

¿Cómo absolver a los “top manta”? (Panorama jurisprudencial)

María Teresa Castiñeira Palou

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Ricardo Robles Planas

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

*Sumario**

1. Introducción
2. La venta callejera de reproducciones ilícitas
3. Argumentos para la absolución
 - 3.1. La venta no es distribución
 - 3.2. Inexistencia de perjuicio
 - 3.3. Ausencia de dolo
 - 3.4. Ausencia de ánimo de lucro
4. Ausencia de prueba
5. Interpretación conforme a la Constitución
 - 5.1. El Principio de proporcionalidad
 - 5.2. El principio de intervención mínima
6. Conclusión
7. Bibliografía
8. Tabla de sentencias

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Plan Nacional I+D+I) titulado "Diez años del nuevo Derecho penal de la criminalidad en la empresa: la intención del legislador y la actuación del sistema judicial", cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Jesús-María Silva Sánchez (Referencia: SEJ2005-03425/JURI).

1. Introducción

En 1987, paralelamente a la promulgación de una nueva Ley de Propiedad intelectual, se modificó el CP introduciendo una regulación detallada de una serie de comportamientos y objetos que afectaban a la propiedad intelectual. La nueva regulación dio lugar a que se considerara que el bien jurídico protegido era el denominado “derecho moral” de autor, puesto que el tipo básico no requería ánimo de lucro, circunstancia que sólo operaba como agravante¹. Así parecía quedar zanjada la antigua discusión acerca de si el bien jurídico es el aspecto moral o el aspecto económico de la propiedad intelectual. Sin embargo, la situación no duró mucho. El CP aprobado por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo de nuevo la exigencia de ánimo de lucro para el tipo básico de propiedad intelectual, de manera que el contenido patrimonial pasó de nuevo a primer término.

Cabría aún una tercera configuración de estos delitos que pasaría por entender que en ellos se protege un bien jurídico de carácter supraindividual, de modo que su naturaleza se aproximara en mayor medida a la de los delitos contra la propiedad industrial².

Hasta la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, tanto los delitos contra la propiedad industrial como contra la propiedad intelectual eran delitos perseguibles sólo a instancia de parte, según disponía el art. 287 CP. Este artículo fue modificado para convertirlos en delitos perseguibles de oficio. La misma ley modificó también el art. 270 CP para castigar algunos comportamientos que resultaban impunes con arreglo a la regulación anterior, y el art. 271 CP añadiendo algunas circunstancias agravantes.

Actualmente, la protección penal de la propiedad intelectual es muy amplia y, lo que es más importante, parece estar totalmente subordinada a la legislación civil. La estrecha vinculación al Derecho civil da lugar a que casi todos los ilícitos civiles puedan también considerarse ilícitos penales, situación que ha planteado en la práctica numerosos problemas. De entre tales problemas llama especialmente la atención, desde el punto de vista de la aplicación jurisprudencial de estos delitos, el de la venta callejera de reproducciones ilícitas.

2. La venta callejera de reproducciones ilícitas

Es frecuente en mercadillos, en lugares próximos a centros comerciales, en el metro y en otros espacios públicos semejantes ver a personas que ofrecen a la venta CD's, DVD's, videojuegos y otros productos similares que colocan sobre una manta o pedazo de tela que permite recogerlos rápidamente cuando aparece la policía. De ahí el nombre *top manta*. El precio de venta suele ser muy inferior al que cuestan los mismos productos en establecimientos comerciales y, como es sabido, se trata de copias realizadas sin autorización para reproducirlas ni para venderlas del

¹ El art. 534 bis b). 1. a) CP de 1973 establecía como circunstancia agravante “Obrar con ánimo de lucro”.

² Se manifiesta en sentido contrario, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia (Tirant lo blanch) 2007, pp. 135 y ss.

titular de los derechos de propiedad intelectual. Evidentemente, los *top manta* no agotan todas las situaciones en las que se manifiesta el fenómeno de la piratería, sino que también hay casos de venta de reproducciones no autorizadas en establecimientos comerciales y por internet.

En una sistematización elemental de los casos que se presentan en la práctica jurisprudencial se observan situaciones con características distintas y, sobre todo, de muy distinta gravedad. Así:

- Existen casos de auténtica insignificancia, respecto de los cuales resulta sorprendente que hayan llegado a los Tribunales. Su escasa importancia hace que sea discutible que los recursos materiales y humanos de la Administración de justicia deban dedicarse a su enjuiciamiento. Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 15 de junio de 2004 (ponente Pijuán Canadell), se juzga a un sujeto por la posesión de dos discos de vinilo y dos cassetes.
- En un segundo grupo se incluyen los casos que van a ser objeto del presente comentario, requiriéndose que se ponga a la venta una cantidad no insignificante de material ilícito (por ejemplo, la SAP Madrid, Secc. 17ª, de 29 de octubre de 2004 (ponente Ventura Faci)).
- Finalmente, existen supuestos de venta de mayor entidad que se realizan generalmente en establecimientos comerciales o por internet y sólo ocasionalmente se venden por la calle. Estos casos suelen implicar la existencia de una cierta organización para la distribución y venta de las copias.

Con todo, lo realmente sorprendente de los supuestos de venta callejera de copias ilícitas es la existencia de dos tendencias jurisprudenciales abiertamente opuestas a la hora de valorar su relevancia penal: una claramente partidaria a la absolución y otra en la que sistemáticamente se condena por un delito del art. 270 del CP.

3. Argumentos para la absolución

3.1. La venta no es distribución

El tipo del delito del art. 270 CP requiere, en lo que afecta a los supuestos a los que ahora nos referimos, que se lleven a cabo actos que puedan calificarse de *distribución* y que concurren, además, tres requisitos imprescindibles para que el comportamiento sea constitutivo de delito: *el ánimo de lucro*, *el perjuicio de tercero* y *la ausencia de consentimiento del titular*, además de los requisitos generales de una infracción penal. Por consiguiente, la interpretación del concepto de “distribución” es básica para delimitar el ámbito de los comportamientos típicos. Según la SAP Barcelona, Secc. 7ª, de 8 de febrero de 2006 (ponente Ingelmo Fernández):

«en el ámbito mercantil la distribución no comprende la venta al detalle. El distribuidor es un intermediario entre el productor y el vendedor. Pero la Ley de Propiedad Intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril) en su art. 17, que regula el derecho de explotación exclusiva por parte del titular registral, establece que el titular del derecho ostenta en exclusividad el derecho de explotación

de la obra. El cual comprende la reproducción, distribución y comunicación pública, así como la transformación.»

De entrada, existe una doble posibilidad de interpretación de la “distribución” en el ámbito civil, según se sigan las normas generales del derecho civil o bien se adopte una perspectiva vinculada a la regulación de la Ley de Propiedad Intelectual. A ello habría que añadir la posibilidad de que el Derecho penal pueda realizar sus propias interpretaciones. Según la primera opción interpretativa del concepto de distribución, ésta no comprendería la venta, de manera que la venta callejera devendría impune. Sin embargo, si se acepta el concepto de distribución de la LPI, cuyo art. 19. 1 establece 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*” habrá que concluir que hay un comportamiento penalmente relevante y analizar si concurren el resto de los elementos necesarios para que exista delito. Las sentencias condenatorias han acogido el concepto de distribución de la LPI, de manera que la venta se considera, en todo caso, distribución y, además, se realiza una interpretación amplia de este concepto, entendiendo que basta el ofrecimiento en venta para que el delito se consume. Así la SAP Barcelona, Secc. 3ª, de 13 de julio de 2001 (ponente Fernández Palma):

«no es necesario que se verifique acto de venta, o transmisión por cualquier otro título, para la perfección del elemento en examen, sino que bastaría con la oferta pública de los objetos copiados sin autorización de los titulares de los derechos, esto es, con la puesta a disposición al público de la obra, sin precisar que ésta llegue a manos de terceros».³

Como se señaló, una tercera posibilidad interpretativa pasa por utilizar el Código Penal para llenar de contenido el término “distribución”. Se acude entonces a otros preceptos del Código Penal que utilizan la misma expresión y fácilmente se llega a la conclusión de que cuando el Código Penal ha querido castigar comportamientos de venta lo ha hecho de manera expresa. Así sucede, como pone de relieve el voto particular del magistrado Tomás Tió en la SAP Valencia, Secc. 2ª, de 17 de mayo de 2004 (ponente Tomás Tió), en el delito del art. 186, relativo a la difusión de material pornográfico entre menores, dónde se hace referencia expresa a la venta. Más claro resulta aún el tenor literal del art. 189. 1 b) relativo a la difusión de material pornográfico en cuya elaboración han sido utilizados menores, donde se castiga a quien vendiere y a quien distribuyere. Desde este punto de vista la venta no es, pues, distribución.

Las sentencias analizadas reflejan la diversidad del sentido de los pronunciamientos jurisprudenciales en este punto. Sin embargo, hay razones para pensar que el concepto de distribución jurídico-penal no debe deducirse directamente de lo establecido en el art. 19. 1 de la LPI. Es cierto que se trata de una materia en la que los conceptos utilizados para definir los delitos se suelen integrar con las disposiciones de la LPI. Pero, tal integración no tiene por qué producirse forzosamente en todos los ámbitos en los que existen relaciones entre el ordenamiento penal y el resto de los ordenamientos y, en todo caso, puede presentar ciertos límites en virtud de consideraciones materiales.

³ Vid. También la SAP Rioja, Secc. Única, de 22 de enero de 1999 (ponente Santisteban Ruiz).

3.2. Inexistencia de perjuicio

El art. 270 CP requiere que los comportamientos descritos en el tipo se realicen “en perjuicio de tercero”. Dicho elemento es susceptible de ser interpretado de dos maneras distintas: como un elemento subjetivo del injusto, de manera que sea suficiente el ánimo de causar un perjuicio a tercero, o bien como un elemento de carácter objetivo, que requiera la causación efectiva de un perjuicio. La primera interpretación amplía notablemente el ámbito de lo punible⁴.

En algunos casos la jurisprudencia recurre a la ausencia de perjuicio para dictar una sentencia absolutoria, interpretando el perjuicio en términos claramente objetivos. Por ejemplo, la SAP Las Palmas, Secc. 2ª, de 7 de febrero de 2007 (ponente Martí Sánchez) en la que se enjuiciaban los siguientes hechos:

el acusado «sobre las 13 horas del día 11 de enero de 1998 se encontraba en el mercadillo dominical de la zona del puerto de esta ciudad vendiendo a terceras personas cintas de vídeo» que por sus «características externas (...) evidenciaban una burda copia de películas originales (...) realizadas por particular y con escasos medios técnicos, por lo que la calidad de las mismas era muy deficiente, llevando asimismo fotocopiada la carátula, bien en color bien en blanco y negro».

La SAP absuelve por considerar que no existe perjuicio alguno, ya que el perjuicio

«ha de ser efectivo, real; y por supuesto, ha de consistir en un “perjuicio”, un menoscabo material, una no percepción de una ganancia lícita, efecto que sin duda no se les ocasiona» a las discográficas.⁵

En cambio, en muchos casos similares los tribunales consideran que existe perjuicio, sin plantearse demasiados problemas ni dar demasiadas explicaciones.

Como se trata de casos en los que el ilícito civil y el penal prácticamente coinciden y dada la necesidad de establecer criterios de distinción entre ambos ilícitos, parece correcta una interpretación objetiva y estricta del perjuicio a tercero, entendiendo, entre otras cosas, que no se produce tal perjuicio en los casos en los que no hay confusión posible con los ejemplares reproducidos legalmente que se ponen a la venta.

⁴ Así, MARTÍNEZ- BUJÁN. *Derecho penal económico y de la empresa*, p. 162.

⁵ «Para que la venta de una obra de esta clase resulte encuadrable en el mencionado tipo delictivo es necesario que con esa venta se perjudique a terceros. Pues bien, en el presente contexto los terceros son, según la sentencia, las sociedades mercantiles que relaciona; no se refiere a los posibles compradores de las cintas de vídeo. Mas no cabe duda que ni la “Twentieth Century Fox”, ni la “Columbia”, ni la “Disney Production” -citadas sólo a modo de ejemplo- como cualquiera de las otras, no sufre perjuicio alguno por la venta un domingo por la mañana, en un puesto desmontable de un mercadillo callejero de la zona de una ciudad de las islas Canarias -aunque sea la capital de una de las dos provincias en que se divide el archipiélago- (en concreto la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria) de unas cintas de vídeo con unas características externas que evidencian una burda copia de películas originales, con la carátula fotocopiada». En el mismo sentido la SAP Burgos, Secc. 1ª, de 26 de noviembre de 2004 (ponente Marín Ibáñez).

3.3. Ausencia de dolo

La ausencia de dolo se vincula normalmente al desconocimiento de alguno de los elementos del tipo, básicamente al desconocimiento de que los productos que se venden son de origen ilícito. Frecuentemente, la alegación de que no existe dolo se mezcla con problemas de prueba. Así sucede, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la SAP Madrid, Secc. 17º, de 29 de octubre de 2004 (ponente Ventura Faci). Los hechos eran los siguientes:

«queda probado y así se declara que Eloy, mayor de edad, y sin antecedentes penales, sobre las 0,30 horas del día 23 de agosto de 2002, se encontraba en la calle Preciados de Madrid, vendiendo setenta y cinco discos compactos de diferentes autores y diecinueve videojuegos de Play Station por un precio de dos por cinco euros, todos ellos reproducidos sin la autorización de los legítimos propietarios de los derechos de propiedad intelectual, siendo sorprendido por agentes de la Policía nacional cuando realizaba tal actividad. Como consecuencia de los anteriores hechos, se causaron unos perjuicios económicos a la Asociación Fonográfica y Videográfica Española de 252,45 y a Sony Music Entertainment España, SA en la cantidad de 22,83 euros».

La Sentencia del Juzgado de lo penal nº 7 de Madrid de 4 de febrero de 2004 calificó estos hechos como constitutivos de un delito del art. 270 del CP. La AP revoca la sentencia del Juzgado y absuelve al procesado.

En primer lugar, modifica la narración de hechos probados que se sustituyen por los siguientes:

«Sobre las 0,30 horas del día 23 de agosto de 2002, don Eloy se encontraba en la calle Preciados de Madrid vendiendo setenta y cinco discos compactos de diferentes autores y diecinueve videojuegos de Play Station por un precio de dos por cinco euros. No se ha acreditado suficientemente que los discos compactos intervenidos al acusado don Eloy el día 23 de agosto de 2002 en la calle Preciados fueron discos falsificados o reproducidos sin la autorización de los legítimos propietarios de los derechos de propiedad intelectual».

En segundo lugar, en este caso hay dos razones distintas para la absolución: si, como dicen los nuevos hechos probados, no se demostró que los discos vendidos por el acusado se hubieran reproducido ilícitamente, falta un elemento de la parte objetiva del tipo, ya que la venta de discos reproducidos lícitamente no constituye delito. Por otra parte y como pone de manifiesto la sentencia, el acusado creía que eran discos defectuosos y que ésta era la razón de su precio inferior al de mercado, de manera que aunque se hubiera podido demostrar que se trataba de ejemplares ilícitos, tampoco existiría delito por falta de dolo. Aunque, en cualquier caso la existencia de un error daría lugar a la impunidad porque no se castiga la comisión imprudente. En el caso concreto la propia sentencia se encarga de poner de manifiesto que los discos tenían la apariencia de ser originales.

En el caso enjuiciado por la SAP Valencia, Secc. 2ª, de 31 de mayo de 2005 (ponente Escribano Parreño) también se alega el desconocimiento de que el material fuera falsificado. Los hechos son parecidos: cinco personas fueron sorprendidas vendiendo CD's, DVD's y similares en una calle de Valencia, tres procedían de Senegal, otra de China y una de India y todas ellas estaban en situación irregular en España. Sin embargo, en este caso la SAP de Valencia, absuelve a alguno de los acusados por falta de prueba, pero no admite la inexistencia de dolo con base en las siguientes razones:

«también se alega el desconocimiento de que el material incautado fuera falsificado y que careciera de autorización de los titulares de la propiedad intelectual para su distribución o venta, lo que conlleva el desconocimiento de un elemento del tipo penal. Sobre ello es de considerar que a dicha acusada, tal como consta en la sentencia, se le ocupó en el lugar y hora de los hechos, un bolso que portaba con un total de 132 discos compactos grabados con reproducciones musicales, así como 41 películas diferentes grabadas por el sistema de DVD, todas con una fotocopia de la carátula de la obra original. En aplicación de las reglas de la sana crítica y normas de experiencia, no es normal que una persona deambule por la vía pública llevando el material descrito; y si ello se relaciona con la existencia en la zona de los otros dos acusados, vendiendo material similar, es evidente que la acusada, no sólo se dedicaba a la venta de esos objetos, como dijo el Policía Local número 20.867, sino que tenía pleno conocimiento de la ilegalidad de su acción al tratarse de reproducciones no autorizadas.»

Al respecto puede afirmarse que, salvo casos excepcionales, es difícilmente creíble que se desconozca que se trata de ejemplares reproducidos ilícitamente. Las características y los precios de la venta deberían ser suficientes para fundamentar el dolo eventual.⁶

3.4. Ausencia de ánimo de lucro

El ánimo de lucro, como intención de obtener un beneficio económico, se menciona expresamente en el art. 270 CP. En este caso, y en la línea de la interpretación habitual de dicho elemento en otros delitos, se considera que se trata de un elemento subjetivo del injusto. Aunque las sentencias hacen referencia con frecuencia a dicho elemento, sólo sirve para excluir la responsabilidad penal en aquellos casos de muy poca entidad, dónde el beneficio que se podía obtener era insignificante.

La SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 15 de junio de 2004 (ponente Pijuán Canadell) apunta a una interpretación más acorde con las que deberían ser las características de los delitos contra la propiedad intelectual, en el sentido de que no basta con el ánimo de obtener un beneficio económico, sino que es necesaria una *finalidad comercial*:

«la realización de las repetidas copias se haga con ánimo lucrativo, ánimo que, como parece evidente, habrá de entenderse referido, no al lucro que pudiera buscar quien realiza materialmente la copia por la utilización del compacto empleado para efectuarla, sino el pretendido o buscado al copiar la misma, bien para su posterior venta, bien para otros usos no exclusivos del propietario del soporte del que se obtienen las copias. En el caso del ahora apelante Juan Manuel no puede afirmarse, con la seguridad que exige un pronunciamiento de condena, que los seis fonogramas “piratas” que le fueron intervenidos tuvieran una finalidad comercial o lucrativa...».

⁶ En un caso similar, la SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 15 de junio de 2004 (ponente Pijuán Canadell) absuelve, apelando entre otras cosas, la falta de dolo. Se alega por parte de la defensa la falta de dolo pero se condena en las sentencias siguientes: SAP Barcelona, Secc. 6ª, de 1 de febrero de 1999 (ponente Arroyo Romagosa); SAP Cantabria, Secc. 1ª, de 22 de febrero de 2000 (ponente de la Hoz de la Escalera); SAP Lleida, Secc. 1ª, de 8 de octubre de 2004 (ponente García Navascués); SAP Castellón, Secc. 1ª, de 30 de mayo de 2005 (ponente Solaz Solaz).

Con todo, debe concederse que no es fácil interpretar el ánimo de lucro de una forma distinta a como se hace habitualmente en los delitos contra la propiedad en el CP. Máxime si se tiene en cuenta que cuando el legislador ha querido introducir finalidades comerciales lo ha hecho expresamente, como sucede en el caso de la propiedad industrial donde se exige que los distintos comportamientos se realicen “*con fines industriales o comerciales*” (arts. 273 y 274 CP).

4. Ausencia de prueba

Un ejemplo de las dificultades de prueba que, a veces, se plantean en estos delitos lo proporciona el caso enjuiciado por la SAP Barcelona, Secc. 6ª, de 22 de abril de 2002 (ponente Zabalegui Muñoz): Mohamed S. fue detenido por la Guardia Urbana en el Port Olímpic de Barcelona, cuando se hallaba al lado de un paño en el que había 40 reproducciones ilícitas de discos compactos, que se ofrecían a la venta por 1000 pesetas. Mohamed afirmó que el material no era suyo, sino que era propiedad de un amigo, versión que fue aceptada por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Barcelona y determinó la absolución. Pero la AP de Barcelona fue de otro parecer y condenó a Mohamed como autor de un delito contra la propiedad intelectual. El argumento, ante las versiones contradictorias del acusado y de los agentes de policía, fue el siguiente:

«del hecho de estar detrás de un paño extendido en el suelo en el que se encontraban expuestos los 40 CD con el precio de 1.000 ptas. unidad, y con el conocimiento de que los discos eran copias (dado que consta en el acta del juicio que el acusado reconoció que “sabía que eran ilegales los CD») se desprende de modo inequívoco que el acusado estaba ofreciendo a la venta las copias ilegales de los discos, sin que para culminar el tipo sea precisa la concreta venta de ninguno de ellos,...». O sea que mejor no parase detrás de una manta con discos.

Es cierto que en muchos casos puede ser falsa la versión del sujeto que en realidad estaba vendiendo los discos piratas, pero no hay que olvidar que no son los acusados quienes tienen que demostrar su inocencia, sino que las partes acusadoras son quienes han de demostrar que realmente realizaron los hechos que se les imputan y, en casos de tan poca entidad como el presente, hay que ser especialmente cuidadoso⁷.

5. Interpretación conforme a la Constitución

En ocasiones, las sentencias que absuelven en los casos de venta callejera de poca entidad utilizan, junto al análisis de la concurrencia de los elementos del tipo, otra clase de argumentos, además de los anteriores o como únicos, que pueden resultar de gran interés. Las resoluciones

⁷ Sobre la ausencia de prueba de que se realizara la venta ilícita o falta de prueba véanse: SAP Barcelona, Secc. 7ª, de 17 de noviembre de 2000 (ponente Barrientos Pacho), la cual pese a reconocer que “no se aportó al proceso prueba directa alguna de la realización de tal actividad” condena en base a pruebas indiciarias; SAP de Madrid de 29 de octubre de 2004 que absuelve pro falta de prueba de la actividad ilícita con una crítica a la actividad probatoria (no) realizada por la policía; SAP de Castellón de 30 de mayo de 2005; SAP de Valencia de 31 de mayo de 2005; SAP de Murcia de 24 de abril de 2006.

judiciales realizan una interpretación conforme a los principios constitucionales que conducen normalmente a decisiones absolutorias.

Básicamente se hace referencia a tres principios: el principio de proporcionalidad y el de intervención mínima relacionado, a veces, con el de insignificancia. Muy a menudo se hace referencia a varios principios a la vez. Esto plantea un problema, que no es objeto del presente trabajo, acerca de la posibilidad de que los tribunales realicen interpretaciones restrictivas de la letra de la ley, y, en definitiva, sobre la capacidad normativa de la jurisprudencia.⁸

5.1. El Principio de proporcionalidad

Algunas resoluciones jurisprudenciales consideran que el castigo de la venta callejera de reproducciones piratas de CD's, DVD's y similares infringe el principio de proporcionalidad, pues conduce a la imposición de una pena que no guarda proporción con la gravedad de los hechos.

Por ejemplo, la SAP Barcelona, Secc. 10ª, de 15 de junio de 2004 (ponente Pijuán Canadell), que enjuicia el comportamiento de un sujeto al que se le encontraron dos CD's, dos discos de vinilo y dos musicassetes, absuelve al acusado porque:

«no puede afirmarse, con la seguridad que exige un pronunciamiento de condena, que los seis fonogramas “piratas” que le fueron intervenidos tuvieran una finalidad comercial o lucrativa, por lo que no habría una auténtica lesión del bien jurídico protegido en el artículo 270 del Código Penal. Por otra parte, y aun en la hipótesis, que no consideramos plenamente probada, de que la intención del acusado Juan Manuel fuera, finalmente, la de comercializar dichos fonogramas, tratándose de tan escasas unidades, la conducta no debería subsumirse en el citado artículo 270 del Código Penal, precepto que ha dado lugar a la interpretación jurisprudencial de que desde el punto de vista de la antijuridicidad material, ésta no puede entenderse presente en conductas mínimas, pues de contrario lo que se produce es una inadecuación del tipo penal, por lo se debe acudir a una corrección interpretativa de excluir la tipicidad en aquellos casos de mínimas infracciones en que la acción en sí misma no es apropiada para crear un ataque al bien jurídico protegido, déficit de culpabilidad que debe trascender por imperativo del principio de proporcionalidad al área de punición. Así, cuando los hechos tienen escasa trascendencia, (...) y además en una materia como esta en que la Ley de Propiedad Intelectual ofrece cauce para accionar en la vía civil, la jurisdicción penal debe reservarse para aquellos casos de mayor gravedad, como las copias indiscriminadas y en cadena de discos compactos para su comercialización, y ello pese a existir una conducta específicamente agravada regulada hoy en el artículo 271 del Código Penal, que se refiere a los delitos contra la propiedad intelectual en los que el perjuicio sea de extrema o especial gravedad, puesto que el tipo básico requiere, al menos, cierta gravedad, quedando reservada la órbita penal para aquellos comportamientos más graves, por su entidad objetiva y subjetiva pues, como recuerda la STS de 2 de abril de 2001 (RJ 2001\ 2926) , “es claro que el ámbito del artículo 270 del Código Penal no es el límite de la protección de todos los derechos del titular de un derecho intelectual. Como lo vienen reiterando autorizadas opiniones ‘la protección de los bienes jurídicos no sólo se realiza por medio del derecho penal; el instrumental de todo el ordenamiento jurídico tiene que cooperar a ello’. Por ello, se afirma que ‘el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos y ésta no siempre en forma general, sino que a menudo (como en el caso del patrimonio) sólo contra especies individuales de agresión’ ”».

⁸ El problema apuntado es objeto de análisis en un trabajo que se publicará en breve.

Se trata de un caso en el que se sospechaba que se realizaban ventas por internet, pero en el local donde supuestamente se realizaban las copias ilegales sólo se encontraron las estanterías vacías. Es destacable la contundencia con la que se expresa la AP de Barcelona, concluyendo que si en estos supuestos se exige responsabilidad penal, resultan claramente infringidos los principios limitadores del poder punitivo.

El principio de proporcionalidad, en general, es de difícil concreción. Salvo en casos extremos: cuando se trata de conductas castigadas con penas excesivas, o, al contrario, cuando las penas son demasiado leves. En este caso, y aunque exista la posibilidad de agravar la pena en los casos de *especial gravedad*, no cabe duda de que el tipo básico puede comprender hechos de gravedad muy distinta. Si a ello se le añade que además se trata de ilícitos civiles, es fácil llegar a la conclusión de que la pena que se impone en los casos de *top manta* es desproporcionada. Desproporción que deriva no tanto de un déficit de culpabilidad del sujeto como de un déficit de antijuricidad de los hechos.

5.2. El principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima se concreta en dos principios a los que a menudo se alude en las resoluciones absolutorias: el Derecho penal como última ratio y el carácter fragmentario del mismo. Estos dos principios se traducen, a su vez, en otros dos, muy a menudo olvidados por el legislador: la necesidad y la utilidad de la intervención penal. En virtud del principio de última ratio, la intervención penal sólo es legítima cuando no hay otra posibilidad, pero, además, tal intervención debe ser útil. Si se demuestra que a pesar de ser necesario el recurso al Derecho penal va a ser inútil, éste perdería su legitimidad.

Algunas sentencias ponen en cuestión directamente que en algunas modalidades del delito previsto en el art. 270 del CP se respete el principio de intervención mínima. Por ejemplo, la SAP Burgos, Secc. 1ª, de 26 de noviembre de 2004 (ponente Marín Ibáñez), que enjuicia los hechos siguientes:

«el acusado José Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 16 de agosto de 2002, sobre las 00'30 horas, se encontraba en la Avenida de la Paz núm. 14 de la localidad de Roa (Burgos), teniendo en el suelo extendida una sábana blanca, sobre la que estaban expuestos para su venta al público un número no determinado de CD'S, y próximo a él una bolsa de color negro con un número tampoco determinado de CD'S en su interior, con la presencia de personas alrededor de dicho lugar. Habiendo sido adquiridos todos ellos por el acusado, al precio de 1'5 euros cada uno, y vendiéndolos por la cantidad de 2'5 euros la unidad. Los cuales, habían sido copiados sin autorización alguna».

La SAP anula la condena por un delito del art. 270 CP, tras poner en cuestión la concurrencia de casi todos los elementos del tipo. En primer lugar porque sólo existe delito cuando

«quien reproduce o vende las cintas cuenta con una organización, por poco amplia que sea, por medio de la cual lleva a cabo una "distribución" de las mismas, según las características de esta actividad en el campo económico; venta en masa (sic.)».

En todo caso, parece discutible que el tipo básico del art. 270 CP permita exigir una organización y una venta en masa. Debe tenerse en cuenta que el tipo cualificado del art. 271 CP considera agravante la actuación a través de una organización.

Y, en segundo lugar, añade:

«así lo entiende la jurisprudencia mayoritaria y las fuerzas de orden público en su actividad de represión de los típicos “manteros”, limitándose a poner dificultades al ejercicio de su comercio y a requisarles, en su caso, la mercadería y abrirles el correspondiente expediente gubernativo por venta no autorizada, entendiendo, como entiende por otro lado esta Sala de Apelación, que no se puede atribuir el concepto de “distribuidor” o “almacenador” previsto en el Código Penal al último eslabón de la cadena comercial, el vendedor al por menor de la mercancía que de otros recibe y en los que concurren las definiciones del artículo 270 del Código Penal. El artículo 270 está pensando en otro tipo de conducta ilícita al por mayor y que, ésta sí, causa perjuicio a las compañías discográficas. Por todo lo indicado procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y ahora examinado, debiendo, en virtud del principio de mínima intervención del Derecho Penal, residenciar el debate de la cuestión planteada en otro ámbito, el administrativo o la jurisdicción civil ordinaria.»

La SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 8 de febrero de 2006 (ponente Ingelmo Fernández) plantea la posible violación del principio de intervención mínima si se sanciona penalmente la venta ambulante de CD's y DVD's reproducidos sin autorización. Antes de llegar a este análisis la sentencia ha puesto ya en cuestión la tipicidad de la distribución, pero ante la existencia de resoluciones judiciales que consideran que la venta ambulante entra en el concepto de distribución, busca otros argumentos para evitar la responsabilidad penal.

Se trata de un caso en el que, por una parte, los hechos que se realizan son de escasa gravedad, en los que, aunque a veces no se acepte por la jurisprudencia, el perjuicio que se causa a los titulares de los derechos de propiedad intelectual es prácticamente irrelevante⁹ y la mayoría de los sujetos que compran tales productos conocen que se trata de reproducciones no autorizadas¹⁰. Por otra parte, muchas veces parece no tenerse en cuenta que la consideración de la inexistencia de responsabilidad penal no implica que se trate de hechos jurídicamente irrelevantes. En la mayoría de los casos sí podrá existir un ilícito civil y serán de aplicación las consecuencias establecidas en la LPI en orden a la responsabilidad civil. La SAP de Barcelona, siguiendo la doctrina establecida por la STS, 2ª, de 24 de febrero de 2003 (ponente Granados Pérez)¹¹, concluye:

⁹ En muchos casos, si bien no en todos, quién compra las reproducciones piratas, jamás compraría los ejemplares reproducidos lícitamente.

¹⁰ Con lo que se descartaría también la eventual existencia de un delito de estafa por falta de engaño.

¹¹ Se trata de una sentencia relativa a un delito contra el medio ambiente en el que pueden plantearse problemas similares, es decir, hechos, literalmente subsumibles en el art. 325 pero sin entidad suficiente para fundamentar la responsabilidad penal. La resolución del TS considera que: «para determinar en que casos habrá de acudir al derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno estado de derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítima el recurso al derecho penal» y que «la sanción penal debe reservarse, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación

“aplicando tal doctrina, hay que concluir que no toda infracción del derecho de exclusividad del titular de la propiedad intelectual tiene cabida en el art. 270 CP. Sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito. La venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal, y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal.”

Conforme a los principios que deberían informar la creación de normas penales la conclusión de la SAP es correcta. Se está utilizando el Derecho penal para casos en los que no es necesario y su efectividad es más que dudosa. Basta pasear por cualquier ciudad, en las proximidades de mercados, centros comerciales y similares, para encontrar puestos de venta callejera, es más, la rapidez con que los vendedores ambulantes dismantelan sus instalaciones ante el aviso de la llegada de la policía, se ha convertido en una atracción turística.

La existencia de otros medios, distintos y menos lesivos que el Derecho penal, para atajar este tipo de comportamientos está fuera de duda. Hay medios en el ámbito del Derecho administrativo y medios en el ámbito del Derecho civil a los que se podría recurrir. De hecho, se trata de casos en los que hay una clara tolerancia por parte de los cuerpos de seguridad. Así lo pone de manifiesto la SAP Burgos de 26 de noviembre de 2004 al señalar que las fuerzas de seguridad se limitan a poner dificultades a la venta callejera y, como mucho a incoar un expediente administrativo por venta no autorizada.

La SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 8 de febrero de 2006 (ponente Ingelmo Fernández) va todavía más lejos al considerar que

«contra la venta callejera de estos productos ilegales, por medio de personas, que sólo buscan una manera de ganarse la vida, ante la imposibilidad de otros medios más adecuados, la lucha no pasa por la aplicación del Derecho penal, sino por la aplicación de normas de orden público, que impiden este tipo de ventas.»

En realidad, la idea de fondo que parece guiar la línea argumental de esta tendencia jurisprudencial no es tanto la afirmación de la plena licitud de tales conductas, sino su desaprobación jurídica por razones distintas de las que conducen a afirmar el carácter delictivo de los verdaderos atentados contra la propiedad intelectual con relevancia jurídico-penal. Dicho de otro modo: estaríamos ante conductas cuyo merecimiento de castigo no es comparable al del de aquellas otras que abiertamente reconocemos como atentados contra el derecho de propiedad intelectual. En estos últimos supuestos, el merecimiento de pena surge al producirse una auténtica usurpación del derecho a la explotación de la obra, de manera que el propietario de tal derecho se ve como víctima de un apoderamiento en toda regla (supuestos de distribución en sentido estricto). No es esto lo que sucede en los casos *habituales* de venta callejera de copias ilegales, sino que éstos adquieren relevancia jurídica exclusivamente por suponer, como sucede

de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa»’.

en otros casos que valoramos de otra manera –esto es, al margen del Derecho penal–, una actividad de venta ambulante ilícita, que afecta fundamentalmente al orden público y a su regulación jurídico-administrativa. En cambio, respecto del tipo que protege la propiedad intelectual, tales conductas carecerían de la propiedad de “conductas típicamente desaprobadas”¹².

6. Conclusión

La preocupación de los tribunales por el castigo de hechos que carecen del contenido de injusto necesario para dar lugar a responsabilidad penal es perfectamente comprensible. Probablemente, los delitos contra la propiedad intelectual constituyen un grupo en el que fácilmente puede plantearse este problema por varias razones: porque el mismo hecho puede constituir un ilícito civil, penal y, a veces, también administrativo y porque se trata de un ámbito en que pueden darse supuestos de gravedad muy distinta. Entre la organización dedicada a la reproducción, distribución y venta de CD's y DVD's sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual y el sujeto que se dedica a la venta callejera de discos piratas hay un abismo. Mientras que en el primer caso no parece disparatado hablar de delito, en el segundo sí.

El problema proviene de la propia regulación penal del art. 270 CP. Si no se efectúa una interpretación restrictiva del tenor legal es difícil evitar la responsabilidad penal. Con todo, en la medida en que no se lleve a cabo una modificación legal desincriminadora de tales conductas, el juzgador puede seguir anclando sus decisiones en los criterios y principios que rigen el razonamiento jurídico y llegar a considerarlas (por lo menos algunas de ellas) atípicas. A tal fin, es cierto que la sola idea del bien jurídico protegido en estos delitos no ofrece soporte material lo suficientemente sólido para una construcción restrictiva del precepto. Más bien, ciertas resoluciones jurisprudenciales se han decantado por la utilización de los principios limitadores del poder punitivo del Estado como criterio para restringir el ámbito del tipo. En particular, los tribunales manifiestan una clara simpatía hacia la utilización de una argumentación político-criminal directa sobre la base del principio de intervención mínima. Este proceder debe entenderse como consecuencia de la posición en que el legislador penal español ha dejado al intérprete ante el fenómeno: con una norma que formalmente parece abarcarlo todo, pero sin argumentos sobre la lesividad (material) jurídico-penal de las conductas de venta callejera ilegal de reproducciones. Es cierto que las decisiones en las sentencias que enjuician estos hechos adolecen de un elevado grado de inseguridad jurídica y muchos de los argumentos absolutorios son discutibles. Ello es algo que sucede siempre que la decisión judicial se mueve en el plano de principios generales y no se concreta en reglas y categorías dogmáticas. Así, sería deseable que la argumentación judicial discurriera, más bien, por el camino de deslindar las conductas típicas de aquellas otras que no lo son sobre la base de consideraciones ya arraigadas acerca de lo que puede prohibirse penalmente y merece pena. En todo caso, los esfuerzos por hallar un ámbito de aplicación *legítimo* del art. 270 CP y la consiguiente expulsión del mismo de determinadas

¹² Quedaría abierta la posibilidad de que estas conductas fueran relevantes a los efectos de otros tipos delictivos (p. ej. la receptación).

realidades que no merecen el tratamiento por éste dispensado (porque no son comparables con los supuestos que sin duda merecen pena) son buena muestra de que una de las más importantes prestaciones del juez para el sistema de justicia penal se desarrolla en gran medida al margen del formalismo interpretativo.

7. Bibliografía

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*, Valencia (Tirant lo blanch), 2007.

8. Tabla de sentencias

<i>Sala y fecha</i>	<i>Magistrado ponente</i>
STS, 2ª, 24.02. 2003	Granados Pérez
SAP Las Palmas, Secc. 2ª, 7.02. 2007	Martí Sánchez
SAP Barcelona, Sección 7ª, 8.02. 2006	Ingelmo Fernández
SAP Valencia, Secc. 2ª, 31.05.2005	Escribano Parreño
SAP Castellón, Secc. 1ª, 30.05.2005	Solaz Solaz
SAP Burgos, Secc. 1ª, 26.11.2004	Marín Ibáñez
SAP Madrid, Secc. 17ª, 29.10.2004	Ventura Faci
SAP Lleida, Secc. 1ª, 8.10.2004	García Navascués
SAP Barcelona, Secc. 10ª, 15.06.2004	Pijuán Canadell
SAP Valencia, Secc. 2ª, 17.05.2004	Tomás Tió
SAP Barcelona, Secc. 6ª, 22.04.2002	Zabalegui Muñoz
SAP Barcelona, Secc. 3ª, 13.07.2001	Fernández Palma
SAP Barcelona, Secc. 7ª, 17.11.2000	Barrientos Pacho
SAP Cantabria, Secc. 1ª, 22.02.2000	De la Hoz de la Escalera
SAP Barcelona, Secc. 6ª, 1.02.1999	Arroyo Romagosa