

Tutela penal. Piratería. Economía informal. Principio de la intervención mínima. Improcedencia.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª

FECHA: 20-5-2010

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Consejo General del Poder Judicial de España, en <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079370012010100320. Actualización: 15-7-2013.

OTROS DATOS: Recurso 137/2010. Sentencia 207/2010.

SUMARIO:

“El art. 270.1 del CP sanciona a quién con ánimo de lucro, y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comuniqué públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica (...) sin autorización de los titulares de los correspondientes derecho de propiedad, disponiendo el art. 19.1 del de la Ley de Propiedad Intelectual que «se entiende por distribución 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».”

[...]

“... se solicita una sentencia absolutoria en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal, ya que solo ante los ataques más intolerables sería legítima la aplicación de este tipo de derecho”.

[...]

“... estando sometidos al principio de legalidad, y no correspondiendo a este Tribunal analizar la conveniencia o inconveniencia de dar una respuesta penal a conductas como la enjuiciada, lo que nos vincula es el tenor literal del precepto penal que tipifica entre otras la distribución de una obra artística en perjuicio y sin autorización de los titulares de los correspondientes derecho de propiedad, y si se acredita que se ha llevado a cabo un acto de distribución del material fraudulento mediante la puesta a disposición del público a través de su ofrecimiento en venta, tal conducta conlleva una lesión al bien jurídico protegido por cuanto que mediante ella se niega al autor «el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización» (art. 17 de la Ley de Propiedad Intelectual), que además de en

perjuicio de los titulares de la obra, conllevaría un ánimo de lucro implícito que derivaría de que se pretendiera obtener un beneficio económico del acto, que de constatarse que se hacía con conocimiento de que se trataba de copias ilegales debería subsumirse en el tipo penal del art. 270 del CP, precepto que hemos de recordar no discrimina en función de la cuantía, ya del valor del objeto, ya del perjuicio causado o susceptible de causarse, como tampoco lo hace en atención a la gravedad o entidad de la distribución”.

“Es más, ni siquiera lo hace para dar a cabida a que los supuestos de menor entidad se puedan considerar como falta, sino que los incluye todos en la figura delictiva, lo que no posibilita dar un tratamiento diferenciador, al margen del que pueda derivar de la penalidad y de la indemnización, a los supuestos de venta según se haga a gran escala o a pequeña escala, pues en mayor o menor medida todos lesionan el bien jurídico que se protege en el art. 270 del CP”.

COMENTARIO: El Tribunal Supremo español ha aclarado en varias ocasiones que “... el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad ...”¹, de manera que “... reducir la intervención del derecho penal, como ultima «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”². En el caso de las ventas ambulantes de productos que infringen el derecho de autor o los derechos conexos, algunas Audiencias Provinciales se han apartado de ese criterio, como por ejemplo la de Bizkaia, al señalar que existen conductas previas a esa comercialización por los canales de la economía informal “con una capacidad mucho mayor de afectación al bien jurídico protegido” y que “para todas ellas y no para supuestos como el que nos ocupa, es para las que ha de entenderse reservada la aplicación de la Ley Penal”³, coincidiendo en lo sustancial con una dictada por la de Jaén, en la que dijo que “se debe acudir a la exclusión de la tipicidad en aquellos casos de nimias infracciones en que la acción en sí misma no es apropiada para crear un ataque al bien jurídico protegido ...”⁴. Sin embargo, la tendencia mayoritaria de las Audiencias Provinciales ha sido la de acoger la doctrina del Alto Tribunal español, al resolver en asuntos similares que, por ejemplo, “el principio de legalidad, obviamente, es vinculante, y el art. 270.1 del Código Penal sanciona el plagio y la distribución de este tipo de obras, sin autorización, sin distinción de que se trate de actos de gran relevancia o de cuantía económica notable o sobresaliente, por lo que no cabe hacer distinciones”⁵; que “no es al Juez sino al Legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación

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

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

3 Sentencia de la Sección 6ª (27-4-2010).

4 Sentencia de la Sección 3ª (31-10-2007).

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

de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal ...”⁶; que “sin perjuicio de toda la problemática social y de, incluso, posible explotación que pueda haber detrás de toda esta actividad delictiva, lo cierto es que el vendedor ambulante de este género falsificado, es necesario e imprescindible para que proceso criminal se desarrolle, se lesione el bien jurídico protegido y para que el delito produzca su beneficio, que es uno de los elementos del tipo, por lo que su conducta se convierte en cooperación necesaria indiscutible”⁷; que “no es el juez sino el legislador, a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal”⁸; que “el argumento de leve afectación al bien jurídico protegido, también debe ser rechazado porque la distribución en los términos anteriormente indicados lesiona el bien jurídico protegido ya que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho, afectando a su expectativa de ganancia patrimonial ...”⁹; que “el principio de legalidad penal implica que los jueces y tribunales deban aplicar la norma cuando se aprecie la concurrencia de todos los elementos esenciales del tipo, incumbiendo al poder legislativo toda opción de modificación del Ordenamiento Jurídico en la lucha contra conductas ilícitas a través de las diferentes normativas que lo integran y, con respecto al principio de intervención mínima, decidir en todo momento los límites de aplicación del Derecho Penal que se concretan en la descripción del tipo”¹⁰; que “en la interpretación y aplicación del Derecho Penal el Juez se sujeta (y debe hacerlo) al principio de intervención mínima cuando (en favor del reo) realiza una interpretación restrictiva del tipo o cuando advierte (y justifica) la ausencia de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico pero, de ninguna manera, puede sustentar en aquel principio la irrelevancia penal de una conducta que el legislador ha tipificado como delito pues ello implica suplantar la voluntad del legislador quien únicamente faculta al Juez, si cree que un comportamiento no debiera ser penado (típico) o no serlo tan gravemente, a exponer su tesis al Gobierno o a solicitar el indulto”¹¹ o también que “este es un principio que está dirigido principalmente al legislador, a la hora de la descripción de lo que debe ser tenido por delito y lo que no, pero una vez el legislador ha definido como delito una conducta como la de autos, no podemos los jueces y tribunales estimar «que no lo es», aunque creamos «que no debiera serlo», o que ya está bien protegido el bien jurídico en otras jurisdicciones mercantil, administrativa o civil, o que se deberían exigir más requisitos para reputar la conducta delito (como la existencia de organización o de actividad al por mayor, como se sugiere con frecuencia), porque el principio que más directamente se dirige a jueces y tribunales es el de legalidad”¹², entre otros muchos fallos. Otra cosa es que en razón del limitado número de ejemplares incautados y/o en razón de las particulares condiciones personales del imputado, se apliquen sanciones alternativas que se encuentren previstas en el ordenamiento nacional respectivo, como la suspensión condicionada de la pena, la libertad vigilada o la realización de trabajos comunitarios, entre otras sanciones alternativas que pueda contemplar la ley penal aplicable. Es de hacer notar, por último, que mediante Ley Orgánica 5 de 2010, se introdujo un párrafo al artículo 270 del Código Penal español, por el cual “... 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

6 Audiencia Provincial de Castellón de la Plana. Sentencia de la Sección 2ª (17-11-2010).

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

8 Audiencia Provincial de Málaga (sede de Melilla). Sentencia de la Sección 7ª (29-9-2010).

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

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

11 Audiencia Provincial de Alicante. Sentencia de la Sección 3ª (29-7-2010).

12 Audiencia Provincial de Valencia. Sentencia de la Sección 5ª (22-9-2010).

sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.”, este último que establece una sanción de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

TEXTO COMPLETO:

MAGISTRADOS

Ilmos Señores:

Don Alejandro M^a Benito López

(Presidente)

Doña Araceli Perdices López

Don Luís Carlos Pelluz Robles

En Madrid, a 20 de mayo de 2010.

La Sección Primera de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Magistrados mas arriba indicados, ha visto los presentes autos seguidos con el número 137/2010 de rollo de Sala, correspondientes al procedimiento abreviado número 392/2007 del Juzgado de lo Penal número 25 de Madrid, por un presunto delito contra la propiedad intelectual, en el que han sido parte como apelantes D. Alfredo y el Ministerio Fiscal y como apelados D. Alfredo y el Ministerio Fiscal, actuando como ponente la Ilma. Sra. D^a Araceli Perdices López, que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del indicado Juzgado de lo Penal se dictó sentencia el día 11 de diciembre de 2009, con los siguientes hechos probados:

“El día 23 de Marzo de 2007, aproximadamente sobre las 23,00 horas, Alfredo, quien también figura en las actuaciones como Donato, nacido el 5-7-80, figurando también como fecha de nacimiento en autos el 30-5-83, en China, hijo de Jinhua y Aiyuang con N.O.I NUM000 y NIE NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, sin residencia legal en España, accedió al interior del establecimiento de hostelería Bar Mesón “El Allazar” sito en la calle Guzmán Pérez Carrasco número 43 de Madrid,

portando una bolsa donde contenía DVDs con copias de películas cinematográficas sin contar con la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o de las correspondientes entidades de gestión, teniendo en su mano unos cuantos que ofrecía en venta a los clientes. A Alfredo se le intervinieron 143 DVDs.”

Y con el siguiente fallo: “Que debo CONDENAR Y CONDENO a Alfredo, quien también figura en las actuaciones como Donato como autor responsable criminalmente de un delito contra la propiedad intelectual prevenido en el artículo 270,1 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena seis meses de prisión y doce meses multa a razón de una cuota diaria de 2 euros, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53,1 del CP, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena conforme al artículo 56,2 de dicho texto legal, y con expresa imposición de las costas procesales. Se acuerda el comiso de los DVDs intervenidos”.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, interpusieron recurso de apelación contra ella D. Alfredo y el Ministerio Fiscal que fueron admitidos a trámite en ambos efectos, dándose traslado de los mismos al resto de las partes que los impugnaron, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sala para resolver.

HECHOS PROBADOS

Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Comenzando por el recurso que interpone la representación procesal del acusado contra la sentencia que le condena como autor de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270. 1 del CP, se viene en el mismo a sostener que el hecho de que portara DVD no significa que los estuviera vendiendo o caso de que fuera esa su intención, no constaría que llegar ofrecerlos al público, por lo que faltaría el requisito de distribución que requiere el tipo penal contemplado en el citado artículo.

El art. 270.1 del CP sanciona a quién 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 (...) sin autorización de los titulares de los correspondientes derecho de propiedad, disponiendo el art. 19.1 del de la Ley de Propiedad Intelectual que “se entiende por distribución 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”.

En la sentencia y de acuerdo con el testimonio de los agentes actuantes, se concluye que el acusado entró en un bar portando una bolsa en la que llevaba diversos DVD y unos cuantos en al mano que ofrecía en venta a los clientes del citado establecimiento.

El ofrecimiento en venta a terceros del material fraudulento, que es lo que estaba haciendo el recurrente, constituye una puesta a disposición del público de la obra audiovisual de terceros que es en sí mismo el inicio de un acto de distribución, con el que ya se pone en peligro el bien jurídico protegido en la norma penal, al margen de que finalmente se produzca su venta o alquiler. En este sentido el elemento del perjuicio, que no se exige como un resultado efectivo y constatado, sino como un ánimo tendencial (el precepto alude a que la conducta se haga “en perjuicio de tercero “lo que no precisa de un perjuicio real sino meramente potencial) se produce desde el momento que con la puesta a disposición del público de copias piratas se posibilita que el creador de la obra y los terceros a los que ha cedido

su uso y explotación, dejen de percibir el provecho económico que les corresponde por la reproducción de lo que es su creación artística, con lo que a su vez se limitan y merman las ventas de las originales, toda vez que de no existir aquellas, la única forma para el consumidor de acceder a las mismas solo podría ser mediante los productos originales.

Consecuentemente este primer motivo del recurso no puede prosperar al constar acreditado que el acusado estaba ofreciendo en venta, y consecuentemente dando inicio a la distribución del material fraudulento que le fue intervenido.

En el siguiente se indica que aún dando por válido que ofreció los DVD que llevaba en su mano, solo serían estos los que se pusieron a disposición del público, pero no los que iban en la bolsa, ignorándose en concreto cuales eran los que llevaba en uno y otro lugar, a lo que se añade, que al margen de lo que sostenga ADIVAN, no se sabría si el acusado tenía permiso para vender esos DVD.

La lógica y el sentido común indica que cuando una persona entra en un bar portando un total de 143 DVD, con algunos de ellos en sus manos e intentándolos vender a los clientes del establecimiento, todos los DVD que porta tienen idéntica finalidad, es decir su distribución mediante su venta a terceros. Por otra parte que carecía de permiso para ello, aparte de por la prueba practicada resulta, de que no haya aportado la documentación que acreditase tal permiso, resultando obvio que si la hubiera tenido lo habría hecho. Es más ni siquiera ha manifestado nunca que la tuviera. Por lo tanto tampoco este motivo puede ser acogido.

Por último y con cita de la STS de 24 de febrero de 2003 se solicita una sentencia absolutoria en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal, ya que solo ante los ataques más intolerables sería legítima la aplicación de este tipo de derecho.

Recuerda la STS 8 julio 2002 que “el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al

legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia”.

Pues bien, estando sometidos al principio de legalidad, y no correspondiendo a este Tribunal analizar la conveniencia o inconveniencia de dar una respuesta penal a conductas como la enjuiciada, lo que nos vincula es el tenor literal del precepto penal que tipifica entre otras la distribución de una obra artística en perjuicio y sin autorización de los titulares de los correspondientes derecho de propiedad, y si se acredita que se ha llevado a cabo un acto de distribución del material fraudulento mediante la puesta a disposición del público a través de su ofrecimiento en venta, tal conducta conlleva una lesión al bien jurídico protegido por cuanto que mediante ella se niega al autor “el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización” (art. 17 de la Ley de Propiedad Intelectual), que además de en perjuicio de los titulares de la obra, conllevaría un ánimo de lucro implícito que derivaría de que se pretendiera obtener un beneficio económico del acto, que de constatarse que se hacía con conocimiento de que se trataba de copias ilegales debería subsumirse en el tipo penal del art. 270 del CP, precepto que hemos de recordar no discrimina en función de la cuantía, ya del valor del objeto, ya del perjuicio causado o susceptible de causarse, como tampoco lo hace en atención a la gravedad o entidad de la distribución.

Es más, ni siquiera lo hace para dar a cabida a que los supuestos de menor entidad se puedan considerar como falta, sino que los incluye todos en la figura delictiva, lo que no posibilita dar un

tratamiento diferenciador, al margen del que pueda derivar de la penalidad y de la indemnización, a los supuestos de venta según se haga a gran escala o a pequeña escala, pues en mayor o menor medida todos lesionan el bien jurídico que se protege en el art. 270 del CP.

Y decimos que no lo posibilita porque cuando el Legislador quiere otorgar ese trato diferenciador, aminorando el reproche penal al propio de una falta, lo hace expresamente fijando una cuantía límite delimitadora entre el delito y la falta como ocurre en las figuras penales recogidas en el mismo Título del Código Penal en el que se encuentran los delitos contra la propiedad intelectual que protegen otro tipo de ataques contra la propiedad o el patrimonio tales como las estafas (art 249 del CP), hurtos (art. 234 del CP), robos y hurtos de uso (art. 244 del CP) daños (art. 263 del CP), apropiaciones indebidas (arts. 252 y 253 del CP), defraudaciones de fluido eléctrico y análogos (art. 255 y 256 del CP) y etc..., de igual forma que cuando decide que solo las conductas de mayor entidad merezcan reproche penal, quedando las de menor relevancia reservadas al ámbito sancionador administrativo lo específica, como ocurre a título de ejemplo en el art. 325 del Código Penal, precepto que revela que es la gravedad del riesgo producido la que permite diferencia la infracción penal de la administrativa, al requerir el precepto penal que las conductas que tipifica “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

En relación a este último artículo la STS de 24 de febrero de 2003 establece que “para determinar en que casos habrá de acudir al derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno estado de derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítima el recurso al derecho penal”

Pero en sus siguientes párrafos añade que “el examen del artículo 325 del Código Penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota

clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. Y “si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior”.

En el caso allí examinado era el propio precepto legal, el que indicaba que se debía estar a la gravedad del perjuicio, de forma tal que cuando no exista esa gravedad la sanción quedará circunscrita al ámbito administrativo. Pero como ya se ha apuntado, el art. 270 del CP no hace limitación alguna en función de la entidad o gravedad de la distribución o del perjuicio causado o susceptible de causarse, razón por la que la doctrina jurisprudencial recogida en aquella sentencia no es trasladable al supuesto presente.

Descartado que la conducta imputada y por la que se ha condenado sea penalmente atípica, el recurso no puede ser acogido.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal también viene a combatir la sentencia, pero solo en el extremo relativo a la no aplicación del art. 89 del CP.

La sentencia de instancia, pese a reconocer que el acusado es un ciudadano extranjero sin residencia legal en España, que no consta que tenga domicilio estable, familia, trabajo o cualquier otra situación que determine un grado de arraigo relevante, y que la pena impuesta y el delito cometido deberían motivar la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional, la rechaza ante la imposibilidad de cumplimentar el trámite de audiencia exigido por la Jurisprudencia, al no haber comparecido a juicio el acusado.

El art. 89. 1 del Código Penal dispone que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez

o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

El trámite de audiencia al penado que el vigente art. 89 del CP no prevé, ha sido exigido por la Jurisprudencia al considerar que “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. (SSTS 8-7-2004, 2-7-2005).

En el presente caso el Ministerio Fiscal solicitó la aplicación del art. 89 del CP en sus conclusiones provisionales, dando la posibilidad al acusado y a su defensa de manifestar lo que consideraran oportuno sobre la procedencia de la expulsión así como de proponer las pruebas que estimaran convenientes en relación a la petición de expulsión. Hubo pues posibilidad de contradicción que como señala la STS de 7 de junio de 2005 “desde la perspectiva de la defensa, no solo exige la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación, sino de hacerlo eficazmente, lo que no ocurre cuando se suprime cualquier posibilidad de probar aspectos relevantes y de alegar sobre el resultado de las pruebas”.

Tanto esta sentencia como la STS de 8 de julio de 2004 admiten que el trámite de audiencia pueda efectuarse dentro del propio plenario, si bien ambas cuestionan que se respete en la debida medida el derecho de defensa cuando la petición se formula por primera vez en las conclusiones definitivas sin

que nada se dijera previamente en el escrito de conclusiones provisionales. En concreto la segunda de las sentencias precisa que “en el presente caso se ha acordado sic et simpliciter tal medida solicitada por el Ministerio Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas, cuando ya se habían concluido los debates, restando sólo el derecho a la última palabra, que obviamente no satisface las exigencias de tutela de los valores de la familia y el derecho a elegir residencia” y que “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”.

Como se ha indicado la petición de expulsión se formuló en las conclusiones provisionales, habiéndose permitido al recurrente y a su defensa realizar una contradicción efectiva, ya efectuando las alegaciones que considerasen oportunas, ya articulando pruebas, por lo que el trámite de audiencia exigido por la doctrina jurisprudencial ha quedado cumplimentado, sin que para esa cumplimentación sea imprescindible la comparecencia personal del acusado cuando como ha sido el caso se ha celebrado el juicio en su ausencia, de conformidad con las previsiones legales.

A este respecto, si dentro del procedimiento abreviado se autoriza la celebración del juicio en ausencia del acusado con la eventualidad de un posible fallo condenatorio, es porque mediante su citación se le ha dado la posibilidad de ser oído y de poder defenderse. Con igual motivo cabe resolver sobre su expulsión, cuando también se le ha dado la misma posibilidad de ser oído, posibilidad que con su conducta, al no comparecer voluntariamente al llamamiento judicial, ha renunciado a ejercitar.

Adoptar una decisión contraria a la anterior no solo carecería de cobertura legal sino que provocaría el riesgo de que se tuviera que exigir en todos los

juicios con extranjeros en situación irregular en España a los que se pide pena de prisión inferior a los dos años su presencia física en el juicio oral, con la posibilidad de solicitar medidas restrictivas de su libertad para garantizarla, y no dejar en manos del acusado la posibilidad de que se resuelva sobre una posible expulsión dependiendo de su comparecencia al juicio oral.

De lo anterior debemos concluir que se ha cumplimentado el trámite de audiencia, y dado que el acusado es un ciudadano extranjero en situación irregular en España, del que no consta que tenga arraigo social, familiar, o laboral en nuestro país y que no existen razones especiales en la naturaleza del delito cometido que hagan aconsejable el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en territorio nacional, lo que procede es, con estimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, sustituir la misma por su expulsión del país.

TERCERO.- Estimado uno de los recursos y no existiendo razones para imponérsele al apelante cuyo recurso se desestima, las costas de esta alzada se declaran de oficio.

Por todo lo expuesto:

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 25 de Madrid con fecha de 11 de diciembre de 2009, en el Procedimiento Abreviado 392/2007, en el sentido de acordar la sustitución de la pena de seis meses de prisión impuesta al penado por la de su expulsión de territorio nacional en los términos recogidos en el art. 89 del CP. Asimismo debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Alfredo contra la indicada sentencia.

Se declaran del oficio las costas de esta alzada

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, haciendo saber a las partes que contra la misma no cabe recurso y devuélvanse las actuaciones, con certificación de la presente sentencia al Juzgado de procedencia, a los fines procedentes.

Así, por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.