

## Tutela penal. Piratería. Economía informal. Alegato del principio de la intervención mínima. Desestimación. Petición de indulto.

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** España

**ORGANISMO:** Audiencia Provincial de Valencia, Sección 2ª

**FECHA:** 31-3-2010

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Penal)

**FUENTE:** Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 46250370022010100237.

Actualización: 14-7-2013.

**OTROS DATOS:** Recurso 79/2010. Sentencia 217/2010.

### SUMARIO:

*“... el acusado ... se encontraba en la C/ Joaquín Ballester de la ciudad de Valencia ofreciendo a los viandantes CD's y DVD'S a cambio de dinero, circunstancia ésta que fue observada por una patrulla de la Policía Local que procedió a su detención, ocupándosele al acusado 38 CD'S de música y 21 DVD's que han resultado ser copias no autorizadas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual”.*

[...]

*“Es habitual que por vía de recurso se plantee que hechos como los declarados probados en la sentencia de instancia carecen de «entidad para justificar la aplicación del Derecho Penal, cuando existen vías más adecuadas» para proteger los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, se apunta al principio de intervención mínima, como principio rector que debe informar el Derecho Penal, y al principio de proporcionalidad. Tales principios vinculan al legislador, quien, en su caso, podría infringirlos al tipificar como delito una determinada conducta, si, excepcionalmente, pudiera detectarse que la sanción penal prevista para la misma fuera objetivamente desproporcionada en relación a sanciones previstas para conductas manifiestamente más graves. Más allá de esto e independientemente del rechazo que, desde una perspectiva personal, pueda suscitar una determinada opción legislativa, el principio de legalidad exige de los Jueces la sanción de las conductas que sean penalmente típicas o, en su caso, si concurrieran dudas de constitucionalidad en relación a la redacción del tipo penal, plantear la correspondiente cuestión. Si no es así, lo que no pueden los Jueces, ni cabe exigirles, es que manifiesten su discrepancia con la ley penal a través de su inaplicación”.*

[...]

*“... resulta improcedente hacer uso de una de las opciones contempladas en el art. 4.3 del Código Penal - proponer una modificación o eliminación de la tipicidad penal de hechos como los que motivan la condena del acusado-. Sin embargo, sí resulta procedente hacer uso de la alternativa prevista en el indicado precepto y solicitar del Gobierno la tramitación de indulto para el condenado ...”.*

**COMENTARIO:** La tendencia mayoritaria, aunque no unánime, de las audiencias provinciales españolas, ha sido la de descartar la posibilidad de absolución en los casos de “piratería” que se producen a través de los canales de la economía informal, basándose en la intervención mínima del derecho penal, partiendo del criterio general sustentado por el Tribunal Supremo, según el cual “... 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 ...”<sup>1</sup>, 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”<sup>2</sup>. Así, al resolver asuntos como el que se reseña en esta ocasión, diversas audiencias provinciales han sentenciado 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”<sup>3</sup>; 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”<sup>4</sup>; 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”<sup>5</sup>; 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 ...”<sup>6</sup>; que “una vez que el legislador decide sancionar un comportamiento (aquí el artículo 270 del Código Penal), a los Tribunales solo les cabe aplicar la legislación vigente en cada momento y el caso es que ese precepto castiga la distribución de obras artísticas, fijadas

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

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

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

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

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

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

en cualquier tipo de soporte, con ánimo de lucro, en perjuicio de terceros, sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios”<sup>7</sup> 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”<sup>8</sup>, como efectivamente se resolvió en el caso que acá se comenta. Por otra parte, con la reforma del artículo 270 del Código Penal español, se introdujeron dos elementos aplicables a los asuntos como los de la distribución de ejemplares ilícitos a pequeña escala: por el primero, se le permite al Juez en determinadas circunstancias, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días; y por el segundo, que en los mismos supuestos y cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigue el hecho como falta. Con todo ello se atenúan los efectos penales de la comercialización de copias ilegítimas en número reducido, especialmente por parte de vendedores ambulantes. © **Ricardo Antequera Parilli, 2013.**

## TEXTO COMPLETO:

*En Valencia a treinta y uno de marzo de dos mil diez.*

*La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de VALENCIA, integrada por las Señorías anotadas al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia nº 10/10 de fecha 14 de enero de 2010 pronunciada por el Sr. Magistrado Juez de lo Penal nº 8 de Valencia en el Proceso nº 276/09 incoado en base al Procedimiento Abreviado nº 139/06 del Juzgado de Instrucción nº 7 de Valencia.*

*Han sido partes en el recurso como apelante D. Hernán representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Nieves Bello Pons y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup> Cristina Boix García.*

*El Ministerio Público ha estado representado en*

*el acto del juicio oral de la primera instancia por el Ilmo. Sr. Fiscal D. Eduardo Olmedo.*

*Es Ponente de este rollo y sentencia de segunda instancia la Ilma. Sra. Magistrado D<sup>a</sup>. OLGA CASAS HERRAIZ.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** *La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:*

*“UNICO: Sobre las 10 horas del día 18 de Agosto de 2006, el acusado Hernán, identificado como Obdulio ordinal - NUM000 -, mayor de edad, se encontraba en la C/ Joaquín Ballester de la ciudad de Valencia ofreciendo a los viandantes CD's y DVD'S a cambio de dinero, circunstancia ésta que fue observada por una patrulla de la Policía Local que procedió a su detención, ocupándosele al acusado 38 CD'S de música y 21 DVD's que han resultado ser copias no autorizadas por los titulares de los derechos de propiedad intelectual.”.*

**Segundo.-** *El fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice:*

*“Que debo condenar como condeno a Obdulio,*

<sup>7</sup> Audiencia Provincial de León. Sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> (16-11-2011).

<sup>8</sup> Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia de la Sección 3<sup>a</sup> (29-7-2010).

*ordinal - NUM000 - como autor responsable de un delito contra la propiedad intelectual, a la pena de seis meses de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la pena de seis meses multa a 2 euros día de cuota, con responsabilidad personal subsidiaria del art 53 CP y costas. Se acuerda el comiso y destrucción de los cds y dvds intervenidos.”.*

**Tercero.-** *Notificada dicha sentencia a las partes, contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que se fundaba en la indebida aplicación de lo establecido en el artículo 270 C.P., citaba en su recurso tres sentencia de esta Sala en las que se efectuaba aplicación de la citada norma.*

**Cuarto.-** *Tramitado el recurso, fueron elevadas las actuaciones a este Tribunal y una vez formado el oportuno rollo se señaló para su deliberación, votación y fallo.*

## **HECHOS PROBADOS**

*SE ACEPTAN los hechos probados de la sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos.*

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.-** *Por La Procuradora D<sup>a</sup>. María Nieves Bello Pons se interpuso recurso de apelación en nombre y representación de Hernán (Obdulio), contra la sentencia de fecha 14 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Penal número 8 De Valencia, en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 276/2009, se fundaba en la indebida aplicación de lo establecido en el artículo 270 C.P., y como sustento de dicho motivo de recurso, después de transcribir la indicada norma, citaba en el mismo tres sentencias de esta Sala, concretamente las de 13 de febrero de 2007, 6 de junio de 2008, y 27 de diciembre de 2006, y la de 26 de noviembre de 2004 Secc.1<sup>a</sup> A.P. Burgos, en ellas se denegaba la aplicación del citado artículo.*

*Esta Sala, a la vista de las cuestiones formuladas con ocasión del recurso de apelación y en relación con el delito contra la propiedad intelectual que nos ocupa, ha procedido al análisis de las cuestiones suscitadas y ha fijado el criterio que seguidamente se expone, y que expresa el criterio de este Tribunal.*

**Uno.-** *Tipicidad.-*

*En punto a la cuestión relativa a la naturaleza penal de los hechos declarados probados, incardinables en el art. 270 del Código Penal, se presenta como adecuado estructurar una fundamentación integradora de las distintas posiciones mantenidas por los miembros de esta Sala, a la vista de la posición mayoritaria que se sostiene, optando por recoger conjuntamente los argumentos dispares, pero asumiendo por unanimidad la propuesta final, y a tal efecto respondemos a las cuestiones debatidas, como son:*

**A) Principios rectores.-**

*Es habitual que por vía de recurso se plantee que hechos como los declarados probados en la sentencia de instancia carecen de “entidad para justificar la aplicación del Derecho Penal, cuando existen vías más adecuadas” para proteger los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, se apunta al principio de intervención mínima, como principio rector que debe informar el Derecho Penal, y al principio de proporcionalidad. Tales principios vinculan al legislador, quien, en su caso, podría infringirlos al tipificar como delito una determinada conducta, si, excepcionalmente, pudiera detectarse que la sanción penal prevista para la misma fuera objetivamente desproporcionada en relación a sanciones previstas para conductas manifiestamente más graves. Más allá de esto e independientemente del rechazo que, desde una perspectiva personal, pueda suscitar una determinada opción legislativa, el principio de legalidad exige de los Jueces la sanción de las conductas que sean penalmente típicas o, en su caso, si concurrieran dudas de constitucionalidad en relación a la redacción del tipo penal, plantear la correspondiente cuestión.*



*Si no es así, lo que no pueden los Jueces, ni cabe exigirles, es que manifiesten su discrepancia con la ley penal a través de su inaplicación.*

*En sentido similar a lo alegado, recuerda la SAP de Valencia, Sección 3ª, de 3 de mayo de 2009 -ROJ SAP V 1929/2009 -: “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 precisamente 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 la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos.*

*En el ámbito de la doctrina científica existirán serias y graves argumentaciones y motivos para la despenalización o aminoración de las penas de estos delitos (especialmente cuando la cuantía de lo defraudado no supera los 400 euros, que es una cuantía establecida en infracciones como el hurto o la estafa para diferenciar la falta del delito, y que sorprendentemente no la ha establecido el legislador en las infracciones contra la propiedad intelectual), pero lo cierto es que el principio de legalidad y el imperio de la Ley consagrado en el art.9 CE obliga al castigo de aquellas conductas típicas, aun cuando existan reparos doctrinales hacia la legislación vigente. Aun cuando efectivamente no existe unanimidad, sino una profunda disparidad doctrinal y jurisprudencial en la aplicación del precepto cuestionado.”*

**B) Acción típica.-**

*a.- El acusado y condenado en primera instancia, desarrolló, según resulta del relato de hechos declarado probado en la sentencia recurrida y a juicio de la mayoría de esta Sala, la conducta de distribución a que se refiere el art. 270 del Código Penal en relación con el art. 19.1 de la Ley de Propiedad Intelectual, en tanto que puso a disposición del público soportes informáticos con obras videográficas y fonográficas, sin que para ello hubiera seguido los cauces autorizados por los titulares del derecho de distribución. Resulta, a los efectos de la tipicidad de la conducta, indiferente que llegara o no a vender algún DVD, al tratarse la conducta de distribución de una actividad que no exige un resultado de venta, bastando para su desarrollo la ejecución de actos adecuados para permitir el acceso de las obras al público. Ninguna duda cabe de que quien exhibe DVD's en la vía pública, del modo en que la sentencia de instancia refiere que hacía el acusado, está desarrollando la conducta de distribución con una evidente intención de proceder a su venta.*

*b.- Cabe plantear, siguiendo una línea de interpretación del tipo penal del art. 270 del Código Penal –v.gr. el voto particular emitido, entre otras, a la sentencia 495/2008, dictada en fecha 10 de septiembre de 2009 por esta misma Sección-, si cabe considerar que la acción de venta callejera -o intento de venta- de ese tipo de efectos, queda excluida de la conducta típica.*

*El principio de legalidad obliga a examinar el alcance de la conducta sancionada en el artículo 270 del Código Penal. No cabe, sin atentar gravemente contra aquél, incluir en la conducta típica lo que el legislador no quiso específicamente incorporar. Cierto es que cuando ha querido integrar conductas de venta, ha hecho uso expreso del vocablo -así, por ejemplo, cuando tipifica la “venta” de material pornográfico a menores (artículo 186 del Código Penal) o con menores (artículo 189 del Código Penal) o de armas (artículo 567 del Código Penal)-. El artículo 270 del Código Penal integra*

como acciones nucleares -en su primer párrafo- las de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente; en el segundo añade las acciones de importar, exportar o almacenar. El párrafo tercero refiere conductas relacionadas exclusivamente con programas de ordenador, sin que el estudio de las mismas sea necesario para resolver la cuestión debatida.

Procede analizar si quien ofrece en venta obras producto del ingenio humano en diversos soportes, incurre en la modalidad conductual típica de la distribución. Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “distribuir” significa “dividir una cosa entre varios, con arreglo a ciertas normas o discrecionalmente, dar a cada cosa el destino conveniente, deshacer los moldes repartiendo las letras en los cajetines respectivos”.

Desde la perspectiva comercial, pudiera estimarse que la distribución integra la venta, aunque constituye una actividad más amplia, de manera que abarca más actividades que la mera venta.

El artículo 19 del Real Decreto Legislativo 1/96, de 12 de abril, dice que “se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma”. Esta definición legal es, además, compatible la tercera de las acepciones del verbo “distribuir” del Diccionario de la Real Academia Española, que es, según el DRAE, la acepción en el comercio: “entregar una mercancía a los vendedores y consumidores”.

A partir de lo expuesto, si bien no podemos desconocer que quienes sustentan que el art. 270 del Código Penal, al no mencionar expresamente la venta -como si hace el Código en otros preceptos- no integra supuestos de venta al por menor de discos que incorporan copias no autorizadas de obras amparadas por la legislación sobre propiedad intelectual, aportan argumentos para sostener dicha tesis, la mayoría de ésta sala considera que la interpretación que integra tales supuestos en el ámbito típico del art. 270 resulta más sólida conforme

a los parámetros interpretativos habituales. En esta línea, considerar que el concepto de distribución que integra el tipo penal incluye la venta, no sólo es el mayoritario en la Audiencia Provincial de Valencia -v.gr. St. 495/2008 de 10 de septiembre de 2008 de la Sección 2ª, Sts. 74/2008 de 12 de marzo de 2008 y 49/2008 de 21 de febrero de la Sección 5ª y Sentencia de 28 de septiembre de 2009 de la Sección 3ª -, sino que es el compatible con la defensa del bien jurídico protegido -la propiedad intelectual en el sentido en el que la legislación sectorial lo regula, ampara, dentro del ámbito de protección del derecho los actos de distribución tal y como son descritos en el art. 19.1 de la Ley de Propiedad Intelectual que, como hemos visto, incorpora la venta-. No debe olvidarse, como antes se apuntó, que distribución, en el ámbito comercial, acogiéndonos al uso propio del término -DRAE-, vincula la distribución con la venta. Así, los actos destinados a la venta de soportes que contienen archivos audiográficos o videográficos, que reproducen los contenidos en discos comercializados por empresas titulares de los derechos que amparan dicha comercialización, pero lo hacen en condiciones de calidad que permiten asegurar que han sido puestas a la venta sin autorización de dichas empresas, constituyen, por tanto, una de las conductas típicas del art. 270.1 del Código Penal.

C) Animo de lucro.-

En cuanto a la concurrencia del ánimo de lucro, dadas las características de la acción delictiva declarada probada, no cabe duda que su objeto o fin no puede ser otro que la obtención de recursos económicos.

D) Perjuicio a terceros.-

En lo que respecta al perjuicio para terceros, la redacción dada al art. 270, exige para que la conductam sea típica que se realice “en perjuicio de tercero “. Tal y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2000 (ref. El Derecho 2000/64951), no es preciso que una conducta como la enjuiciada provoque

*un concreto perjuicio a los titulares del derecho de distribución, basta con que la conducta sea apta para generarlo. Como indica dicha sentencia, basta con la concurrencia de un ánimo tendencial, es decir, basta con que la conducta revele una intencionalidad de -y sea apta para- provocar un resultado perjudicial para los intereses económicos del legítimo titular de la actividad de distribución. Obvio resulta que quien vende o pretende vender reproducciones de obras musicales o interpretaciones de obras musicales, sin la autorización del titular del derecho de distribución, realiza una conducta apta para generar un perjuicio: el que se devenga para el titular del derecho de distribución a partir del momento en que se produce una venta a cambio de precio, sin que del mismo se detraiga parte para remunerar el derecho que sobre la obra tiene el titular del mismo. En sentido idéntico, para un supuesto muy similar se pronunció la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, en su sentencia de 9 de enero de 2002, recurso 1223/2001.*

*La posición discrepante, que defiende la atipicidad de la conducta enjuiciada, considera que el legislador quiso declarar típica aquéllas actividades que provocaran perjuicio “relevante” a terceros. La integración del tipo penal analizado en el Capítulo décimo primero del Título decimotercero de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, permite a los defensores de dicha posición considerar que el reproche penal sólo debe recaer sobre quienes realicen conductas aptas para provocar perjuicios relevantes: Según dicha posición, resulta desproporcionado aplicar el tipo penal a quienes obtienen pequeñas rendimientos económicos y, con ello, sancionarles con penas de prisión entre seis meses a dos años y la multa hasta veinticuatro meses.*

*Cabe compartir, con los defensores de la tesis que defiende la atipicidad de la venta callejera de cd's y dvd's, que si bien el ánimo de lucro alcanza a toda actividad humana que permita cualquier ingreso, resulta desproporcionado que cuando dicho lucro está vinculado a actividades de supervivencia, generadoras, por lo demás, de perjuicios económicos*

*leves y que no provocan amplio rechazo social, la respuesta del legislador sea una sanción penal de la entidad de la actualmente prevista en el art. 270 del Código Penal. Esto, sin embargo, no es motivo, para la posición mayoritaria de ésta Sala, para la exclusión de aplicación del tipo penal a conductas integrables en el mismo, sino, como más tarde se verá, para el uso de otros instrumentos legalmente previstos y que permiten evitar las consecuencias indeseables de la sanción penal analizada.*

*Debe tomarse en cuenta que, además, la exigencia de causación de perjuicio relevante para considerar sancionable la conducta de distribución de cd's y dvd's “piratas”, supone la inclusión de un requisito que el tipo penal no comprende, sin que pueda obviarse que, incluso en ventas de escasa relevancia cuantitativa, dado el ámbito de protección del derecho de propiedad intelectual, se provoca perjuicio al titular del mismo.*

#### *Dos.- Responsabilidad civil.-*

*En cuanto al perjuicio derivable de los hechos declarados probados, apoyándonos en los argumentos contenidos en la SAP de Valencia, Sección 5ª de 25 de noviembre de 2008, no procede condenar al acusado, dados los hechos probados, a indemnizar a ninguna sociedad de gestión de derechos de autor.*

*Según la sentencia referida, “la condena no debe alcanzar a las indemnizaciones que por vía de responsabilidad civil demanda el Ministerio Fiscal recurrente; como ya dijera éste mismo Tribunal en su sentencia de 12 abril 2005, y otras muchas posteriores como la de treinta y uno de enero de 2007 y 4 de octubre del mismo año acerca de la indemnización procedente en ésta clase de delitos: “Señalan los recurrentes que no debió concretarse la responsabilidad civil en el valor de los videojuegos en el mercado, sino en el muy inferior del perjuicio realmente sufrido. Y tienen razón los recurrentes. No ignora este tribunal que el art. 272 del Código Penal, en cuanto a la extensión de la responsabilidad civil se refiere, remite a las*

*disposiciones de la ley de propiedad intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios, y que el art. 140 de la Ley de Propiedad Intelectual, (BOE 97/1996, de 22 abril 1996) dice que “el perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación”. Pero esto no significa que haya que proceder, en todo caso, por cada unidad intervenida, a indemnizar al perjudicado en alguna de estas dos formas, sino que habrá de hacerse cuando exista realmente perjuicio, y perjuicio sólo hubo en los casos en los que se materializó la venta, pues en relación con las unidades reproducidas y no vendidas, que fueron ocupadas, el peligro no se concretó en perjuicio, y la responsabilidad civil queda embebida en la simple destrucción de los ejemplares ilícitos, como ya anticipara el propio juez de instrucción en su auto de 13-3-02. De otra manera, de indemnizarse a las compañías con el precio de venta al público de cuantos ejemplares ilícitos se ocuparon, se estaría consagrando a su favor un enriquecimiento injusto, haciéndoles partícipes de un simbólico negocio ilícito sin coste para ellas, que no puede tolerarse. Este es el espíritu del que está imbuido, precisamente, el articulado de la mentada Ley de Propiedad Intelectual, (BOE 97/1996, de 22 abril 1996), particularmente el art. 139-3, cuando señala que “el titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios”*

*Se comparten tales argumentos. Además, no debe despreciarse que la sentencia no contiene ninguna mención que explique o vincule la acción ejecutada por el acusado con la causación de perjuicio a las entidades a cuyo favor fija indemnizaciones. Se puede decir que existe, figuradamente, una suerte de salto en el vacío argumental, -puesto que no se expresa qué hechos concretos permiten deducir o afirmar que la tenencia para la venta de unos cuantos CD's y DVD's, con reproducciones de obras musicales y cinematográficas no consentidas por*

*los titulares de los derechos de propiedad intelectual sobre dichas obras-, sin provocar perjuicio concreto a cualquiera de las sociedades gestoras.*

*Tres.- Consideraciones de armonización.-*

*Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos obviar que, en relación a la interpretación del art. 270.1 del Código Penal, existe un debate abierto tanto en la jurisprudencia como en la doctrina penal, que no es sino consecuencia de la percepción social de que sancionar del modo en que actualmente hace el Código Penal conductas como la que es objeto de este proceso, resulta desproporcionado, por exceder del reproche social que tales conductas merecen.*

*Buena prueba de ello es que el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal -publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de noviembre de 2009, actualmente en fase de enmiendas- dice en su exposición de motivos: “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, en el caso de conductas consistentes en la venta a pequeña escala de copias piratas de obras amparadas por tales derechos, una cierta quiebra de la necesaria proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad de la conducta, máxime cuando -no infrecuentemente- los autores de este tipo de conductas son personas en situaciones de pobreza, a veces utilizados 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, se opta por señalar penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad para aquellos casos de distribución al por menor, de escasa trascendencia, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste. Naturalmente, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de agravación que el propio Código Penal ya prevé.”*



*Tal razonamiento de la Exposición de motivos tiene su correlato en el artículo quincuagésimo octavo del Proyecto de Ley, con el siguiente contenido:*

*“Se añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 270, que queda redactado como sigue: «No obstante, en los casos de distribución al por menor en que no se dé ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido por éste, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días.»”.*

*Dentro del periodo actual de enmiendas, se ha propuesto a los Grupos Parlamentarios por un sector organizado de juristas - abogados, jueces, fiscales, profesores universitarios, letrados del Tribunal Constitucional...-, bajo la denominación Plataforma “Otro Derecho Penal es Posible”, enmiendas al articulado del Proyecto y, en lo relativo a la redacción del art. 270, las siguientes:*

*“Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro 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 sus cesionarios.*

*No obstante, esta pena no se impondrá en los casos de distribución al por menor en que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, cuando los beneficios obtenidos por el acusado no excedan de los 400 euros.”*

*Entre los argumentos que dicha Plataforma ofrece para proponer que el apartado añadido al art. 270.1 del Código Penal sea el que proponen, recogen los siguientes:*

*“La desproporción del Código penal en este tema se aprecia incluso con más nitidez si comparamos la pena con que castiga tales conductas con la pena con que se castigan otros delitos. No tiene lógica que el ofrecimiento en venta de unos DVD tenga una pena que puede ser incluso superior a la de un robo con violencia o intimidación (ver art. 242.3: pena de uno a dos años, sin multa), o a la de algunos delitos de lesiones (art. 147.2). Además, las penas que se aplican son demasiado elevadas en relación con otras conductas descritas en el mismo Título XIII “delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”.*

*Tampoco es coherente que, estando ante una defraudación patrimonial, no se mantenga el paralelismo con las demás tipicidades en la que se protegen bienes jurídicos de la misma naturaleza: apropiación indebida, estafa, hurto, daños, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas... En todos esos casos, cuando lo defraudado o hurtado no alcanza los cuatrocientos euros, la conducta no se considera delito, sino una falta, correspondiéndole, por tanto, una pena mucho más leve. No se entiende por qué en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial no se sigue la misma técnica, no se comprende por qué no se considera como infracción penal leve cuando el perjuicio económico o la ganancia buscada es una insignificante cantidad de euros que, por supuesto, no llega a rebasar los cuatrocientos.*

*Precisamente, si nos fijamos en el ámbito de las faltas es donde mejor se aprecia la desproporción de la respuesta penal que se da a “los manteros”. Así, por ejemplo, la simple venta de una película estaría más castigada que las siguientes faltas: La producción de la muerte de una persona por imprudencia leve se castiga con la pena de multa, igual que cuando esa muerte se produce manipulando un arma de fuego (art. 621.2 y 4).*

*El hurto, cuando el valor de lo hurtado es menor de cuatrocientos euros, tiene pena de multa o de localización permanente, al igual que el hurto de uso de un vehículo a motor de dicho valor, aún*

cuando se hubiera empleado fuerza en las cosas (art. 623.3).

También se considera simple falta, y se castiga con una simple multa, defraudar a la Hacienda o a los presupuestos de la Comunidad Europea una cantidad que no supere los 4.000 euros. Resulta muy llamativo que defraudar a esta Hacienda en una cantidad incluso superior a 4.000 euros se considere muchísimo más leve que defraudar los derechos de propiedad intelectual en la cuantía de un sólo euro.

Abandonar jeringuillas u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores (art. 630).

Evidentemente, todos estos comportamientos son mucho más lesivos para los intereses particulares y para la sociedad que la venta de una película copiada. La corrección de este exceso es una exigencia que se deriva del principio constitucional de proporcionalidad. A pesar de la escasa gravedad, de la nula reprochabilidad y del escaso interés que muestran las entidades que gestionan los derechos de propiedad intelectual e industrial, que no suelen acudir a los llamamientos judiciales, se produce un importante gasto en la administración de justicia: los días de detención de estas personas; los días en que la policía tiene que comparecer para las actuaciones judiciales no dedicando ese tiempo a otros menesteres de orden y seguridad ciudadana; el tiempo dedicado en las oficinas judiciales y por los jueces a despachar estos asuntos, etc. Por supuesto, sin mencionar el elevadísimo coste diario que supone el enviar a estas personas a prisión, un lugar donde nunca deberían ir a parar. A las razones constitucionales, jurídicas y éticas que avalan la no criminalización de estas conductas, se unen las razones económicas, más evidentes, si cabe, en la actual situación de crisis económica.”

En esta coyuntura legislativa y de debate social, aun cuando, insistimos, la mayoría de esta Sección de la Audiencia Provincial de Valencia es partidaria de

la interpretación del tipo penal argumentada en los fundamentos jurídicos de esta sentencia, no podemos dar la espalda al debate social y legislativo que está detrás de la aplicación de sanciones penales, como las actualmente vigentes, a conductas como la enjuiciada. En ese debate se pone de manifiesto algo con lo que estamos de acuerdo: conductas de escasa relevancia económica, como la que provoca la sanción penal del acusado en la presente causa, merecen, actualmente, una sanción penal que se nos representa excesiva.

Pendiente de tramitación parlamentaria una modificación del Código Penal, que, de ser aprobada en los términos del Proyecto presentado o en los propuestos por la doctrina recogida anteriormente, solventaría o minimizaría los problemas detectados en la regulación actual, resulta improcedente hacer uso de una de las opciones contempladas en el art. 4.3 del Código Penal - proponer una modificación o eliminación de la tipicidad penal de hechos como los que motivan la condena del acusado-. Sin embargo, sí resulta procedente hacer uso de la alternativa prevista en el indicado precepto y solicitar del Gobierno la tramitación de indulto para el condenado, con el fin de que la respuesta penal que, por imperativo de la interpretación del tipo penal vigente, consideramos ajustada al tenor de la Ley y de sus posibles interpretaciones, no genere una sanción objetivamente desproporcionada y socialmente reprobada. Es por ello que entendemos procedente remitir de oficio copia de la presente sentencia al Ministerio de Justicia, con el fin de que se tramite el indulto -bien total o bien parcial- en condiciones tales que la pena que quede por cumplir evite el ingreso del acusado en prisión y su expulsión de territorio nacional, conforme a las previsiones de los arts. 20, 22 y concordantes de la Ley de 18 de junio de 1870 que regula el ejercicio de la Gracia de Indulto.

Cuatro.- Costas.-

La estimación parcial del recurso exige que no haya pronunciamiento condenatorio en relación a las costas derivadas de la tramitación del recurso de

apelación.

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

## **FALLAMOS**

Uno.- **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup>. Nueves Bello Pons, en nombre y representación de Hernán (Obdulio), contra la sentencia de fecha 14 de enero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Penal número 8 DE VALENCIA, en los autos de Procedimiento Abreviado seguidos en dicho Juzgado con el número 276/2009.

Dos.- **CONFIRMAR** la misma.

Tres.- **REMITIR** testimonio de la presente al Ministerio de Justicia, en calidad de solicitud de indulto, conforme a las previsiones de los arts. 20 y 22 de la Ley de 18 de junio de 1870 que regula el ejercicio de la Gracia de Indulto.

Cuatro.- **DECLARAR** de oficio las costas causadas en esta alzada.

La Sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

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

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