



Roj: **SAP V 2108/2009 - ECLI: ES:APV:2009:2108**

Id Cendoj: **46250370052009100207**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **5**

Fecha: **06/05/2009**

Nº de Recurso: **63/2009**

Nº de Resolución: **264/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **BEATRIZ GODED HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

1

Sentencia apelación J. PENAL

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA

SECCION QUINTA

Rollo apelación nº 63/2009

Procedimiento Abreviado nº 140/2008

Juzgado de lo Penal nº 2

**SENTENCIA N°264/09**

Ilmos. Señores

Presidente

D.DOMINGO BOSCA PÉREZ.

Magistradas:

D<sup>a</sup>. BEATRIZ GODED HERRERO

D.<sup>a</sup> ISABEL SIFRES SOLANES.

En la ciudad de Valencia, a 6 de mayo de 2009

La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los señores anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación en ambos efectos interpuesto contra sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal nº 2 en el procedimiento antes referenciado, seguido por delito relativo a la propiedad intelectual, contra Victorio .

Han sido partes en el recurso, como apelante Victorio , representado por la procuradora doña María Ángeles Jurado Sánchez y defendido por la letrada doña María Pilar Mengual Pavía, y como apelado el Ministerio Fiscal, representado por D. Carlos Jesús , siendo designada ponente la magistrada D<sup>a</sup> BEATRIZ GODED HERRERO, quien expresa el parecer del tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia apelada declaró probados los siguientes hechos: Son hechos probados y así se declara que, el acusado Victorio , (también conocido como Pedro Miguel Y Alonso ) de 29 de años de edad y sin antecedentes penales, natural de Senegal y cuya situación en España se desconoce, el día 7 de junio de 2007 alrededor de las 22 horas se encontraba en la Plaza Joaquín Dualde a la altura del num. 14 de Valencia, ofreciendo a los viandantes CDS Y DVDS que no eran originales sino copias de ellos, siendo las



carátulas también copias. Victorio se le ha causado un perjuicio de 660,00, al AGEDI un perjuicio de 124,74 y a la S.G.A.E. un perjuicio de 48.84 que se reclaman.

SEGUNDO.- El Fallo de dicha sentencia apelada literalmente dice: Debo CONDENAR y CONDENO a Victorio como autor responsable de un delito RELATIVO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de DOCE MESES DE MULTA con una cuota diaria de 2 euros, responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de seis meses y al pago por mitad de las costas procesales.

Procede decretar el comiso de los objetos intervenidos, procediendo a su destrucción.

De conformidad con el art. 89 del Código Penal, procede sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional por tiempo de 10 años, salvo que acredite en ejecución de sentencia su residencia legal en España.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso contra la misma recurso de apelación por la representación de Victorio, que sustancialmente fundó en infracción del principio de legalidad, por aplicación indebida del artículo 270.1 del Código Penal, en los concretos términos que se recogen en su escrito.

CUARTO.- Admitido el recurso, y tras dar traslado de sus alegaciones a las partes restantes para que formularan las suyas, así lo hizo el Ministerio Fiscal, con impugnación del recurso instando la confirmación de la sentencia apelada. Tras ello, se elevaron los autos a esta Audiencia y oficina del reparto, que los turnó a su Sección Quinta en fecha 26 de marzo de 2009, señalándose para su deliberación y fallo el día 6 de mayo, en que han quedado vistos para sentencia.

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

## HECHOS PROBADOS

SE ACEPTAN los hechos probados de la sentencia apelada en su integridad.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso formulado por la representación del condenado D. Victorio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de esta ciudad, que le condena como autor de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270.1 del Código Penal, se basa en tres motivos: En el primero se alega la vulneración del principio de presunción de inocencia; en el segundo la infracción del principio de legalidad por considerar inaplicable el artículo 270 del Código Penal; y, por último, considera desproporcionada la medida de expulsión.

Aunque dentro del primero de los motivos esgrimidos, el recurrente alega una errónea valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia, lo cierto es que no cuestiona ninguno de los hechos que la sentencia de instancia considera probados, limitándose a introducir uno nuevo: que el acusado ofreció CD's a los policías, alguno de los cuales vestía con su uniforme reglamentario, de lo que deduce que desconocía la ilicitud de la conducta. Presupuesto necesario para considerar esta posibilidad hubiera sido que el propio acusado la hubiera alegado, pero la explicación no proviene de él sino de su defensa letrada. Esta Sala ha tenido la oportunidad de ver y oír la grabación del juicio, y se da la circunstancia de que el hecho que se pretende introducir como probado contradice las manifestaciones del propio acusado, quien alega haber sido detenido cuando salió del bar donde había estado ofreciendo los CD's y DV's; y en cuanto a las manifestaciones del testigo Policía NUM000, lo que éste manifiesta es que los policías presentes en el lugar, a quienes se dirigió el acusado ofreciendo las copias falsas de DV's y CD's, iban vestidos de paisano, aunque otros policías de apoyo del operativo, montado con otro objetivo, vistieran de uniforme.

Debe tenerse presente, por último, que el acusado no es un recién llegado, ignorante de las leyes y costumbres de este país, como su defensa pretende presentarlo, para argumentar su error, sino que lleva entre nosotros más de dos años, al menos desde el 20 de septiembre de 2006 en que le consta una primera detención, según resulta de la diligencia de antecedentes policiales (folio 7).

Dentro de este mismo motivo se alega la situación de estado de necesidad del acusado, aunque no se pida expresamente la apreciación de la circunstancia eximente. La jurisprudencia, en innumerables sentencias de las que pueden citarse como muestra la STS nº 1629/2002, de 2 de octubre y en el mismo sentido la STS nº 2003/2002, de 28 de noviembre, o la STS nº 1412/2002, de 19 de julio, ha señalado que "reiterados y numerosos precedentes de esta Sala Segunda han establecido que la esencia de la eximente de estado de



necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual". En el mismo sentido la STS nº 640/2002, de 22 de abril, en la que, en relación a la alegación de la existencia de una situación de grave dificultad económica, se afirma que "dicha dificultad por sí misma es insuficiente para determinar la eximente interesada, aún incompleta, ya que ni equivale a la amenaza de un mal efectivo, inminente y grave, ni acredita que no exista otro medio de superar las referidas dificultades económicas que la dedicación al tráfico intercontinental de cocaína".

En este caso, ninguna prueba se aportó de la situación personal ni familiar del acusado que se alega, ni de que él mismo o su familia se vean amenazados por un mal concreto, grave e inminente, al margen de una pobreza crónica que, en sus necesidades básicas puede verse resuelta por recursos asistenciales públicos o privados de beneficencia, que impiden justificar como necesario el recurso al delito.

SEGUNDO.- Se alega el principio de legalidad, por estimar que no concurren los elementos del tipo.

Para analizar si la conducta enjuiciada tiene encaje en el tipo del citado artículo 270.1., necesariamente se habrá de partir de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia.

Según resulta del referido apartado de hechos probados, el hoy recurrente "se encontraba en la Plaza Joaquín Dualde, a la altura del nº 14 de Valencia, ofreciendo a los viandantes Cd's y DVD's que no eran originales, sino copias de ellos, siendo las carátulas también copias".

El tan citado artículo 270.1 castiga a 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". Una de las conductas sancionadas es por tanto, la distribución y por tal debe entenderse, acudiendo al artículo 19 del RDL 1/96, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, "la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma". Ofrecer a la venta Cd's y DVD's es la acción que realizaba el apelante, conforme al relato de hechos probados, que no discute, y, por lo tanto, distribución de los mismos, en una de las modalidades que prevé la ley, sin que resulte necesario para estimar consumado el delito, que llegara a realizarse efectivamente ninguna venta, pues se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la mera puesta a disposición del público de los productos, es decir, de la obra obtenida sin autorización.

Los Cd's y DVD's que llevaba eran reproducciones no autorizadas de obras musicales y películas, que conforme al artículo 10.1 apartados b) y d) de la citada LPI, son objeto de propiedad intelectual.

El ánimo de lucro resulta evidente cuando de una venta se trata, por mínimo que sea este lucro, aun considerando que el apelante es, en efecto, el último eslabón en la cadena del ilícito negocio de la reproducción y distribución no autorizadas de las obras musicales y películas, el más expuesto y que menor beneficio obtiene, pero en definitiva, como él mismo admitió en el acto del juicio, realiza esta actividad para vivir, cuando no tiene trabajo en el campo, por lo que no puede negarse que se haya presidida por el ánimo de lucro.

Por último, exige el precepto que la conducta se realice en perjuicio de terceros. La circunstancia de que la actividad del condenado no haya supuesto un gran quebranto en las economías de los titulares de los derechos de explotación de las obras, no puede tener más consecuencia que la inexistente responsabilidad civil, pero no por ello puede quedar impune una conducta apta para producir el perjuicio, aun en el caso de que éste no hubiera llegado a materializarse.

TERCERO.- Alega por último la desproporción de la pena impuesta, y, particularmente, de la sustitución de la misma por la medida de expulsión, y la excesiva cuantía de la multa.

En cuanto a la multa, no se comprende la alegación pues la impuesta es la mínima, tanto en su extensión como en la cuantía de la cuota diaria.

Y respecto a la medida de expulsión, resulta de obligada aplicación en esta materia la doctrina contenida en las STS 901/04, de 8 de julio, 710/2005, de 7 de julio y 8 de abril de 2008. Conforme a la misma, es preciso realizar un juicio de ponderación de los bienes en conflicto procediéndose a un análisis individualizado, caso por caso, resultando en definitiva indispensable la motivación de la decisión judicial. La aplicación del art. 89 CP en modo alguno puede tener lugar, por tanto, de forma automática, esto es, de forma inmotivada y sin tener en consideración las circunstancias concretas del penado, pese a que, lo que parece sugerir el precepto es que,



concurriendo las circunstancias legales, sea la expulsión la regla general y la negativa a ella, la excepción que exigiera ser motivada. El Alto Tribunal declara que no bastará que el Juez o Tribunal atienda a la clase de delito cometido por el reo. Será necesario, además, el examen de algún elemento adicional que permita valorar con pleno criterio la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de proceder al cumplimiento de la pena en España. Tales elementos no podrán ser otros que las circunstancias del hecho y del culpable. Éstas deben ser tenidas en cuenta, por imposición expresa de la ley, al individualizar la pena, por cuanto ésta es la respuesta estatal a la comisión del delito, respuesta que debe resultar proporcionada, además, a la culpabilidad del autor en el hecho concreto. En resumen, el TS sostiene que será necesario que en la sentencia se efectúe una motivación suficiente en función de las características del caso que justifique la resolución finalmente adoptada.

No lo hace la sentencia de instancia, que se limita a acordarla en el fallo, por un tiempo de 10 años, "salvo que acredite en ejecución de sentencia su residencia legal en España". Pero lo cierto es que ningún elemento concerniente a la situación personal del acusado, se somete a la consideración del Juzgador, para que éste pueda valorar la oportunidad de acordar tal medida. Y tampoco se hace ahora con ocasión de interponer el recurso.

La falta de todo arraigo, familiar, social o laboral, que el recurrente, no sólo no acredita en absoluto, sino que ni siquiera alega, justificaría en este caso la medida de expulsión.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 240.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio las costas causadas en la apelación.

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

## FALLO

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

Primero: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Victorio, contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2008 dictada en los autos de que dimana el presente rollo.

Segundo: Confirmar dicha sentencia en todos sus pronunciamientos.

Tercero: Declarar de oficio las costas causadas en la apelación.

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

Contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

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