exista una posibilidad de confusión en el consumidor, sin que sea posible excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que no se da posibilidad de confusión por las características concretas del objeto o por las circunstancias o contexto en que es puesta en el comercio, como la presentación de los productos, los lugares de venta o el precio, ya que el art. 270 no recoge como elemento típico el que se produzca un efectivo error en el consumidor con el consiguiente perjuicio para el mismo, lo cual si se hace en los delitos de la Sección tercera, arts. 282 y 283, delitos contra los consumidores, entre los que no se incluye el art. 270 del CP, sino que el criterio que ha tenido en cuenta el legislador para delimitar el ámbito de protección penal es el de que las conductas lesivas se realicen con fines comerciales y sean intencionales.

Por tanto, siendo la copia sin autorización del disco la conducta penalmente relevante, en cuanto vulnera el derecho exclusivo del autor, resulta indiferente que los discos cumplan o no con los requisitos técnicos que presentan los originales, ni que ello se aprecie a simple vista y no induzca a error a los consumidores.

Habiendo quedado acreditado, con la declaración de los agentes de la Policía Local, que observaron como el acusado ofrecía en venta a terceros discos CD no originales, cabe concluir que concurren todos los elementos que integran el tipo penal del art. 270 del CP, siendo totalmente correcta y ajustable a derecho la aplicación de tal precepto en el presente supuesto.

La SAP Cádiz- Sec. 8ª. De 2-9-2.008 en parecidos términos dice: Y esta Sala entiende que hechos como el de autos en que se ofrece al público la venta de CD's de música de autores conocidos o DVD's de películas cinematográficas, constituyendo

reproducciones de los originales sin contar con el consentimiento de sus legítimos titulares, el sujeto activo realiza el tipo del artículo 270 del Código penal, pues dicho precepto castiga 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...” Y el ofrecer al público para su venta una obra artística- casos del llamado “top manta “- constituye una forma de distribuir dichas obras, debiéndose interpretar el término “distribuir” a efectos penales. El artículo 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, y desde luego no extensiva, 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”. 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.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 4 de abril de 2005, señalando que “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 por lo que se refiere a los DVDs y CDs intervenidos, no existe duda alguna de que se trataba de copias fraudulentas.

Por otro lado, en cuanto al elemento subjetivo del delito, el acusado no puede ignorar la falsedad de los DVDs y CDs distribuidos, la cual no solo se infiere de sus características externas, sino también del hecho de carecer aquel de la oportuna autorización para su venta. Además, la conducta llevada a cabo por el acusado, evidenció inequívocamente que carecía de la debida autorización para la venta de los DVDs y CDs, ya que las circunstancias de la venta, como son la realización de la misma en la vía pública, en sitio no destinado para ello, con una manta que facilitaba la recogida inmediata de los objetos expuestos a la venta en caso de verse sorprendido por la Policía, son indicios a tener también en cuenta en relación con la falta de autorización por los titulares de los derechos de propiedad intelectual para la venta de los fonogramas.

Por otro lado, aunque es cierto que no se ha constatado que el acusado efectuara venta alguna de CD's, hay que tener por acreditada la concurrencia de todos los elementos del tipo penal desde el momento en que se le encontró cuando exhibía gran número de cd,s y dvd,s, todos falsificados. Nadie que no desee vender tales objetos, los exhibe, en gran cantidad, sobre una manta y en un lugar de afluencia de público.

Y en lo que respecta que se cause perjuicio, hay que tener en cuenta que si bien el perjuicio más importante que se produce como consecuencia de la conducta descrita en el art. 270 suele estar vinculado con actividades más complejas, desarrolladas con infraestructuras más perfeccionadas (SAP de Madrid de 27-5-2002), ello no significa que con actividades como la de autos no se cause perjuicio alguno. El tipo delictivo tiene un bien jurídico plural porque se perjudica no solo a los titulares del derecho de propiedad intelectual sino también a la industria correspondiente, los intereses fiscales de Hacienda

-que no obtiene determinada recaudación que razonablemente había de percibir- y los intereses de los consumidores -que no tienen asegurada la calidad del producto adquirido- (SAP de Madrid de 23-3-2004).

Finalmente se debe tener en cuenta que el artículo 270 del Código penal se refiere a una conducta realizada “en perjuicio de tercero” y no con efectivo resultado de perjuicio de ese tercero, por lo que el ánimo tendencial, en ese sentido, cumple el tipo (así en SAP Madrid de 6-10-2000).

Y, por último, a modo de debate, tampoco se nos podrá decir que la venta al menor no ha ser sancionada penalmente por aplicación del principio de intervención mínima que debe informar el derecho penal, según el cual solo deben ser penados los ataques más intolerables, pero no la venta callejera, último eslabón del comercio ilegal. Tal razonamiento olvida que ese principio penal opera sobre el legislador, que es quien ha de decidir qué actividades superan los límites de la sanción administrativa y han de ser perseguidos penalmente.

Una vez que el legislador decide sancionar un comportamiento (aquí el artículo 270 del Código Penal), a los Tribunales solo les cabe aplicar la legislación vigente en cada momento y el caso es que ese precepto castiga la distribución de obras artísticas, fijadas en cualquier tipo de soporte, con ánimo de lucro, en perjuicio de terceros, sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La SAP Tarragona- Sec. 2ª- de 28-7-2.008 señala: En cuanto a la calificación jurídica de los hechos, esta Sala, en sentencias de esta Sección de fechas 1 de octubre, 10 y 3 de septiembre de 2007 y 22 de enero de 2007, con cita de las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Granada de 3 de junio de 2006, Barcelona de 1 de marzo de 2006, de Cádiz de 27 de septiembre de 2005, de Alicante de 26 de julio de 2005 y de Castellón de 7 de junio de 2006, entre muchas otras, ya declaró que el

mero ofrecimiento de soportes gráficos como CDs o DVDs copiados sin que exista venta efectiva es constitutivo de la conducta típica encuadrada en el término distribución del art. 270 del Código Penal por cuanto que éste supone la mera puesta a disposición del público de las copias con ánimo de obtener un lucro, entendiéndose consumada la conducta con el mero ofrecimiento al no requerir el tipo que se alcance el resultado, siendo suficiente que el mismo aparezca como la finalidad de la conducta del acusado, finalidad que deberá deducirse de las circunstancias del hecho. En definitiva, el mero ofrecimiento de venta consumaría el delito con independencia de que llegase o no a vender los soportes aludidos.

También hemos declarado que la conducta consistente en la puesta a disposición del público de los soportes copiados, encaja precisamente en el concepto de distribución, sin que competa a los Tribunales, por razones de justicia material, considerar atípicas conductas que tienen perfecto encaje en el tipo aplicado, pues es el legislador quien debe, en su caso, excluir del ámbito penal aquéllas conductas que, por su menor relevancia para el bien jurídico protegido, carezcan de entidad suficiente para merecer reproche en esta sede.

En dicho sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 105/2007, de 20 de junio, que también analiza dicha cuestión, declara: “Respecto de la exigencia de actos concretos de oferta para la comisión del delito, las sentencias de la AP de Ciudad Real de fecha 14 de mayo de 2003 (con referencia a la de la AP de Barcelona de fecha 22 de abril de 2002) ó la de la AP de Alicante de 20 de abril de 2005 entienden que no es preciso para que se consume el delito un acto concreto de venta para la consumación, ya que se trata de un delito de mera actividad, recordando la SAP de Segovia de 31 de marzo de 2.006 que “la actuación consistente en encontrarse con una cantidad de efectos que son copias de los originales y sin autorización de sus titulares integra la figura delictiva de distribuir públicamente, con clara actitud de venta las copias no autorizadas de Cds y DVDs referidos. No tendría

sentido exigir el acto formal de la venta a tercero cuando se trata de un delito de mera actividad, o de consumación anticipada o resultado cortado que se consuma con la mera puesta a disposición del público de los productos, es decir, de la obra obtenida sin autorización, y ello aunque no lleguen estas obras a disposición de los terceros, ya que es la mera actividad dispositiva de los productos y la oferta a terceros la que es objeto de sanción.”

En otras palabras, una amplia doctrina jurisprudencial entiende que no solo no es necesaria la consumación de la venta para la consumación del delito, sino que retrotrae dicha consumación a la mera tenencia de copias que, por su número y por las circunstancias concurrentes en el acusado y en el lugar de los hechos, puedan considerarse preordenadas a su venta, ya que esa tenencia forma parte del acto de distribución.

En este sentido también se pronuncia la sentencia de la AP de Valencia de 22 de febrero de 2.006 que cita otras que mantienen similar doctrina, todas ellas referidas a supuestos similares al aquí contemplado, es decir, al hallazgo en poder de los acusados de discos compactos y DVD's (Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén número 161/2004, de 19 de julio de 2004, Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla número 460/2004, de 8 de septiembre de 2004, Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla número 412/2004, de 24 de septiembre de 2004, Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz número 101/2004, de 18 de octubre de 2004, y Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 80/2005, de 4 de marzo de 2005).

Citaremos, finalmente, la SAP Barcelona- Sec. 2ª de 1-4-2.008 cuando dice: Ante la alusión al principio de intervención mínima que inspira el derecho penal y a la procedencia de subsumir en el tipo penal del art.270.1º del C. Penal tan solo los supuestos de conductas graves como la reproducción en masa de la obra o su distribución en grandes cantidades, donde no tendría cabida la venta callejera, ha de indicarse que este Tribunal tiene reiteradamente

establecido que conductas como la enjuiciada reúnen los elementos configuradores de la indicada infracción por cuanto: a) siendo 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 lo es menos que constituye una conducta de “distribución” y como tal subsumible en el tenor literal del tipo contenido en el art. 270.1 CP; b) si bien es cierto que existen otros mecanismos extra- penales para garantizar los intereses económicos derivados de la producción intelectual, no lo es menos 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, 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 mínima 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).

CUARTO.- Conforme a la doctrina expuesta procede estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada, pues como resulta del testimonio prestado por el agente de la policía local y de las propias manifestaciones del acusado, éste se encontraba ofreciendo a la venta a los transeúntes copias falsificadas de CDs de música y DVDs de películas, sin autorización y en perjuicio de los titulares de los derechos de propiedad intelectual (SGAE y AGEDI), interviniéndose su poder 137 CDs y 57 DVDs, incurriendo así en la conducta típica que sanciona el artículo 270. 1 del código penal, siendo al efecto irrelevante la mayor o menor calidad de las copias fraudulentas que el acusado destinaba a la venta callejera, no pudiendo excluirse la aplicación del tipo penal por el hecho de tratarse de falsificaciones burdas.

QUINTO.- Entiende el juzgador a quo que la conducta del acusado se encuentra justificada por la eximente de estado de necesidad del artículo 20.5ª código penal por tratarse de un ciudadano extranjero sin trabajo ni apoyo familiar en nuestro país.

La base del estado de necesidad (como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 26-10-1998) está constituida por la colisión de bienes o deberes, es decir, por el peligro inminente de pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación sacrificando otro bien o deber jurídico de menor o igual valor. Se requiere que la acción sea necesaria. A la inevitabilidad se refiere la doctrina de esta Sala en el sentido de que no exista otra solución o alternativa que evite el conflicto.

Este enfoque global podemos pormenorizarlo a través de la Sentencia de 26-3-1998 que recogiendo la doctrina sentada por las de 29-5 -1997 y 14-10-1996) enumera de forma más detallada los requisitos de la eximente que son cinco.

a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo.

b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.

c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que “a posteriori” corresponderá formular a los Tribunales de Justicia.

d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación.

e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En relación con el acusado únicamente consta su condición de extranjero y su falta de trabajo, sin que

exista información alguna acerca de si ha acudido no a los servicios sociales en demanda de apoyo, por lo que entendemos no puede ser apreciada la eximente de estado de necesidad pues la estrechez económica o insuficiencia de medios no es suficiente para fundar la aplicación de la eximente 5ª del art. 20 CP.

SEXTO.- *El recurso debe por ello ser estimado si bien entiende la sala resulta de aplicación el párrafo segundo del artículo 270. 1 del código penal introducido por la ley orgánica 5/2010 de 22 junio, a cuyo tenor “no obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurre 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 31 a 60 días”, tipo atenuado que resulta aplicable al acusado toda vez que el beneficio económico ha sido fijado en un total de 558,96 #, cuantía que sin embargo impide que el hecho sea castigado como falta del artículo 623. 5 del código penal al exceder de los 400 #, procediendo por ello imponer al acusado la pena mínima legalmente prevista de 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad, o, en su caso, de no aceptarse dicha pena se impondrá la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de tres euros, condenándole a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a SGAE en 152,07 # y a AGEDI en 406,89 #, así como al pago de las costas de la primera instancia declarándose de oficio las costas de la alzada.*

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia de fecha 9 junio 2010 dictada por el juzgado de lo penal número uno de Ponferrada en los autos del procedimiento abreviado número 58/2010, y revocando la sentencia apelada,

debemos condenar y condenamos al acusado Isaac como autor de un delito contra la propiedad intelectual sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad, o, de no ser aceptada la anterior a la pena de tres meses de multa con una cuota diaria de tres euros, condenándole asimismo a que indemnice a la entidad SGAE en 152,07 # y a AGEDI en 406,89 #, así como al pago de las costas de la primera instancia declarándose de oficio las costas de la alzada. Se decreta el comiso de los discos intervenidos a los que se dará destino legal.

Dese cumplimiento, al notificar esta resolución, a lo dispuesto en el art. 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, con certificación de lo resuelto, para su notificación y ejecución, de todo lo cual deberá acusar el oportuno recibo.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: *La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza con su firma, estando celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha. Doy fe.*