

ESCENARIOS JURÍDICOS PARA LA DEFENSA DE LAS PERSONAS EXCLUÍDAS QUE VENDEN CD, DVD Y OTROS OBJETOS SOBRE SUS MANTAS PARA SOBREVIVIR Y OTRAS PERSONAS EN SITUACION DE EXCLUSIÓN SOCIAL¹

*“¿Cómo vive una rosa
si la arrancan del suelo?”*

Luis Cernuda

1. INTRODUCCIÓN.

“La meta de la sociedad es la felicidad común”. Así daba comienzo, allá por el año 1793, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano –fuente y pilar de nuestra organización política y social-. A estas alturas del siglo XXI, cuando celebramos el 60 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que pretendía proscribir “el temor y la miseria”, cuando tantos objetivos pretéritos se dan por alcanzados y hasta superados, quizá convenga detenernos unos segundos, volver la mirada atrás, contemplarnos, reconocernos y recordar de dónde venimos para que las turbulencias y la confusión de nuestro tiempo no nos conduzca a desviarnos del rumbo o a llegar a perderlo.

En un contexto de sociedad mundial globalizada, en situación de fuerte desaceleración económica y donde los flujos migratorios nos abren a la convivencia intercultural, las sociedades occidentales corren el riesgo de abusar de la “función simbólica del derecho penal” adelantando las barreras penales hasta un extremo inaceptable. Cabe que los propios ciudadanos, ganados por el miedo al diferente, puedan llegar a convivir pacíficamente con la regresión de principios que han costado siglos de civilización y que terminen por aceptar resignadamente la restricción de los derechos

Este trabajo es colectivo. Ha sido elaborado con las reflexiones y aportaciones dogmáticas y prácticas de varios juristas: **Julián C. Ríos Martín**, profesor de Derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), **José Luis Segovia Bernabé** (jurista y profesor de ética social en la Universidad Pontificia de Salamanca), **M^a Concepción Rodríguez Sáez** (secretaría judicial), **Margarita Martínez Escamilla** (catedrática de Derecho penal de la Universidad Complutense), **Manuel Gallego Díaz** (catedrático de Derecho penal de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), **Guadalupe Bohoyo** (abogada especialista en de penal y de extranjería), **Miguel A. Muga** (abogado especialista en derecho penal y de extranjería); **Teresa Ramos** (especialista en derecho penal y de extranjería), y otros muchos que han aportado valiosas sugerencias o han alentado y hecho posible ese trabajo; asimismo se ha elaborado gracias al compromiso solidario de colectivos sociales que apoyan a personas en situación de exclusión social como “El Ferrocarril clandestino” y “Pueblos Unidos”, entre tantos otros. **Este trabajo puede y debe ser reproducido, plagiado, distribuido o comunicado públicamente por todos los medios posibles.** Trata de responder al dolor provocado estérilmente por el abuso del Derecho penal sobre personas extremadamente vulnerables, último eslabón de una cadena extremadamente alargada. Nadie puede adueñarse de lo que surge de la autoridad que da el sufrimiento humano. Por eso, estas líneas son de todos y están al servicio de la libertad y de la dignidad de tantas personas que buscan medios para sobrevivir en una jungla salvaje de intereses que sacraliza hasta límites abstractos e insospechados “lo mío” (más sí es “intelectual” o “industrial”) Su sufrimiento es la fuente de este trabajo. La infinita dignidad de quienes pugnan por sobrevivir le da su sentido último y constituye el norte seguro que ha orientado estas reflexiones.

fundamentales y de sus garantías para culminar fosilizando la democracia y los valores éticos sobre los que se sustenta. En esta textura una función impagable del universo jurídico es visibilizar estos peligros, concienciar a la sociedad acerca de los mismos y tratar de neutralizarlos a través de la aplicación del derecho colgado siempre de la percha de la Justicia. Es el único modo de asegurar la efectividad y universalidad de garantizar a cada cual “lo suyo” (lo que satisface necesidades), lo que la dignidad humana reclama, factor último de legitimidad del ordenamiento jurídico.

En concreto, en el ámbito penal, y en torno a la materia que ahora nos ocupa, es innegable la ampliación de los ámbitos de la realidad social que se van viendo afectados por normas sancionadoras de naturaleza criminal. La intervención mínima del poder estatal por medio de la normativa penal en las relaciones y conflictos sociales ha sufrido una importante transformación: de principio indiscutido y básico de política criminal ha pasado a engrosar la enorme lista de declaraciones de buenas intenciones, meramente retóricas. La evolución de la protección penal de la propiedad intelectual es, en tal sentido, paradigmática, como evidente es asimismo su contribución a cerrar el cerco a los colectivos más vulnerables, entre otros, a los inmigrantes clandestinos (fundamentalmente subsaharianos) y su objetivo de potenciar una sensación de inseguridad entre los ciudadanos (que, desde luego, éstos no perciben sobre todo en actividades de comercio sin licencia).

La tutela de la propiedad intelectual en los términos que ahora conocemos arranca de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad intelectual, que introdujo en el entonces vigente Código Penal un tratamiento pretendidamente más sistemático y completo al hasta entonces existente. Más tarde, el Código Penal de 1995 extrajo los tipos penales del capítulo de las defraudaciones, situándolos en un Capítulo independiente dentro de los delitos contra el patrimonio y junto con los delitos contra el mercado y los consumidores; los configuró como delitos semipúblicos e incrementó la penalidad –sobre todo en lo que aquí interesa-, en su grado mínimo: la pena de privación de libertad, antes sólo prevista para los supuestos agravados, se estableció para el tipo básico.

La L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, constituye –hasta ahora- la cumbre en la escalada represiva; desde el punto de vista sustantivo, introdujo su perseguibilidad de oficio e implicó el aumento en las penas (la multa ya no se contempla como alternativa sino como cumulativa, y su mínimo se sitúa en 12 meses en lugar de en 6) con la posibilidad de imponer hasta 2 años de prisión efectiva.

Procesalmente, se apuntaló aún más la respuesta penal con los expeditivos “Juicios Rápidos” de los delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual, por la distribución de CD y DVD realizada en las calles por colectivos sociales vulnerables, como extranjeros irregulares con el “top-manta”, actividad por la que de manera efectiva están siendo imputados y llevados a juicio de modo sistemático numerosas personas inmigrantes, en general subsaharianos, muchos de ellos llegados a nuestro país en pateras (y en el colmo de la hipocresía, trasladados más tarde a la Península en aviones fletados por las propias autoridades de inmigración), desconocedores del idioma, con escasos estudios (en muchos supuestos, ellos mismos refieren –con un punto de legítimo orgullo- conocer un buen número de versículos del Corán) y con referencias socioculturales alejadas de las

occidentales: el concepto mismo de propiedad intelectual les es por completo ajeno y desconocido, sin embargo contemplan con naturalidad y cercanía las actividades de intercambio ambulante de bienes y mercancías. Sin duda, la respuesta penal y procesal ha sido desmesurada: ni objetivamente, en modo alguno, el último eslabón de la cadena es causa de inseguridad ciudadana tan relevante, ni así lo percibe la inmensa mayoría de los paseantes de cualquier gran ciudad.

La respuesta de los operadores jurídicos en la aplicación y en la interpretación de la norma –en concreto del tipo básico contemplado en el art. 270.1 del Código Penal- no puede ser más dispar y en todo caso mueve a preocupación.

Urge, pues, actuar en un triple sentido: recordar a Jueces y Magistrados que entre los criterios interpretativos de las normas jurídicas contenidos en el Código Civil sigue existiendo el referido a “la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas” y que el rigor jurídico exige atender los razonamientos que se exponen en el cuerpo de este trabajo; llamar, seguidamente, la atención de la Fiscalía acerca de la conveniencia de otorgar un tratamiento a los comportamientos que se persiguen de hecho por medio del art. 270.1 del Código Penal que supere en generosidad el otorgado en la Circular de la FGE 1/2006, de 5 de mayo, cuya lectura plana y fría por parte de los Fiscales tantos despropósitos está provocando; y, por fin, hacer un llamado especial a los abogados defensores: la defensa profesionalmente digna de sus desdichados clientes es no sólo un imperativo necesario sino posible; los argumentos, múltiples. A ello va destinado este trabajo.

2.- ARGUMENTOS PARA LA DEFENSA.

Primero

La inexistencia de actividad probatoria de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia, bien por imprecisiones o por divergencias sustanciales en los diversos testimonios recabados, o bien por los prejuicios observables en las declaraciones de unos testigos (los Policías Locales, en general) cuya actividad profesional focalizada en este tipo de actuaciones los sitúa en un punto de partida no neutral y, por tanto, en la eventualidad más que probable de cometer errores de apreciación o de valoración de ciertas conductas que previamente ya han juzgado.

Para intentar una absolución por medio de la posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia, es difícil encontrar argumentos que tengan un carácter general y que sean aplicables a un número importante de supuestos, ya que la determinación de la prueba depende muy mucho de las circunstancias de cada caso. Habrá, por tanto, que individualizar al máximo y analizar con detenimiento y detalle las circunstancias concretas concurrentes. Se abre un abanico de posibilidades tales como:

- Si se prueba que el acusado lo único que hacía era “cuidar del material de su propietario mientras éste tomaba café”... En estos supuestos, no puede tener la misma respuesta penal quien atiende su negocio que aquel a quien de modo provisional y

momentáneo se deja a su cuidado. En aval de la alegación de que “me dejaron a cargo del tenderete” y caso de no prosperar la absolución, alternativamente puede plantearse que todo lo más será un supuesto de complicidad en la línea de la jurisprudencia del TS del mero favorecimiento al favorecedor del producto para otro delito de mera actividad: así la STS de 18.10.2001 ha admitido excepcionalmente la complicidad en casos de actuaciones accidentales subordinadas al comportamiento de quien es efectivamente el verdadero traficante (cf. STS de 31 de octubre de 1994). Por tanto, si se consigue probar que el acusado es un mero cómplice (art.29) hay que estar a lo que dice el art. 30.1: “En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices”... El tema está en insistir que la distribución de CD se hace utilizando el mismo CD que es el soporte mecánico material del bien protegido que es la propiedad intelectual. Y desde ahí interesar la libre absolución. En esta misma línea, Quintero Olivares² considera que en los casos en los que los delitos contra la propiedad intelectual se cometan a través de medios o soportes de difusión, supuestos claramente posibles en conductas de reproducción, distribución, etc, no hay nada que impida la aplicación del art. 30 del Código penal añadiendo que desde la óptica de la política criminal carece de sentido castigar a quienes realizan conductas de mínima relevancia, “perseguir criminalmente al vendedor de discos copiados”. Entiende que en esto supuestos, estas personas no realizan funciones de distribución, sino que participan en una distribución realizada por otro, por lo que esa participación sería de complicidad no punible a tenor del art. 30.

- Las manifestaciones de los policías deberán ir acompañadas de datos objetivos que corroboren su versión de los hechos. Así, cuando manifiestan que ven al acusado realizando actos de compraventa es necesario que identifiquen al comprador de los CD o DVD. En caso de no hacerlo, su testimonio carece de la credibilidad suficiente para constituir prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Asimismo, cuando manifiestan que ven al acusado realizando actos de compraventa u ofertando CD o DVD es necesario comprobar si al acusado se le ha incautado dinero. En el caso de que el acusado no llevase en su poder el dinero esto constituye un indicio de que, por aplicación de las reglas de la experiencia humana, no se encontraba realizando esta actividad, ya que si la policía hubiera visto al acusado realizando actos de compraventa, éste tendría en su poder el dinero correspondiente al beneficio obtenido; igualmente si la policía hubiera ciertamente visto al acusado ofreciendo en venta CD o DVD, éste, como cualquier comerciante, debería tener en su poder dinero en cantidad fraccionada suficiente para dar el cambio en caso de realizarse alguna venta.

-También es posible señalar “que se encontraba al lado de quien vendía, pero no era el titular de la manta que ofrecía CD”.

- Asimismo es posible sostener que “el acusado esta comprando y no vendiendo”. Esta línea de defensa podrá servir en los casos en los que haya varios manteros y, con la llegada de la policía, todos salgan corriendo y sólo sea detenido el acusado. La dinámica de la acción que suele describir la policía es compatible con la versión de los hechos dada por

² Quintero Olivares, G., y Gómez Benítez, J.M., *Protección penal de los derechos de autor y derechos conexos*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 116 y ss.

el denunciado. Incluso la huída puede venir justificada por el hecho de no tener papeles. Por tanto, se introduciría una duda acerca de la comisión de los hechos: es una aplicación del principio in dubio pro reo.

- Hay que observar si la policía recuerda concretamente la intervención, porque en esa época pudieron hacerse muchas intervenciones en la misma zona y tal vez no lo recuerden: el hecho objeto de acusación no quedaría acreditado, y ello permite *“no sostener la prueba de cargo pues la única que debe ser valorada es la practicada en el acto del juicio oral cuando pueda ser sometida a contradicción”* (SAP sec. 17. Madrid 353/2008, de 21 de abril).

- Hay que valorar en el juicio la existencia o no de neutralidad de los testigos policías. Nunca se valoran sus declaraciones, como si de un testigo más se tratara, y, en la práctica, se les aplica una presunción de veracidad iuris tantum encubierta. Es necesario recordar al Juzgador que esta presunción de veracidad iuris tantum sólo es efectiva en el ámbito del derecho administrativo y, por tanto, esta presunción de veracidad no puede ser trasladada al ámbito del Derecho Penal.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17ª, 276/2004, de 30 de diciembre, afirma, con respecto a la afirmación de que las declaraciones de los agentes de la autoridad tienen una presunción de veracidad iuris tantum: *“(...) dicha afirmación parece que contradice lo dispuesto en el artículo 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando establece que “las declaraciones de los autoridades y funcionarios de policía judicial tendrán el valor del declaraciones testificales, apreciables como éstas con las reglas del criterio racional”, así como en el artículo 741 de la misma norma procesal que establece que el tribunal apreciará “según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio”. Es decir, las declaraciones vertidas por los funcionarios de Policía Nacional como testigos en procedimientos penales deben ser objeto de valoración en las mismas condiciones y presupuestos que cualquier otro testimonio, con independencia del cargo o función pública que puedan ejercer, rigiendo por lo tanto la valoración de la prueba testifical conforme a los criterios de racionalidad y conciencia establecidos en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que se hace necesario cuestionar precisamente este razonamiento jurídico que realiza el Magistrado del Juzgado de lo Penal en cuanto a la invocada “presunción de veracidad” de los agentes de la autoridad. Si el Magistrado del Juzgado de lo Penal, en la valoración de la prueba, ha partido de dicha presunción para valorar la prueba testifical vertida por los agentes de autoridad, en contra de los principios de la libre valoración de la prueba en conciencia que establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, desnaturaliza y perjudica consustancialmente el resto de razonamientos realizados en la valoración de la prueba vertida en el acto de juicio oral y del contenido fundamental de la sentencia pero, como no ha sido solicitada la nulidad de la sentencia y no poderse decretar de oficio (artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se hace preciso resolver el presente recurso de apelación entrando a valorar plenamente la prueba practicada en el acto de juicio oral, con las limitaciones que supone analizar el Acta documentada que no contiene sino un resumen de lo acontecido y reflejo auténtico y total de los declarado en juicio”.*

Segundo

La realización del tipo penal del art. 270.1 CP exige la efectiva transmisión del soporte fonográfico o videográfico en el que se encuentra la presunta grabación ilegal. No es suficiente la puesta a disposición del público sobre una manta u otro medio.

Esta posición no es pacífica, pues hay quienes mantienen que la distribución consiste en la mera puesta a disposición del público de los CD y DVD, señalando que es un elemento normativo de una norma penal en blanco que debe ser interpretado conforme de las normas recogidas en la Ley de Propiedad Intelectual.

El tipo penal del art. 270.1 CP presenta como elementos objetivos “*la reproducción, el plagio, la distribución o la comunicación pública, en todo, o en parte, de una obra literaria, artística o científica...*”. Para la situación que estamos analizando –venta de CD o DVD sobre una manta- el elemento objetivo sobre el que se debate es el de “*distribución*”. La discusión gira sobre la interpretación de este concepto y, en función de la misma se mantiene la existencia o no del delito:

1.- La posición más restrictiva, que permite la condena con la mera exhibición de los CD y DVD sin efectiva transmisión, mantiene que “*distribuir*” consiste en “*la puesta a disposición, y tiene una significación mercantil técnicamente diferente a la real transmisión de la cosa, alcanzando a todos aquellos supuestos en los que la persona trasgrede los derechos de titularidad posibilitando que los consumidores puedan acceder a la creación intelectual mediante redes informáticas en las que la obra queda o descansa a disposición de los usuarios*” (SAP Barcelona sec. 6ª, 351/07, de 16 de abril); asimismo, mantienen que se trata de un *delito de resultado cortado que no precisa de la efectiva venta del objeto al resultar suficiente cualquier actuación que se realice dentro del ciclo de distribución de las copias ilícitamente obtenidas*” (SAP Madrid sec. 1ª; 166/2007, de 16 de abril; SAP Sevilla sec. 4ª de 24 de abril de 2006; SAP sec. 2ª Valencia de 15 de mayo de 2004, entre otras). Y es, por tanto, “*la mera actividad dispositiva de los productos y la oferta a terceros lo que es objeto de sanción*” (SAP, Segovia de 31 de marzo de 2006).

Estas posiciones se sustentan sobre la afirmación de que *distribuir* es un elemento normativo susceptible de interpretación en base al contenido establecido en el art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual que la define “*como la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra... mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma*”.

2.- Frente a la anterior posición existen varios argumentos dogmáticos para sostener la inexistencia del delito cuando únicamente hay mera exhibición:

2.1.- No es imperativo interpretar el concepto de distribución según lo hace la normativa sobre propiedad intelectual, es decir, como puesta a disposición del público sin necesidad de transmisión, lo que técnicamente significaría un delito de actividad que se consuma sin necesidad de un ulterior resultado. No hay nada que impida interpretar el término distribución de acuerdo con el lenguaje común, siendo que según el Diccionario de

la Real Academia puede entenderse como distribución tanto como acción como efecto - Según la Real Academia de la Lengua, distribuir significa “entregar una mercancía... a los consumidores”. Ante las dos interpretaciones, ambas posibles y que caben en el tenor literal del precepto, el Juez debería adoptar la más restrictiva en virtud del principio de mínima lesividad, principio limitador del *ius puniendi* de carácter básico que no sólo vincula al legislador penal sino también al aplicador de la ley. El órgano judicial ante dos interpretaciones posibles deberá elegir aquella que no resulte lesiva del principio de lesividad (No quiere decir que tenga que elegir siempre la interpretación más restrictiva, pero ciertamente *sí* cuando existen dudas acerca de si la gravedad de la conducta merece ser tipificada, máxime si lleva aparejada una pena de prisión: el principio de lesividad forma parte del principio de proporcionalidad que tiene su anclaje constitucional en el propio derecho fundamental afectado, en este caso la libertad (art. 17 CE). En consecuencia, la interpretación más restrictiva sería entender que el término distribuir exige la transmisión, de tal manera que en relación con esta conducta estaríamos ante un delito de resultado. Ello no conlleva la atipicidad de la conducta de “ofrecer”, pues al estar ante un delito de resultado, técnicamente cabría la tentativa cuando se ofrece pero no se llega a producir la venta. Ello permitiría en muchos casos refutar que haya un inicio de ejecución, es decir negar que estamos ante una tentativa (algunas teorías de la tentativa dicen que esa empieza con la conducta que precede inmediatamente a la típica, con lo cual estaríamos ante actos preparatorios; por ejemplo, porque ni siquiera se habían acercado posibles compradores) y el art. 270 CP no prevé la punición de los actos preparatorios. Asimismo, aunque se castigara como tentativa, se podría rebajar la pena en uno o dos grados. Si se baja en dos grados, habría que sustituir la prisión inferior a tres meses y, de este modo, al evitarse la pena de prisión se evitaría la expulsión como sustitutivo.

2.2.- Cualquiera que sea la interpretación flexible que queramos dar al término distribución conforme al art. 19 LPI, en ningún caso nos puede llevar a equiparar “distribución” con “exhibición” del material. Si distribución es la puesta a disposición del público del original o copias de la obra *mediante* su venta, alquiler, préstamo o “de cualquier otra forma”, esa “cualquier otra forma” tendrá que ser de análoga significación jurídica a las anteriores (que son, según el tipo, la venta, alquiler o préstamo), como, por ejemplo, una donación³. Sin embargo, la mera exhibición del material, sin que concurra alguna figura de las descritas en el tipo o que tenga una significación jurídica equivalente, no puede suponer la consumación del delito⁴. Es decir, que hasta el momento en que el

³ “No se ha acreditado venta alguna, pues el tipo penal exige una efectiva transmisión de los efectos; el art. 19 del RD 1/1996, de 12 de abril, sobre Propiedad intelectual, entiende 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; de suerte que puede defenderse que la redacción está exigiendo para la distribución un acto real traslativo que permita al receptor el disfrute o aprovechamiento de la obra. Por tanto, no consiste en brindar u ofrecer a un sujeto aquello a lo que se refiere, sino en proporcionar, proveer o de algo que es transferido de forma inmediata, real y efectiva, de manera que el receptor tenga la disponibilidad de la cosa referida. Al no haber venta, no hay perjuicio. El término distribución requiere una interpretación restrictiva... si la intención de legislador hubiera sido penar el simple ofrecimiento al público, lo hubiera dicho expresamente (SAP, sec. 7ª Barcelona 647/2002, de 18 de septiembre).

⁴ *En lo que respecta al término distribución, el art. 19 LPI lo define, y no puede extenderse dicha interpretación mucho más allá del contenido que a este término otorga la Ley; pero ello no implica que, de acuerdo con los principios del Derecho penal, la interpretación del tipo no pueda llevar a un contenido más restrictivo que el de aquella definición legal en el sentido de requerir un intercambio (SAP sec. 2ª*

público no disponga del objeto, no existe distribución; se trata de un acto previo a la misma que, por tanto, debe ser impune. Según el referido artículo, se exige, para hablar de distribución, que se realice una efectiva traslación del dominio o de la posesión de la cosa, ya que en su definición incluye “mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma”. Por todo ello, la interpretación realizada por algunas Audiencias Provinciales, referida a que “la mera puesta a disposición del público, previo a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de distribuir”, vulnera el principio de legalidad y excede de la interpretación, incluso extensiva, que pudiera admitir la norma ya que, en primer lugar, no debemos olvidar que nos encontramos en el ámbito del Derecho Penal, en el que se prohíbe la aplicación de la analogía (tan cercana al concepto de interpretación extensiva) y, en segundo lugar, ésta sólo procedería en aquellos casos en que una palabra es inadecuada para determinar el alcance de la norma, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que el concepto *distribuir* viene claramente definido y delimitado, tanto en el DRAE como en la LPI.

2.3.- Aún manteniendo que la interpretación deba hacerse conforme al art. 19 LPI, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico constituye una unidad y el término distribución se trata de un elemento normativo del tipo que ha de ser entendido conforme a aquél, sigue siendo posible la libre absolución. La interpretación sistemática conforme al art. 19 LPI debe ser complementada con una interpretación teleológica que atienda a la lesión del bien jurídico protegido. De acuerdo con esta última se podría llegar a la conclusión de la inocuidad de la conducta de los manteros para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido⁵. El *top manta* es una conducta socialmente tolerada, con mayor o menor represión en función del tiempo y del lugar, alimentada conscientemente por la ciudadanía. Debe tenerse en cuenta que el reproche penal ha de ir en proporción y referencia al desvalor social de la acción y a la entidad lesiva que para el bien jurídico protegido supone el hecho concreto objeto de enjuiciamiento, y no tanto a la entidad de la lesión para los derechos de explotación exclusiva de la propiedad intelectual (entidad lesiva

Pontevedra, 155/2007, de 26 de octubre). *La distribución debe interpretarse conforme al texto Refundido de la ley de Propiedad Intelectual de 1996 que reconoce el derecho de distribución, art. 17, “corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier formato, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación que no podrán ser realizados sin su autorización, salvo en los casos previstos en la Ley, y el art. 19 de esta Ley definen la distribución “como la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, o préstamo o cualquier otra forma”; en consecuencia, la distribución típica supone lesión del bien jurídico en cuanto que mediante ella se niega la exclusiva protección del titular del derecho y se afecta a la expectativa de ganancia patrimonial que derivada de ellas, éste tiene. No hay duda que es así, cuando se ofrece en venta y se venden las copias ilegales al público”* (SAP sec.6ª Madrid, 72/2007 de 21 de febrero).

⁵ A mayor abundamiento, tal y como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra, “el art. 270 CP ya adelanta suficientemente la protección del interés protegido castigando conductas de mera puesta en peligro del mismo: las de reproducción y almacenamiento, que en sí no suponen un peligro para el bien jurídico protegido sino cuando van destinados a la comercialización de los mismos. Por tanto, el precepto castiga actos preparatorios previos a la comercialización. Por el contrario, la distribución supone ya la lesión del bien jurídico protegido, cuando se agota la comercialización por actos de venta, alquiler, préstamos; en cambio, la simple oferta no contiene aún una lesión del bien jurídico protegido. Por ello, no resulta necesario para la protección del derecho de explotación exclusiva, sino totalmente desproporcionado e incoherente con el principio de intervención mínima, el castigo de la mera oferta sin almacenaje y sin reproducción. De hecho, si lo hace para los delitos contra la propiedad industrial: “poseer” y “ofrecer” (SAP sec. 2ª Pontevedra, 155/2007, de 26 de octubre).

no menor con las descargas musicales de las redes de comunicación para uso privado, que merecieron otros remedios no penales como el canon de compensación); por consiguiente, ha de acogerse en la interpretación de la norma, aquel aspecto del principio de intervención mínima, conforme al cual, ante la duda de tipicidad, en relación con la escasa gravedad de la conducta y la confluencia de otros ámbitos de protección, la aquí enjuiciada debe quedar al margen del reproche penal (SAP sec.2. Pontevedra. 155/2007, de 26 de octubre).

Tercero

Tiene que quedar acreditado que los soportes contienen las obras que se corresponden con las obras auténticas y que las mismas carezcan de la autorización de los titulares. Asimismo tiene que acreditarse la existencia de control judicial sobre los efectos, en relación a su conservación y en la selección de las muestras remitidas para su pericia.

El objeto material del delito es “una obra literaria, artística o científica” y éstas, para que se realice el delito, tiene que ser “...distribuida” sin la autorización de los titulares de las mismas. Ello implica la necesidad de justificación de que los discos compactos que se distribuyen incluyen verdaderamente fonogramas o videogramas. (SAP Barcelona secc. 6ª 351/07, de 16 de abril). Para ello se exige que se acredite pericialmente que se han visto los CD o DVD y que el contenido del soporte, además de existir, se corresponde con la obra que se expresa en la carátula (SAP sec. 7ª Madrid, de 19 de junio de 2006), además tiene que acreditarse que la obra en cuestión ha sido reproducida sin autorización... para ello no basta con que un perito se limite a mantener el carácter fraudulento de los DVD a partir del aspecto externo de los mismos y de la calidad de la carátula, sino que todos tienen que ser visionados⁶.

⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Séptima, de 19 de junio de 2006, afirma: **“Para que pueda considerarse desvirtuada la presunción de inocencia del acusado, y probada la comisión del delito relativo a la propiedad intelectual descrito en el 270, debe acreditarse cumplidamente la concurrencia de todos los elementos, tanto objetivos como subjetivos, de dicho tipo penal y, singularmente, para lo que aquí nos interesa, debe acreditarse que la obra literaria, artística o científica en cuestión ha sido reproducida, plagiada, distribuida o comunicada públicamente sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de la propiedad intelectual o de sus cesionarios (AP Madrid Sec. 1ª, 28 de septiembre de 2005 y Sec. 17ª, 14 de julio de 2005, SAP Barcelona de 25 de marzo de 2004 (...)). Añade: “Pero ni esos policías ni fundamentalmente el perito han procedido a la audición de los CD’s y al visionado de los DVD’s incautados, ni siquiera uno de ellos, desconociéndose incluso si están o no grabados. Ni las manifestaciones de los agentes ni en particular las del perito, son suficientes para considerar probado que estamos ante reproducciones ilegítimas (...). En definitiva, falta la prueba adecuada para la probanza del carácter de copia de obras originales musicales, no practicándose pericial alguna sobre el contenido de los CD’s y DVD’s incautados y no pudiendo darse por acreditado que ese contenido responda realmente a lo que anuncia el continente, o de otra manera que se trata de copias de discos musicales o de DVD’s de películas originales; y, por tanto, tampoco que los discos en cuestión incorporen fonogramas que constituyan reproducción o plagio de las canciones anunciadas en las carátulas, por lo que no puede considerarse integrado el tipo del artículo 270 del Código Penal (...), Desconociéndose el contenido de los discos intervenidos, difícilmente puede considerarse probado que incorporaran fonogramas que constituyan plagio, ni que sus derechos correspondan a las entidades A.G.E.D.I. y A.G.E.D.A., no habiendo quedado acreditado con la certeza que exige el principio de presunción de inocencia todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del delito contra la propiedad intelectual objeto de acusación, lo que lleva a la estimar del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado”.**

Los argumentos que se suelen esgrimir en las sentencias condenatorias consisten en que, aunque sólo se analice un CD o DVD, de la pericial resulta que el resto del material incautado presentaba análogas características externas, características que difieren de los originales y que, unido al lugar y condiciones en que se desarrolla la venta, denota la falsedad de todos los DVD. Asimismo, los peritos confirman la falsedad de los CD ya que manifiestan que éstos se encontraban realizados en CD regrabables, con carátulas consistentes en fotocopias en color y estuchados en fundas de plástico, verificando la falsedad de los efectos intervenidos.

Frente a esta posición, el abogado defensor, debe llevar a cabo varias actuaciones:

- Es norma que los peritos elijan de forma aleatoria tres CD o DVD para la realización del informe, por lo que se deberá impugnar el informe en el escrito de defensa, dado que produce indefensión, asimismo, solicitar en el escrito de defensa el visionado de los CD O DVD, en los supuestos en que no conste en los autos el depósito de los mismos, siendo una clara prueba de que la acusación no ha podido probar que contuvieran obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual. El Acuerdo Gubernativo 17/2007 del Magistrado-Juez Decano de Madrid dice que por cuestiones de espacio y seguridad sólo se depositarán 50 CD y 50 DVD de cada procedimiento, ello puede ser utilizado si el abogado solicita que se pongan a la vista el día del juicio todos los CD y DVD incautados y, caso de no aparecer, mantener que no se ha acreditado que tuvieran obras protegidas. El problema será que los lleven y que se vean las obras, pero ese trabajo debe ser del Fiscal: “incubito probatio qui dicit non qui negat”.

- Hay que comprobar si los policías, en el momento de su intervención, hicieron una relación del material incautado y comprobar que es el mismo material que se incluye en el informe pericial ya que, a veces, parte de ese material se pierde y, por tanto, se puede alegar que se ha roto la cadena de custodia, al producirse una duda sobre si el material analizado coincide con el fue incautado al acusado.

- Se debe comprobar sistemáticamente que en el atestado conste la relación de DVD y CD intervenidos, dado que es imprescindible para posteriormente alegar en el juicio que no se ha acreditado las compañías a las que pertenecen los derechos y si las mismas han otorgado autorización para su distribución.

- Preguntar a los peritos qué prueba indubitada han utilizado para contrastar el contenido del material supuestamente falso: “*Se dice que se procede al visionado y audición de parte de las mercancías dubitadas (3 visionados), pero no se especifica si se ha visionado el original o si éste ha sido aportado por la compañía presuntamente perjudicada o por el gestor al objeto de comprobar esa copia*”; por tanto, existe una falta de prueba o duda sobre los elementos objetivos del tipo que determinan que haya de procederse a la absolución. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 13, de 24 de marzo de 2008.

- En todo caso, corresponde a la acusación probar la concurrencia de tales extremos. En este sentido, se manifiesta la SAP sec. 6ª Madrid (...) *Por lo tanto, las dudas que se suscitaron por el Juzgador y que determinaron la absolución del acusado resultan*

razonables, pues no puede presumirse, con la certeza que requiere una condena en el ámbito penal, y en perjuicio del reo, que los efectos que se le ocuparon contenían copias de discos o películas no autorizadas, debiendo recordarse, al hilo de lo argumentado por el Ministerio Fiscal en el segundo de los motivos, que es a la acusación a la que corresponde aportar las pruebas en las que fundamenta su solicitud de condena, y, en consecuencia, a la que hubiera correspondido solicitar la realización de una prueba pericial que acreditara los extremos a los que anteriormente se ha hecho referencia pues, desconociéndose el contenido de los discos y películas intervenidos, difícilmente puede considerarse probado que incorporaran fonogramas o secuencias de los que inferir la existencia de un plagio” Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, de fecha 28 de abril de 2006.

- Hay que acreditar que los peritos en la realización del informe han tenido acceso a las películas originales o música, como prueba indubitada de que los soportes intervenidos tienen las películas o música que se encuentra realmente protegida por los derechos de autor. Esto tiene que ser preguntado expresamente en el juicio, pues suelen meterse ellos mismos en las páginas de internet, pero no acreditan que hayan visto personalmente (“de visu”) la misma obra.

Cuarto

Tiene que acreditarse que sobre los soportes fonográficos o videográficos continúan en vigor los derechos de explotación en exclusiva.

Para la concurrencia de este elemento objetivo del tipo, algunos Juzgados y Tribunales se limitan a tomar en consideración los informes periciales en los que se manifiesta que determinadas entidades gestionan los derechos de propiedad intelectual porque el Ministerio de Cultura les otorgó la preceptiva autorización o, según lo expresado en la Ley de Propiedad Intelectual. Lo mismo ocurre con el resto de entidades. Los peritos se remiten a las normas que las autorizan a funcionar como entidades de gestión pero que, en ningún caso, autorizan a gestionar los derechos de un determinado productor, compositor, artista, etc. Por ejemplo, con respecto a AGEDI se señala en un informe pericial: “*los productores fonográficos se encuentran representados por AGEDI (...) El Ministerio de Cultura le otorgó la preceptiva autorización por Orden de 15 de febrero de 1989.* Por el contenido del informe, parece que el Ministerio otorga la autorización para gestionar los derechos de los productores del material incautado. En ocasiones se cita a los perjudicados al juicio, presentándose determinados individuos contratados exclusivamente para ese menester.

Estas exigencias quedan lejos de la que deben concurrir para la realización del tipo penal, por los siguientes motivos:

1. - Tienen que comparecer en el acto del juicio oral los titulares de las entidades de gestión. Pues, es práctica habitual en algunos los juzgados que se proceda a citar aleatoriamente a las mencionadas entidades, a las cuales se les presume que tienen los derechos de propiedad intelectual, sin que comparezcan a los ofrecimientos de acciones, y

ni tan siquiera al acto de la vista. La citación al perjudicado debe hacerse al representante legal de la empresa. El poder que aportan las personas que acuden a juicio no es suficiente para realizar esta actuación ya que tendría que acudir el representante legal de la empresa y no un apoderado que no conoce el funcionamiento de la misma.

2.- Deben aportarse de los estatutos de la asociación o documento que acredite la adhesión a la misma de las videográficas que los peritos enumeran. En este sentido, la sentencia AP Madrid, Sección 17ª, de 5 de noviembre de 2007 señala : *“No ha quedado acreditado que las copias de los Cds y Dvds que ofrecían los acusados se hubiesen realizado con o sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual (...) nos encontramos ante unos hechos cuyo supuesto carácter delictivo por falta de autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios se basa en meras presunciones (...) (el representante de ADIVAN) no aportó los estatutos de la asociación ni documento que acreditase la adhesión a la misma por parte de las videográficas por él mismo enumeradas (...) (el representante de AGEDI) manifestó en el juicio que representaba a todas las compañías fonográficas, si bien no acreditó a través de documento alguno la relación con los titulares de los derechos de explotación mediante los correspondientes contratos de gestión, sin que conste tampoco que se hubiesen aportado a la causa los estatutos de la asociación..*

3.- Debe acreditarse en forma documental los respectivos contratos de gestión de los peritos o de quienes dicen ser los representantes legales con las diferentes productoras perjudicadas (SAP Cuenca, de 16 de abril de 2003). En el mismo sentido, la SAP sec. 17ª Madrid 353/2008 de 21 de abril, señala que: *aunque compareció un representante de las compañías fonográficas, no acreditó a través de documento alguno la relación con los titulares de los derechos de explotación mediante los correspondientes contratos de gestión, sin que conste que se hubiese aportado a la causa los estatutos de la asociación; por lo que no queda acreditado que “AGEDI” tuviese encomendada la gestión de los derechos de propiedad intelectual de las fonográficas afectadas... por ello no puede presumirse sin más dado que el material intervenido es una burda copia de originales, su ofrecimiento al público se produjese sin la autorización de sus titulares ya que este extremo ha podido y debido acreditarse mediante la comparecencia en juicio de las compañías afectadas para que así lo manifestasen a través de entidades autorizadas, previa exhibición del contrato de gestión, lo que no ha sucedido en el presente caso. (Vid. también, SAP Badajoz de 16 de abril de 2004, afirma que “... es ineludible que la entidad de gestión aporte al proceso copia de los estatutos).*

4.- Debe acreditarse que continúan en vigor los derechos de explotación en exclusiva recogidos en la Ley de propiedad Intelectual. (SAP Barcelona secc. 6ª 351/07, de 16 de abril). La autorización Ministerial no constituye prueba alguna de la existencia de autorización para gestionar los derechos concretos de los titulares de la propiedad intelectual. *“...No ha quedado acreditado que AGEDI tuviera encomendada la gestión de los derechos de la propiedad intelectual de las fonográficas afectadas. No puede presumirse sin más que, dado que el material intervenido es una burda copia de originales, su ofrecimiento al público se produjese sin la autorización de sus titulares ya que este extremo ha podido y debido acreditarse directamente mediante la comparecencia en juicio de las compañías afectadas para que así lo manifestasen o a través de las*

entidades autorizadas previa exhibición del contrato de gestión, lo que no ha sucedido en el presente caso...” (Sentencia AP Madrid, Sección 17ª, de 5 de noviembre de 2007).

5.- Como el consentimiento del titular último del derecho (el cantante que sea), excluye la tipicidad, habría que citarle siempre al procedimiento y, desde luego, la defensa deberá solicitar su comparecencia personal al juicio, no siendo suficiente con presumir su no consentimiento o la delegación de su interés personalísimo en causa criminal en una entidad que represente su pretensión. Estamos en derecho penal y el perjudicado debe ser citado. Quien defiende sus intereses con las armas de grueso calibre del sistema penal debe acudir personalmente (no mediante representación) al juicio oral a manifestar su voluntad en el sentido que fuere (no se puede tratar al titular de los derechos de propiedad intelectual e industrial como si fuera un incapaz y presuponer su voluntad: el elemental respeto a la víctima exige que deba ser oída para mejor individualizar la respuesta penal, la civil subsidiaria y, en su caso, modular la modalidad de ejecución).

Quinto

Para la existencia del delito previsto en el art. 270.1 CP es necesario que se acredite ánimo de lucro en el sentido de que la conducta de la persona acusada se encuentre guiada por una finalidad no sólo patrimonial, sino comercial en los términos cercanos a los arts. 273 y ss CP.

Además de la exigencia de que concurren los elementos objetivos señalados en los apartados anteriores, se hace necesario la concurrencia de un elemento subjetivo: “el ánimo de lucro”. Este concepto excede de una finalidad estrictamente patrimonial tal y como se establece para los delitos contra el patrimonio: “cualquier tipo de beneficio, ventaja, utilidad, incluso la meramente contemplativa, altruista, política o social”. En el delito descrito en el art. 270.1 CP, **el ánimo de lucro debe tener un alcance comercial en los términos cercanos a los arts. 273 y ss. CP** (dedicados a los delitos relativos a la propiedad industrial que supeditan la tipicidad a la actuación con “fines industriales o comerciales”). Puede resultar sorprendente que una misma expresión pueda tener un uso tan diverso, pero ello es posible por la concurrencia de aspectos sistémicos y funcionales en los que se emplea cada expresión. Así, entre los autores que se han ocupado de la cuestión, la comparación de los criterios de articulación de la protección penal de la propiedad intelectual en los textos punitivos de 1987 y 1995, la vinculación de las acciones típicas con los derechos de explotación han favorecido una interpretación proclive a limitar la posibilidad de apreciar la concurrencia de ánimo de lucro en la conducta del sujeto activo a los casos en los que se persigue una ventaja específicamente patrimonial; esta postura es la mantenida por la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2006, de 5 de mayo). Esta tendencia debe elevar su nivel de exigencia y demandar que la conducta del sujeto pasivo se encuentre guiada por una finalidad no sólo patrimonial, sino comercial en los términos utilizados en los delitos relativos a la propiedad industrial que supeditan la tipicidad a la actuación con “fines industriales o comerciales” (art. 271 y ss CP). Por tanto, tiene que **existir un mínimo de infraestructura comercial y concurrir la persecución de beneficios económicos** para determinar la existencia de ánimo de lucro. En esta línea, se halla también el artículo 10 del Convenio de Budapest sobre el Cibercrimen, elaborado en

el seno del Consejo de Europa y firmado por más de 30 Estados el 23 de noviembre de 2001, así como la práctica totalidad de la normativa europea.

Sexto

Tiene que acreditarse, junto al ánimo de lucro, la intención de actuar “en perjuicio de”. Además debe concurrir la existencia de un perjuicio concreto para considerar el delito consumado.

La posición más restrictiva de este tipo penal manifiesta que es de resultado cortado o de consumación anticipada porque, junto al ánimo de lucro, se incorpora la cláusula “en perjuicio de”, de ahí que sea necesaria la existencia de un perjuicio concreto para su consumación⁷. Esta afirmación, a nuestro entender, es errónea. No faltan argumentos dogmáticos para mantener tal oposición. A saber:

1.- De las propuestas interpretativas de la expresión “en perjuicio de tercero”, la más extendida en la doctrina penal sostiene que “en perjuicio de” se emplea en el enunciado legal para indicar la necesidad de que concurra en la conducta del autor la finalidad de perjudicar a un tercero; la conducta ha de ser intencionada, esto es, dolosa, no siendo suficiente el dolo eventual. Es decir, es posible descartar la intencionalidad de atacar la propiedad intelectual, mostrando que se trata de una construcción jurídica propia de sociedades muy desarrolladas de capitalismo avanzado, pero desconocido absolutamente por personas provenientes del ámbito rural de sociedades que están a siglos de nuestro desarrollo económico y científico-técnico y pertenecientes a un universo cultural con un sistema jurídico que nada tiene que ver con el que nos hemos dado por estas latitudes. Además en el caso de los “manteros” la única finalidad del discutido ilícito es el mero sobrevivir, quedando eliminando, por tanto, el ánimo de perjudicar, ni, mucho menos “atentar” contra la propiedad intelectual de personas físicas o “industrial” de personas jurídicas (noción lo suficientemente abstractas de protección de un patrimonio inmaterial de no fácil comprensión directa).

Pero este argumento también sirve a quienes dicen que es punible porque no se exige para la consumación ni el efectivo perjuicio ni la aptitud lesiva. En efecto, para otros, actuar “en perjuicio de” supone que la conducta del sujeto activo resulta idónea para lesionar intereses patrimoniales. Sin embargo, otros autores, con los que nos identificamos, sostienen que se necesita que el comportamiento redunde efectivamente en el perjuicio de un tercero, que sería, así, el resultado exigido para la consumación. La interpretación más adecuada, a nuestro juicio, deviene de poner en relación el art. 270 CP con el tipo agravado del art. 271 b) CP que agrava el tipo cuando “el daño causado es de especial gravedad”,

⁷ *Que la acción se realice con “ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”, por lo que es un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio... por lo que no es un delito de resultado, sino de mera actividad, dado que se trata de proteger el derecho de autor en todas sus facetas y en consecuencia es vulnerado con la mera tenencia para la venta (SAP sec. 8ª Barcelona, 228/2007, de 21 de febrero); “En perjuicio de tercero” no es lo mismo que “con perjuicio de tercero”, pues en el primero el perjuicio se considera como probabilidad lógica del actuar delictivo y en el segundo como algo sucedido y necesario para su causación; por ello, al unirse el ánimo de lucro con en perjuicio de ... convierte este tipo en de mera actividad y no de resultado (SAP Cuenca 120/2003, de 8 de octubre).*

pues no parece que, en el contexto del CP 1995, basten la aptitud lesiva de la conducta o el mero ánimo de perjudicar para la consumación del tipo básico. A mayor abundamiento, en los delitos contra el patrimonio, del título XIII (entre los que se encuentra el art. 270 CP), se exige, en la mayoría de los tipos, la disponibilidad de la cosa para la consumación y, en consecuencia, que salga de la esfera patrimonial del sujeto pasivo y se dé la efectividad del perjuicio) y que, en la construcción del tipo cualificado, se supere per saltum el criterio de efectiva producción del perjuicio para atender directamente a la producción de perjuicios de intensidad singular. Según Gómez Lanz⁸, la más razonable articulación entre el tipo básico del art. 270. 1. CP y el tipo cualificado del art. 271 b) CP, constituye un argumento sólido para asentar una propuesta relativa al uso más probable de “en perjuicio de” en el sentido de que se realice en una clave objetiva según la cual “en perjuicio de tercero” se emplea como expresión sinónima a “con perjuicio de tercero”, de forma que la producción positiva de un perjuicio se conforma como resultado del tipo”. Efectivamente, si consideramos que el tipo del art. 270 no exige perjuicio efectivo alguno y que el tipo del art. 271 exige la existencia de una especial importancia de los perjuicios ocasionados, entonces no hay ningún tipo que castigue el hecho que causa un perjuicio que no sea de especial importancia, esto es, lo que podríamos llamar un «perjuicio normal». Así, si en el primer escalón colocamos el delito del art. 270 (entendiendo que no exige causación de perjuicio), el siguiente paso nos llevaría al tercer escalón, que sería el tipo del art. 271 (perjuicios de especial importancia), pero nos faltaría el tipo penal que debería encontrarse en el segundo escalón (perjuicio de no especial importancia). Por ello, cabe concluir que en realidad ese tipo penal es el art. 270, de manera que éste exige que se cause un perjuicio efectivo.

Así, en cuanto a que el delito no exige la efectiva causación de un perjuicio para su consumación, tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo Sala II de lo Penal, de 2 de octubre, que señala: *“Las consideraciones del recurso respecto de la prueba documental carecen de toda virtualidad. Sin embargo es innecesaria su consideración, dado que sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del art. 270 CP. Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajenidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película "Lobo" o de las otras películas que se dicen "repicadas" halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo. La propia resolución de la Audiencia respecto de quiénes serían los titulares de la indemnización de 7.350 ptas. que establece en el Fundamento Jurídico quinto, demuestra que al momento de dictar sentencia no se había determinado quién era y, por lo tanto, si existía, un productor perjudicado. Es evidente que de una instrucción insuficiente y de unas acusaciones poco diligentes en la comprobación de los elementos del tipo, no podía surgir sino una sentencia errónea como la que está ahora en consideración. Una sentencia condenatoria carece de toda justificación jurídica y lógica cuando un elemento esencial de la tipicidad debe ser demostrado en la fase de ejecución de la sentencia, dado que todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar sentencia”*.

⁸ Gómez Lanz, J., *La interpretación de la expresión en perjuicio de en el Código penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

Una interpretación sistemática del art. 270 CP en relación con el siguiente precepto puede llevar a entender “en perjuicio de” en sentido objetivo, como perjuicio efectivamente obtenido. De esta manera estaríamos ante un delito material o de resultado que exigiría el perjuicio efectivo para la consumación. Si el perjuicio no se ha producido, estaríamos en el estadio de la tentativa con la consiguiente rebaja de la pena. Pero también es posible tener en cuenta que, interpretado ese elemento típico en sentido subjetivo y final, como ánimo de perjudicar, habrá que deducirlo de hechos externos anteriores, coetáneos o posteriores al comportamiento con pruebas indirectas, circunstanciales o indiciarias. De esta manera se podría conseguir la absolución. Que un mantero actúe con ánimo de lucro puede ser hasta cierto punto evidente, pero ya no lo es tanto que actúe con ánimo de perjudicar a alguien, o de atacar un bien jurídico protegido de no inmediata percepción (propiedad “intelectual” o “industrial”).

2.- No es correcto considerar que el delito se comete con la mera tenencia del material para la venta. El tipo penal habla de distribuir, y la tenencia preordenada a la distribución no es distribuir. Entender lo contrario supone contemplar este delito desde la óptica del delito de tráfico de drogas, en el que se castiga el tráfico y la posesión preordenada al tráfico (traficar y distribuir son términos de significado equivalente). Precisamente, este es un argumento para sostener que la tenencia de películas para su distribución no es delito, ya que el legislador ha distinguido expresamente, cuando lo ha considerado necesario, las conductas de traficar (=distribuir), por un lado, y poseer para traficar (=distribuir), por otro. Esa distinción se realiza en el ámbito de los delitos contra la salud pública, pero no en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual. Por ello, equiparar ambas conductas supone una interpretación extensiva del artículo 270 CP en contra del reo.

Séptimo

Tiene que acreditarse la existencia concreta de un perjuicio para declaración de la responsabilidad civil.

Se afirma por parte de la posición más restrictiva que la copia de los soportes y su exposición al público ya causa daño y perjuicio, pues “*el art. 270 CP no exige la concurrencia de un número mínimo de CD ofertados a la venta, ni siquiera la existencia de un perjuicio efectivo pues éste no es propiamente el resultado del delito sino un elemento del tipo subjetivo correlativo al ánimo de lucro, que lo convierte en un delito de tendencia, la de obtener un beneficio a costa de la propiedad intelectual ajena. En cuanto se pone a la venta para su distribución copias de obras ilegalmente obtenidas ya se está provocando un perjuicio económico a los titulares de los derechos sobre las mismas*” (SAP Madrid sec. 1ª; 166/2007).

En relación con la valoración del perjuicio para determinar la responsabilidad civil consideramos que es muy difícil, cuando no imposible, establecerla, pues no se puede afirmar que toda copia vendida por un mantero equivalga a la venta de un producto menos de los auténticos. En la mayor parte de los casos se podría aventurar que, debido a la diferencia de precio, quien ha comprado un producto a un mantero no hubiera comprado uno auténtico en el comercio legal. Aunque no se haya establecido pericialmente un

importe estimado del perjuicio, éste corresponde al beneficio dejado de obtener por los titulares de tales derechos por cada uno de los discos intervenidos. *“Para ello habría estarse a que sólo si dicho perjuicio hubiere sido materializado sería procedente su declaración a cargo del acusado; pero si son intervenidos antes de ser introducidos en el mercado, es decir, cuando estaban detentados con fines de comercialización pública, pero sin haber llegado a producirse su venta, sin que tampoco conste cuantos discos habían vendido con anterioridad a su detención, si es que hubiere llegado a vender alguno, tales premisas impiden atribuir a su acción un real y perjuicio concreto derivado para los titulares de los derechos de autor burlados pues de la sola grabación falsa, si no llega a ser introducida en el mercado al que está dirigida, no se enlaza ningún tipo de perjuicio que haya de ser reparado en sede jurisdiccional”* (SAP sec. 8ª Barcelona, 228/2007, de 21 de febrero).

Por otro lado, en relación con la valoración del perjuicio para determinar la responsabilidad civil consideramos que es muy difícil, cuando no imposible, establecerla, pues no se puede afirmar que toda copia vendida por un mantero equivalga a la venta de un producto menos de los auténticos. En la mayor parte de los casos se podría aventurar que, debido a la diferencia de precio, quien ha comprado un producto a un mantero no habría comprado uno auténtico en el comercio legal. *“No puede presuponerse que cada venta de un copia ilegal supone que el titular del derecho vende uno menos, lo cual no ha sido verificado, ni puede determinarse en todo caso el número de copias que el acusado hubiera llegado a vender, pues tan sólo fue sorprendido ofreciéndolas al público; en última instancia tampoco consta que la venta de las copias suponga la privación de la contraprestación de la cesión del derecho de exhibición pública. Por tanto, el perjuicio indemnizable no puede ser en ningún caso hipotético o probable sino real y cierto, por lo que no ha lugar en esta caso a concretar indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil”* (JP 3 Madrid de 14 de noviembre de 2007). En este mismo sentido, *“la obtención ilegal de las copias de por sí no genera un daño, salvo, si se quiere, el daño moral y un hipotético lucro cesante fundado en el coste de la obtención legal de la copia. Lucro cesante hipotético de suerte que no puede dar lugar a responsabilidad civil pues ese daño sólo existe si se tiene por seguro que, en forma legal, era igualmente obligada la reproducción cuando precisamente lo normal es lo contrario. Se hacen reproducciones ilegales para no pagar. Por tanto, el mero hecho de reproducir, sin que conste que hubo venta concreta –aunque estuviese destinado a la venta–, no da lugar a la responsabilidad civil”* (SAP sec. 5ª Madrid de 13 de septiembre de 1999).

En último extremo, hay quienes afirman que *no hay perjuicio para los compradores, pues es notorio, por su aspecto externo y bajo precio, de que se trata de copias ilegales y tampoco lo hay para la industria porque causa un nulo o mínimo impacto* (SAP Burgos, 20 de julio de 2004).

Octavo

Sólo la venta en masa, o la actuación en concierto con organizaciones con un mínimo de infraestructura permiten subsumir la conducta en el tipo del art. 270 CP.

Ante la desproporción penológica de estas conductas, algunos Juzgados y Tribunales han optado por acudir al principio de intervención mínima sancionando únicamente quienes pertenecen a organizaciones delictivas. Sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de su obra artística amparada por el derecho o su distribución en grandes cantidades puede 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... para cantidades pequeñas deben ser otras medidas menos lesivas como el derecho administrativo (SAP sec. 7º Barcelona 180/ 2006, de 8 de febrero, de 5 de septiembre de 2006). Este argumento es cuestionable desde una interpretación legal, pues el principio de intervención mínima es un mandato dirigido al legislador y no al juez. No obstante, no falta razón a los magistrados que lo sostienen. Utilizan este argumento para penalizar exclusivamente las conductas más graves que guardan relación con organizaciones dedicadas a la falsificación y, así, extraer del derecho penal la venta ambulante de CD y DVD. Para ello, al igual que otros delitos, tales como el de falsificación de moneda falsa -art. 386 CP: *el que transporte, expendo o **distribuya en connivencia con el falsificador**, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada...* - se debería exigir la necesidad de un concierto con los falsificadores o plagiadores y, así, extraer del Derecho penal al “último eslabón”.

En este mismo sentido, la Audiencia Provincial de Burgos ha establecido que *“no queda demostrado participación alguna en la falsificación de los referidos soportes o que cuente con una organización, por poco amplia que sea, para llevar a cabo una “distribución” de esos soportes en que se contienen reproducciones no autorizadas de obras musicales o cinematográficas. Y resulta que la acreditación, cuanto menos indiciaria, de esa mínima organización es uno de los elementos típicos del injusto definido y penado en el art. 270 CP. No toda violación del derecho de propiedad intelectual es constitutiva de un delito relativo a dicha propiedad; sólo cuando el hecho resulte claramente comprendido en los preceptos del CP que tipifican los distintos delitos sobre la materia que prevé dicho texto legal punitivo. La LPI al regular la protección de los derechos reconocidos en la misma concede al titular de estos derechos otras acciones tendentes a dicho fin (arts. 133 a 136) de tal manera que la penal únicamente es ejercitable con éxito cuando concurren los elementos integrantes del delito, y ello no es así cuando exista un efectivo perjuicio a terceros... y no es equiparable una actuación aislada como la del acusado con aquéllos otros en quien reproduce o vende los CDs o DVDs 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 (STS AP de Burgos de 6 de octubre de 2006 y de 22 de noviembre de 2004)⁹.*

⁹ En este mismo sentido se manifiesta la SAP sec. 26, de 8 de enero de 2008: “esta Sala ha sostenido en otras ocasiones -231/07 y 511/07- que no toda infracción del derecho a la propiedad intelectual tienen cabida en el art. 270 CP, sólo las infracciones más graves (reproducción en masa, venta de grandes cantidades) pueden configurar este delito. La posesión para una presunta venta callejera, ya que en este caso no se ha acreditado ningún acto de venta, ni se ha encontrado dinero en poder del acusado, es el último eslabón del comercio ilegal, a través de personas que sólo buscan un medio para ganarse la vida y la lucha contra ella no pasa por la aplicación del derecho penal. El Derecho penal regido por los principios de intervención mínima y subsidiariedad no puede entrar a condenar este tipo de conductas insignificantes). En aplicación del principio

Noveno

Atipicidad de la conducta porque no queda acreditado lesión del bien jurídico protegido.

Como sucede con el argumento del apartado anterior, los magistrados que optan por la absolución utilizan principios generales que deben fundamentar el Derecho penal y que, por inaplicados por los órganos jurisdiccionales, pueden quedar relegados a meras expresiones retóricas vacías de contenido. Nos encontramos nada menos que ante el principio de intervención mínima. La cristalización del mismo en sede jurisdiccional se realiza cuando se lleva a cabo una interpretación restrictiva del tipo o cuando advierte y justifica la ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico (SAP sec.2 Barcelona, 403/2008, de 7 de mayo). Se trataría de la atipicidad por ausencia de antijuridicidad material porque no se lesiona penalmente el bien jurídico protegido.

En este sentido es modélica, a nuestro entender, la sentencia del Juzgado de lo Penal num. 20 de Madrid que desarrolla los siguientes argumentos: *“la escasa trascendencia económica (los abultados perjuicios que siempre se reclaman en estos casos se corresponden con lucros cesantes presumidos legalmente pero nunca materialmente constatados) y menos aún lucrativa que encierran este tipo de operaciones de venta callejera de discos piratas, realizadas normalmente por personas de muy precarios medios económicos en su mayoría inmigrante extranjeros de procedencia africana como es el caso que nos ocupa) que sólo buscan con ello una manera de ganarse la vida (ciertamente ilícita, pero, al menos no violenta ni peligrosa como para la salud pública como otras actividades criminales a las que en la praxis forense se pretende muchas veces equiparar) no revisten la gravedad suficiente como para merecer el grave reproche punitivo previsto en el CP al constituir el último eslabón de otras conductas de incomparable mayor alcance (reproducción o distribución al por mayor o en masa de esas obras artísticas sin autorización de sus titulares) y que por el grave riesgo que presentan para el bien jurídico protegido si que serían indudablemente subsumidas en el tipo del art. 270 CP. Es indudable que el derecho de autor debe ser respetado y protegido; lo que sucede es que no toda conducta infractora de la LPI debe tener necesariamente la grave respuesta del derecho penal, pues de ser así carecerían de contenido las medidas protectoras del ámbito civil –arts. 138 y ss- e igualmente quedaría sin contenido el principio de intervención mínima o subsidiariedad del derecho penal, tal y como se presenta en la exposición de motivos de la LO 2/2005: “el derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene declarado el TC, que ha reiterado que no puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico otras formas de control de legalidad diferentes al penal. La relegación al ámbito civil o administrativo de conductas ilícitas no responde a una mera interpretación discrecional de matiz sociológico sino sobre todo a pautas de orden jurídico que se asientan en el principio de unidad del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ordenamiento penal. Principio este que excluye toda interpretación*

de intervención mínima, sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito.

fraccionada o sesgada de sus normas y que se encuentra íntimamente ligado al de igualdad en la aplicación de la ley penal (SJP 20; 213/2008 de 25 de abril de 2008).

Existen situaciones análogas en algunos tipos recogidos en el Código penal. Así, en la STS 20.12.2001 sobre supuestos de tenencia de arma prohibida, se estableció que *“es preciso una interpretación que superando la pura aplicación gramatical y automática haga compatible su previsión típica con los principios de intervención mínima y de proporcionalidad “para no desbordar las previsiones del legislador y extender de manera automática, el tipo penal a conductas que son usuales socialmente y que es dudoso que merezcan, sin más, un reproche penal, superior incluso a la tenencia de armas de fuego reglamentadas”*. De igual forma, en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, la STS de 23 de mayo de 1994 expresa que: *“el problema en cada caso concreto de si los hechos enjuiciados caerán bajo la forma de protección penal de los derechos derivados de las obras literarias, artística o científica ... no puede estimarse que exista una global e indiferenciada criminalización de toda infracción de esos derechos que debe limitarse como aconseja el principio de intervención mínima solo a las infracciones más graves que yendo más allá de las tipificaciones que requieren tan solo remedios civiles y sanciones administrativas permitan la subsunción en la figura delictivas”*.

Décimo

Es necesario solicitar la eximente completa de estado de necesidad, para lo que se pedirá en la instrucción informe social sobre la situación de la persona acusada. Asimismo se le preguntará el día de la vista oral sobre su historia de vida, su viaje a España y su situación actual.

El presupuesto es que la inmensa mayoría de estas personas en situación de vulnerabilidad, bastantes de ellos personas inmigrantes en situación irregular, venden sus CD y DVD literalmente para sobrevivir. Dicha circunstancia ha de ser tenida en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal, en concreto a través de la eximente de estado de necesidad¹⁰, según la cual queda exento de responsabilidad penal el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que esa situación no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y que éste no tenga obligación de sacrificarse (art. 20.5ª CP).

¹⁰ No deben olvidarse otras posibilidades que ofrece la teoría jurídica del delito para el reflejo de la penuria económica como móvil delictivo, tanto en el juicio acerca de la gravedad de la conducta realizada y del daño inferido –antijuridicidad–, como en el juicio sobre la imputación personal del hecho o en la atribución de responsabilidad a su autor –culpabilidad–. El Código Penal vigente consagra varias figuras que, al menos en un primer examen, podrían servir de cauce para que la circunstancia analizada tuviera un reflejo en la responsabilidad penal. Además de la eximente de estado de necesidad, la de trastorno mental (art. 20.1º), la de miedo insuperable (art. 20.6º), la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art. 20.3º) o, también, la atenuante analógica (art. 20.6º) podrían ofrecer cobijo a las realidades descritas.

El estado de necesidad requiere la existencia de una situación objetiva en la que la persona acusada vea en peligro de pérdida real, inmediata y concreta un bien jurídico, que para ser salvado, necesite realizar una conducta que lesione otro del que sea titular un tercero¹¹. Habrá que probar y justificar la concurrencia en cada caso de los requisitos que justifican la aplicabilidad de la eximente de estado de necesidad:

a. - La penuria económica y su conceptualización como mal.

Lo primero que requiere la eximente quinta del art.20 CP es la existencia de una situación de necesidad. Es decir, de **un peligro para un bien jurídico cuya evitación exige que se actúe, siendo la comisión de un delito la única forma de conjurar el mal**. Si no concurre esta circunstancia, lógicamente, no puede hablarse de estado de necesidad. Se actúa para evitar un mal y además un mal, vamos a dar por hecho, de cierta entidad.

Que situaciones de pobreza graves, como las que padecen los inmigrantes sin papeles subsaharianos, merecen la consideración de “mal” a los efectos del artículo 20.5 CP, es algo objetivo que no debería generar dudas.

De la pobreza existen múltiples definiciones, siendo frecuente la utilización de criterios monetarios. Por ejemplo, la Unión Europea habla de pobreza cuando la renta percibida está por debajo del 50% de la renta media disponible del país. Posteriormente este tramo se subdivide en precariedad social, entre el 35% y el 50% de la renta, pobreza moderada, entre el 25% y el 35%, pobreza grave, entre el 15% y el 25% y, por último, pobreza extrema, por debajo del 15%¹², donde se por regla general se encontrarían los vendedores subsaharianos sin papeles, situación de penuria provocada por su exclusión ex lege de nuestro sistema social. Sin embargo, existe consenso en que el criterio puramente económico no es suficiente para definir dicho fenómeno, siendo necesarios indicadores cualitativos. Bien es cierto que la condición de pobre viene determinada en primer lugar por los ingresos que el grupo familiar percibe o, quizá mejor, por la seguridad en el ingreso¹³, pero no es menos cierto que, consecuencia más o menos directa de la falta de recursos, la

¹¹ Entre otras, cf. STS 23-11-1991 (RJ 1991/8460): El Tribunal Supremo, en contra del fallo de la Audiencia, aplica la eximente completa de estado de necesidad al sujeto que vendió su coche embargado “para atender a las necesidades propias y de sus cuatro hijos, dado que las enfermedades del corazón y diabetes que padecía le impedían el desarrollo normal de la pequeña industria de vendedor ambulante a la que se dedicaba”.

¹² Criterio éste también utilizado el Consejo Económico y Social en su informe del 2001 acerca de la pobreza y exclusión social en España, aunque reconociendo expresamente la necesidad de un enfoque pluridimensional (*La pobreza y la exclusión social en España: propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*, Colección Informes, CES, Madrid, 2001, pág. 10). Sobre las cifras y características de la pobreza en España puede consultarse el Informe FOESSA: “La pobreza en España” (www.entornosocial.es/document/r22.html), así como la página web de Cáritas Española (www.caritas.es). También vid. F. Vidal (dir.), *La exclusión social y el estado del bienestar en España, V Informe FUEHEM de Políticas sociales*, Icaria-FUEHEM, Madrid, 2006. Recientemente acaba de publicarse el VI INFORME FOESSA, *Informe sobre exclusión y desarrollo social en España 2008* (Madrid 2008) donde explícitamente se desarrolla la correlación entre precariedad vital, inmigración sin papeles y criminalidad en clave de exclusión: vid. cap. 7.

¹³ Entre otros muchos, Adler de Lomnitz, *Cómo sobreviven los marginados*, Siglo Veintiuno editores, 6ª ed., 1983, pág. 16. Aunque ya antiguo –la primera edición es de 1975- y referido a un suburbio de la Ciudad de Méjico, es ésta una magnífica investigación de campo que se ha convertido en un clásico de la antropología urbana.

pobreza viene acompañada de otras señas de identidad¹⁴. Es una realidad plagada de interrelaciones. En cuanto a las viviendas, las de las personas en situación de pobreza son más pequeñas y a veces con importantes deficiencias que impiden unas costumbres higiénicas normalizadas, lo que puede producir rechazo, y carecen del necesario espacio para la intimidad. La salud también está más deteriorada por la falta de determinados hábitos, de una dieta poco equilibrada, la somatización de la angustia y, en algunos casos, por la presencia de adicciones, siendo datos constatados, por ejemplo, que la esperanza de vida de los pobres de las grandes ciudades es diez años inferior que la de la población normalizada o –es sólo un ejemplo– que la pobreza acelera la llegada de la menopausia en las mujeres con las consiguientes implicaciones negativas para su salud¹⁵.

Los efectos psicológicos de la pobreza están más que estudiados por los expertos en las ciencias de la conducta: baja autoestima, sentimiento de exclusión, inseguridad, primariedad... Existen interesantísimos y documentados trabajos que ponen de manifiesto la interrelación existente entre la pobreza, las deficiencias educativas, la precariedad laboral y, en último extremo, los comportamientos sociales desviados. A estas características generales de la pobreza se suman las circunstancias especialmente penosas de los inmigrantes sin papeles subsaharianos con problemas psicológicos (depresiones, síndrome de Ulises...) derivados de su experiencia migratoria muchas veces traumática, lejos de sus familias, que en muchas ocasiones dependen de ellos para subsistir en países africanos, donde ni existe un sistema de salud, ni seguridad social ni tan siquiera un asistencialismo básico que asegure la supervivencia.

La pobreza es, pues, un mal. Pero no es sólo una desgracia, sino también un problema jurídico con el que nos tenemos que enfrentar. Su dimensión jurídica corre pareja a la universalización de los derechos humanos y su conceptualización como tales de los principios de igualdad y de libertad. En el Antiguo Régimen los fenómenos de la pobreza y de la marginación social se percibían como algo natural. “No se consideraban a los afectados por tales condicionamientos sociales como *excluidos*, ya que estaban donde tenían que estar, en el lugar que les correspondía según el orden establecido y no sometido a discusión”. “La profunda contradicción se produce cuando la misma sociedad que mantiene sustancialmente sus reales estructuras, productoras de dicha desigualdad, manifiesta o proclama a todos los vientos *la igualdad en dignidad de todos los seres humanos*. La desigualdad se convierte así en *injusta desigualdad*”¹⁶.

Por último, desde una perspectiva más dogmática y más penal, no creemos que para poder afirmar que concurre el presupuesto del estado de necesidad sea necesario que el mal que se trata de evitar tenga una directa traducción jurídico-penal¹⁷, es decir, sea un bien

¹⁴ Sobre los diferentes factores excluyentes, vid. Gaviria, M., Laparra, M. y Aguilar, M., “Aproximación teórica al concepto de exclusión”, en *Desigualdad y pobreza hoy*, Talasa Ediciones, Madrid, 1995, págs. 133 y ss., págs. 167 y ss.

¹⁵ Conclusión ésta producto de una investigación de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston. Noticia aparecida en el diario *El Mundo*, el 22 de octubre de 2002.

¹⁶ López Hernández, M.G., *Condición marginal y conflicto social*, Talasa, Madrid, 1999, pág. 21.

¹⁷ En este sentido se pronunciaba Gimbernat, en sus Notas al *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. I, vol. 2, 2ªed., 1972, de Quintano Ripollés, págs. 964-965. También Luzón Peña en *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 529, nota 1470 y pág. 530. Ahora bien, para

directamente protegido en un tipo penal, pues ello depende no exclusivamente de la importancia del bien o derecho en juego, sino también del grado de dificultad para identificar y tipificar conductas claramente lesivas de esos bienes y derechos. Esta postura ha sido mantenida de facto en alguna ocasión por el Tribunal Supremo. Así, en la archiconocida Sentencia de 18 de diciembre de 1963, aplicó el estado de necesidad a una mujer que sufría agudos dolores a causa de una enfermedad cancerosa y que, al no encontrar al médico, sustrajo una receta en blanco en la que falsificó la firma del facultativo. Además, como ya hemos comentado, fuera del ámbito del tráfico de drogas, el TS ha aplicado en alguna ocasión la referida eximente en los supuestos de grave penuria económica¹⁸¹⁹.

b.- La subsidiariedad.

Este podría ser el requisito al que más apelen los órganos judiciales que quieran condenar. Aceptado que las situaciones de penuria económica pueden alcanzar la suficiente entidad como para recabar la aplicación de la eximente de estado de necesidad, tendríamos que superar el siguiente requisito: que no exista otro medio menos dañoso de evitar el mal.

Por supuesto no se negará la importancia de este requisito. Si el bien amenazado se puede salvaguardar sin lesionar otro bien jurídico, parece lógico negar la existencia de una situación de necesidad²⁰. Sin embargo, hay que alertar de los peligros que conlleva la actual indefinición de esta exigencia, que la convierte en un eficaz instrumento para fundamentar el castigo. Hay que apuntar que las situaciones de necesidad como las descritas normalmente no son consecuencia de problemas coyunturales, sino que se trata de situaciones estructurales, lo cual es especialmente claro en el caso de los inmigrantes sin

estos autores, por ejemplo, la ausencia de dolor sí es un bien jurídico penalmente protegido y así, según Gimbernat, el legislador penal trata de evitarlo agravando determinados delitos cuando concurre ensañamiento. Por su parte, Luzón señala como prueba de la protección que el Código Penal dispensa al bienestar físico, la falta de malos tratos. Asimismo, Cuerda Riezu se pronunciaba en el sentido indicado: “los males que no afectan a un bien jurídico protegido en los tipos penales, constitutivos de delitos o faltas, no pueden dar lugar a un estado de necesidad o, por lo menos, no a un estado de necesidad como eximente completa” (*La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 296). Esta exigencia parece haber sido matizada posteriormente por Luzón, quien, en su *Curso de Derecho Penal*, exige tan sólo que el mal que amenaza sea un mal en sentido jurídico (pág. 624).

¹⁸ Así, por ejemplo, la STS 23-11-1991 (RJ 1991\8460).

¹⁹ Respecto a si la acción realizada en estado de necesidad puede lesionar bienes supraindividuales, no vamos a detenernos por considerar esta cuestión suficientemente probada en sentido positivo. Vid. por todos, Silva Sánchez, “Sobre el estado de necesidad e Derecho penal español”, en *ADPCP*, 1982, págs. 663 y ss., págs. 675 y ss.

²⁰ Es decir, si alguien comete un ilícito penal para solventar sus necesidades económicas pudiendo haber obtenido un trabajo o el préstamo de unos familiares, parece lógico que neguemos la existencia de una auténtica situación de necesidad y con ello la aplicación de la eximente, ni siquiera como incompleta. Por ello no coincidimos con Luzón Peña, quien considera la subsidiariedad un requisito inesencial, sin el cual cabe la eximente incompleta. Argumenta este autor que cualquier otra forma de evitar el mal supone un sacrificio de bienes propios (*Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitat, 1996, págs. 624-625). Nos parece más acertada la opinión de su discípulo, Paredes Castañón que diferencia los casos en que el conflicto podía haber solucionado con un medio atípico, faltando entonces el conflicto, y aquellos otros en podía haberse solventado mediante una conducta típica menos lesiva. En este último supuesto, Paredes, siguiendo a Córdoba Roda, entiende que debería apreciarse la eximente incompleta (“Subsidiariedad y proporcionalidad...”, págs. 123-124).

papeles, a quienes se excluye del sistema, no permitiéndoseles trabajar para subsistir, condenándoles a la economía sumergida y a la explotación, a la ausencia de derechos laborales o a actividades como las analizadas, situación de la que es absolutamente imposible salir. **Por ello, no es de recibo desestimar la eximente mediante la automatizada apelación a la beneficencia o a la ayuda asistencial, pues, aun en el caso de que exista, suelen estar diseñadas para paliar o para atenuar manifestaciones concretas de la miseria, siendo tan sólo en muy pocas ocasiones capaces de ofrecer auténticas salidas, es decir, efectos integradores.**

Por otra parte, si bien es cierto que la concurrencia de una causa de justificación debe ser probada por quien la alega, no puede bastar para considerar que no ha sido acreditada el reproche genérico, como a veces formula el Tribunal Supremo, de que el procesado no ha probado haber agotado todos los medios existentes para paliar su situación, pues la mayoría de las veces esos medios serán, simplemente, inexistentes. Como ya afirmaba Rodríguez Devesa en 1963, “el especular con esa posibilidad para negar el conflicto de intereses, equivale a tanto como a valorar la prueba en caso de duda en contra del reo, lo cual es inadmisibile²¹. No debe, pues, bastar para desestimar un estado de necesidad la apelación genérica a otros medios, sino que debe haber constancia de que esos medios son reales y eficaces y que estaban al alcance del procesado.

c.- La ponderación de males.

Afirmada la existencia de una situación de necesidad que sólo se solventa mediante la lesión de un bien jurídico, hay que analizar la concreta forma en que el sujeto ha solucionado ese conflicto y comprobar si concurren los requisitos a los que el artículo 20.5 CP subordina la exención de pena. El primer requisito es **que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.**

I. Este requisito primero del estado de necesidad nos obliga a comparar el mal causado por el necesitado y el mal que éste trataba de evitar. En el caso de los *top manta* tendríamos que decidir entre dos términos de comparación tan dispares como el vender CD y DVD pirateados y los efectos de la penuria económica de los sin papeles y decidir qué es más importante si el derecho de las personas a la subsistencia en unas mínimas condiciones de dignidad o el daño que produce en la propiedad intelectual el poner a la venta una cantidad CD pirateados.

Es importante advertir de lo siguiente: **no parece de recibo establecer la comparación entre la pobreza del inmigrante irregular y “los daños que produce a la propiedad intelectual “el pirateo”** (en general). (Hay muchas resoluciones del TS negando la aplicación de la eximente de estado de necesidad por penuria económica en los casos de tráfico de droga. La negativa se basa en un argumento erróneo: el TS imputa al sujeto en cuestión todas las consecuencias del tráfico de estupefacientes: la ruina personal, económica y social de un elevado número de personas, el aumento de la delincuencia, enfermedades irreversibles, etc. Esta forma de comparar es incorrecta, tan incorrecta como

²¹ Rodríguez Devesa, J.M., “Necesidad de un nuevo planteamiento del hurto famélico”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1963, pág. 507.

si en el caso del que conduce imprudentemente para llevar a un accidentado al hospital, comparásemos las lesiones sufridas por el accidentado y su posible agravación, con las miles de muertes, lesiones graves, secuelas irreversibles, dramas familiares, económicos, el elevado coste público, etc. que acarrea la conducción temeraria en las carreteras españolas) **Resultara incorrecto afirmar que el mal causado por el que vende los materiales pirateados es los miles de millones de euros que se pierden a causa del pirateo, la ruina de las discográficas, etc. La indiscutible importancia del problema del pirateo no puede llevarnos a arrojar a la hoguera también el principio de culpabilidad, que debería impedir que alguien respondiera penalmente por consecuencias no derivadas de sus actos** Habrá que tratar, pues, de concretar las consecuencias de la conducta del vendedor e imputarle lo que le corresponda en la lesión de ese bien. A diferencia de lo que ocurre por ejemplo con los delitos contra la salud pública, **se trata de un bien jurídico individual: el derecho a la propiedad intelectual del titular de tal derecho; por consiguiente, el mal es perfectamente individualizable y mínimo en términos económicos (teniendo en cuenta además que quien compra esos productos pirateados, normalmente de poca calidad, no estaría dispuesto a comprar los correspondientes originales).**

Así planteados los términos del mal causado y teniendo en cuenta los múltiples aspectos de las situaciones pobreza y los derechos que se ven afectados –menoscabo de la salud física y psíquica, carencia de vivienda digna, etc.- puede afirmarse sin violencia que el mal causado sea mayor que el que se trata de evitar, por lo que procede la aplicación de la eximente completa de estado de necesidad.

II. La ponderación hasta ahora realizada -que atiende a los daños directamente provocados por la acción y que arroja como resultado que, en determinadas situaciones de pobreza, el mal producido no es menor que el que genera su conducta-, puede parecer simplista a la vista de la complejidad que ha alcanzado la discusión doctrinal acerca del requisito primero del estado de necesidad.

Se entiende mayoritariamente que la ponderación de males no ha de circunscribirse a la cuantificación estrictamente penal de los bienes jurídicos en liza -incluyendo en esta cuantificación si se ha llegado a producir la lesión del bien o sólo su puesta en peligro, la forma y gravedad de la lesión y su carácter o no irreparable, etc., sino que también han de ser tenidos en cuenta otros principios o criterios jurídicos

Entre los numerosos intereses que aparecen en la ponderación de males, despuntan de forma muy destacada las consideraciones preventivo-generales. **(Y esto es importante porque es un argumento utilizado habitualmente por el TS en la negación del estado de necesidad en los casos de tráfico de drogas)** Parte de la doctrina, de forma más o menos explícita, introduce en dicha ponderación **las consecuencias preventivo-generales de la exención.** Por lo que a la jurisprudencia respecta, estas consideraciones constituyen un argumento de peso para fundamentar la no aplicación de la eximente de estado de necesidad, ni siquiera incompleta, a los “correos de la coca”. **Se trata, en realidad, de la razón determinante y explicativa del carácter restrictivo de esta jurisprudencia: el miedo a que tales conductas se incrementen.** Recordemos que en las resoluciones del Tribunal Supremo acerca de los “correos” es frecuente encontrar afirmaciones como que

“la legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una manifiesta impunidad con imprevisibles consecuencias” y “supondría abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semi-impunidad de los que realizan estas detestables acciones”

No resulta fácil rebatir el “efecto llamada” que podría llevar la aplicación de la eximente de estado de necesidad a los vendedores del *top manta*. Partiendo de la aceptación del efecto inhibitor de la amenaza penal, la ausencia de sanción, por aplicación del estado de necesidad, es de suponer que incrementaría la comisión de dichas conductas, sobre todo teniendo en cuenta la situación de necesidad que las impulsa. A ello se une que las situaciones de pobreza que podrían recabar la aplicación, completa o incompleta, de la eximente, aún *exigiendo* su gravedad, no son en absoluto excepcionales, sino que afectan a una generalidad de personas. No puede negarse que el Tercer y Cuarto Mundo están llenos de pobres.

Ello no obstante, hay que cuestionarse la corrección de introducir en el juicio de ponderación de males estas consideraciones preventivo-generales, lo que evidentemente conlleva una reducción del ámbito de aplicación de la eximente de estado de necesidad. Su introducción es, a mi juicio, incorrecta pues incorrecto es computar como mal el previsible incremento de tales conductas.

Efectivamente hoy ya nadie cree que sea posible la aplicación del Derecho mediante un aséptico proceso de subsunción llevado a cabo utilizando silogismos formales y neutros. Las normas frecuentemente utilizan términos generales, conceptos jurídicos indeterminados, incurren en lagunas, etc., por lo que la interpretación y aplicación de la norma es, al mismo tiempo, una labor creadora del Derecho, donde indiscutiblemente van a introducirse valores como guía interpretativa o como criterio para decidir qué interpretación elegir entre varias posibles. Nada puede oponerse, en principio, ni a la interpretación creadora ni a la normativización de conceptos, excepto la necesidad de concretar, de justificar y, obviamente, la necesidad de unos límites que impidan que la letra de la ley se convierta, sin más, en la voluntad del intérprete. Uno de estos límites que, por mandato del principio de legalidad, ha de seguir respetándose en esa orientación del Derecho penal a las consecuencias, es el del tenor literal del precepto. Y **la introducción de las referidas consideraciones preventivo-generales vulneraría el principio de legalidad**. Veamos por qué.

Cuando a la hora de ponderar los males enfrentados se computan las referidas consideraciones preventivo-generales²², se produce un salto cualitativo lesivo del principio de legalidad. **Podrá defenderse un concepto más o menos amplio o más o menos normativizado de mal, pero lo que siempre habrá de compararse, por imperativo del**

²² Aunque sin discriminar entre los diferentes intereses que se introducen en la ponderación, se expresa Bacigalupo: “Los esfuerzos interpretativos de la doctrina orientados a reducir el ámbito del texto actual del art. 20.5^a CP, por otra parte, tienen las mismas dificultades que ya han sido analizadas en relación a la legítima defensa, pues implican reducciones teleológicas de la amplitud del texto de una causa de justificación, cuya compatibilidad con la exigencia de la *lex stricta* (prohibición de la analogía) ofrece serias dudas” (*Principio...*, pág. 271).

artículo 20.5 CP²³, son los males que se tratan de evitar y los males generados por la conducta. Y la posible merma preventivo-general de la aplicación de la eximente a situaciones extendidas no es un efecto generado por la acción del necesitado, sino por la aplicación de una eximente prevista en el Código penal. Es decir, de la conducta del vendedor del *top manta* puede derivarse una lesión económica al titular de la propiedad intelectual en cuestión, pero *no una merma de la eficacia preventiva de la norma que prohíbe traficar. Esta sería, en todo caso, consecuencia de la aplicación de una eximente prevista por el legislador*, que opta por no castigar al necesitado cuando el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar y rebajarle la pena cuando para evitar un mal grave, propio o ajeno, causa un mal de mayor entidad²⁴.

Por las razones expuestas, creemos que no cabe introducir en la ponderación de males el posible incremento de las conductas típicas como consecuencia de la aplicación de la eximente. Tales consideraciones preventivo-generales quedarían desterradas de la interpretación teleológica de la eximente de estado de necesidad al ámbito de las consideraciones de *lege ferenda*.

d) *La cuestión de la prueba.*

Para acreditar la mencionada ponderación de los males en juego, efectuar una valoración de las circunstancias estructurales y las concretas personales y sociales, en que se encuentra la persona acusada habrá que acudir a la solicitud y práctica de pruebas de todo tipo. No se debe escatimar en la solicitud de medios de prueba, justificando debidamente su necesidad, pertinencia y utilidad (no sólo para individualizar la antijuridicidad y culpabilidad in concreto, sino para, en su caso, modular personalmente la modalidad y forma de ejecución de la resolución). Para asegurar el derecho a , así como la utilización de todos los recursos y protestas contra su denegación, agotando todas las vías que el ordenamiento jurídico permite. Las pruebas deben de ser de toda índole. Documentadas, como las referencias a Informes serios y bibliografía como la elemental que se aporta en este trabajo y otros muchos estudios existentes que desvelan las condiciones de vida de estas personas, su extremada precariedad, las diferencias culturales, la estructura económica y social del momento en que se va a aplicar la norma etc. Igualmente, debe acudirse a la testifical y pericial, pudiéndose citar a otras personas en situación de precariedad vital, a profesionales y voluntarios que trabajan con inmigrantes y con colectivos en desventaja social para que acrediten los extremos que queremos probar

²³ Podría contraargumentarse que el art. 20.5 en su requisito primero no habla del mal causado por el necesitado, sino tan sólo de que “el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”. Creemos, sin embargo, que de la dicción del precepto en su conjunto ha de extraerse que el mal a comparar es el causado por el sujeto necesitado, pues éste aparece como sujeto de la descripción del estado de necesidad y también de los otros dos requisitos para la aplicación completa de la exención.

²⁴ Aunque se admitiera que la importancia del interés que se quería salvaguardar no compensa el daño generado, como indicaba Valle Muñiz, quedaría por fundamentar la inaplicación de la eximente incompleta: “Sin embargo, la mayor parte de la doctrina, explícita o implícitamente, niega tal posibilidad. Por un lado, los que entienden que la naturaleza esencial del requisito fundamenta su posición, yerran al no detectar una considerable disminución del injusto, verdadera ratio de la eximente incompleta en sede de justificación. Por otro lado, también se equivocan, a nuestro juicio, aquellos que aún reconociendo la disminución del desvalor del injusto, no traducen sus efectos en el ámbito de la antijuridicidad.” (“Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español”, en *ADPCP*, 1992, II, págs. 594-595).

(trabajadores sociales que desarrollen la historia de vida, psicólogos desde su competencia profesional que expliciten lo que supone para estas personas la situación que viven, la concurrencia o no del “síndrome de Ulises”²⁵ u otros cuadros clínicos y la difícil exigibilidad, en términos psíquicos, de una conducta alternativa, etc.).

Del mismo modo, -el ideal es haber aportado desde el primer momento a la causa informes sociales, testimonios, periciales, de ONG, etc.- habrá que preguntar al acusado en el acto del juicio oral por su historia de vida, la cultura en la que ha sido socializado, el viaje desde su país -de ser extranjero-, los medios de vida de los que dispone, etc.; también si existe alguna asociación u ONG que le haya acompañado o que trabaje estos contextos habría que pedir su testimonio como prueba o el de sus expertos como peritos que depongan en el juicio. (No se olvide que peritos no titulares son todos “los que careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimientos o prácticas especiales en alguna ciencia o arte”, ex art. 457 LECr. in fine).

Obvio es decirlo, debe darse cumplimiento a todas las garantías del art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en el sentido de que la persona acusada debe ser informada “en un idioma que comprenda” de la acusación, debe disponer de “tiempo y medios adecuados para su defensa”, pueda “defenderse personalmente” con derecho a “interrogar” a los testigos de cargo y de descargo y “a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”

Undécimo

Ausencia de dolo. Presencia de error de tipo. Para que pueda afirmarse la realización del tipo penal contra la propiedad intelectual es necesario que el autor tenga conocimiento de que su conducta compromete de forma relevante los intereses socioeconómicos y el contenido económico de la propiedad intelectual, quedando excluidos de la tipicidad los supuestos en los que la conducta del autor no constituye la creación de riesgo alguno o cuando constituye un riesgo o daño insignificante

El Código penal no proporciona una definición de dolo, sin embargo su concepto podemos extraerlo de la definición del error del art. 14 del Código penal, pues si el error excluye el dolo, el concepto de dolo es la contrapartida del error. De esta manera, puede

²⁵ Auténtica “depresión del inmigrante”, afecta a más de la mitad de las personas en situación irregular y se caracteriza por miedo difuso, obsesión por ser expulsado de España y cuadros ansiosos. Viene motivado por factores como la separación forzada de la familia, la soledad, el fracaso en el proyecto de venir a España, la sensación de explotación, y sobre todo, la posibilidad de ser repatriado o expulsado del país, ya que la estadística es clara: de media cada 5 minutos se expulsa de España a un inmigrante. Suelen somatizarse como cefalea, llanto desesperado, a veces sin razón aparente, ataques de ansiedad, y en mayor medida, insomnio. Este grave problema puede no ser percibido exteriormente, incluso el afectado puede que no lo note, pero a la más mínima sensación de malestar debiera ser sometido a tratamiento porque puede desembocar en adicciones o incluso constituir un precipitador de psicosis y otros serios desarreglos mentales.

afirmarse que el dolo se caracteriza por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido²⁶.

Desde esta perspectiva, para que una conducta sea dolosa es preciso que el autor tenga un cabal conocimiento de los elementos de la tipicidad objetiva, y entre ellos que la acción típica es aquella que es realizada en perjuicio de un tercero, esto es, con una intensidad tal que causa, o potencialmente, puede causar una lesión al contenido económico del derecho de propiedad intelectual y a los intereses socioeconómicos que rubrican el Título del Código penal. (Se recuerda que el tipo penal del art. 270 exige que la conducta del autor sea realizada con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero).

Según una parte importante de la doctrina de la que, como se ha visto, discrepamos, en los delitos contra la propiedad intelectual, el perjuicio que se exige no es el resultado del delito, como elemento espacial y temporalmente separado de la conducta, sino un requisito necesario para conocer la adecuación objetiva de la conducta y para comprobar si la propia conducta tiene la relevancia suficiente para atacar el bien jurídico protegido. En este sentido se manifiesta González Rus²⁷ y varias sentencias de las Audiencias provinciales. La consideración del perjuicio como elemento de la acción, de la tendencia de la acción, nos sirve para “calibrar” la conducta y considerarla como acción relevante. El perjuicio económico, por lo tanto, forma parte de la tipicidad del delito y es, consecuentemente, uno de los elementos del tipo que es preciso conocer para afirmar la existencia del dolo de este tipo penal. A través de este elemento podremos conocer si la conducta realizada tiene entidad suficiente para poner en peligro el objeto de protección de la norma.

Para que una conducta sea objetivamente imputable al sujeto, esto es para que cree un riesgo típicamente relevante para la propiedad intelectual, será necesario, porque así lo exige el precepto, una actuación “en perjuicio de tercero”, que la conducta sea objetivamente adecuada para provocar un perjuicio económico en una tercera persona. En otros términos, será necesario que la conducta tenga una entidad suficiente, o sea potencialmente capaz de perjudicar a los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.

Si el delito contra la propiedad intelectual protege los intereses económicos derivados de aquella, **la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a estos delitos determina la falta de tipicidad respecto de aquellas conductas, que por su falta de relevancia, no alcancen a poner en peligro el contenido económico de la propiedad intelectual y el orden socioeconómico.** Para que pueda afirmarse la realización del tipo penal contra la propiedad intelectual es necesario que el autor tenga conocimiento de que su conducta compromete, de forma relevante, los intereses socioeconómicos y el contenido económico de la propiedad intelectual, **quedando excluidos de la tipicidad los supuestos en los que la conducta del autor no constituye la creación de riesgo alguno o cuando supone un riesgo insignificante para el bien jurídico protegido.**

²⁶ Bacigalupo, E., *Comentarios al Código penal*. art. 14, Bosch, Barcelona, 2007.

²⁷ González Rus, J.J., *Curso de Derecho penal. Parte Especial I*. Madrid, 1996.

Duodécimo

Hay que solicitar la aplicación del error de prohibición, vencible o invencible.

El error de prohibición establecido en el art. 11 del Código Penal permite eximir de pena o, cuanto menos atenuarla, en los casos en los que la culpabilidad es inexistente por desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta. No existen frecuentes ejemplos en los que se pueda afirmar que una persona desconoce que una conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico; pero este uno de los supuestos que lo permiten, sin duda. Cuando es una persona inmigrante quien es detenido realizando la conducta del art. 270.1 CP no es difícil observar las importantes diferencias que existen entre la sociedad de la que proviene y la nuestra; especialmente sobre el desconocimiento que tienen del mismo concepto de propiedad intelectual y la tradición de intercambio ambulante de bienes y mercancías en la que han sido criados y se han desarrollado, alejadas de nociones abstractas y formalistas del derecho occidental. En tales extremos cabe fundamentar el desconocimiento, por su parte, de la ilicitud de su conducta, apelando al error de prohibición (art. 14.3 que, en caso de apreciarse vencible permite bajar la pena en uno o dos grados).

Para la prueba deberían, además de preguntar en el interrogatorio su conocimiento del idioma español y del alcance y significado del término propiedad e intelectual, deberían ser citados como testigos y peritos mediadores interculturales, personas de ONG que trabajan con estas personas y que conocen sus claves de socialización y la noción de justicia que existe en otros continentes alejado de las nociones abstractas y formalistas del derecho occidental.

Décimo tercero

Cabe también alegar la eximente de “alteración en la percepción con alteración grave de la conciencia de la realidad” del art. 20.3 CP por haber vivido una socialización primaria en contextos culturales bien distintos de los de la sociedad de acogida, agudizados por la extremada desigualdad, hacen que la función motivadora de la norma quede comprometida al encontrarse con un sujeto no imputable. (Se entremezclan argumentos que inciden en aspectos tratados como el estado de necesidad, la ausencia de dolo o el error de prohibición para reforzar su propia argumentación).

La mejor presentación de la plausibilidad de esta eximente es la jugosa cita literal de la STS 1135/2006 de 16 de noviembre²⁸ que, a su vez, refuerza otras posibles vías de defensa: “El Código penal prevé en los primeros números del art. 20 del Código penal unas situaciones que suponen limitaciones a las condiciones de imputabilidad que afectan a circunstancias que impiden actuar conforme a la norma... **También los condicionamientos en la socialización de una persona puede servir de presupuesto en la fijación de la imputabilidad**, precisamente porque el hombre es un ser social que adquiere su plenitud como persona (el libre desarrollo de la personalidad) en el seno de un

²⁸ Ponente A. Martínez Arrieta.

grupo social. Es evidente que las actuaciones humanas se hallan determinadas por la presencia de diversos factores que concurren en la persona, de naturaleza **exógena y endógena a la misma, ambientales, circunstanciales, hereditarias, provenientes del medio** y de toda naturaleza que hacen que cada acto concreto sea irrepetible. Por ello, resulta también evidente **que el juicio de imputabilidad no sólo ha de referirse al estado psíquico del sujeto**, afectado de una anomalía o de una alteración profunda de su estructura mental, sino también **habrá de tenerse en cuenta que el individuo es un ser social que desenvuelve su vida en un determinado y concreto ámbito sociocultural que, sin duda alguna, influye en su estructuración como persona, de manera que la conciencia de la antijuricidad puede variar en función de las distintas alternativas** sobre las que se haya podido desarrollar su personalidad y que afectan al nivel familiar, al laboral, a la formación escolar, a la formación en valores, éticos y sociales, etc. El legislador penal de 1983 varió el contenido de la eximente que analizamos <art. 20.3 CP> sustituyendo el término "sordomudo de nacimiento" por el de "alteración de la percepción", lo que es explicado en la Exposición de Motivos para dar cabida a otros factores distintos de los físicos en su conformación.

[...] Suele distinguirse en la estructura de la imputabilidad un elemento psicológico y otro normativo. A su vez el elemento psicológico aparece enmarcado en un factor intelectual-valorativo y otro volitivo. Todos son precisos para, en primer término, aprehender la realidad y, posteriormente, una adecuada valoración o comprensión de la misma. El acto inicial del proceso es la percepción de la realidad circundante y, posteriormente, su asimilación, bien a través de la capacidad de aprendizaje, la educación o el empleo de la experiencia que le permita asociar determinadas sensaciones a vivencias anteriores dándoles un contenido concreto de desaprobación del hecho por su falta de acomodación a la norma, o, contrariamente, la confirmación de un actuar porque lo entiende permitido. En otras palabras, conocimiento y reconocimiento de una realidad que ha de ser valorada como positiva o negativa, según los parámetros de la sociedad, para garantizar la convivencia. En este sentido, el diccionario de la lengua al abordar el término percepción lo refiere a la acción o efecto de percibir y ésta, en su primera acepción, significa la aprehensión sensorial, para compartirla con el significado comprender que supone, no sólo la percepción sensorial, sino su valoración en los términos antes señalados. En un segundo momento surge el factor volitivo, la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la norma anteriormente reseñada. El sujeto que ha comprendido el alcance del mandato de la norma y ha valorado adecuadamente la trascendencia de sus actos potenciales, ha de adecuar el comportamiento a realizar al sentido de la norma...

Los anteriores presupuestos deben estar causalmente relacionados de manera que la deficiencia en la percepción de la norma, factor cognitivo valorativo, le lleve a una actuación contraria a la norma, o no, conforme con su comprensión, factor volitivo. De lo expuesto resulta que **lo relevante en el estudio de la imputabilidad es la capacidad de motivación de la norma y la posibilidad de actuación conforme a la misma... También en su conformación ha de atenderse a una perspectiva social, pues los déficits de socialización, cuando son relevantes, pueden presentarse con intensidad tanto en la percepción como en la capacidad de actuación conforme a la norma al conformar una errónea apreciación de la realidad** sobre la que atender el mandato de la norma, situación

que **guarda cierta relación dogmática con el error de prohibición** que afecta al elemento subjetivo del delito...

En aplicación de la Ley penal el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para **asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la ley** a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, *se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la ley penal* esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad... Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos **supuestos graves de deficiencias en la socialización** que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del art. 20.3 del Código penal. **Las condiciones de desigualdad, graves y relevantes, pueden afectar de distinta manera a la imputabilidad y es graduable con arreglo a las herramientas que previstas en el Código permiten proporcionar la consecuencia jurídica a las condiciones de imputabilidad realmente existentes...**

Para la necesaria acreditación de este presupuesto de la imputabilidad, desde las instrucciones de las causas penales debe abordarse la realización de las "hojas personales" en las que se recojan aquellos datos relevantes, en principio, a la individualización judicial de la pena, y que, en casos concretos, permiten obtener **información sobre situaciones límites que, concretamente analizados desde las periciales de contenido social, evidencian alteraciones importantes de la socialización que pueden dar lugar a una reducción, de la consecuencia jurídica** cuando, repetimos, adquieren una relevancia en la imputabilidad". Hasta aquí la cita literal.

No hace falta insistir en que si una "grave alteración" tiene consecuencias de eximente completa, una moderada o incluso leve debe tenerlas a modo de eximente incompleta a atenuante analógica. Haber nacido y vivido la primera infancia en el continente africano y encontrarse años después forzosamente en España, "tras atravesar en 15 km la mayor brecha económica y cultural de todo el planeta", pensamos que al menos "algo" afectará a la percepción en los términos que expone la sentencia literalmente reproducida. A ello debe sumarse la **total falta de raigambre cultural del supuesto perseguido por la norma penal,**²⁹ toda vez que los CD y DVD son de recentísima factura y la incriminación de comportamientos atípico se ha producido en nuestro país hace ¡tan sólo 5 años! Cuando todavía subsiste el debate en nuestro contexto cultural acerca de la idoneidad del tipo penal perfilado en el año 2003 (insuficientemente conocido por los

²⁹ Vid. Las referencias históricas que en torno a los antecedentes del art. 270 CP hace J. López Barja de Quiroga, en *Comentarios al Código Penal*, vol. 3, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 2139 ss., pues "antiguamente no sólo no se admitía tal consideración sino ni siquiera se respetaba lo que hoy se considera su contenido esencial". Así, Groizard defendía al mismo tiempo el derecho de autor y el "derecho de copia", que practicaban entre otros los copistas benedictinos, sin cuya aportación nuestra cultura no sería hoy la que es.

propios ciudadanos españoles en su conceptualización y aún menos en sus consecuencias jurídicas), es contrario a toda regla de lógica y experiencia que puedan tener pleno conocimiento quienes provienen en muchos casos del África subsahariana donde el valor de lo comunitario (con neto predominio de la “propiedad comunal”³⁰ y sus instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ámbito) es infinitamente mayor que en la cultura occidental netamente individualista y propietarista.

Decimocuarto

La insignificancia del ataque al bien jurídico protegido.

Del mismo modo que en supuestos de práctica ausencia de principio activo en sustancias de tráfico prohibido se considera el ilícito formal impune porque no ha supuesto la puesta en peligro del bien jurídico protegido (la salud pública), puede alegarse que vender un CD pirata por una cantidad más de 100 veces inferior que la que el ordenamiento reclama para que deje de ser falta en otros delitos contra el patrimonio, constituye un supuesto de aplicación de la doctrina de la insignificancia que impide la aplicación de una consecuencia jurídica al autor del acto de exhibición o venta de CD o DVD.

En ese sentido, la Audiencia Provincial de Burgos ha establecido que *“no toda violación del derecho de propiedad intelectual es constitutiva de un delito relativo a dicha propiedad; sólo cuando el hecho resulte claramente comprendido en los preceptos del CP que tipifican los distintos delitos sobre la materia que prevé dicho texto legal punitivo. La LPI al regular la protección de los derechos reconocidos en la misma concede al titular de estos derechos otras acciones tendentes a dicho fin (arts. 133 a 136), de tal manera que la penal únicamente es ejercitable con éxito cuando concurren los elementos integrantes del delito, y ello no es así cuando no exista un efectivo perjuicio a terceros... y no es equiparable una actuación aislada como la del acusado con aquéllos otros que reproducen o venden los CD o DVD y cuentan 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 (STS AP de Burgos de 6 de octubre de 2006 y de 22 de noviembre de 2004)”*³¹.

Este criterio que supone la insignificancia del ataque al bien jurídico protegido ha sido acogido, en algunos supuestos.: *“no hay perjuicio para los compradores pues es*

³⁰ Vid. Ofori, P.E., *Land in Africa: Its Administration, law, tenure and use. A select bibliography*, Kto Press, Nendeln, 1978; Lawrance, J.C.D., *The role of registration of title in evolution of customary tenures and its effects on societies in Africa*, Economic Commission for Africa, Addis Ababa, 1970.

³¹ En este mismo sentido se manifiesta la SAP sec. 26, de 8 de enero de 2008: “esta Sala ha sostenido en otras ocasiones -231/07 y 511/07- que no toda infracción del derecho a la propiedad intelectual tienen cabida en el art. 270 CP, sólo las infracciones más graves (reproducción en masa, venta de grandes cantidades) pueden configurar este delito. La posesión para una presunta venta callejera, ya que en este caso no se ha acreditado ningún acto de venta, ni se ha encontrado dinero en poder del acusado, es el último eslabón del comercio ilegal, a través de personas que sólo buscan un medio para ganarse la vida y la lucha contra ella no pasa por la aplicación del derecho penal. El Derecho penal regido por los principios de intervención mínima y subsidiariedad no puede entrar a condenar este tipo de conductas insignificantes. En aplicación del principio de intervención mínima, sólo las conductas más graves, como la reproducción en masa de la obra artística amparada por el derecho, o su distribución en grandes cantidades pueden configurar el delito.

notorio, por su aspecto externo y bajo precio de que se trata de copias ilegales y tampoco lo hay para la industria porque causa un nulo o mínimo impacto” (SAP Burgos, 20 de julio de 2004).

Asimismo, “la escasa trascendencia económica (los abultados perjuicios que siempre se reclaman en estos casos se corresponden con lucros cesantes presumidos legalmente pero nunca materialmente constatados) y menos aún lucrativa que encierran este tipo de operaciones de venta callejera de discos piratas, realizadas normalmente por personas de muy precarios medios económicos en su mayoría inmigrante extranjeros de procedencia africana como es el caso que nos ocupa) que sólo buscan con ello una manera de ganarse la vida (ciertamente ilícita, pero, al menos no violenta ni peligrosa como para la salud pública como otras actividades criminales a las que en la praxis forense se pretende muchas veces equiparar) no revisten la gravedad suficiente como para merecer el grave reproche punitivo previsto en el CP al constituir el último eslabón de otras conductas de incomparable mayor alcance (reproducción o distribución al por mayor o en masa de esas obras artísticas sin autorización de sus titulares) y por el grave riesgo que presentan para el bien jurídico protegido sí que serían indudablemente subsumidas en el tipo del art. 270 CP. Es indudable que el derecho de autor debe ser respetado y protegido; lo que sucede es que no toda conducta infractora de la LPI debe tener necesariamente la grave respuesta del derecho penal, pues de ser así carecerían de contenido las medidas protectoras del ámbito civil –arts. 138 y ss.- e igualmente quedaría sin contenido el principio de intervención mínima o subsidiariedad del derecho penal, tal y como se presenta en la exposición de motivos de la LO 2/2005: “el Derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene declarado el TC, que ha reiterado que no puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible, existiendo en nuestro ordenamiento jurídico otras formas de control de legalidad diferentes al penal. La relegación al ámbito civil o administrativo de conductas ilícitas no responde a una mera interpretación discrecional de matiz sociológico sino sobre todo a pautas de orden jurídico que se asientan en el principio de unidad del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ordenamiento penal. Principio este que excluye toda interpretación fraccionada o sesgada de sus normas y que se encuentra íntimamente ligado al de igualdad en la aplicación de la ley penal (SJP 20; 213/2008 de 25 de abril de 2008).

Decimoquinto

En los casos de sustitución de la pena por expulsión la persona acusada tiene que ser oída.

Para los casos de sustitución de la pena de prisión por expulsión tiene que haberse oído al penado, pidiéndole opinión sobre la expulsión interesada a fin de que alegue a su favor o en contra de ella lo que tuviese por conveniente, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del TS iniciada por sentencia de 8 de julio de 2004 (SAP sec. 23, Madrid, 930/2006 de 24 de noviembre).

Hay que recordar que, aparte de que el acusado sea oído, debe constar la petición de sustitución por expulsión en el escrito de acusación, considerando el Tribunal Supremo que viola el derecho de defensa si se solicita por parte del Ministerio Público como modificación de las conclusiones definitivas en el acto del juicio oral, dado que en ese momento procesal, una vez concluido los debates ya no se satisface las exigencias de los valores de la familia y del derecho a elegir residencia; *...lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada. En el presente caso tal momento supuso de hecho, una indefensión con trascendencia en la quiebra de la protección de derechos fundamentales como el de defensa, causante de indefensión y protección a la familia -art. 16 Declaración Universal de Derecho Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 del Convenio Europeo y art. 39 de la Constitución. STS 901/2004, 8 de julio de 2004.*

Si el Ministerio Fiscal no realiza preguntas al acusado respecto a su situación administrativa en el territorio español, los abogados defensores no deberían realizar pregunta alguna al respecto, debido a que no debería adoptarse dicha medida de expulsión en la sentencia si no se ha oído al acusado y dejaría abierto un motivo para el recurso de apelación. Si consta en el escrito de acusación la petición del Ministerio Público de sustitución de la pena por expulsión, por parte de la defensa se aportarán con el escrito de defensa, o como cuestión previa en el acto de la vista, los documentos acreditativos del arraigo del acusado en el territorio español a los efectos de oposición a dicha medida de sustitución. A saber, entre otros, documentos que acrediten que tiene familia en España, del período de tiempo, de su integración (Cursos de castellano, etc.). Asimismo, se debería alegar el interés del proceso penal en salvaguardar los derechos de los perjudicados por el delito, a los cuales se les dejaría en una posición de desprotección dado que si se aplica la medida de expulsión, no podrán ser resarcidos por la vía de la responsabilidad civil derivada del delito, siendo en este tipo de procesos.

Décimo sexto

Se hace necesario pedir el día del juicio al juzgado que solicite de oficio un indulto, suspenda la pena durante su tramitación e inste al Gobierno una modificación del art. 270 CP cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del tribunal no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva (Art. 4.4. CP).

Exposición de la petición en el acto del juicio oral:

Solicitamos del juzgador, en caso de que dicte una sentencia condenatoria que haga uso de las previsiones del art. 4.3 CP, no sólo en el sentido de interesar un indulto total para mi defendido, sino para exponer los motivos por los que considera que la conducta penada no debería estar tipificada en el Código Penal. En este sentido, debemos señalar que la aplicación de estos delitos recaen de manera masiva sobre las mismas personas: pobres,

marginados e inmigrantes que reclaman más que respuestas punitivas respuestas sociales y otro tipo de políticas diferentes a la represión simple y desnuda. *A modo de ejemplo, cabe citar en una mera descripción de la realidad de algunas calles, la población inmigrante que, para poder sobrevivir, necesitan vender copias de DVD y CD; son los denominados “top manta”. Esta población se encuentra en una situación de extrema precariedad personal, social y laboral, pues al no tener permiso de trabajo ni de residencia no puede acceder al mercado laboral para cubrir los gastos de alimentación y alojamiento. Nuestro sistema legal impide la obtención de los medios mínimos para cubrir estas necesidades básicas. Son personas, por lo general, que llegan a nuestro país huyendo del hambre y la miseria de sus países, normalmente de África. Realizan trayectos peligrosos, en los que mueren miles de personas entre el desierto y el mar atlántico; esta situación es socialmente conocida a través de los medios de comunicación (Adaptar a las condiciones y situaciones particulares de cada persona; asimismo exponer la situación de cada defendido para interesar el indulto, evitando utilizar formularios estereotipados que no individualizan).*

Por ello, aportamos algunas claves que pueden iluminar la petición que en este momento se hace:

Primero.- El Derecho penal en este ámbito se extiende a conductas para las que existen otras vías de sanción más ajustadas al principio de proporcionalidad y de intervención mínima –derecho administrativo sancionador y derecho civil-. Una buena parte de los Juzgados y Tribunales en sus resoluciones acuden a los principios generales del Derecho penal, en concreto el de intervención mínima, para llegar a criterios interpretativos de los términos de la norma y absolver.

Segundo. Es objetivable la tendencia observada en algunas Audiencias Provinciales (la de Madrid, es buen ejemplo) de revocar –a instancia de las Fiscalías- las sentencias absolutorias e incluso anular las actuaciones realizadas en la primera instancia, forzando así a la celebración de nuevo del juicio oral, a menudo con el argumento de que el acto debió haber sido interrumpido o hasta suspendido por la incomparecencia de alguno de los representantes legales de las entidades privadas que gestionan los derechos de propiedad intelectual presuntamente perjudicados, quienes, en efecto, en ocasiones, citados en forma, no acuden al llamamiento judicial ni ofrecen razones que justifiquen su incomparecencia. Y lo suelen hacer, por dos motivos. Uno, porque son varios los juzgados y tribunales que establecen que al no existir venta concreta no hay perjuicio y, por tanto, no establecen indemnización económica en concepto de responsabilidad civil; el cliente es consciente de lo que compra, no es engañado, ni adquiere el producto por error. En la mayoría de los casos ese tipo de venta callejera no desvía demanda de esos productos en el mercado legal, el que compra dos CD o dos DVD por cinco euros no adquiriría el original por veinticinco euros. De ahí la dificultad de medir el perjuicio para los titulares de los derechos de propiedad intelectual o industrial. Otro, por la carencia absoluta de bienes de quienes realizan este tipo de conductas; esta realidad es conocida por las entidades que representan a los productores y distribuidores, que han dejado de atender a las citaciones judiciales y no acuden al juicio, sencillamente porque son conscientes de la imposibilidad de cobrar, ya que los condenados son insolventes.

Con todo, a pesar del escaso interés que de forma creciente se muestra por estas empresas de gestión que no van a obtener réditos económicos, 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, pues, el 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.

Tercero.- No tiene lógica que el ofrecimiento en venta de unos DVD tenga una pena casi similar en gravedad a la venta de Haschís (art. 368 CP) o que puede ser 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 unas defraudaciones patrimoniales no se mantenga el paralelismo con las demás tipicidades que responden a esa mecánica: apropiación indebida, estafa, hurto, daños, defraudaciones de fluido eléctrico y análogas... En todos esos casos existe una versión venial, la falta, cuando lo defraudado o hurtado no alcanza los cuatrocientos euros. No hay razón para excluir esa técnica en este caso. Es cierto que habrá que hablar de beneficio o utilidad obtenida o buscada y no de perjuicio, pero también se hace así en otros preceptos del CP. No puede alegarse que aquí también se ha defraudado al consumidor pues este en los supuestos en que se piensa ahora es partícipe de la conducta ilícita y es consciente de ello. Otra cosa son los casos que sí merecen mayor pena en que se simula la autenticidad de la copia. Pero no se está pensando en eso, sino en los supuestos en que el comprador conoce de sobra, porque nadie le pretende hacer creer lo contrario, que el producto es ilegítimo. No existe, pues, coherencia interna en el Código Penal.

Precisamente, si nos fijamos en el ámbito de las faltas, es donde mejor se aprecia la desproporción punitiva con la que se contempla el delito del art. 270 en relación con algunos comportamientos considerados como faltas. Así, por ejemplo, la simple venta de una película estaría más castigada que las siguientes faltas:

- la producción de la muerte de una persona en un accidente de tráfico (art. 621.2 y 4).
- la producción de la muerte de una persona manipulando un arma de fuego (art. 621.2 y 5).
- la sustracción de un vehículo a motor, si su valor no excede de 400 €, empleando fuerza en las cosas (art. 623.3).
- defraudar a la Hacienda de la Comunidad Europea en cantidad superior a 4000 € OJO: defraudar a esta Hacienda en una cuantía superior a 4.000 € es muchísimo más leve que defraudar los derechos de propiedad intelectual en la cuantía de un sólo euro.
- expender moneda falsa en cantidad inferior a 400 €, a sabiendas de su falsedad, cuando la moneda se recibió de buena fe (art. 629).
- 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.

Cuarto.- Desde un punto de vista de política criminal no parece adecuado que se castigue esta conducta con penas de prisión, cuando socialmente no está desvalorada, observándose, además, que los ciudadanos participan cotidianamente de estas conductas, y manifiestan su repulsa a la actuación de la policía cuando interviene y detiene a los “manteros”. ¿Quién no ha comprado en un CD a un “mantero”?, se dice coloquialmente. Por otro lado, la conducta que realmente lesiona el bien jurídico protegido en otros apartados de este artículo 270 CP y que consiste en copiar CD o utilizar internet para acceder a música o videos es utilizado por la mayoría de los españoles en sus hogares y no se persigue penalmente. En cambio, sí se hace, para esta pobre gente que intenta sobrevivir con lo poco que obtiene.

Quinto.- Desde la perspectiva de política criminal, la conducta es acometida por gentes que carecen de recursos y buscan en la venta ambulante -de cualquier mercancía, legal o ilegal- una fuente de recursos para atender a necesidades perentorias (alimento, vivienda, vestido...). De tal manera, que la venta callejera es un mecanismo que reduce la criminalidad contra la propiedad material o de tráfico de drogas, alternativas a las que podrían acudir con la misma finalidad.

Sexto.- Las propuestas de reforma de la ley penal que proponemos que solicite Su Señoría en la sentencia tratarían de impedir la entrada en prisión de los infractores y la huida o elusión de sentencias condenatorias que se aprecia en la práctica de los Tribunales (paradigmática la Audiencia de Barcelona y su tesis sobre la inocuidad de la conducta de venta ambulante sin concierto con los falsificadores), que se debe a la percepción de la injusticia material de la sanción penal y de la desproporción de la pena de prisión. Por estos motivos y con el objetivo de evitar la pena privativa de libertad en cualquiera de sus manifestaciones proponemos:

- Para penalizar exclusivamente las conductas más graves que guardan relación con organizaciones dedicadas a la falsificación y, así, extraer del derecho penal la venta ambulante de CD, DVD., “el último eslabón” que esté desconectada de aquellas como señala la jurisprudencia menor, habría que modificar el art. 270.1 en el sentido de incorporar la necesidad de concierto entre los falsificadores o plagiadores con el distribuye. Así, el art. 270 CP: “1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca o plagie, y quien, en concierto con los anteriores, 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”.

- Incorporar la necesidad de obtener un beneficio: “si la utilidad pretendida o reportada excede de 400 euros” como ocurre en el delito del art. 246 CP. Si es inferior o despenalizarla o transformarle en falta con una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, circunstancia que beneficiaría a una integración social de estas personas.

- Despenalizar la conducta en atención a la escasa gravedad del hecho o circunstancias personales del autor.

- Crear una cláusula en el art. 270 Cp semejante a la de los arts. 147.2, o 241.3 similar a la prevista en las lesiones, las amenazas y coacciones en el ámbito familiar y contra la mujer o en el robo con intimidación (art. 147.2, 171.6, 172.2 cuarto y 242.3 Cp).

Se trataría de rebajar las penas en un grado o sustituirlas por trabajos en beneficio de la comunidad cuando en atención a la finalidad buscada o circunstancias personales los hechos carezcan de peligrosidad o resulten menos graves. Si sólo se baja la pena en un grado nos quedamos con pena de prisión de tres meses que supone expulsión y si no se puede expulsar, cumplimiento. Por otra parte, al estar establecida la pena de prisión junto con la de multa, aunque se baje la de multa siendo la mayoría insolventes, acabará siendo sustituida por prisión. Además, la prisión se sustituiría, a su vez, por la expulsión, situación cruel y traumática que también se quiere evitar.

Décimo séptimo

Solicitud de suspensión de la pena de prisión en caso de que la sustitución no haya sido posible.

En caso que la persona no haya sido expulsada porque la sustitución de la pena de prisión no ha sido solicitada por el Ministerio Fiscal, o bien porque aquella sea imposible dada su situación que podría acreditarse por la documentación administrativa que la persona tenga (estancia en centro de Internamiento de Extranjeros sin que haya sido objeto de expulsión), hay que solicitar la suspensión de la pena conforme al art. 80 y ss. del Código penal. En este escrito hay que incorporar en primer lugar cuanto acredite la situación personal y social que tenga la persona (documentos de empadronamiento, cursos y actividades realizadas, tarjeta médicas, informes de apoyo de asociaciones...). En segundo lugar, hay que exponer el argumento jurídico que abre la posibilidad a la aplicación de tales alternativas. Ello podría hacerse en los siguientes términos: “El Auto del Pleno del TC 132/2006, de 4 de abril de 2006, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal 3 de Alicante. En este auto, cuyo texto transcribimos, se admite la posibilidad de suspender las penas conforme a las normas del art. 80 CP y siguientes en el caso de que la expulsión no haya sido posible. *“El órgano judicial proponente considera que el precepto cuestionado ha introducido un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad personal, para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, cuya expulsión del territorio nacional hubiese sido decretada como alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando dicha expulsión no hubiese podido ser llevada a efecto, pues en tal caso el cumplimiento de la pena de prisión resultaría indefectible al no poder serles aplicados, aun cuando se dieran los requisitos legales para ello, los arts. 80 —suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con padecimientos incurables—, art. 87 —suspensión en supuestos de drogadicción— y art. 88 —sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad—, ya que en el párrafo tercero del art.*

89.1 CP se establece que “[l]a expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los arts. 80, 87 y 88 del Código Penal”.

Tal conclusión no es, sin embargo, en modo alguno obligada, ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica. Por el contrario, tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del periodo de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión. Esta previsión, en sí misma considerada, resulta plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutoria de expulsión del penado, es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano”.

Décimo octavo

Solicitud de indulto y petición de suspensión de la pena de prisión mientras se tramita el mismo

La última opción legal que existe para evitar el ingreso en prisión es la solicitud de un indulto ante el Ministerio de Justicia. Además, hay que presentar un escrito, dirigido al juez sentenciador para que suspenda la ejecución de la pena de prisión durante su tramitación, al que se unirá una copia sellada con la petición de indulto ya instada.

Los argumentos que hay que exponer son los que hagan referencia a la historia personal y social de la persona condenada, con todos los informes que lo acrediten. Jurídicamente habría que añadir argumentos que ya han sido expresados en este trabajo, y que hacen referencia al principio de intervención mínima, tales como: la venta callejera es el último eslabón del comercio ilegal y no tiene entidad suficiente para justificar la aplicación del derecho penal... para cantidades pequeñas deben ser otras medidas menos lesivas como el derecho administrativo (SAP sec. 7º Barcelona 180/ 2006, de 8 de febrero, de 5 de septiembre de 2006), el principio de equidad, razones de humanidad y proporcionalidad con el desvalor social del hecho, etc. Conviene no olvidar que tan importante como lograr la suspensión de la ejecución es conseguir que, posteriormente, el Juzgador y el Fiscal informen favorablemente a su concesión. A ello ayudará, sin duda, tratar de hablar personalmente con ellos.