

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

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

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª

FECHA: 22-9-2010

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: 46250370052010100392. Actualización: 20-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 152/2010. Sentencia 537/2010.

SUMARIO:

“En cuanto al argumento ... relativo a que la venta callejera de determinada obra artística cuyo derecho corresponde exclusivamente al titular de la propiedad intelectual, efectuado sin la autorización de este, no puede resultar penalmente perseguida en virtud del principio de proporcionalidad y el principio de mínima intervención del derecho penal, es un argumento que debe ser ... desestimado ...”.

“En cuanto al principio de intervención mínima del Derecho penal, no se puede olvidar que este es un principio que está dirigido principalmente al legislador, a la hora de la descripción de lo que debe ser tenido por delito y lo que no, pero una vez el legislador ha definido como delito una conducta como la de autos, no podemos los jueces y tribunales estimar «que no lo es», aunque creamos «que no debiera serlo», o que ya está bien protegido el bien jurídico en otras jurisdicciones mercantil, administrativa o civil, o que se deberían exigir más requisitos para reputar la conducta delito (como la existencia de organización o de actividad al por mayor, como se sugiere con frecuencia), porque el principio que más directamente se dirige a jueces y tribunales es el de legalidad”.

[...]

“Lo cierto, en definitiva, es que el ofrecimiento a la venta y la venta callejera, en sí misma, de copias de obras artísticas no autorizadas por los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, son punibles, en cuanto modalidades de distribución a la que se refiere el art. 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

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 ...”², 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”³. La

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

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

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 ...”*⁴; 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”*⁵; 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”*⁶; 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 ...”*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 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”*⁹, 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 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 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:

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

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

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

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

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

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

En la ciudad de Valencia, a 22 de septiembre de 2010.

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos interpuesto contra sentencia dictada con fecha 11-5-10, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal nº 7 de Valencia en el procedimiento antes referenciado, seguido por delito contra la propiedad industrial, contra Eloy.

Han sido partes en el recurso, como apelante Eloy, representado por el procurador don Ignacio Tarazona Blasco y defendido por el letrado doña Carolina Lopez Puchol, y como apelados el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. Joaquin Baños Alonso, habiendo sido designada ponente la Ilma. Magistrada Sra. D^a ISABEL SIFRES SOLANES, quién expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada declaró probados los siguientes hechos: “Queda probado y así se declara que le acusado, Eloy, mayor de edad, nacido en Senegal y en situación irregular en España, sin antecedentes penales; el día 27-9-2008, sobre las 11 horas, fue detenido por policía en el mercadillo de Benicalap de esta ciudad, ocupándole 40 CD#S de música y 160 DVDs, que poseía con el fin de venderlos, a sabiendas de que eran copias no autorizadas de los originales. No consta el perjuicio causado a la SGAE, FAP Y AGEDI. El acusado se halla de forma irregular en España.”

SEGUNDO.- El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: “ Debo condenar y condeno a Eloy, como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y multa de DOCE MESES DE MULTA con una cuota diaria de 3 euros, responsabilidad personal subsidiaria en

caso de impago y al pago de las costas procesales proporcionales.”

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso contra la misma recurso de apelación por la representación de Eloy, que sustancialmente fundó en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal, en los concretos términos que se recogen en su escrito.

CUARTO.- Admitido el recurso, y tras dar traslado de sus alegaciones a las partes restantes para que formularan las suyas, así lo hicieron con impugnación del recurso instando la confirmación de la sentencia apelada. Tras ello, se elevaron los autos a esta Audiencia y oficina del reparto, que los turnó a su Sección Quinta en fecha 8-9-10, señalándose para su deliberación y fallo el día 22 -9-10, en que han quedado vistos para sentencia.

QUINTO.- En la sustanciación de este juicio se han observado en ambas instancias las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN los hechos probados de la sentencia apelada en su integridad, en cuanto no se opongan a lo que luego se dirá.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia condenatoria dictada por el Juzgado de lo Penal, formula recurso la defensa de Eloy señalando, que aún admitiendo que está acreditado el ofrecimiento en venta de los discos de autos, no se ha acreditado acto concreto de venta alguno, por lo que, se dice, procedería la absolución.

Pero lo cierto es que para que se consume el delito que nos ocupa, no es preciso un acto concreto de venta, ya que se trata de un delito de mera actividad; la distribución de la obra reproducida de forma no autorizada por su titular es una acción típica

penalmente, y la mera oferta de venta es distribución, tanto se llegara a concretar -o a acreditar- una determinada venta o no. La actuación consistente en encontrarse con una cantidad de efectos que son copias de los originales y sin autorización de sus titulares, con clara actitud de venta, integra la figura delictiva de distribuir públicamente, las copias no autorizadas de los Cds y DVDs referidos. No tendría sentido exigir el acto formal de la venta a tercero cuando se trata de un delito de mera actividad, o de consumación anticipada o resultado cortado que se consume con la mera puesta a disposición del público de los productos, es decir, de la obra obtenida sin autorización, y ello aunque no lleguen estas obras a disposición de los terceros, ya que es la mera actividad dispositiva de los productos y la oferta a terceros la que es objeto de sanción.

En cuanto al argumento que también utiliza el recurso relativo a que la venta callejera de determinada obra artística cuyo derecho corresponde exclusivamente al titular de la propiedad intelectual, efectuado sin la autorización de este, no puede resultar penalmente perseguida en virtud del principio de proporcionalidad y el principio de mínima intervención del derecho penal, es un argumento que debe ser también desestimado, como en múltiples resoluciones anteriores ha hecho esta misma Sala.

En cuanto al principio de intervención mínima del Derecho penal, no se puede olvidar que este es un principio que está dirigido principalmente al legislador, a la hora de la descripción de lo que debe ser tenido por delito y lo que no, pero una vez el legislador ha definido como delito una conducta como la de autos, no podemos los jueces y tribunales estimar “que no lo es”, aunque creamos “que no debiera serlo”, o que ya está bien protegido el bien jurídico en otras jurisdicciones mercantil, administrativa o civil, o que se deberían exigir más requisitos para reputar la conducta delito (como la existencia de organización o de actividad al por mayor, como se sugiere con frecuencia), porque el principio que más directamente se dirige a jueces y tribunales es el de legalidad. En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal Supremo. Así,

la STS Sala 2ª, S 21-6-2006, nº 670/2006, rec. 921/2005 declara 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... >>.

Lo cierto, en definitiva, es que el ofrecimiento a la venta y la venta callejera, en sí misma, de copias de obras artísticas no autorizadas por los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual, son punibles, en cuanto modalidades de distribución a la que se refiere el art. 270 del Código Penal. Ciertamente existen sentencias discrepantes, de otros Tribunales, pero la jurisprudencia mayoritaria entiende que dentro del término “distribuya”, está incluida la “venta”. Y existe desde luego reproducción así definida, y distribución ilegal de los mismos, cuando los cds o dvds ocupados contienen obras copiadas informáticamente de las originales; y tanto quien los reproduce como quien los ofrece en venta o vende, incurren en infracción criminal.

En cuanto al principio de proporcionalidad, es una crítica que puede tener su cauce por otras vías, pero no por supuesto, para solicitar la inaplicación de la ley. En todo caso, la reforma del Código Penal aprobada por LO 5/2010 de 22 de junio (BOE 23-6-2010) que entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010, prevé, además de la especialidad de las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, la posibilidad de castigar por falta del art. 623-5 del Código Penal cuando el beneficio no exceda de 400 €, por lo que, con carácter general podrán revisarse, si corresponde, las causas o ejecutorias afectadas por la nueva regulación.

SEGUNDO.- Conforme autoriza el art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede imponer a la parte recurrente las costas causadas en la apelación.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia ha decidido:

Primero: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Eloy, contra la sentencia de fecha 11-5-10 dictada en los autos de que dimana el presente rollo.

Segundo: Confirmar dicha sentencia en todos sus pronunciamientos.

Tercero: Imponer a la parte recurrente las costas causadas en la apelación.

Notifíquese la presente resolución, y con testimonio de la misma, remítase la causa original al Juzgado de su procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

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