

Tutela penal. Piratería. Economía informal. Principio de la intervención mínima. Improcedencia.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 3ª

FECHA: 24-3-2010

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: 50297370032010100188. Actualización: 15-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 60/2010. Sentencia 65/2010.

SUMARIO:

“Queda probado y así se declara que ... el acusado ... fue sorprendido en el Bar ... cuando ofrecía al público para su venta discos compactos que contenían obras artísticas y cinematográficas, ... los cuales una vez analizados por peritos expertos resultaron ser copias ilícitas de los originales realizadas sin autorización de los legítimos titulares de sus derechos patrimoniales”.

[...]

“Invoca ... el recurrente el principio de intervención mínima del Derecho Penal pero hay que tener en cuenta 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”.

“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”.

COMENTARIO: 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, de manera 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. En el caso de las ventas ambulantes de productos que infringen el derecho de autor o los derechos conexos, algunas Audiencias Provinciales se han apartado de ese criterio, como por ejemplo la de Bizkaia, al señalar que existen conductas previas a esa comercialización por los canales de la economía informal “con una capacidad mucho mayor de afectación al bien jurídico protegido” y que “para todas ellas y no para supuestos como el que nos ocupa, es para las que ha de entenderse reservada la aplicación de la Ley Penal”³, coincidiendo en lo sustancial con una dictada por la de Jaén, en la que dijo que “se debe acudir a la exclusión de la tipicidad en aquellos casos de nimias infracciones en que la acción en sí misma no es apropiada para crear un ataque al bien jurídico protegido ...”⁴. Sin embargo, la tendencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales ha sido la de acoger la doctrina del Alto Tribunal español, al resolver en asuntos similares que, por ejemplo, “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”⁵; que “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 ...”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 “no es el juez sino el 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”⁸; 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 ...”

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

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

3 Sentencia de la Sección 6ª (27-4-2010).

4 Sentencia de la Sección 3ª (31-10-2007).

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

6 Audiencia Provincial de Castellón de la Plana. Sentencia de la Sección 2ª (17-11-2010).

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

8 Audiencia Provincial de Málaga (sede de Melilla). Sentencia de la Sección 7ª (29-9-2010).

⁹ 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”*¹⁰, 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, entre otras sanciones alternativas que pueda contemplar la ley penal aplicable. 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 Zaragoza, a 24 de marzo de 2010.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial constituida por los Ilmos. Señores que al margen se expresan, ha visto en grado de apelación las Diligencias P.A. nº 246 de 2009 procedentes del Juzgado de lo Penal nº Dos de Zaragoza Rollo nº 60 de 2010, seguidas por delito contra la propiedad intelectual contra Felix con N.I.E. NUM000 nacido en Embu (Senegal) el día 3 de Noviembre de 1977 hijo de Musa y e Maty y domiciliado en Zaragoza C. DIRECCION000 nº NUM001 NUM002 sin antecedentes penales representado por la procuradora Sra. Lostal Prada y defendido por el letrado Sr. Calavera Arroniz siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal y ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Magistrado D. MIGUEL ÁNGEL LÓPEZ Y LOPEZ DE HIERRO., que expresa el parecer del

Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *En los citados autos recayó sentencia con fecha 14 de enero de 2010, cuya parte dispositiva, en lo necesario para la resolución del recurso, es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que debo CONDENAR Y CONDENO a don Felix como Autor responsable de un delito CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL, previsto y penado en el art. 270-1 del Código Penal, sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SEIS MESES de Prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de DOCE MESES a razón de 3 euros/día, con la responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago e insolvencia prevista en el art. 53 del CP, condenándole igualmente al pago de las costas. En su caso y para el cumplimiento de la pena abónesele el tiempo que haya pasado privado de libertad por estos hechos. Firme que sea esta resolución, procédase a la destrucción de los efectos ilícitos ocupados al acusado.”*

⁹ Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia de la Sección 1ª (15-12-2009).

¹⁰ Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia de la Sección 3ª (29-7-2010).

SEGUNDO.- La sentencia apelada contiene la siguiente relación fáctica: “HECHOS PROBADOS:

Queda probado y así se declara que en fecha 24 de marzo de 2009, sobre las 13:30 horas, el acusado don Felix, mayor de edad, de nacionalidad senegalesa, en situación regular en España y sin antecedentes penales, fue sorprendido en el Bar Río de la Plata sito en la C/ Royo nº 4 de esta ciudad cuando ofrecía al público para su venta discos compactos que contenían obras artísticas y cinematográficas, sin que llegara a vender ninguno, siendo seguidamente detenido por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía que le ocuparon un total de 64 DVDs, los cuales una vez analizados por peritos expertos resultaron ser copias ilícitas de los originales realizadas sin autorización de los legítimos titulares de sus derechos patrimoniales.”

Hechos probados que como tales se aceptan.

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de Felix alegando en síntesis error en la apreciación de las pruebas y admitido en ambos efectos se dio traslado, solicitando el Ministerio Fiscal la confirmación de la sentencia, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Audiencia, señalándose para la votación y fallo del recurso el día 23 de Marzo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal nº Dos de Zaragoza con fecha 14 de enero de 2010 se alza, en primer lugar, la representación legal de en recurso de apelación argumentando el mismo en un supuesto error en la apreciación de la prueba y en infracción de ley por aplicación indebida del artículo 270 del Código Penal.

SEGUNDO.- Por lo que respecta al primer motivo este debe perecer puesto que La pretensión sustentada por la parte recurrente radica en sustituir la apreciación en conciencia de las pruebas

practicadas por el juzgador “a quo” que son premisa del fallo recurrido, por su propia y necesariamente interesada apreciación de la prueba, lo que no cabe admitir habida cuenta que las pruebas en el proceso penal están sometidas a la libre apreciación del tribunal conforme dispone el artículo 741 de la Ley procesal criminal, y el resultado de aquellas es el obtenido en el ejercicio de una facultad perteneciente a la potestad jurisdiccional que el artículo 117.3 de la Constitución Española atribuye en exclusividad a jueces y tribunales.

Tanto el Juez de instancia como el de apelación son libres para apreciar las pruebas en conciencia (STC 21 Diciembre de 1983) y, si bien es cierto, que el carácter absoluto de la apelación, como nuevo juicio, que permite la revisión completa pudiendo el tribunal de apelación hacer una nueva valoración de la prueba, señalar un relato histórico distinto del reseñado en instancia, o rectificar el erróneo criterio jurídico mantenido por el Juez “a quo”, sin embargo, es a este, por razones de inmediación en su percepción, a quien aprovechan al máximo las pruebas practicadas en el acto del juicio. Por eso, suele afirmarse que la fijación de los hechos llevada a cabo por la resolución recurrida ha de servir de punto de partida para el órgano de apelación y solo podrá rectificarse por 1º inexactitud o manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba; 2º que el relato fáctico sea incompleto, incongruente o contradictorio; 3º que sea desvirtuado por nuevos elementos de prueba practicados en segunda instancia.

Al no haberse dado, en el caso que nos ocupa, ninguna de las circunstancias anteriormente expuestas, sino que por el contrario el Juez “a quo” ha valorado de forma correcta la prueba practicada en el acto del juicio oral con la ventaja innegable que da la inmediación ya que lo visto y oído en el plenario no puede ser visto ni oído por esta sala y que la convicción a la que llego a través de esa valoración el Juez a quo ha sido plasmada en un relato histórico claro y congruente, procede la confirmación del mismo.

En efecto el Juez “a quo” contó con pruebas suficientes para llegar a una solución de condena como fueron las declaraciones de los Agentes de la Policía Nacional nº NUM003 y NUM004 los cuales se ratificaron en lo manifestado en el atestado policial en el sentido de que interceptaron al acusado ofreciendo en venta los DVD intervenidos en el Bar Río de la Plata sito en la Calle Royo nº 4 de esta Ciudad.

Pruebas, todas ellas practicadas con estricto cumplimiento de los principios de intermediación, oralidad, contradicción y publicidad con las ventajas que ello conlleva y con las que esta Sala no cuenta ahora siendo los razonamientos del Juez a quo tendentes a justificar su conclusión de reproche totalmente acordes a los criterios de la lógica y la experiencia y que este Tribunal hace ahora suyos.

Cabe añadir a este respecto que, según reiterada Jurisprudencia, los miembros de la Policía o de los distintos Cuerpos de Seguridad, cuando disponen en el acto del juicio oral sobre datos de hecho que conocen de ciencia propia y han visto o percibido con sus propios ojos, los hace testigos hábiles y su testimonio constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

Estos funcionarios llevan a cabo sus declaraciones de forma imparcial y profesional, en el sentido de que no existe razón alguna para dudar de su veracidad, cuando realizan sus cometidos profesionales, teniendo las manifestaciones que prestan un alto poder convictivo, en cuanto no existe elemento subjetivo alguno para dudar de su veracidad, precisamente en función a la profesionalidad que caracteriza su cometido profesional, la formación con la que cuentan y la inserción de la policía judicial en un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, todo ello de conformidad con los arts. 104 y 126 de la Constitución española.

Una constante doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo, su hermenéutica de los arts. 297.2º y 717 LECrim. ha venido declarando (ssTS. 3.6.92, 29.3.93, 11.3, 7.5, 5.11.94, 12.5 y 6.11.95 y 26.1.96)

que las declaraciones testificales de los Agentes en el juicio oral con garantías de publicidad, oralidad, contradicción efectiva de las partes e intermediación del Tribunal, puede estimarse prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia (sTS. 12.11.96). Esto es lo que cabalmente sucede en el caso que nos ocupa, en el que la coherencia y firmeza de las declaraciones prestadas por los Agentes de la Policía Nacional que instruyeron el Atestado enervan el mencionado principio.

Además contó con la pericial obrante en la causa al folio 43 y s. s. y ratificada en el acto del juicio oral por los peritos Policías Nacionales Nº NUM005 Y NUM006 que la llevaron a cabo los cuales se ratificaron en su informe en el sentido de que los DVD que el acusado ofrecía en venta eran falsos.

Frente a ello la versión dada por el acusado en el acto del juicio en el sentido de que había quedado con el propietario de los DVDs para devolvérselos pude entenderse desde el puro ánimo de defensa pero no puede alcanzar la mínima eficacia probatoria al resultar dicha versión totalmente inverosímil.

TERCERO.- *En cuanto a la infracción de ley cabe decir también que este debe correr la misma suerte que el anterior y ello porque el motivo alegado, supone la comprobación por este Tribunal de Apelación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Juez “a quo”, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad. Lejos de someterse al «factum» de la sentencia el motivo se dedica a valorar la prueba practicada desde su propia perspectiva de parte con la finalidad de modificar el resultado valorativo alcanzado por el Tribunal sentenciador, lo que, como es bien sabido, no le está permitido a las partes procesales al tratarse de una competencia soberana y privativa del Tribunal*

conforme a los artículos 117.3 C.E. y 741 L.E.Cr. Es decir todos los argumentos de la parte recurrente en apoyo de este motivo no son otra cosa que un vano intento de valorar las pruebas practicadas en forma distinta al Juez que dicto sentencia para llegar a conclusiones diferentes de las plasmadas por éste en el relato fáctico de la resolución combatida, de modo que, en último término, suponen un notorio desconocimiento del respeto debido al relato fáctico de la sentencia, inherente al cauce procesal propio del “error iuris” (v. art. 884.3º LECrim.).

En numerosas ocasiones hemos señalado que este motivo permite controlar la corrección de la aplicación de las normas sustantivas a los hechos que se han declarado probados en la sentencia, sin prescindir de ninguno de ellos y sin añadir otros diferentes. La falta de respeto a los hechos probados, partiendo de otros hipotéticos supuestos fácticos, o la realización de alegaciones en notoria contradicción con los declarados probados constituye una causa de inadmisión del recurso prevista en el artículo 884.3º de la LECrim, que en el trámite actual operaría como causa de desestimación. El recurrente argumenta la indebida aplicación del artículo 270 del Código Penal sobre la base de unos hechos distintos de los que la sentencia considera probados, por lo que su alegación no puede ser atendida, dada la vía impugnativa utilizada.

En este sentido, es clara la improcedencia también de los motivos, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento ahora apelado es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria al concurrir en la conducta del acusado todos los elementos del tipo aplicado.

En efecto el juez “a quo” dedica el primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia, ahora sometida a censura, a analizar los requisitos del delito contra la Propiedad Intelectual y llega, con acierto, a la conclusión de que todos ellos concurren en la conducta del acusado la cual encuadra perfectamente en el tipo aplicado.

Esgrime el apelante una serie de consideraciones que pueden ser interesantes desde el aspecto de “lege ferenda” pero no de “lege data” pues los requisitos para la aplicación del artículo 270 están, como ya hemos dicho, consolidados por la doctrina y jurisprudencia y concurren en el caso que nos ocupa.

Invoca también el recurrente el principio de intervención mínima del Derecho Penal pero hay que tener en cuenta 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.

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.

Por todo lo cual procede la desestimación íntegra del recurso interpuesto por la representación de Felix y la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº Dos de esta Ciudad en cuanto a este recurso se refiere.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de pertinente aplicación del Código Penal, y el artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Felix, confirmamos íntegramente la sentencia dictada con fecha 14 de enero de 2010 por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de lo Penal número Dos de Zaragoza, en las Diligencias P.A. nº 246 de 2009, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Devuélvase las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.