

Tutela penal. Piratería. Economía informal. Principio de la intervención mínima. Estimación. Análisis crítico.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª

FECHA: 15-9-2010

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: 08019370072010100341. Actualización: 23-1-2013.

OTROS DATOS: Recurso 160/2010. Sentencia 704/2010.

SUMARIO:

“Cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho a la propiedad intelectual. Lo que habría que determinar es, si toda infracción de este derecho de exclusividad que concede la propiedad intelectual, y en su caso la industrial, es constitutiva de delito, sin olvidar que las normas que regulan tales derechos ya contemplan y prevén sus propios mecanismos de protección ... La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, a través de personas que solo buscan un medio de ganarse la vida, ante la imposibilidad de otros más adecuados, y la lucha contra ella no pasa por la aplicación del derecho penal, sino de otro tipo de normas de orden público que la prohíban e impidan. El derecho penal, regido por los principios de intervención mínima, subsidiariedad y ultima ratio no puede entrar a condenar este tipo de conductas”.

COMENTARIO: Es común que en los procesos penales contra quienes a través de los canales de la economía informal distribuyen ejemplares ilícitos que contienen obras, prestaciones artísticas o producciones fonográficas protegidas, el encausado invoque en su defensa el principio de la intervención mínima del derecho penal. Sin embargo, es extraño que en el fallo que se reseña se acoja ese principio con miras a confirmar la absolución del procesado, quien fue sorprendido distribuyendo al público soportes ilícitos de grabaciones sonoras y audiovisuales, tomando en cuenta que el Tribunal Supremo español ha aclarado en varias ocasiones que “... el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad ...”¹ y 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

1 Sentencia de la Sala de lo Penal (8-7-2002).

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”². Y la tendencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales ha sido la de acoger el criterio del Alto Tribunal, al resolver en casos similares, por ejemplo, que “el principio de legalidad, obviamente, es vinculante, y el art. 270.1 del Código Penal sanciona el plagio y la distribución de este tipo de obras, sin autorización, sin distinción de que se trate de actos de gran relevancia o de cuantía económica notable o sobresaliente, por lo que no cabe hacer distinciones”³ o que “el argumento de leve afectación al bien jurídico protegido, también debe ser rechazado porque la distribución en los términos anteriormente indicados lesiona el bien jurídico protegido ya que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho, afectando a su expectativa de ganancia patrimonial ...”⁴, entre otros muchos fallos. Pero además, llama la atención que la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona acoja el principio de la intervención mínima según la sentencia que se reseña, cuando la Sección 6ª de la misma Audiencia ha dicho por el contrario que “sin perjuicio de toda la problemática social y de, incluso, posible explotación que pueda haber detrás de toda esta actividad delictiva, lo cierto es que el vendedor ambulante de este género falsificado, es necesario e imprescindible para que proceso criminal se desarrolle, se lesione el bien jurídico protegido y para que el delito produzca su beneficio, que es uno de los elementos del tipo, por lo que su conducta se convierte en cooperación necesaria indiscutible”⁵. Otra cosa es que en razón de la insignificancia en el número de ejemplares incautados y/o en razón de las particulares condiciones personales del imputado, se apliquen sanciones alternativas que se encuentren previstas en el ordenamiento nacional respectivo, como la suspensión condicionada de la pena, la libertad vigilada o la realización de trabajos comunitarios. En cualquier caso, mediante Ley Orgánica 5 de 2010, se introdujo un párrafo al artículo 270 del Código Penal español, por el cual “... 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.”, este último que establece una sanción de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

En la Ciudad de Barcelona, a 15 de septiembre de 2010.

Visto en nombre de S.M. El Rey en Juicio Oral y público ante la Sección Séptima de esta Audiencia

2 Sentencia de la Sala de lo Penal (21-6-2006).

3 Audiencia Provincial de Albacete. Sentencia de la Sección 2ª (9-11-2010).

4 Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de la Sección 1ª (15-12-2009).

5 Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia de la Sección 6ª (8-11-2010).

Provincial, el rollo de apelación penal nº 160/10, formado para sustanciar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 18 de los de Barcelona en el Procedimiento Abreviado nº 364/08, seguido por un delito contra la propiedad intelectual frente a Argimiro siendo parte apelante el Ministerio Fiscal, apelada el acusado representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Sola Solé y defendido por el Letrado Sr. Del Castillo Gómez, y Ponente la Ilma. Sra. Dª. Ana Rodríguez Santamaría, la cual expresa el criterio unánime del Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte dispositiva de la Sentencia

apelada, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 18 de los de Barcelona en fecha uno de junio de dos mil diez, es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que debo absolver y absuelvo a Argimiro del delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 del Código Penal por el que había sido acusada en la presente causa, con todos los pronunciamientos favorables”.

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución contra la misma se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal; y una vez admitido a trámite dicho recurso se dio traslado del mismo a las demás partes para que por el término legal formularan las alegaciones que tuviesen por convenientes a sus respectivos derechos, trámite que fue evacuado con el resultado que es de ver en las actuaciones, siendo estas remitidas con posterioridad a esta Sección de la Audiencia Provincial, y recibidas se señaló día y hora para la deliberación y votación del recurso.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

Se acepta en su integridad la declaración de HECHOS PROBADOS de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada, a los que se añaden los de la presente resolución.

PRIMERO.- Apelada la resolución de instancia por el Ministerio Fiscal, descansa el recurso interpuesto en la alegación de infracción del ordenamiento jurídico por inaplicación del artículo 270.1 del Código Penal. La representación procesal de la acusada se opuso al recurso, que no puede prosperar en esta alzada por las razones jurídicas que se explicitan en los siguientes Fundamentos de Derecho.

SEGUNDO.- Como primera alegación de su único motivo de apelación, considera el Ministerio Fiscal que si bien el principio de intervención mínima es uno de los principios básicos del derecho penal en el sentido de que solo deben ser castigadas

penalmente las conductas que más atenten contra las normas básicas de convivencia social, reservándose para las demás infracciones su sanción por otras vías como la civil o la administrativa, entiende el Ministerio Fiscal que este mandato no va dirigido a los Tribunales sino al Legislador, que es el encargado de determinar en cada momento que conducta debe considerarse delictiva, realizando las oportunas modificaciones legales según varía la percepción social sobre determinadas conductas, de ahí que las modificaciones de la normativa penal sean más frecuentes que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Por ello considera el Ministerio Fiscal que los Tribunales deben aplicar el ordenamiento jurídico sin entrar a considerar si una conducta debe estar penalmente sancionada o no. A pesar de ello se permite, por la vía del artículo 4.3 del Código Penal, puedan instar del Gobierno además del indulto, la oportuna modificación legislativa, si consideran que una conducta está muy gravemente penada. Como ya ha señalada la Sala en algunas de sus resoluciones, como la de 29/12/06, tal afirmación del Ministerio Fiscal obvia por un lado que tal principio como “límite del *ius Puniendi* del Estado social, está directamente dirigido al Legislador”; pero directamente no quiere decir exclusivamente, como parece pretender la parte apelante, pues ello obviaría por otro lado lo dispuesto en los artículos 5, 12.2 y concordantes LOPJ que atribuye a los órganos judiciales la competencia para interpretar, y no sólo para aplicar, las leyes y reglamentos, y que en esa función interpretativa, tratándose de normas penales en blanco, abarcan asimismo las normas extrapenales que complementan o desarrollan los elementos del tipo del injusto. Corresponde consecuentemente a los Tribunales de la jurisdicción penal, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.2 y 10 LOPJ, el verificar los juicios de valor precisos en la aplicación de la norma penal para subsumir una determinada conducta en el tipo del injusto penal, así como cuando se trata de elementos normativos del tipo efectuar el juicio de valor, con aplicación de los principios inspiradores del Derecho Penal, entre ellos los de mínima intervención, *última ratio*, subsidiariedad, o de insignificancia, en cuanto que determinadas

acciones se encuentren comprendidas tanto como ilícitos penales como civiles o administrativos.

Yes precisamente en estos términos de interpretación de los elementos normativos del tipo cuando se puede determinar la existencia del denominado plus de antijuricidad que implica el sobrepasar el mero ámbito del ilícito civil para entrar en el ámbito de la tipicidad antijurídica penal. Ciertamente que si un órgano judicial penal considera que una conducta típicamente antijurídica y culpable prevista en la norma penal no debiera ser constitutiva de ilícito penal o sancionable debiera proceder conforme se le faculta en el artículo 4.3 Código Penal; mas no es este el presente supuesto, en el que se trata meramente del alcance interpretativo de un elemento objetivo del tipo, concretamente la acción desarrollada por el sujeto activo, como para constituirse con la sustantividad suficiente como para poder configurar el ilícito penal y exceder, se reitera, del ámbito de la mera infracción civil.

Continúa el apelante considerando que no estamos, en el caso que nos ocupa, ante un supuesto de irrelevancia jurídica sino que concurren todos los elementos del tipo del artículo 270.1 del Código Penal y que debe condenarse por ello. Frente a dicha argumentación se alza la postura de esta Sala, ya expresada en anteriores resoluciones, las más cercanas en el tiempo de esta ponente sentencia de fecha 24 de febrero de 2006 y auto de 18 de abril de 2006, que expresamente declaran: "La conducta sancionada en el artículo 270 del Código Penal, completada con la norma mercantil, es decir con su definición de lo que hay que entender por distribución de la obra amparada por el derecho de exclusividad, comprende la venta de la obra.

Cualquier venta de una obra artística, en cualquier tipo de soporte, no autorizada por el titular del derecho, supone una infracción del derecho a la propiedad intelectual. Lo que habría que determinar es, si toda infracción de este derecho de exclusividad que concede la propiedad intelectual, y en su caso la industrial, es constitutiva de delito, sin olvidar que las normas que regulan tales derechos ya

contemplan y prevén sus propios mecanismos de protección. La Sala contesta a la anterior pregunta de forma negativa, como también hacen muchas de otras Audiencias Provinciales: no toda infracción del derecho de propiedad intelectual tiene cabida en el artículo 270 del Código Penal; solo las infracciones más graves, toscas o groseras (reproducción en masa, venta de grandes cantidades...) pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, a través de personas que solo buscan un medio de ganarse la vida, ante la imposibilidad de otros más adecuados, y la lucha contra ella no pasa por la aplicación del derecho penal, sino de otro tipo de normas de orden público que la prohíban e impidan. El derecho penal, regido por los principios de intervención mínima, subsidiariedad y ultima ratio no puede entrar a condenar este tipo de conductas". Añadía además la Sala, en sentencia de 29/12/06 Ponencia del Ilmo Sr. Rovira del Canto, como "tal concreta acción de distribuir viene conceptuada de forma genérica, que no definida, en una determinada norma extrapenal, concretamente en el artículo 19 de la citada LPI, como la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, -"en un soporte tangible" ha sido incorporado por la reforma de 2006 incluyéndose un nuevo párrafo i) en el art. 20.2 LPI para supuestos de soportes no tangibles- mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Como se ha venido sosteniendo con anterioridad por esta Sala en precedentes recientes resoluciones (así sentencias de fechas 08.02.06, 24.02.06, 06.04.06, 09.04.06, 26.07.06 y 11.12.06 entre otras) del conjunto de la normativa mercantil se suele atribuir el término de distribuidor y distribución al intermediario entre productor y el vendedor y la acción de intermediación por el mismo realizada, y no para el mismo vendedor al por menor, siendo que en una interpretación gramatical del texto de la LPI se ampliaría genéricamente tal concepto sobrepasando la interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, lo que habría que determinar es si la infracción de este derecho de exclusividad que concede la propiedad intelectual, y en su caso la

industrial, como constitutiva de delito, dado que las normas que regulan tales derechos ya contemplan y prevén sus propios mecanismos de protección por la vía civil (arts. 138 a 141 LPI, así como la expresa referencia que se efectuaba al Juez de Primera Instancia y cuyo contenido fue derogado por la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, Ley de Enjuiciamiento Civil). Y concretamente si cualquier acto de venta excede automáticamente del ámbito civil para configurar un ilícito penal conforme al precitado art. 270 CP, dejando a la arbitrariedad del perjudicado o al discutible criterio de oportunidad del Ministerio Fiscal la opción de actuar por la vía civil o penal, o vaciando de contenido el ilícito civil en una pretendida e injustificada expansión primaria del derecho penal”.

Y terminaba concluyendo “si bien la lucha contra éste merece todo el amparo del Derecho punitivo, contra ella no pasa únicamente por la aplicación del derecho penal, sino también de otro tipo de normas de orden público que la prohíban e impidan. Y así por ejemplo viene recogida en las ordenanzas municipales de la Ciudad de Barcelona en las que se sanciona la venta callejera, pudiendo dar lugar a la intervención y comiso gubernativo de los efectos aprehendidos, procediendo conforme a la reiterada LPI a interesarse la destrucción de los elaborados ilícitamente por el perjudicado por las vías procedimentales legales sin necesidad de utilizar la vía penal”.

Finalmente debemos destacar, como se ha señalado también en anteriores resoluciones antes recursos prácticamente idénticos del Ministerio Fiscal, que en modo alguno puede equipararse esta gravedad de la conducta que se exige para poder aplicar el tipo penal ante una infracción de la propiedad intelectual, con la agravación contenida en el artículo 271 del Código Penal, pues tal término agravatorio del hecho punible no sólo tiene su equivalencia normativa sistemática en los supuestos agravados de otros ilícitos patrimoniales, tales como el hurto (art. 235.3), robo (art. 241.1, inciso primero, en relación con el precedente), estafa y apropiación indebida (art. 250.6º), y que

salvo el robo tienen asimismo establecido un tipo de carácter leve sancionado como falta (art. 623) por razón de la menor cuantía (400 euros), sino que incluso el límite cuantitativo de tales tipos agravados vienen jurisprudencialmente concretados de forma orientativa en unos importes superiores a los 36.000 euros (STS de 05.02.03, 12.02.03, 16.01.04 y 13.10.04 entre otras). No puede asimilarse la naturaleza jurídico penal de conducta o acción grave a tenor de la aplicación de los ya citados principios inspiradores del Derecho Penal, a una mera determinación cuantitativa del perjuicio ocasionado o susceptible de haberlo sido, cuando la norma, tratándose precisamente de ilícitos patrimoniales, no determina precisamente ni una cuantía mínima para su apreciación como ilícito con el carácter de delito, ni recoge una figura idéntica como más leve y sancionada como falta, y sin que para ello pueda pretenderse una equiparación al ilícito de robo, cuya especial configuración y trascendencia jurídico penal en cuanto a la trascendencia del desvalor de la acción sobrepasa el de cualquier otro ilícito patrimonial. Por lo que este segundo motivo, y por tanto la totalidad del recurso, debe de ser desestimado y procede confirmar la sentencia que llega a idéntica conclusión absolutoria.

TERCERO.- *Se declaran de oficio las costas procesales del recurso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 123 y ss del Código Penal y 239 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Vistos los artículos citados, criterios expuestos y demás normas jurídicas de general aplicación al caso, administrando en esta instancia Justicia que emana del Pueblo en nombre de S.M. el Rey

FALLO

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada a 01 de junio de 2010 por el Juzgado de lo Penal núm. 18 de Barcelona en el Procedimiento Abreviado núm. 364/08, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia, declarando de oficio las costas procesales de los

recursos.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno. Devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, la pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- *La anterior resolución ha sido publicada en forma legal por la Ilma. Magistrada ponente de la misma por su lectura en audiencia pública en el mismo día de su dictado. Doy fe.*