

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

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3ª

FECHA: 19-10-2010

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: 46250370032010100601. Actualización: 11-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 299/2010. Sentencia 684/2010.

SUMARIO:

“... 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”.

[...]

“Por lo que se refiere al principio de intervención mínima alegado por el recurrente, no puede tener el alcance pretendido por éste y, si bien es cierto que el escaso perjuicio causado con el comportamiento desplegado puede ser tomado en consideración a la hora de individualizar la pena, no lo es menos que ello no puede determinar la inaplicación del precepto penal que la sanciona, salvo que, por la vía de la invocación del principio de intervención mínima, se trate de atribuir a Juzgados y Tribunales facultades legislativas que no les corresponden para proceder a la despenalización de facto de conductas que el legislador en ningún momento ha pretendido dejar fuera del ámbito penal ...”.

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, pero como lo ha resaltado en varias ocasiones el Tribunal Supremo español *“... 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 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; que “el principio de legalidad penal implica que los jueces y tribunales deban aplicar la norma cuando se aprecie la concurrencia de todos los elementos esenciales del tipo, incumbiendo al poder legislativo toda opción de modificación del Ordenamiento Jurídico en la lucha contra conductas ilícitas a través de las diferentes normativas que lo integran y, con respecto al principio de intervención mínima, decidir en todo momento los límites de aplicación del Derecho Penal que se concretan en la descripción del tipo”⁴; 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; 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 ...”⁶ o también que “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 o a solicitar el indulto”⁷, entre otros muchos fallos. Otra cosa es que en razón del limitado 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

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

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 Zaragoza. Sentencia de la Sección 3ª (24-3-2010).

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

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

7 Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia de la Sección 3ª (29-7-2010).

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 Valencia, a diecinueve de octubre de dos mil diez.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia número 227/2010, de fecha 21-5-2010, pronunciada por el Sr. Magistrado Juez de lo Penal número 9 de Valencia, en Procedimiento Abreviado de la Ley Orgánica 7/88, seguido en el expresado Juzgado con el número 644/2009, por delito contra la propiedad intelectual.

Han sido partes en el recurso, como apelante, D. Arsenio, representado por la Procuradora D^a. M. José Sanchis García y dirigido por el letrado D^a. M. Angeles Campoy Blanes y, como apelado, EL MINISTERIO FISCAL, representado por la Sra. D^a. Ana Caletrio Arcos.

Es Ponente la Magistrada D^{ña}. LUCÍA SANZ DÍAZ, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

“SE DECLARA PROBADO que el acusado, Arsenio, mayor de edad, nacido en Senegal, sin residencia legal en España y sin antecedentes penales, sobre las 19#10 horas del día 17 de mayo de 2009, fue sorprendido en la calle Rivera, de Valencia, por agentes de la Policía Local, cuando se hallaba ofreciendo en venta al público exponiéndolos sobre una manta, diversos DVD#s y CD#s, que resultaron ser simples copias de otros originales que habían sido producidos sin el consentimiento de los

legítimos titulares de los derechos de explotación y distribución de las obras que se incorporaban en los referidos soportes regrabables, siendo detenido por aquellos, ocupándosele en su poder, 80 CD#S y 50 DVD#S.”

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice:

“QUE DEBO CONDENAR Y CONDENO a Arsenio, como autor responsable criminalmente de un delito contra la propiedad intelectual, a las penas de SEIS MESES de Prisión más la inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, una Multa de DOCE MESES, con una cuota diaria de 6 #, con la responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada 2 cuotas insatisfechas, más las costas procesales.

Se sustituye la pena de prisión por la EXPULSIÓN del territorio nacional, al que no podrá regresar durante diez años, a contar desde que se efectúe la expulsión y, en todo caso, mientras que no haya prescrito la pena; de no poderse llevar a efecto la expulsión, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta.}

Se decreta el comiso y destrucción de los efectos intervenidos.

Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone en esta resolución, le abono todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, si no lo tuviera absorbido en otras.”

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por D. Arsenio, representado por la Procuradora D^a. M. José Sanchis García, se interpuso recurso de apelación contra la misma, al que se le dio el trámite previsto legalmente, oponiéndose al mismo

el Ministerio Fiscal en los términos que se recoge en el informe elaborado al efecto.

CUARTO.- Admitido el recurso fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal, donde fueron turnadas a la Magistrado Ponente más arriba indicada.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTA el relato de hechos probados de la sentencia apelada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Solicita el apelante sea dictada una sentencia por la Zeus y se le absuelva del delito contra la propiedad intelectual por el que ha sido condenado en al primera instancia, fundamentando su pretensión en el escaso valor de los CD#s y DVD#s ocupados al acusado, el principio de intervención mínima del Derecho Penal, el quebrantamiento del principio de proporcionalidad que debe regir en el ámbito punitivo, así como en la circunstancia de considerar que la venta callejera de los expresados discos no tiene cabida en el artículo 270 C. Penal al no darse los requisitos necesarios para estar en su presencia.

SEGUNDO.- Enablados así los términos del recurso y, a la vista de los datos obrantes en las actuaciones, en especial, la información ofrecida a través de las pruebas practicadas en el plenario, se impone la desestimación del mismo, cobrando relevancia, a los fines que interesa a la presente resolución, los siguientes extremos, a saber:

1.- 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. 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 forma y, 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.

2.- En relación al “perjuicio de tercero”, se ha de señalar, tal y como indicó la STS 23-10-1992, que los perjuicios habrá que deducirlos de la finalidad de la conducta, siendo menester, en consecuencia, la relación de causalidad entre la conducta y el perjuicio o los perjuicios, pudiendo darse el perjuicio a terceros, tanto sobre intereses materiales como morales (S.T.S. de 28 de diciembre de 1984, con cita de las S.S.T.S. de 27 de febrero de 1982 y 22 de enero de 1981); ahora bien, en ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código Penal refiere “en perjuicio de tercero”, expresión que es distinta a “con perjuicio para tercero “. Esta última expresión implica la producción de un perjuicio real, mientras que aquélla 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, en este caso de CDs de música y DVDs de películas, es ya la fase de agotamiento del delito.

3.- En cuanto al elemento subjetivo definido en el artículo 270 consistente en que la acción se realice “con ánimo de lucro”, cabe decir que éste, en general,

se entiende como cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y en los delitos relativos a la propiedad intelectual el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y como elemento típico de carácter subjetivo no es posible prueba directa del mismo, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo, se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo así a criterios como la forma de la copia ilegal, cantidad y número de copias intervenidas, lugar de venta, carencia de todo tipo de documentación y permiso, es decir, el “modus operandi” (S.S.T.S. 26-9-1992, 27-2-1992).

4.- La negativa del recurrente de encontrarse en esa actividad de ofrecimiento en venta a terceros, en la vía pública y con el material que luego fue ocupado por la policía, se contradice con el contenido del atestado, ratificado en el plenario por los policías locales con C.P. 21.293, 24.188, 21.557 y 21.796, por lo que ninguna duda cabe de la participación del acusado en el delito objeto de acusación, entendiéndose que ha quedado enervada la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24 CE, debiendo enmarcarse al conducta descrita en el “factum” de la sentencia en la típica de distribución y que se concretan en la venta de CD’s “piratas” musicales y DVDs de películas copiadas. Venta que se realiza sin autorización del titular del derecho de propiedad intelectual y que, desde ese mismo momento, ya provoca un perjuicio en los autores de las obras puestas en venta y, si tenemos en cuenta el “modus operandi”, se le ocuparon 80 CD’s musicales y 50 DVD’s audiovisuales, los que previamente tenía colocados en una manta colocada en el suelo y ofreciéndolos en venta, siendo, según el informe pericial emitido al efecto y unido a los folios 55 y siguientes de los autos -ratificado en la vista oral por el policía nacional con C.P. NUM000 -, copias idénticas del original, sin que del estudio técnico se evidencie que fueran defectuosas o inferiores en cuanto a su sonido.

5.- Por lo que se refiere al principio de intervención mínima alegado por el recurrente, no puede tener el alcance pretendido por éste y, si bien es cierto que el escaso perjuicio causado con el comportamiento desplegado puede ser tomado en consideración a la hora de individualizar la pena, no lo es menos que ello no puede determinar la inaplicación del precepto penal que la sanciona, salvo que, por la vía de la invocación del principio de intervención mínima, se trate de atribuir a Juzgados y Tribunales facultades legislativas que no les corresponden para proceder a la despenalización de facto de conductas que el legislador en ningún momento ha pretendido dejar fuera del ámbito penal, aunque en la reciente reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio se haya moderado el rigor con que se sancionaban determinadas conductas hasta ahora incluidas en este tipo penal.

6.- Por último, conforme a lo dispuesto en los artículos 123 C.P. y 240.2 L. E.Crim, se imponen al acusado las costas causadas en la primera instancia.

TERCERO.- En cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia, procede declararlas de oficio.

Vistos, además de los citados, los artículos de general aplicación,

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por D. Arsenio, contra la sentencia de fecha 21-5-2010, dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Valencia, en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 644/2009 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** íntegramente la misma, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas en el procedimiento, así como a los perjudicados u ofendidos por el delito,

aun cuando éstos no se hubiesen personado en la causa, quedando enterados que contra la misma no cabe recurso alguno.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

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