

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 Málaga (sede de Melilla), Sección 7ª

FECHA: 29-9-2010

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: 52001370072010100185. Actualización: 20-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 75/2010. Sentencia 83/2010.

SUMARIO:

“Contra la sentencia de instancia que condena al imputado ... se alza su representación procesal en apelación ... por entender que ha sido insuficiente para acreditar la acción imputada al recurrente de la posesión y venta clandestina de 153 películas en soportes audiovisuales en formato “CD ...”.

[...]

“Con relación al principio de intervención mínima que alega la representación del apelante en defensa de su tesis de atipicidad de la conducta imputada, indicar que se trata de un postulado de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, y que si bien es cierto que en la praxis jurídica puede servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad, por cuanto 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”.

COMENTARIO: El principio de la intervención mínima o del “derecho penal mínimo” implica que el legislador debe sancionar penalmente aquellas conductas que afectan a bienes jurídicos de mayor importancia y cuyas violaciones implican repercusiones graves. Al tipificar como delito aquellos actos que lesionan los derechos sobre las obras literarias o artísticas, las interpretaciones o ejecuciones artísticas, las producciones fonográficas y/o las emisiones de radiodifusión, se toman en cuenta, no solamente los intereses particulares de los titulares de los respectivos derechos (sin olvidar por lo demás, que el derecho de autor es un derecho humano, de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), sino también los efectos negativos que se derivan de esas infracciones en cuanto al estímulo a la creatividad, al desarrollo de las industrias culturales,

a la generación de empleos estables y a los ingresos que el fisco deja de percibir con esas actividades ilegítimas. Ello ocurre, incluso, con la venta al por menor de los ejemplares ilícitamente reproducidos, dados los efectos acumulativos que se producen con la masiva distribución de tales copias ilícitas, lo que no impide que en esos casos se establezcan penas disminuidas cuando las reproducciones incautadas al infractor no alcancen determinado valor. Una vez previsto el tipo penal, corresponde al Juez aplicar la sanción correspondiente cuando la conducta enjuiciada encuadra en los supuestos de hecho del tipo, conforme al principio de la legalidad. Ahora bien, 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 apunta 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, 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. La tendencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales españolas ha sido la de acoger el criterio del Alto Tribunal, al resolver en casos similares, por ejemplo, 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 ...”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

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

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).

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, entre otras sanciones alternativas que pueda contemplar la ley penal aplicable. Es de resaltar, 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 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 Melilla, a veintinueve de Septiembre de dos mil diez.

La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede permanente en Melilla, constituida por los Magistrados al margen expresados, ha visto en grado de Apelación el Procedimiento de Juicio Oral que por delito de contra la propiedad intelectual tramitado en el Juzgado de lo Penal Número Uno de Melilla, bajo el número 27/10, en virtud del Recurso que ha sido interpuesto contra la sentencia recaída en el mismo por la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Alexander bajo la dirección técnica del Letrado Hamed Mohamed Al-la. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y ha sido designado Magistrado- Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MARIANO SANTOS PEÑALVER.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - *Se aceptan los de la sentencia apelada, que se dan por reproducidos.*

SEGUNDO. - *Con fecha 5/05/10, recayó la sentencia meritada, y cuyo fallo es del tenor literal siguiente:*

“Condono a D. Alexander como autor criminalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual ya definido, con la concurrencia de la circunstancias agravante de reincidencia, a la pena de UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de VEINTE (20) MESES DE MULTA A RAZÓN DE SEIS (6) EUROS DIARIOS, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago DE UN DÍA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADADOS CUOTAS IMPAGADAS, así como al pago de las costas procesales. Se decreta el comiso y la destrucción de los soportes de audio y video intervenidos. “

TERCERO. - *Notificada que fue a las partes dicha Resolución, la Procuradora de los Tribunales D^a Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de Alexander interpuso Recurso de Apelación, en el que tras exponer cuantos argumentos tuvo por convenientes, terminó suplicando que en su día se revoque la sentencia de instancia acordándose absolver a su patrocinado del delito del que venía siendo acusado.*

De dicho Recurso se confirió traslado a las demás

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

partes a efectos de impugnación o adhesión al recurso, en cuyo trámite el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Admitida la apelación, se tramitó con arreglo a las prescripciones normativas contempladas en el artículo 790 de la L.E.Cr., elevándose los autos originales a este Tribunal que procedió en la forma prevista del repetido precepto adjetivo, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 20 de septiembre del año en curso, a las 12:00 horas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que condena al imputado como autor criminalmente responsable de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 nº 1 en relación con el artículo 272 ambos del Código Penal, se alza su representación procesal en apelación invocando en síntesis, error en la valoración de la prueba practicada por entender que ha sido insuficiente para acreditar la acción imputada al recurrente de la posesión y venta clandestina de 153 películas en soportes audiovisuales en formato “CD”; e, infracción de precepto legal por indebida aplicación de los artículos 270 y 272 del Código Penal, con fundamento en la atipicidad de la conducta al amparo del principio de intervención mínima, cuya aplicación invoca.

Con relación al principio de intervención mínima que alega la representación del apelante en defensa de su tesis de atipicidad de la conducta imputada, indicar que se trata de un postulado de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, y que si bien es cierto que en la praxis jurídica puede servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad, por cuanto 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. Por ello el principio de intervención mínima sólo es acogible como criterio postrero para los casos de duda. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13-6-2000, sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y solo inmediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la Ley ajustada al principio de legalidad.

En nada afecta a lo dicho la próxima entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, actualmente en periodo de vacatio legis, cuyo preámbulo expresamente dice que “el agravamiento penológico operado por la Ley orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, en el ámbito de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial ha evidenciado una cierta quiebra en la necesaria proporcionalidad de la pena en el caso de conductas consistentes en la venta en pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por tales derechos, máxime cuando frecuentemente los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizadas por organizaciones criminales, que con tales actos aspiran a alcanzar ingresos mínimos de subsistencia. Por ello, añadiendo un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270 y modificando el apartado 2 del artículo 274, para aquellos casos de distribución al por menor de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio obtenido por éste, siempre que no concorra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal prevé, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en tales supuestos, cuando el beneficio no alcance los 400 euros la conducta se castigará como falta”. Por lo que de manera terminante el legislador considera que la venta a pequeña escala de copias fraudulentas de obras amparadas por los derechos de la propiedad intelectual es penalmente típica con la normativa actualmente en vigor, y lo será en un futuro inmediato una vez entre en vigor la reforma contemplada en la Ley Orgánica 5/2010, aunque con un tratamiento penológico distinto

y más adecuado al reproche social que deben merecer conductas como la investigada. De este modo la única cuestión que planteé la entrada en vigor la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, será la relativa a la penalidad o calificación de los hechos como constitutivos de una falta cuando el beneficio no alcance los 400 euros.

SEGUNDO.- Sustenta la parte recurrente el error en la valoración de la prueba que atribuye a la sentencia de instancia en un doble pilar, posesión de los objetos de tráfico ilícito e indeterminación de los mismos para determinar su idoneidad a efectos de decidir si infringían o no el bien jurídico protegido.

Respecto a la primera cuestión, alega el recurrente que el acusado no portaba la bolsa conteniendo los objetos ilícitos, sino que era un tercero. Argumento que carece de todo apoyo salvo la propia versión de los hechos que facilita el acusado y una interpretación subjetiva e ilógica de la prueba que expone en su recurso. En efecto, los agentes policiales que detuvieron al acusado e intervinieron la bolsa conteniendo los objetos ilícitos, de manera contundente a lo largo del procedimiento han afirmado que vieron al acusado portando una bolsa negra, el cual ante la presencia policial deja la bolsa y se da a la huída, bolsa que recoge en el mismo lugar de los hechos un agente policial quien comprueba el contenido de la misma y descubre en su interior los efectos intervenidos. El hecho de que un tercero que se encontraba en las inmediaciones se da a la huída ante la presencia policial no significa que tuviera relación con los hechos enjuiciados, ni desvirtúa el dato de que quien portaba la bolsa era el acusado. Por lo tanto, es correcto el criterio del juzgador de instancia de considerar verídica la declaración testifical de los agentes policiales, cuyo testimonio reúnen las notas de firmeza y credibilidad subjetiva y objetiva. Conclusión que debe prevalecer frente a las consideraciones subjetivas e interesadas de la parte recurrente, carentes de todo apoyo fáctico.

Igualmente acertado es la concesión de pleno valor probatorio a las conclusiones técnicas a las que llegan el perito adscrito a la Comisión Antipiratería

del Ministerio de Cultura, al no haber sido impugnados por la defensa, aun cuando no hayan sido ratificados en el acto del juicio oral, pues como indica nuestra doctrina jurisprudencial, por todas sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2000 cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita. Criterio que ha sido avalado por el Tribunal Constitucional que en su sentencia 24/91 de 11 de febrero, bien que referida a los informes médico- forenses, precisó que “éstas pericias practicadas necesariamente con anterioridad a la celebración del juicio, e incluso con antelación al inicio del proceso “lato sensu” entendido, constituyen pruebas preconstituidas que despliegan toda su validez si no son impugnadas por ninguna de las partes y son aportadas al acervo de las diligencias”.

En definitiva, dicha pericial ha sido emitida por el organismo público competente, y no ha sido cuestionado en ningún momento ni su resultado, ni la neutralidad y competencia del profesional o profesionales que lo han emitido, habiendo prescindido la parte acusada de solicitar cualquier ampliación o aclaración en el plenario, no interesando la citación del perito, por lo que resulta incuestionable que tal dictamen adquiere valor de prueba de cargo aunque no haya sido ratificado en el acto del juicio oral.

Es cierto como indica el recurrente que la identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo. Pero este dato obra en autos al folio 63 en el que consta el ofrecimiento de acciones al representante de la Asociación de Distribuidores Videográficos de Ámbito Nacional. De otro lado, en cuanto a los títulos concretamente afectados por la actividad ilícita, su correcta identificación figura en autos, por lo que no habiendo impugnado la prueba

documental el apelante sobre tal extremo, debe considerarse válida.

Criterio expuesto que es extensible al argumento del recurrente sobre la omisión de los títulos de las reproducciones ilícitas intervenidas y titulares de los derechos afectados.

TERCERO.- *De conformidad con los artículos 123 del Código Penal y 240 de la L.E.Crim., procede declarar de oficio las costas de esta alzada.*

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a .Isabel Herrera Gómez en nombre y representación de Alexander contra la sentencia de fecha cinco de mayo de dos mil diez pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Penal nº Uno de esta ciudad, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida. Todo ello con declaración de oficio de las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en la vía judicial ordinaria, y a su debido tiempo, remítanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, a los que se unirá testimonio de esta sentencia para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se obtendrá certificación para unirla al rollo correspondiente, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-*Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.*