

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. Penas sustitutivas.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª

FECHA: 17-12-2009

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: 28079370012009100846. Actualización: 15-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 381/2009. Sentencia 558/2009.

SUMARIO:

“... estimamos que [los] hechos, consistentes en el ofrecimiento de venta de DVDs falsificados, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, son legalmente constitutivos de un delito previsto y penado en el artículo 270 del Código Penal ...”.

[...]

“Se afirma que la conducta enjuiciada tiene una escasa significación económica y que es atípica por aplicación del llamado «principio de intervención mínima».”

[...]

“... no cabe minimizar la ilicitud de la conducta analizada ni considerar que no sea punible simplemente porque constituya el eslabón inferior de la ingente vulneración de los derechos de propiedad intelectual a que se asiste en la actualidad. La polémica sobre si esta conducta debe o no ser punible, en función de la concreta gravedad de esta forma de comercialización, no es cuestión que deban resolver los Tribunales sino el Poder Legislativo a quien le corresponde la competencia para determinar qué conductas son sancionables penalmente. Lo cierto es que el ofrecimiento de obras ilegalmente copiadas sin autorización de sus titulares encaja completamente en el tipo penal previsto en el artículo 270 del Código Penal ...”¹.

1 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

[...]

“El Ministerio Público ha solicitado la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Dado que la pena impuesta es susceptible de suspensión condicional”.

[...]

“El primer párrafo de la norma (artículo 89 del Código Penal²), que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación

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).

2 Código Penal español. “Artículo 89. 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. 3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. 4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España. 6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código. 7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código” (nota del compilador).

a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta ... se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y medida los derechos fundamentales en conflicto”.

[...]

“Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE ³), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión”.

[...]

“... así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España”.

“Aplicando la precedente doctrina al presente caso estimamos improcedente la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional no sólo porque ésta última supondría la imposición de un castigo desproporcionado, en tanto que el cumplimiento de la pena es posible mediante la suspensión condicional de la misma ...”.

3 Constitución española. “Artículo 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (nota del compilador).

COMENTARIO: Es frecuente 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 ...”*⁴ y que *“... reducir la intervención del derecho penal, como última «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”*⁵. 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”*⁶; 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”*⁷; 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 ...”*⁸; 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”*⁹ o también que *“... 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*

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

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

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

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

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

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

legislador en ningún momento ha pretendido dejar fuera del ámbito penal ...”¹⁰, entre otros muchos fallos. Por esa razón, son escasos los pronunciamientos judiciales españoles donde se ha acogido en asuntos como el que nos ocupa el principio de la intervención mínima, especialmente los dictados por varias de las secciones de la Audiencia Provincial de Bizkaia y por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, algunos de los cuales están reseñados en la presente recopilación. Otra cosa es que en razón del reducido número de ejemplares incautados y/o en razón de las particulares condiciones personales del imputado, algunos tribunales hayan optado por aplicar penas sustitutivas, tales como las de libertad vigilada por un tiempo determinado o el cumplimiento de un cierto número de horas de trabajos comunitarios, por ejemplo, como lo ha hecho la justicia brasileña según varias sentencias recogidas en esta compilación o también la posibilidad de una suspensión condicional de la pena, como lo admite la que motiva estos comentarios, en vez de la expulsión del territorio nacional, que puede resultar desproporcionada al menos en los supuestos de delincuencia “*primaria*”. En cualquier caso, todo depende de las sanciones alternativas previstas en cada legislación nacional. Es de hacer notar, finalmente, que 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 concorra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.”, 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 Madrid, a diecisiete de diciembre de 2009.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 16 de Octubre de 2009 el/la Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Juez del Juzgado de lo Penal número 26 de Madrid en el juicio oral antes reseñado dictó sentencia, cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

HECHOS PROBADOS.- “Que Imanol, mayor de edad sin antecedentes penales de nacionalidad senegalesa sin residencia legal en España el día 24 de enero de 2008, hacía las 21’50 horas, fue detenido en la calle Embajadores nº 155 al salir del local Cervecería Iza donde se le encontraron 122 DVD y de los cuales resultaron falsos los incautados.

Ladrón que roba a ladrón, Soldados de Honor y Los seis signos de la luz; el valor de cada uno de los tres DVD asciende a 20 euros y siendo titulares de explotación en cuanto al primero Lions Gate Films, en cuanto al segundo Dea Planeta y en cuanto al tercero Adivan quien no había dado consentimiento a su venta. No ha quedado acreditado que Imanol vendía tales tres DVD a los clientes que a los clientes de la antes referida cervecería.” FALLO.-” Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Imanol del delito del art. 270.1 del que viene acusado y se declaran de oficio las costas causadas.

SEGUNDO.- Notificada a las partes, el MINISTERIO FISCAL ha interpuesto recurso de apelación del que se ha dado traslado a la defensa del acusado, quien mediante escrito fechado el 18-11-2009 ha solicitado la desestimación del recurso.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, se ha señalado el día 17 de Diciembre de 2009 para la deliberación, votación y fallo, designándose Ponente a Don Eduardo de Porres Ortiz de Urbina,

¹⁰ Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia de la Sección 3ª (19-10-2010).

que expresa el parecer de la Sala.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- No se admiten los hechos probados de la sentencia de instancia, que se sustituyen por los siguientes:

Queda probado que Imanol, mayor de edad, sin antecedentes penales, de nacionalidad senegalesa, sin residencia legal en España, el día 24 de Enero de 2008, hacia las 21:50 horas, fue detenido en la calle Embajadores número 155 al salir del local “Cervecería Iza” cuando portaba 122 DVDs, después de haberlos ofrecido en venta a distintos clientes de la citada cervecería. Los DVDs eran copias de sus originales, realizadas sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, habiéndose evaluado el perjuicio para los titulares de los derechos en la cantidad de 2.440 euros, a razón de 20 euros por unidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la sentencia impugnada se ha absuelto al acusado de un delito contra la propiedad intelectual. En la sentencia impugnada se concluye que durante el juicio no se aportó prueba suficiente para acreditar que el acusado estuviera ofreciendo en venta DVDs falsificados y tampoco para acreditar que los DVDs que portaba en la mano al ser detenido fueran falsos.

Frente a dicho pronunciamiento el Ministerio Fiscal ha formulado recurso de apelación, invocando un supuesto error en la valoración de la prueba, con apoyo en los siguientes alegatos: a) En la sentencia se afirma que no hay prueba de la oferta en venta de DVDs porque los agentes no oyeron lo que decía el acusado a las personas a las que mostraba los DVDs y tal conclusión no es admisible porque la única explicación de ese gesto no puede ser otra que la oferta del género, máxime cuando se ocupó al acusado en una bolsa un cantidad relevante de género falsificado. Hasta tal punto es así que la sentencia reconoce que la conducta del

acusado supuso un fuerte indicio; b) En la sentencia únicamente se declara como probada la falsificación de las unidades peritadas (una muestra del 2,5% sobre el total). El Fiscal, por el contrario, estima que la pericial sobre una muestra significativa permite acreditar la falsificación no sólo del género peritado sino del total de la mercancía, al haberse realizado el peritaje sobre un muestreo significativo y aleatorio.

SEGUNDO.- Planteada la cuestión en los términos que se han expuesto, se suscita una vez más el ámbito y límites del recurso de apelación contra sentencias absolutorias. Este mismo tribunal ha recordado en multitud de sentencias que la valoración de la prueba corresponde por ley al Juez o Tribunal de primera instancia (artículo 741 LECRIM antes citado) y su criterio debe ser respetado, en principio y por regla general, como consecuencia de la singular autoridad de la que goza en la apreciación probatoria, ya que ante él se ha celebrado el juicio que es el núcleo del proceso penal, en donde adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Desde su privilegiada y exclusiva posición puede el Juez intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente sus resultados, así como la forma de expresarse y conducirse las personas que en él declaran en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia. El Juez ha de valorar la prueba de forma conjunta y en conciencia lo que no debe entenderse como un criterio de apreciación cerrado, personal, inabordable o íntimo, sino guiado por la lógica y no exento de pautas y directrices de rango objetivo. Por tal razón y para hacer compatible la libre valoración judicial y el principio de presunción de inocencia es preciso que el Juez motive su decisión (SSTC de 17 de diciembre de 1.985, 23 de junio de 1.986, 13 de mayo de 1.987 y 2 de julio de 1.990, entre otras) que sólo podrá ser rectificadas cuando concurra alguno de los supuestos siguientes: 1) que se aprecie manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; 2) que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio y 3) que

sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Sin embargo esta doctrina general se restringe aún más cuando se trata de sentencias absolutorias, ya que conforme a la STC 167/2002 y otras posteriores “en casos de casos de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción”. El Tribunal de apelación puede revocar una sentencia absolutoria y sustituirla por una sentencia de condena pero no se produciría un proceso justo “sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados y partes adversas” (SSTEDH de 26-05-1988, 29-10-1991).

Esta necesidad de nuevo juicio no es aplicable en los siguientes supuestos: a) Cuando la discrepancia sea estrictamente jurídica; b) Cuando la condena de apelación no altere el sustrato fáctico de la sentencia de primera instancia o cuando, aún alterándolo, la condena resulte del análisis de medios probatorios que no dependan de la inmediación; c) Cuando el Tribunal de apelación no comparta el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la sentencia de instancia, en tanto que el proceso deductivo se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación (STC 272/2005).

En este mismo sentido una reciente sentencia del Tribunal Constitucional (18-05-2009) afirma lo siguiente: “no siempre la resolución de un recurso de apelación en el que se aduzca un error en la apreciación de las pruebas de carácter personal implica una valoración directa de tales pruebas que precise de la celebración de una audiencia pública contradictoria, si el tribunal se limita a supervisar

externamente la razonabilidad del discurso que una la actividad probatorio y el relato fáctico resultante; esto es, cuando su intervención no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado sino en realizar un control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él; desde esta perspectiva, el tribunal de apelación puede revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el juez a quo y, en su caso, revocar la sentencia apelada, sin la necesidad de contacto directo con la prueba que proporciona la inmediación, pues el referido control externo no implica por sí mismo una valoración de la prueba llamada a tener reflejo en la fijación del relato de hechos probados: En cualquier caso, el juicio de razonabilidad podrá tomar en consideración datos objetivos de la credibilidad del declarante (su edad, posibles deficiencias psíquicas o sensoriales, circunstancias de visibilidad, distancia del lugar de los hechos, tiempo transcurrido, relaciones previas del declarante con las personas afectadas por su declaración, etc.) que incidan, no tanto en la sinceridad de la declaración - esto es, en la correspondencia entre lo que el declarante dice y lo que piensa - como en su carácter fidedigno - esto es, la correspondencia entre lo que el declarante piensa y la realidad - pues es en la primera vertiente donde la inmediación cobra toda su importancia”.

La cuestión debatida en este caso se sitúa en este último supuesto, es decir, en el control del razonamiento externo seguido por el juzgador para establecer el resultado probatorio. El Juez de lo Penal considera que, los agentes policiales no oyeron las palabras con las que el acusado se dirigía a la gente al exhibirles los DVDs y de ahí deduce que no hay prueba suficiente para afirmar que estuviera ofreciendo en venta el género. El proceso deductivo seguido por el Sr. Juez no es correcto si se analiza el hecho desde reglas lógicas y de experiencia. Ciertamente los agentes han reconocido que no oyeron las palabras concretas que decía el acusado, pero no es menos cierto que éste tenía en su poder 122 DVDs y que exhibió algunos de ellos a varios clientes de la cervecería con gestos inequívocos de ofrecerlos en venta. La sentencia no pone en cuestión la veracidad de

las manifestaciones de los agentes policiales e implícitamente no da crédito a lo manifestado por el acusado, que negó haber realizado gesto alguno que pudiera ser interpretado como de oferta del género, por lo que la cuestión se limita a determinar si el ofrecimiento de los DVDs a los clientes puede o no ser considerado como exhibición del género para su compra por los clientes de la cervecería. Los gestos aludidos no pueden ser interpretados racionalmente de una forma distinta a la oferta de venta si se atiende a la experiencia común en este tipo de casos y a dos datos adicionales: la posesión de 122 DVDs falsos y la ausencia de toda explicación comprobada sobre la pertenencia a un tercero del género incautado. Estimamos, por tanto, que el razonamiento seguido en la sentencia no es correcto y procede acoger las alegaciones del Ministerio Público.

Por otra parte, se afirma en la sentencia de forma muy poco explícita y razonada que no se ha acreditado que la totalidad del género intervenido fuera falso, aludiéndose implícitamente a que la pericial sólo se ha practicado sobre una muestra del total del género. Vaya por delante que tampoco en la sentencia impugnada se cuestiona la corrección del informe pericial aportado a autos y ratificado en juicio, sino que se establece que dicho informe sólo acredita la falsificación de las obras peritadas pero no de las restantes, a pesar de que la pericia se realizó sobre una muestra aleatoria.

Con la finalidad de establecer un criterio general para este tipo de casos, este Tribunal viene afirmando que “cuando se incautan cientos de obras estimamos que la existencia de una relación completa de las obras (o una relación sobre una muestra significativa en el caso de que se hubiera intervenido una cantidad ingente), con indicación de los autores y de las compañías discográficas (o cinematográficas), junto con el informe pericial acreditativo (sobre una muestra significativa en función del número de copias intervenidas) de que se trata de copias inauténticas constituye elemento probatorio suficiente para estimar que se trata de obras artísticas susceptibles de protección

conforme a lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual, máxime cuando en el proceso no se haya presentado ningún principio de prueba que acredite o permita dudar siquiera de que el imputado tenga autorización para la explotación de las obras”.

En este caso nadie ha sostenido que el material incautado esté compuesto por copias auténticas, por lo que la realización de una pericia sobre una parte de las mismas permite realizar una inferencia racional sobre la falsedad de todas las obras, sin que sea necesario realizar una pericia individualizada sobre todas y cada una de las obras. También en este caso la sentencia contiene una deducción incorrecta sobre la significación probatoria del informe pericial por lo que las alegaciones del Ministerio Público sobre esta concreta cuestión son plenamente estimables.

Por todo lo anterior, los hechos probados de la sentencia han de ser modificados y estimamos que tales hechos, consistentes en el ofrecimiento de venta de DVDs falsificados, sin autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, son legalmente constitutivos de un delito previsto y penado en el artículo 270 del Código Penal y el acusado debe ser condenado por ello en la forma y extensión que después se dirá.

TERCERO.- *Aún cuando no constituya propiamente el objeto de recurso, debe darse también contestación a las alegaciones efectuadas por la defensa del acusado en el trámite de impugnación del recurso interpuesto de contrario, en tanto que en esta sentencia se va a condenar al acusado y debe darse contestación a los distintos alegatos formulados en su descargo.*

La defensa del acusado ha realizado las siguientes alegaciones:

a) Se afirma que la conducta enjuiciada tiene una escasa significación económica y que es atípica por aplicación del llamado “principio de intervención mínima”. A este respecto conviene recordar que la STS de 8 de Julio de 2002 afirma lo siguiente:

“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, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia”.

Partiendo de esta doctrina esta misma Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia 3/2009, de 2 de Enero, ha remarcado que “estando sometidos al principio de legalidad, y no correspondiendo a este Tribunal analizar la conveniencia o inconveniencia de dar una respuesta penal a conductas como la enjuiciada, lo que nos vincula es el tenor literal del precepto penal que tipifica entre otras la distribución de una obra artística en perjuicio y sin autorización de los titulares de los correspondientes derecho de propiedad, y si se acredita que se ha llevado a cabo un acto de distribución del material fraudulento mediante la puesta a disposición del público a través de su ofrecimiento en venta, tal conducta conlleva una lesión al bien jurídico protegido por cuanto que mediante ella se niega al autor “el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización” (art. 17 de la Ley de Propiedad Intelectual), que además de en perjuicio de los titulares de la obra, conllevaría un ánimo de lucro implícito que derivaría de que se pretendiera obtener un beneficio económico del acto, que de constatarse que se hacía con conocimiento de que se trataba de copias ilegales debería subsumirse en el tipo penal del art. 270 del CP, precepto que hemos de recordar no discrimina en función de la cuantía, ya del valor del objeto, ya del perjuicio

causado o susceptible de causarse, como tampoco lo hace en atención a la gravedad o entidad de la distribución. Es más, ni siquiera lo hace para dar a cabida a que los supuestos de menor entidad se puedan considerar como falta, sino que los incluye todos en la figura delictiva, lo que no posibilita dar un tratamiento diferenciador, al margen del que pueda derivar de la penalidad y de la indemnización, a los supuestos de venta según se haga a gran escala o a pequeña escala, pues en mayor o menor medida todos lesionan el bien jurídico que se protege en el art. 270 del CP. Y decimos que no lo posibilita porque cuando el Legislador quiere otorgar ese trato diferenciador, aminorando el reproche penal al propio de una falta, lo hace expresamente fijando una cuantía límite delimitadora entre el delito y la falta...”.

Sobre la base de lo expuesto, no cabe minimizar la ilicitud de la conducta analizada ni considerar que no sea punible simplemente porque constituya el eslabón inferior de la ingente vulneración de los derechos de propiedad intelectual a que se asiste en la actualidad. La polémica sobre si esta conducta debe o no ser punible, en función de la concreta gravedad de esta forma de comercialización, no es cuestión que deban resolver los Tribunales sino el Poder Legislativo a quien le corresponde la competencia para determinar qué conductas son sancionables penalmente. Lo cierto es que el ofrecimiento de obras ilegalmente copiadas sin autorización de sus titulares encaja completamente en el tipo penal previsto en el artículo 270 del Código Penal y, por lo mismo, no cabe acoger las pretensiones de la defensa en este concreto particular.

b) Se afirma también que no está probado que el acusado careciera de autorización por parte de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, ya que no puede presumirse este elemento del tipo, ni consta documentalmente siquiera quienes sean los titulares de las obras en cuestión.

Este mismo problema ya ha sido objeto de pronunciamiento en otras sentencias de esta misma Sala.

En concreto, una de las últimas dictadas es la número 226/2008, de 13 de Mayo, en la que decíamos lo siguiente:

“... El problema que se plantea en este caso y en otros muchos en que se incautan cientos y miles de obras es si debe acreditarse si las obras son objeto de propiedad intelectual y en qué forma debe hacerse. No cabe duda que la manera más completa de hacerlo es mediante la citación de todos y cada uno de los titulares de los derechos y mediante la aportación de los contratos celebrados por éstos con las correspondientes entidades de gestión. Ese parece ser el modo exigible cuando se discute la explotación no autorizada de una obra o de una cantidad muy pequeña de obras, tal y como parece que ocurrió en el único caso resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia 1578/2002 ... En cambio, cuando, como en este caso, se incautan cientos de obras estimamos que la existencia de una relación completa de las obras, con indicación de los autores y de las compañías discográficas, junto con el informe pericial acreditativo de que son copias inauténticas, tales hechos constituyen elementos probatorios suficientes para estimar que se trata de obras artísticas susceptibles de protección conforme a lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual, máxime cuando en el proceso no se haya presentado ningún principio de prueba que acredite o permita dudar siquiera de que el imputado tenga autorización para la explotación de las obras, tal y como acontece en este caso”.

La propiedad intelectual está integrada por los derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo de explotación de la obra” y dicho derecho no está condicionado a la inscripción en registro público alguno, por lo que la acreditación de que el material incautado consiste en creaciones musicales con autor conocido junto con la ausencia de autorización, permite constatar la realización del injusto típico, esto es, la violación de los derechos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual mediante la distribución no autorizada de obras protegidas”.

La falta de toda prueba sobre una supuesta autorización, junto con la relación de obras repicadas y con el informe pericial, constituye prueba bastante para acreditar la ausencia de autorización, máxime cuando el propio acusado nunca ha afirmado que estuviera ofreciendo en venta las obras ni que tuviera autorización para ello. Sería contrario a las reglas más elementales de la lógica plantearse que el acusado pueda tener autorización cuando ni siquiera él sostiene tal afirmación. Además, la falta de autorización es un hecho negativo para los titulares de los derechos que no pueden probar sino únicamente afirmar. En cambio, si el acusado tuviera autorización podría probarlo ya que sería titular de un contrato o dispondría de algún documento acreditativo, pero por supuesto no se ha aportado prueba alguna porque ni siquiera se invoca derecho alguno sobre las obras. Por lo tanto, estimamos acreditada la falta de autorización para la explotación de las obras, sin que sea preciso identificar a los titulares y llamarlos al proceso para que ratifiquen este hecho. Aún más, no puede desconocerse que la conducta enjuiciada es furtiva y perseguida no sólo por ser un ilícito penal sino porque es contraria a muchas otras normas (Ley de Propiedad Intelectual, normas sobre venta ambulante etc.) y también es notorio que los titulares de los derechos no dan autorización para la venta de copias ilegales sobre las que ningún beneficio perciben.

c) Se afirma, por último, que en la conducta del acusado no concurre “ánimo de lucro” considerando su defensa que este presupuesto debe tener un parecido alcance al previsto en el artículo 273, referido a los delitos contra la propiedad industrial, en el que la conducta típica se supedita a la actuación “con fines industriales o comerciales” y exige que exista un mínimo de infraestructura comercial y que se busque la obtención de unos beneficios económicos. Se cita en apoyo de tal tesis el restrictivo concepto de perjuicio económico contenido en la Circular 1/2006, de 5 de Mayo de la Fiscalía General del Estado.

Por un lado, la citada circular no es vinculante y que, además, estudia el concepto de perjuicio económico para el análisis de un supuesto distinto (intercambio

de archivos). Por otro lado, no puede asimilarse sin más el contenido típico del artículo 273 con el del artículo 270 del Código Penal. Por el contrario, el concepto de ánimo de lucro es ampliamente conocido en la doctrina penal y no ofrece duda que el ofrecimiento en venta a cambio de una contraprestación económica conlleva una voluntad de enriquecimiento patrimonial que constituye un ánimo de lucro.

CUARTO.- Como consecuencia de todo lo anterior, los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 del Código Penal en tanto que el acusado había adquirido para su posterior venta copias inauténticas de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual con la finalidad de obtener un ilícito beneficio.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal por lo que procede imponer al acusado, como autor de tal conducta, la pena mínima establecida en la Ley, de SEIS MESES DE PRISIÓN y MULTA DE DOCE MESES, con una cuota diaria de 2 euros, decretándose el comiso de los efectos intervenidos al que se le dará el destino legal.

En relación con la cuota de multa impuesta debe indicarse que por el tipo de delito cometido y por no constar actividad laboral o empresarial alguna cabe inferir la falta de recursos en el acusado, razón por la que ha de imponerse la cuota en su extensión mínima.

QUINTO.- El Ministerio Público ha solicitado la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. Dado que la pena impuesta es susceptible de suspensión condicional. Sobre esta cuestión, existe una doctrina reiterada del Tribunal Supremo, recogida en una de sus últimas sentencias (STS 949/2009, de 28 de Septiembre) en la que se afirma lo siguiente:

El primer párrafo de la norma (artículo 89 del Código Penal), que se refiere a la sustitución íntegra de las penas privativas de libertad inferiores a seis

años de prisión, ha sido objeto de una copiosa doctrina jurisprudencial con el fin de suavizar su literalidad y adecuar su interpretación a los tratados internacionales convenidos por España y a la jurisprudencia que los interpreta. Y así, en las SSTS 901/2004, de 8 de julio, y 906/2005, de 17 de mayo, se argumenta sobre la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia, se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto. Por último, considera este Tribunal en esas dos resoluciones que no debe otorgársele primacía a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de políticas criminales de mera seguridad frente a derechos fundamentales prioritarios del propio penado, que será oído en todo caso antes de adoptar la resolución relativa a la expulsión.

Esta doctrina, con algunas precisiones y matices procesales relativos a la aplicación del principio acusatorio, del contradictorio y del derecho de defensa, ha sido después reafirmada en su aspecto nuclear por esta Sala en las sentencias que ha proseguido dictando en años posteriores (SSTS 1231/2006, de 23-11; 35/2007, de 25-1; 108/2007, de 13-2; 140/2007, de 26-2; 166/2007, de 14-2; 682/2007, de 18-V-2; 125/2008, de 20-2; 165/2009, de 19-2; y 498/2009, de 30-4, entre otras).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con anterioridad al Código Penal de 1995, en la sentencia 242/2004, de 20 de julio, con motivo de aplicar la medida de expulsión en una sentencia

penal, argumentó que “ precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación -la condena en sentencia firme por delito castigado con pena igual o inferior a la de prisión menor- que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión”.

No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad, evitando también no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España.

Aplicando la precedente doctrina al presente caso estimamos improcedente la sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional no sólo porque ésta última supondría la imposición de un castigo desproporcionado, en tanto que el cumplimiento de la pena es posible mediante la suspensión condicional de la misma, sino porque no consta en autos una audiencia específica sobre

las circunstancias personales del acusado que han de valorarse para decidir si la sustitución interesada por el Ministerio Público es o no proporcionada.

SEXTO.- Por último y de conformidad con lo previsto en el artículo 109 y concordantes del Código Penal todo responsable penal debe indemnizar los daños y perjuicios derivados de su ilícita conducta. En este caso se solicita que la indemnización por los perjuicios causados y debidamente peritados, se conceda ADIVAN, entidad que ha reclamado los perjuicios pero que no ha presentado justificación documental alguna sobre la gestión de derechos que dice ostentar. En consecuencia estimamos improcedente conceder la indemnización a dicha entidad dado que no se ha acreditado la titularidad y gestión de los derechos de las obras videográficas copiadas ilegalmente, a la vista de la ausencia de toda justificación documental sobre ello. El hecho de que tenga representación legal para la defensa de estos derechos no significa que no deba acreditar en autos de forma individualizada los derechos de gestión sobre las distintas obras para reclamar las correspondientes responsabilidades civiles.

SÉPTIMO.- Estimándose el recurso procede declarar de oficio las costas procesales de esta alzada.

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada el 16-10-2009 en el juicio oral número 416/2009 del Juzgado de lo Penal número 26 de Madrid, que revocamos y dejamos sin efecto, declarando de oficio las costas de esta alzada.

En su lugar, **DEBEMOS CONDENAR** y **CONDENAMOS** a Imanol, como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual, tipificado en el artículo 270 del Código Penal, a la pena de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, a la pena de **DOCE MESES DE MULTA** con una cuota diaria de **DOS EUROS** por día de sanción y al pago de las costas

procesales de primera instancia. Se decreta el comiso del género intervenido al que se le dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de su procedencia, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia contra la que no cabe recurso y de la que se llevará certificación al Rollo de Sala, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.