



Roj: **SAP MA 3178/2010 - ECLI: ES:APMA:2010:3178**

Id Cendoj: **29067370032010100446**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Málaga**

Sección: **3**

Fecha: **15/07/2010**

Nº de Recurso: **199/2010**

Nº de Resolución: **440/2010**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **CARLOS PRIETO MACIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

SECCIÓN TERCERA

JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO TRES DE MÁLAGA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚMERO 283/08

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 199/2.010

PROCEDE DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚMERO DOS DE FUENGIROLA

DILIGENCIAS PREVIAS NÚMERO 1.662/2.004

SENTENCIA N.º. 440

Ilmos. Sres.

Presidente

D. CARLOS PRIETO MACÍAS.

Magistrados

D. ANDRÉS RODERO GONZÁLEZ

D. JOSÉ MARÍA MUÑOZ CAPARRÓS

En la Ciudad de Málaga, a quince de julio del año dos mil diez.

Vistos por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los Autos de Procedimiento Abreviado número 329/2.008 del Juzgado de lo Penal número Nueve de Málaga, seguidos para el enjuiciamiento de un delito Contra la **Propiedad Intelectual**, contra el actual recurrente, Donato , mayor de edad, natural de Benin (Nigeria) y vecino de Málaga, representado en las actuaciones por el Procurador de los Tribunales, D. Juan Carlos Randón Reina, y defendido por el Letrado, D. Antonio Ochando Delgado. Ha sido parte el Ministerio Fiscal, en la representación que la Ley le confiere, y ponente D. CARLOS PRIETO MACÍAS, que expresa el parecer de los Ilustrísimos Señores componentes de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial, que al margen se relacionan, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES DE ORDEN PROCESAL

PRIMERO.- Que, con fecha once de enero del año dos mil diez, el Juzgado de lo Penal número Tres de esta Capital dictó sentencia en las presentes actuaciones, estableciendo el siguiente relato de hechos probados: "Que sobre las 22:30 horas aproximadamente del día 29/06/2004, el acusado Donato , con ánimo de obtener un beneficio ilícito, se encontraba en las inmediaciones de la calle Moncayo de la localidad de Fuengirola, vendiendo material grabado (57 DVD,S Y 299 CD) sin contar con la debida autorización y constándole dicha circunstancia, ocasionándole así un perjuicio a los titulares de la **propiedad intelectual** que no ha sido tasado



pericialmente. El acusado fue observado por los Policías Locales con carnets profesionales NUM001 y NUM002 cuando realizaba la venta, siendo interceptado por los Policías Locales con carnets profesionales NUM000 y 245 cuando huía, los cuáles procedieron a la intervención del material reseñado anteriormente, aunque previamente fueron faltados al respeto y consideración debida por el acusado, ya que debido al estado de agresividad que presentaba cuando procedieron los agentes a su detención hizo una leve resistencia cuando fue engrillado por los mismos."; al que correspondió el fallo que a continuación se transcribe: " Que debo CONDENAR y CONDENO A Donato como autor de un delito ya definido de CONTRA LA **PROPIEDAD INTELECTUAL**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y como autor de una falta contra el orden público a la pena de 15 días de multa con una cuota diaria de seis euros, así como a indemnizar a los representantes de las entidades perjudicadas ADIVAN, SGAE Y AFYVE en las cantidades que se determinen pericialmente en ejecución de sentencia y al pago de las costas procesales. Notifíquese la presente resolución a las partes previéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Ilma. Audiencia Provincial. Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado y de la que se unirá certificación a la causa de su razón la pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- Que la resolución citada fue recurrida en apelación por la representación procesal del condenado, Donato , alegando que su patrocinado no pudo acudir a la celebración del juicio al encontrarse en su país, y que su Letrado no debió acceder a que tal acto se llevara a cabo en su ausencia, menos aún a mostrarse conforme con la acusación fiscal una vez practicada la prueba. En segundo término, adujo que se trataba de una conducta atípica dada su escasa trascendencia económica, sin que se haya demostrado el perjuicio a terceros, por lo que terminó interesando la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de un pronunciamiento absolutorio a favor de su patrocinado.

TERCERO.- Admitido a trámite el recurso referido y transcurrido el plazo de diez días, a partir de su traslado a las demás partes, sin presentación de escritos de impugnación o adhesión, se elevaron los autos a esta Audiencia, donde, sin necesidad de la celebración de la vista, se deliberó esta resolución en el día de hoy.

CUARTO.- En la substanciación del recurso se han observado las prescripciones legales.

Se acepta el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En lo que al primer alegato se refiere, consta en la causa que el acusado fue citado a juicio el 23 de junio de 2.009 en la persona de D. Maximino , habiendo tenido conocimiento de ello, pues su defensa dirigió escrito al Juzgado en solicitud de suspensión del señalamiento por hallarse el acusado en su país, denegándose tal petición por providencia de 27 de noviembre de 2.009, luego su ausencia al plenario que tuvo lugar el pasado día 11 de enero carece de justificación, por lo que la petición de dictado de un pronunciamiento absolutorio en base a ello resulta de todo punto inatendible, máxime si tenemos en consideración que lo procedente, caso de haberse originado la indefensión que en definitiva se denuncia, sería la anulación del enjuiciamiento, para volverse a celebrarlo nuevamente ante Juez distinto, pero no el dictado del pronunciamiento absolutorio que se demanda en el recurso.

Como contestación al segundo motivo de apelación en el que se cuestiona la tipicidad de los hechos enjuiciados, habrá de tomarse en consideración que el artículo 270 del Código Penal , en su primer apartado, establece: " *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, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de **propiedad intelectual** o de sus cesionarios .* " En el presente supuesto, se dan todas las necesarias circunstancias para el encaje de los hechos en el tipo delictivo transcrito: la distribución, es decir la puesta a disposición del público de copias de la obra, mediante venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma; aquí en concreto mediante la venta; carencia de autorización para dicha actividad concedida por los titulares de los correspondientes derechos de **propiedad intelectual**; y realización intencionada de esa conducta con la concurrencia de dolo específico - ahora ánimo de lucro -. Se trata un delito de tendencia cuya consumación no exige ni el lucro efectivo ni el perjuicio, sino un acto encaminado a la producción de dicho perjuicio, siendo totalmente indiferente que el valor concreto del material puesto en venta sea mayor o menor, al no hacer referencia el precepto a dicho requisito. No se ignora la existencia de la tendencia a estimar impunes estas conductas cuando sean de escasa trascendencia económica, por aplicación del principio de



intervención mínima, principio dirigido al legislador, que es quien tiene que determinar si existe una frontera económica para que estas conductas merezcan la calificación de delito.

Hoy día la citada tendencia ha cristalizado, por mor de la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio, que ha introducido una ampliación en el artículo citado, añadiendo un segundo párrafo al citado apartado primero, donde dice: *No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5 .".* Cierto es que la reforma no entra en vigor hasta el próximo mes de diciembre, según la disposición final séptima, pero nada se opone a que, conforme a su disposición transitoria primera, pueda revisarse la presente sentencia una vez entre en vigor la adición referida, que atenúa considerablemente la responsabilidad criminal en los supuestos de distribución al por menor, donde cabría incluir los hechos enjuiciados.

Siendo, conforme a lo hasta aquí expuesto, adecuada la calificación jurídica de los hechos y correcta su punición, dadas las fechas de comisión del delito y la de su enjuiciamiento, se impone la desestimación del recurso interpuesto la íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Que, pese a ser desestimatoria la resolución del recurso formulado, no se advierte temeridad en su interposición, por lo que procede declarar de oficio las costas originadas en su tramitación, conforme posibilita el número primero del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Vistos los preceptos citados; los artículos 142 , 145 , 146 , 147 , 149 , 741 , 795 , 796 y 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 82 , 248 y 253 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás normas de pertinente y general aplicación.

FALLAMOS

Que debíamos desestimar y desestimábamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, D. Juan Carlos Randón Reina, en nombre y representación del condenado, Donato , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número Tres de Málaga, con anterioridad especificada, que se confirma íntegramente en esta alzada, con declaración de las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el extraordinario de revisión.

Dedúzcase testimonio y remítase, junto con el procedimiento principal, al Juzgado de su procedencia.

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