

JUZGADO DE LO PENAL NÚM. 15 DE MADRID.

JUICIO ORAL NÚM. 469/2011.

En Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil catorce.

El Ilmo. Sr. D. Javier María Calderón González Magistrado del
Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, ha dictado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 107/2014.

Habiendo visto los autos de juicio oral núm. 469/2011 procedentes del Juzgado de Instrucción núm. 7 de Madrid (DPA. núm. 6868/2008) seguidos por presuntos delitos contra la propiedad industrial e intelectual contra

bajo la dirección letrada de D/D^a. Javier Mestre Rodriguez. Y como Acusación Particular, la Entidad Nintendo España S.A., representada por el/a Sr/a. Procurador/a. D/D^a. , bajo la dirección letrada de D/D^a. . Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, representado por el/a Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. María Antonia Maldonado, ejerciendo la acusación pública, y actuando como Sra. Secretario Judicial, D^a. Agustina Calle del Pozo.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se iniciaron en virtud de las diligencias previas de procedimiento abreviado núm. 6868/2008 seguidas ante el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Madrid, que fueron repartidas a este Órgano Jurisdiccional para enjuiciamiento por turno ordinario por el Juzgado Decano de Madrid.



SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones en este Juzgado Penal se formó el correspondiente Juicio Oral, se pronunció sobre admisión de la prueba y se señaló el Juicio Oral para el día 12/12/2013, que se suspendió por las causas determinadas en las actuaciones, señalándose para el día 25/03/2014, que se celebró con el resultado y la práctica de las pruebas que constan en el acta y en la grabación de imagen y sonido.

En el acto de Juicio Oral se han practicado las pruebas que venían acordadas, salvo las testificales de los Policías Nacionales núm. , y la Pericial a emitir por el Policía Municipal núm. por renuncia, y con el resultado obrante en los autos. El acusado fue asistido por la Sra. Interprete , con carnet de conducir núm.

Por la Acusación Particular se retiró la acusación en su día formulada por los delitos, previstos y penados, en los arts. 273.3, 274.1 y 197.1, interesando, a la par, que se requiriese la documentación solicitada en su escrito de acusación a los hoy acusados. Concedida la palabra al Ministerio Fiscal y a las Defensas, todos ellos se opusieron a tal pretensión por las razones que constan en la grabación de este juicio oral. Se desestimó tal pretensión al conculcar lo previsto en el art. 786.2 LECRIM., formulándose protesta al respecto.

El Ministerio Fiscal elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, y ha calificado los hechos como constitutivos de un delito contra la propiedad industrial, previsto y penado, en el art. 273.1 C.P., estimando como responsable del mismo, en concepto de autores, a los acusados

, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; solicitando se le impongan a cada uno de ellos las penas de un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo por el tiempo de la condena, y multa de 18 meses, a razón de una cuota diaria de 10 €, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 C.P., comiso y destrucción de los efectos intervenidos, así como al pago de las costas. En materia de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar al Representante Legal de NINTENDO ESPAÑA S.A., en la cantidad que de determine en trámite de ejecución de sentencia por los perjuicios originados.

Por la Acusación Particular, atendiendo a la retirada de acusación antes alegada, elevó sus conclusiones provisionales a definitivas, y ha calificado los hechos como constitutivos de dos delitos continuados contra la propiedad intelectual, previstos y penados, en los arts. 270.1 y 270.3 C.P., estimando como responsable de los mismos, en concepto de autores, a los acusados

, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; solicitando se le impongan a cada uno de ellos las penas de cuatro años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de 24 meses, con responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 C.P., e inhabilitación profesional especial durante cinco años para el ejercicio de profesión

relacionada con los delitos cometidos, y comiso y destrucción de los efectos intervenidos, así como al pago de las costas. En materia de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar al Representante Legal de NINTENDO ESPAÑA S.A., aunque no se indicase cuantía alguna en relación a este concepto.

Las Defensas de los acusados, en trámite de conclusiones provisionales, mostraron su disconformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal / Acusación Particular, interesando la libre absolución de sus patrocinados, solicitando subsidiariamente la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

TERCERO.- Tras los correspondientes informes quedaron las actuaciones concluidas para el dictado de la presente resolución y concediéndose la última palabra a los Acusados, con el resultado que obra en el acta y en la grabación de imagen y sonido.

CUARTO.- En el presente juicio se han observado todas las prescripciones legales, salvo el plazo para dictar sentencia por el cúmulo de trabajo que pesa sobre este Órgano Jurisdiccional.

HECHOS PROBADOS.

PRIMERO.- Apreciando en conciencia la prueba practicada, se declara probado que sobre las 11,30 horas del día 17 de septiembre de 2008, Agentes de la Brigada de Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial de la Policía Nacional, en virtud de la previa denuncia interpuesta por la Entidad Nintendo España S.A., se personaron en el establecimiento sito en Madrid, titularidad de , antes circunstanciado, actuando su hermano (, antes igualmente circunstanciado, como empleado del mismo, siendo ambos propietarios del local donde se ubicaba tal establecimiento en los porcentajes de un 75 % y un 25 %, respectivamente, y que en tal establecimiento fueron aprehendidos nueve packs, que contenían, una tarjeta, o cartucho, SUPER CARS DS ONE, una tarjeta micro SD de dos GBs de capacidad, de la marca SANDISK, y un dispositivo USB flash, así como nueve paquetes de DVDs, que respectivamente contenían 40 juegos, la tarjeta micro-sd, así como 396 juegos los cuatro DVDs, respectivamente, los cuales estaban destinados a la venta, y con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

Tales juegos, que eran copias no autorizadas de programas informáticos de titularidad exclusiva de la Entidad Nintendo España S.A., no habían sido autorizados por su legítimo titular para su distribución.

No consta suficientemente acreditado que la cuantía del beneficio obtenido por , fuese superior a la cantidad de 400 €, y tampoco consta debidamente acreditado el perjuicio que tal ilícita actuación ha podido generar a la Entidad Nintendo España S.A., que reclama por los mismos.

SEGUNDO.- Queda igualmente acreditado que sobre las 10,40 horas del día 18 de septiembre de 2008, Agentes de la Brigada de Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial de la Policía Nacional, dada la intervención producida en el local de calle Madrid, se personaron en el establecimiento , propiedad de , antes circunstanciado, y donde trabajaba como dependiente, , antes igualmente circunstanciado, sito en (Madrid), donde los Agentes aprehendieron otros 71 packs, idénticos a los ya mencionados, así como 28 tarjetas micro-sim, de la marca SANDISK, y 47 paquetes de cuatro DVDs, que contenían 40 juegos, la tarjeta micro-sd de esos packs, así como 396 juegos, los cuatro DVDs, respectivamente, los cuales estaban destinados a la venta, y con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito.

Tales juegos, que eran copias no autorizadas de programas informáticos de titularidad exclusiva de la Entidad Nintendo España S.A., no habían sido autorizados por su legítimo titular para su distribución.

No consta suficientemente acreditado que la cuantía del beneficio obtenido por , fuese superior a la cantidad de 400 €, y tampoco consta debidamente acreditado el perjuicio que tal ilícita actuación ha podido generar a la Entidad Nintendo España S.A., que reclama por los mismos.

TERCERO.- Este procedimiento ha estado paralizado, por causa no imputable a , entre los días 24/02/2009 a 15/11/2010, y entre los días 7/03/2012 a 15/11/2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- La declaración de los anteriores hechos como probados resulta de una valoración crítica y racional de las pruebas practicadas en el acto del plenario en relación con las diligencias de instrucción que obran en autos, en particular de la declaración de los Acusados

, de las testificales de , representante legal de la Entidad Nintendo España S.A., de los Policías Nacionales núm. , de la pericial emitida por el Policía Municipal núm. y del Perito de la defensa , así como de la documental obrante en las actuaciones y aportada en el plenario. Pruebas todas ellas que solo nos permite concluir con suficiencia, llegando a una plena convicción, sobre la forma en la que se produjeron los hechos en la manera previamente determinada.

SEGUNDO.- El derecho a la presunción de inocencia, como viene afirmando el Tribunal Constitucional (STC núm. 31/1981, de 28/07), se configura como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos. La doctrina (STC núm. 8/2006, de 16/01), afirma en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que

alguno de los elementos constitutivos del delito se presume en contra del acusado, sea con una presunción iuris tantum, sea con una presunción iuris et de iure (STC núm. 87/2001, de 2/04). De tal afirmación se desprende inequívocamente que no cabe condenar a una persona sin que, tanto el elemento objetivo, como el elemento subjetivo del delito, cuya comisión se le atribuye hayan quedado suficientemente probados, por más que la prueba de este último sea dificultosa y que, en la mayoría de los casos, no quepa contar para ello más que con la existencia de prueba indiciaria.

Es doctrina reiterada que el objeto de la prueba han de ser los hechos, y no normas o elementos de derecho (STC núm. 51/1985, de 10/04), y que la presunción de inocencia es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba (SSTC núm. 150/1989, de 25/09, núm. 120/1998, de 15/06), y no sobre su calificación jurídica (STC núm. 273/1993, de 27/09), y ello no obstante en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE., ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los elementos objetivos del delito, y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad (STC núm. 93/1994, 21/03, y núm. 87/2001, 2/04). De manera que únicamente cabe considerar prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad (STC núm. 33/2000, de 14/02; núm. 171/2000, de 26/06); características subjetivas que, a su vez, únicamente pueden considerarse suficientemente acreditadas cuando el engarce entre los hechos directamente probados y la intención que persigue el acusado con esta acción se deduce de una serie de datos objetivos que han posibilitado extraer el elemento subjetivo del delito a través de un razonamiento lógico, no arbitrario y plasmado motivadamente en las resoluciones (STC núm. 91/1999, de 26/05).

Y es también doctrina constante que cuando el Órgano Judicial alberque una duda racional sobre la concurrencia de los elementos del tipo penal, pese a que se haya practicado prueba válida con las necesarias garantías, debe entrar en juego el principio in dubio pro reo, que no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un verdadero mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio (STC núm. 137/2005, de 23/05; y STS núm. 1313/2005, de 9/11).

TERCERO.— Partiendo de tales premisas, el acusado OSCAR MARTÍNEZ COBOS señaló que es hermano [redacted], que trabajaba en una tienda de informática cita en la calle [redacted] de Madrid, que no tenía participación alguna en el negocio sino únicamente en el local, que sólo era un empleado, añadiendo que no recordaba que se vendiesen objetos informáticos ilegales en dicho establecimiento, que previa exhibición de los efectos obrantes en las actuaciones, tampoco recordaba dichas cajas y dichos efectos en el establecimiento, que únicamente estuvo



presente en la diligencia de entrada y registro, y la Policía se llevó determinados efectos, aunque no los concretos objetos que se llevaron, que su actividad era atender al público y reparar equipos informáticos, que no tenía relación alguna con los proveedores, que no recordaba que se vendiesen video-juegos, que las gestiones con dichos proveedores la realizaba su hermano , que cuando su hermano estuvo de baja laboral, si tuvo relación con dichos proveedores, que no recordaba si su hermano durante dicha baja laboral se interesó por la marcha del negocio, que no recordaba que ante el Juzgado de Instrucción señalase que tuviese contacto con proveedores, que a excepción de , no conoce a los otros dos acusados, que la empresa pertenece exclusivamente a su hermano y el mismo únicamente detentan un 25% del inmueble donde se ubica el local, que no se vendían productos sin licencia, que no tenían expuesto el anagrama de la marca Nintendo, y que trabajó como empleado entre los años 2001 a 2008. El acusado en sede de instrucción mantuvo que fue una persona llamada quien le vendió tales efectos, que no hacía ningún tipo de oferta para la venta de estos packs sino que los clientes le preguntaban por los mismos, que no sabía que los DVDs contuviesen juegos piratas ya que le había dicho que eran meras demostraciones, que nunca ha vendido a ningún cliente ese packs diciéndole que se tratasen de juegos originales y sólo le decía que eran demos, que una persona vino a su establecimiento y le pidió unos ocho o nueve packs, que al día siguiente le llamó por teléfono esa persona, que 15 días más tarde se personaron en el local dos personas y le preguntaron por tal producto, y les comentó que no tenía esos efectos, que estas dos personas salieron y a los dos minutos volvieron y se identificaron como Policías, que en su establecimiento se venden consolas Nintendo DS en sus cajas originales, que no ha abierto ninguna de dichas cajas, que suele comprar solamente por pedido, y que nunca ha comprado nada al local llamado siendo quien le llegaba dichos packs a su local (folios 102 a 104).

Por el acusado se mantuvo que es el titular de la tienda de informática cita en la cuya finalidad estaba destinada a la venta y reparación de equipos informáticos, que su hermano era su empleado y además propietario del 25% del local, que su actividad consistía en montar equipos e instalar redes informáticas mientras que su hermano atendía a los clientes y a los proveedores, que su hermano actuaba con su consentimiento, que no conocía a los proveedores con los que trataba su hermano OSCAR, que únicamente veía posteriormente los productos en el establecimiento, que por su actividad profesional, en aquellos momentos podía estar dos o tres días fuera del local, que previa exhibición de los efectos, señaló que nunca ha visto los mismos en su local, que al momento de la intervención policial, se encontraba de baja laboral, que durante dicha baja laboral no mantuvo un seguimiento exhaustivo de lo que ocurría en su establecimiento, delegando en su hermano, que tenía libertad total en dicho local, que en su tienda si se vendían consolas de videojuegos pero siempre a requerimiento del cliente y conforme los programas oficiales de dichas marcas, que si algún cliente le pedía un producto no legal le manifestaba que no vendía ese tipo de objetos, que su actividad residía la prestación del servicio técnico informático, que a partir de estos hechos comenzó a prestar más atención al tema administrativo de su empresa, que no le consta que su establecimiento tuviese relación con el local llamado

, sito en , que salvo a su hermano , no conoce a los otros dos acusados, que su baja laboral fue en septiembre de 2008 y se mantuvo en esa situación durante unos cuatro meses, que durante dicho periodo no acudió a su tienda, que la Policía le llamó su teléfono móvil y les comentó que en ese mismo momento se encontraba en rehabilitación en el Hospital de Móstoles, que la contabilidad y la facturación del local la llevaba su hermano, que en dicho local se vendían productos bajo catálogo de los proveedores, y que desconocía cómo se hallaron esos efectos en su establecimiento. El acusado en sede de instrucción mantuvo esta versión de los hechos, aportando copia de los partes de baja y alta laboral (folios 109 a 102).

Por el acusado se señaló que trabajaba en el establecimiento denominado , sito , que llevaba trabajando, más o menos, un año hasta momento de la intervención policial, que era el propietario del establecimiento, que la actividad comercial consistía en un videoclub, con alquiler de juegos y de películas, que también vendían videoconsolas, que previa exhibición de los efectos, manifiesta que los vio exhibidos en dicho local, que no recordaba que hubiese 72 cajas como estas en el local, que tales efectos estaban destinados a la venta aunque no recordaba si el precio era de 20, 30 o 55 €, que no recordaba si esas cajas se recibieron en una o en varias distintas ocasiones, que era quien se dedicaba al trato con proveedores, que no recordaba cuándo o cómo llevó dichas cajas, que dichos efectos realmente no se llegaron a vender porque todos fueron incautados, que llevarían en la tienda unos pocos días al momento de la intervención policial, que no suministró dichos efectos al local de la calle , que le suelen llamar , que no conoce a los otros dos acusados, que no recordaba haber declarado que vendió a algunas de estas cajas, que tampoco recordaba si fue quien llevó materialmente esas cajas a su local, que desconoce de dónde salieron dichos efectos, que tales cajas contenían un cartucho y un pendrive pequeño, que tales efectos no contenían nada y estaban vacíos, que el pendrive permite insertar una tarjeta de memoria, que tales cajas estaban cerradas y realmente no supo lo que había en las mismas, que entendía que el cartucho permitía que la consola pudiese reproducir música o películas, que dicha caja no contenía juegos de la marca Nintendo, que desconocía el contenido de los DVDs que venían con dichas cajas, que los DVDs estaban en su local pero no se entregaban con esa caja, que no se vendían juegos piratas en tal establecimiento, que su función no consistía en acudir a otros locales para vender dichos efectos, que en el establecimiento de Leganés había tarjetas de visita y cualquier persona se podía llevar una de ellas, que únicamente vendían a particulares, que no ha tenido trato comercial alguno con los otros acusados, que las instrucciones que había en dicha caja se indicaba la página web donde el usuario podía descargarse otros programas, que desconoce si la Entidad Nintendo vende este tipo de cartuchos, que a través de tales cartuchos se puede utilizar la consola para reproducir música, películas, y archivos multimedia general, y que sin tal cartucho la consola sólo puede ser utilizada para jugar. El acusado en sede de instrucción mantuvo que nunca había visto a , que no sabe el tiempo que llevaban esos paquetes en el establecimiento cuando fueron intervenidos por la

Policia, que no recordaba el lugar de la tienda donde estaban almacenados, que desconoce el contenido de esos DVDs, y que ignora la razón por la que ha comentado que él le vendió esos packs (folios 114 y 115).

Por el acusado se mantuvo que está conforme con lo declarado por , que es el propietario del establecimiento sito en que previa exhibición de los efectos, señaló que adquirió en el polígono Cobo Calleja unas 70 cajas de tales efectos, que puede ser que se vendiesen 8 o 9 cajas, que proporcionó a la Policía la dirección de la tienda sita en ese polígono donde compró esos efectos, que en tal compra no solicitó factura, que la persona que le vendió tales efectos no le comentó que dicho producto fuese ilegal, que tal producto servía para que una consola pudiese reproducir películas, música y aplicaciones multimedia, que desconocía que la caja contenía juegos de Nintendo, que creía que los DVDs contenían aplicaciones y no juegos, que no vendió videojuegos piratas, que realmente no sabía lo que contenían los DVDs y se los proporcionó un joven que solía acudir a su establecimiento, que nunca comprobó lo que había en tales soportes, que no tiene conocimientos informáticos para comprender las extensiones de los archivos de este tipo, que no conoce a los otros dos acusados, y que siempre entendió que la caja contenía un cartucho y un pendrive que venían vacíos. El acusado en sede de instrucción mantuvo que no ha vendido ningún packs, que sólo ha vendido algún cartucho, que los DVDs únicamente los utiliza para probar la capacidad y resistencia de las tarjetas pero no los vende, que el contenido de esos DVDs se pueden descargar en internet aunque no recordaba si lo hizo el mismo o se lo descargó otra persona, que no recordaba por qué hizo ese número de copias de los DVDs, que no sabe si todas las copias tenían el mismo contenido, que vende juegos originales pero no se dedican vender juegos piratas, que estos packs los compró en el polígono de Cobo Callejas en Fuenlabrada y ya explicó a la Policía el lugar exacto (folios 105 y 106).

Por , representante legal de la Entidad Nintendo España S.A., ratificándose en la denuncia interpuesta, señaló que el conocimiento que tiene de estos hechos es escaso porque anteriormente lo llevó otro compañero, que la entidad a la que representa no autorizó a ningún comercio a vender este tipo de cartuchos conteniendo juegos, que Nintendo no comercializa packs de juegos sino únicamente juegos individuales, que desconoce si un producto compatible con Nintendo debe ser o no autorizado por su propia entidad, que está plenamente seguro que la entidad a la que representa no permite la comercialización de los dispositivos objeto de las presentes actuaciones, que los cartuchos vulneran las medidas de protección impuestas por Nintendo, que estos cartuchos, según creía, pueden ser utilizados para aplicaciones que no sean juegos, que las medidas tecnológicas del cartucho original de Nintendo impiden que se puedan utilizar las consolas con juegos ilegales, que desconoce si las consolas se pueden utilizar con tales cartuchos para otro tipo de aplicaciones informáticas, que previa exhibición del cartucho obrante en autos, manifestó que es idéntico al que suministra su entidad, que el cartucho que comercializa Nintendo contiene el software necesario para poder utilizar legalmente los juegos en dicha consola, que tal cartucho

tiene la finalidad exclusiva de contener los juegos, que el cartucho que obra en las actuaciones contiene un hueco para insertar una tarjeta micro-sim, y que aunque se puede adquirir en el mercado, no ha sido autorizado por Nintendo, que no es posible realizar una copia de seguridad de los juegos que vende Nintendo, y no es posible utilizar el cartucho de Nintendo para jugar a unos juegos distintos a los ofertados por Nintendo.

Por los Policías Nacionales núm. , ratificándose ambos en el atestado, se señaló por el primer Agente que estuvo presente en la inspección de ambos establecimientos sitos en Madrid y en Leganés, que la primera intervención fue debida a una denuncia interpuesta por Nintendo por la comercialización de cartuchos y juegos ilegales que vulneraban los derechos de propiedad intelectual de tal entidad, que los representantes legales o técnicos de Nintendo no acudieron a la intervención en el establecimiento sito en la de Madrid, que en tal local hablaron con un empleado llamado , y posteriormente citaron telefónicamente a su hermano , que en tal local se intervino unas nueve cajas conteniendo un cartucho, un adaptador USB y una micro tarjeta, que no recordaba en qué lugar de dicho local se hallaban tales efectos, que , a su requerimiento, les entregó voluntariamente tales efectos, que tras la comprobación no se hallaron más efectos de este tipo, que requirieron a esta persona para que les entregase los cartuchos de Nintendo DS, a los que había que meter una micro tarjeta que contenía los juegos piratas, y que entendió perfectamente sus instrucciones, que previa exhibición de los efectos obrantes en las actuaciones, los reconoce, que creía recordar que esta persona también les entregó unos DVDs, que no recordaba si les dijo si tales soportes digitales contenían juegos piratas de Nintendo, que les dijo que el local de Leganés le había proporcionado tales efectos y que le había dado una tarjeta de visita, que acudió al establecimiento sito en la , y el empleado les comentó que vendían un pack con una tarjeta con 40 juegos y que, a su vez, les daban cuatro DVDs grabados con unos 400 juegos, que no recordaba el precio de dichos efectos en el establecimiento de la calle , que no recordaba cuál de los acusados era el empleado del local sito en Leganés, que desconoce si en el local de Madrid se llegaron a vender esos cartuchos o si se obtuvo beneficio alguno por su venta, que no se llamó por teléfono al establecimiento de Leganés para encargar este tipo de productos, que en el local de Madrid sólo estaba presente , y que el empleado del establecimiento de Leganés abiertamente les comentó que vendían este tipo de productos; añadiendo, además, el Policía núm. que también estuvo presente en ambos establecimientos, que en el local de Madrid, desde el inicio de su intervención, se identificaron como Policías y no como clientes, que la persona encargada, llamada , a su requerimiento les entregó los efectos que obran en las actuaciones, que no recordaba si tales efectos estaban expuestos al público, que también le entregó una serie de cuatro DVDs, que en el establecimiento de Leganés también pidieron este tipo de efectos y su dependiente se los entregó voluntariamente, que en el local de Leganés, según creía recordar, el precio del pack, incluido el cartucho, el adaptador, y la tarjeta micro, era de 50 €, que no se realizaron llamadas previas a ninguno de estos establecimientos preguntando por este tipo de

efectos, que le comentó que fue una persona llamada quien le proporcionó este tipo de efectos, que en el atestado se comprobó el contenido de estos efectos y se detalló de forma pormenorizada, que desconoce el número de cajas que se pudieron vender en cualquiera de los establecimientos o el beneficio obtenido por tales ventas, que creía recordar que tales cajas no estaban a la vista en los escaparates de tales establecimientos, que la denuncia interpuesta por Nintendo contenía la prueba de compra de uno de estos efectos, así como al propio pack, que en Comisaría comprobaron que dichos soportes contenían archivos con terminación NDS, y que aunque no tiene conocimientos específicos de informática, consideraba que en el mercado no existen aplicaciones libres con esa terminación informática NDS.

Por el Policía Municipal núm. ratificándose en su informe obrante a los folios 259 a 270 de las actuaciones, se señaló que examinaron tres sobres que contenían tres packs idénticos, los cuales incluían una llave USB, que permitía transferir los archivos a una tarjeta micro, un cartucho, y una tarjeta micro que se introducía el propio cartucho, que los DVDs analizados contenían más de 300 juegos, que el cartucho permitía insertar la tarjeta micro-sim, y a su vez, poner en marcha la consola Nintendo, que los cartuchos originales Nintendo no permiten hacer copias de seguridad, que dispuso de un cartucho indubitado para la elaboración de la prueba pericial y tenía unas características muy similares al dubitado, excepto en el acabado que era más burdo, que el cartucho es el que permite activar la consola, que no se constató que archivos informáticos contenía dicho cartucho, que desconoce si tal cartucho permite utilizar la consola para otras utilidades, que los juegos eran completos y no eran demostraciones, que realizó su pericia sin asistencia técnica de la Entidad Nintendo, que todos los archivos informáticos tenían una extensión NDS, que no tuvo acceso al código de seguridad del cartucho, que desconoce si existen programas informáticos con la extensión NDS en el mercado libre, y que creía recordar que a través de los cartuchos, objeto de estas actuaciones, se puede utilizar la consola para ver fotografías, añadiendo que su compañero el Policía núm. tuvo su misma intervención.

Por , Perito de la Defensa, ratificándose en el informe obrante en las actuaciones, señaló que las medidas de protección impuestas por Nintendo tienen por objeto impedir utilizar las consolas, tanto para juegos que no sean de esa marca como para cualquier otra utilidad, que el cartucho obrante en las actuaciones permite utilizar ese tipo de consolas para otras utilidades distintas dado que suprimen las restricciones impuestas por Nintendo, que las aplicaciones libres del mercado que se pueden utilizar a través de este cartucho, llevan necesariamente la terminación NDS, que tales programas informáticos con esa terminación no tienen por qué ser necesariamente juegos piratas, que conoce que la Entidad Nintendo autoriza a otros fabricantes para fabricar juegos para sus consolas, que, a su entender, Nintendo podría haber adoptado medidas de seguridad que protegiesen sus juegos pero sin cerrar la posibilidad de utilizar tales consolas con otras aplicaciones libres, que conoce que la Universidad de Castilla-La Mancha utiliza este tipo de consolas con este tipo de cartuchos para realizar aplicaciones informáticas en prácticas, que el informe pericial emitido por la Policía Municipal

únicamente hace referencia a páginas webs donde pueden descargarse este tipo de aplicaciones, que el cartucho sin aplicaciones informáticas, bien de libre mercado o bien ilegales, no sirve para nada, que el cartucho permite leer a la consola los programas informáticos que contienen las tarjetas de memoria, y que no ha comprobado el contenido de los DVDs ni de las tarjetas micro-sim que obran en autos.

Consta como prueba documental, el atestado núm. 84085-CMA-08 de la Brigada de Delitos contra la Propiedad Intelectual e Industrial de la Policía Nacional, de fecha 12/09/2008, que incorpora la denuncia interpuesta por la Entidad Nintendo España S.A. en relación a la compra realizada en el establecimiento sito en la calle

Madrid de copias no autorizadas de diversos juegos para la consola Nintendo DS, entregando un pack que contiene una tarjeta micro SD, pregrabada con copias piratas de juegos, así como cuatro CDs, que contienen 396 copias de juegos piratas, todos de la marca Nintendo; que anexa además descripción realizada por la Policía de los efectos entregados; acta de inspección realizada al establecimiento comercial sito en la calle

Madrid donde se recogen nueve packs, conteniendo una tarjeta SUPER CARD DS ONE, un adaptador UBS Flash, y una tarjeta micro-sd, de 2 GB de capacidad, de la marca SANDISK, que contenían 40 archivos informáticos con la extensión NDS, y 396 archivos con igual extensión, hallados en los cuatro DVDs, que son entregados por el dependiente , añadiendo que el propio

les manifestó que adquirió tales packs en el establecimiento denominado , sito en la localidad de Leganés; acta de inspección realizada al establecimiento comercial denominado

, donde se procede a la aprehensión de 71 packs, antes descritos, así como 28 unidades de tarjetas micro-sd, de 2 GB, y 47 paquetes de cuatro DVDs; que anexa además la propia denuncia interpuesta por la entidad NINTENDO ESPAÑA S.A., con determinadas fotografías realizadas, la factura de compra de tal packs por valor de 55 €, así como la fotocopia de la tarjeta comercial del videoclub llamado (folios 1 a 68); informe pericial emitido por la Policía Municipal, con referencia UCJ-6174-08, con fecha de entrada de 15/11/2010, elaborado por los Agentes núm.

debidamente ratificado en el plenario, que relaciona las muestras recibidas en ambos establecimientos y que fueron entregados por la Policía Nacional, conteniendo dichos packs una tarjeta de memoria micro SD de 2 de Gbs de capacidad, de la marca SANDISK, y cuatro DVDs, conteniendo la tarjeta micro-sd de esos packs, 41 archivos con la extensión NDS, y los demás soportes digitales, los DVDS, otros 396 archivos con igual terminación, siendo los distintos packs peritados idénticos, indicando que al introducir el cartucho denominado SUPER CARS DS ONE, junto con la tarjeta de memoria micro SD, en la consola Nintendo DS, encaja perfectamente al ser casi idéntica a una tarjeta indubitada, que tal cartucho permite encender la consola, y que tras breves instantes, se permite el acceso a los 40 juegos que constan en dicha tarjeta micro-sd, señalando, a la par, que los peritos no pueden determinar el perjuicio patrimonial de los legítimos titulares de los derechos de explotación, aunque el precio medio de mercado de un juego se ha podido concretizar en la suma de 25 €, y concluyendo que los archivos referidos son copia fraudulentas de los originales, propiedad de la Entidad Nintendo, y que el cartucho peritado

reproduce el diseño industrial del de la Entidad Nintendo (folios 259 a 273); escrito presentado por el Ministerio Público, de fecha 28/03/2011, interesándose que por la Entidad Nintendo se determinase el perjuicio ocasionado individualizado por la actuación de cada uno de los dos establecimientos (folio 331); documentación presentada por la Defensa de y de (folios 402 a 659); informe pericial emitido por

, obrante a los folios 775 a 780, debidamente ratificado en el plenario, que concluye las siguientes afirmaciones: 1.- La similitud, que no identidad, entre los cartuchos autorizados y no autorizados; 2.- El uso del logo "Nintendo" es necesario, pues el fabricante lo inserta durante el proceso de autentificación, no siendo posible utilizar aplicaciones alternativas sin tal logo; 3.- El proceso de autentificación de los cartuchos no originales seguramente es muy similar funcionalmente al de los cartuchos originales, aunque no puede ser de otra manera para poder superar la fase de autentificación; 4.- Los cartuchos no autorizados no están específicamente diseñados para desproteger juegos originales, pues pueden ser utilizados para ejecutar juegos y aplicaciones de libre distribución, que no violan los derechos de propiedad intelectual de ningún autor o empresa; y 5.- Las medidas de protección incorporadas por la entidad Nintendo en su videoconsola no son específicas para proteger los videojuegos, y podrían haberse adoptado otras medidas específicas que no restringiesen otros posibles usos de la videoconsola; así como documentación presentada por la Defensa de OSCAR en el plenario.

CUARTO.- El principio acusatorio está consagrado en nuestra Constitución en su art. 24.2, e igualmente, su exigencia proviene, entre otros, del art. 6.3, letras a) y b) de la Convención Europea de Derechos Humanos y del art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, encontrando su formulación en el derecho de toda persona a defenderse de la imputación de que es objeto, sin que en ningún caso pueda ocasionársele cualquier tipo de indefensión (STS 29/09/1989). En todo proceso, por ello, ha de existir una contienda entre dos partes netamente contrapuestas - acusador y acusado - resuelta por un Órgano Judicial, neutral e independiente, siendo que este principio debe ser respetado en todas las fases del proceso (STC 91/1987, de 3 junio).

Al haberse retirado la acusación por los presuntos delitos, previstos y penados, en los arts. 274.1, 273.3 y 197.1, por parte de Nintendo España S.A., dada la vinculación de este Juzgador al principio acusatorio, que impide condenar sin que se haya formulado acusación, procede hacer en favor de todos los acusados, un pronunciamiento absolutorio, con todos los efectos inherentes, respecto de los aludidos ilícitos penales determinados en los citados arts. 274.1, 273.3 y 197.1 C.P.

QUINTO.- Debe destacarse que el objeto de este proceso, según vino inicialmente fijado por la denuncia interpuesta por Nintendo España S.A., antes aludida, fue la comercialización de juegos ilegales, titularidad de la propia Nintendo, en el establecimiento sito en la Madrid, titularidad del hoy acusado, , actuando su hermano, el también acusado, , como empleado del mismo, y repartiéndose entre ambos la propiedad del citado local en los porcentajes de 75 % y 25 %, respectivamente, y donde fueron

aprehendidos nueve pack, antes referidos, que contenían, a su vez, una tarjeta micro-sd con 40 juegos ilegales, y cuatro DVDs, conteniendo todos ellos, otros 396 juegos ilegales, utilizándose para su uso un cartucho SUPER CARS DS ONE, que permitía usar tales juegos en una consola NINTENDO modelo DS, tras insertar en la misma una tarjeta micro-sd, en la que se contenían los oportunos juegos, además de un dispositivo UBS, que permitía transferir tales elementos desde un ordenador, los DVDs, a la propia tarjeta micro-sd. De tal intervención policial, además, de constató que otro establecimiento sito en Leqañés, denominado , y donde trabajaba como dependiente, , y ambos igualmente acusados, tenían en su poder /1 packs idénticos a los ya descritos, así como 28 unidades de tarjetas micro-sd, de 2 GB, y 47 paquetes de cuatro DVDs, conteniendo igual número de juegos titularidad de Nintendo.

Partiendo de tal premisa, y atendiendo al art. 10.1.i, del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, R. D. Legislativo 1/1996, de 12/04, un programa de ordenador debe ser exclusivamente considerado, a efectos legales, como un elemento encuadrable en el ámbito de la propiedad intelectual, y no en el de propiedad industrial, lo que determina que la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, que ha sido residenciada en el ámbito del art. 273.1 C.P., esto es, el registro, fabricación, importación, posesión, utilización, ofrecimiento o introducción, con fines comerciales o industriales, de modelos de utilidad o de patentes, sin el consentimiento de sus titulares, a criterio de este Juzgador, deba ser rechazada, sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá.

SEXTO.- Por la Acusación Particular ejercida por la Entidad Nintendo España S.A., se formula imputación por los delitos contra la propiedad intelectual, previstos y penados, en los párrafos 1º y 3º del art. 270 C.P., que habrá de ser entendidos según la redacción otorgada por L.O. 5/2010, de 22/06, como más favorable a los hoy acusados.

Tal precepto señala que "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. 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 concorra 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 art 623.5", y que "será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en

los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

En relación con los diferentes delitos objeto de acusación, los previstos en los arts. 270.1 y 270.3 C.P., en los términos antes referidos, a criterio de este Juzgador, la conducta objeto de enjuiciamiento debe ser incardinada en el párrafo primero de este precepto, que determina entre los elementos del tipo penal, la distribución y comercialización de este tipo de productos que infringen los derechos de los titulares de derechos de propiedad intelectual, dado que tal ilícito actuar, basa su uso en la propia utilización del cartucho, o tarjeta, SUPER CARS DS ONE, que es el elemento que permite conectar tales juegos con la consola, siendo, en consecuencia, un elemento mediato a la propia utilización de los programas de juegos ilegales, y es por ello, como señaló que Defensa de los acusados , que esta última actuación, en aplicación del art. 8.3 C.P., debe quedar integrada en el tipo más amplio previsto en el citado párrafo primero de este precepto.

Además, debe destacarse, de las pruebas periciales obrantes en autos, y antes referidas, que se constata que tal cartucho SUPER CARS DS ONE, encaja perfectamente en las consolas Nintendo DS, al ser casi idéntico a los originales, aunque más burdo, y que el mismo permite encender la consola, aunque no se pudo constatar qué archivos informáticos contenía dicho cartucho, o lo que es lo mismo, no se acredita fehacientemente que tal elemento contenga un sistema informático específicamente destinado a lograr la supresión o neutralización del dispositivo informático, la consola Nintendo DS, añadiéndose por tales peritos que este elemento, el cartucho SUPER CARS DS ONE, permite utilizar la consola para otras utilidades, bien como visualizar fotos, según el Policía Municipal, bien archivos de música, archivos audiovisuales, juegos de libre disposición, y otras muy diferentes utilidades informáticas, según el Sr. , siendo incluso usado tal consola y tal cartucho por cierta Universidad en prácticas docentes, datos estos además corroborados por las publicaciones científicas aportadas por la Defensa de en sede de instrucción (Laboratorio de Estructuras de Computadores, empleando videoconsolas Nintendo DS: obrante a los folios 456 y ss.), de lo que se infiere que este elemento, cartucho SUPER CARS DS ONE, no está concreta y específicamente destinado, tal y como expresamente indica el tipo penal del art. 270.3 C.P., a neutralizar esa consola Nintendo DS, y con ello, cabe concluir que el uso de este elemento no integra este tipo penal referido (STAP Valencia, Sección 5ª, auto 101/2008, de 7/03; Zaragoza, Sección 1ª, sentencia núm. 304/2012, de 8/11), debiendo, en todo caso, y según dispone art. 102.c del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, antes referida, residenciar esa supuesta utilización ante la vía jurisdiccional civil.

Reseñar, por último, que este tipo de cartuchos al no estar específicamente diseñados para desproteger juegos originales, en los términos ya referidos, determina que su uso por terceras personas, dentro de los márgenes legales, sea perfectamente factible, sin que por ello tal actuación integre el tipo penal del art. 270.3 C.P., que es, a su vez, plasmación del art. 7.1.c de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de fecha 23/04/2009, precepto aquel que, en todo caso, debe

ser interpretado de forma restrictiva, a la luz de la reciente sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Cuarta, de 23/01/2014, asunto C-355/12, publicada en la REDUE núm. 3/2014, que versa sobre las medidas impuestas por NINTENDO en sus consolas, al declarar que "corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si otras medidas o dispositivos no instalados en las consolas podrían provocar menos interferencias o limitaciones en las actividades de terceros, ofreciendo al mismo tiempo una protección comparable para los derechos del titular ... ya que no es preciso que esta eficacia sea absoluta".

SÉPTIMO.- La jurisprudencia en relación a las infracciones relativas a la propiedad intelectual, al mercado y a los consumidores, determina las siguientes puntualizaciones:

1.- El Ordenamiento Jurídico protege un bien patrimonial, o moral individual, consistente en el interés de explotación exclusiva del titular de los derechos de explotación, e integra como acciones nucleares, la de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente. El bien jurídico protegido a través de este tipo de ilícitos penales, no es el mercado, y la posible confusión entre copias lícitas e ilícitas, sino que reside en los derechos de propiedad intelectual con su doble contenido de derechos morales y de explotación (STS de 19/05/2001; STAP de Cuenca de 20/05/2005, y de Vizcaya de 15/02/2005).

2.- Como señala la doctrina, este ilícito penal es un tipo cerrado (no una norma penal en blanco), pero descrito con elementos normativos que deben de ser interpretados y explicados conforme a normas no penales. Por ello, la conducta típica de distribución debe de interpretarse conforme a la configuración legal de ese derecho de distribución realizada por la normativa extrapenal definitoria del mismo, que no es otra que la contemplada en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, que reconoce que el derecho de distribución, art. 17 "... corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier formado, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin autorización, salvo los casos previstos en esta Ley". Y lo define en el art. 19 como "la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma". Y de ello, se concluye que la distribución supone ya la lesión del bien jurídico protegido en cuanto que mediante ella se niega la exclusiva de explotación del titular del derecho, y afecta a la expectativa de ganancia patrimonial que, derivada de ella, éste tiene.

Recordar, en todo caso, según el Acuerdo adoptado por las Secciones Penales de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 25/05/2007, que incluso la mera puesta a disposición del público, previo a la venta, es un supuesto que encaja en la acción típica de la distribución.

3.- En ningún caso es necesario para la consumación que se hayan llegado a producir los perjuicios para terceras personas, pues, el Código dice "en perjuicio de tercero", expresión que es distinta de "con perjuicio para tercero". Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero la consumación del

delito no exige que efectivamente se le cause. En efecto, es doctrina mayoritariamente reiterada que los delitos contra la propiedad intelectual son ilícitos contra los intereses generales, para cuya consumación no es necesario probar un efectivo perjuicio para una o unas personas determinadas, perjuicio que, de existir, se tomará en consideración en orden a la determinación de la responsabilidad civil; y que el elemento del perjuicio, que no se exige como un resultado efectivo y constatado, sino como un ánimo tendencial, se produce desde el momento que, con la puesta a disposición al 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, actuación ésta que limita y merma las ventas de los originales, entendiéndose que, de no existir tales copias piratas, la única forma para el consumidor que acceder a ese tipo de programas informáticos, juegos de ordenador, sólo puede ser obtenida mediante los productos originales, lo que incrementa el patrimonio de los acusados y de la persona que les facilita la copia, pero no así del autor de tal programa informático, cual es el caso de autos.

4.- En cuanto al elemento subjetivo definido en el art. 270 C.P., consistente en que la acción se realice "con ánimo de lucro", por tal elemento se entiende cualquier ventaja, beneficio, utilidad o provecho de carácter patrimonial, y en las infracciones relativas a la propiedad intelectual, el ánimo de lucro fundamentalmente se concreta en el ánimo de obtener una ventaja económica de la realización de una actividad no permitida, y como elemento típico de carácter subjetivo, no es posible prueba directa del mismo, sino que, como reconoce el Tribunal Supremo, se ha de acudir a una serie de elementos objetivos que rodean el hecho para probar la voluntad del sujeto, acudiendo a criterios, tales como la forma de la copia ilegal, la cantidad y el número de copias intervenidas, el lugar de venta, la carencia de todo tipo de documentación y permiso, es decir, el "modus operandi" (STS de 26/09/1992, 27/02/1992, STAP Toledo de 9/01/1995 y Madrid, Sección 17ª, de 29 mayo 2007; Sección 6ª, núm. 89/2012, de 29/02; Sección 3ª, núm. 348/2010, de 21/09; Sección 7ª, núm. 134/2011, de 24/02).

5.- Y que quede acredita fehacientemente la titularidad de los derechos de propiedad afectados, a los efectos exigidos por el tipo penal (STS 2/10/2002; STAP Madrid, Sección 23ª, de 9/06/2006, Sección 3ª, sentencia núm. 348, de 21/09).

OCTAVO.- De la prueba obrante en autos, y a los efectos del art. 741 LECRIM., queda fehacientemente acreditado la posesión por los acusados, y en consecuencia, la puesta a disposición del público previa a la venta, entendida ésta ilícita actuación, como un supuesto de distribución, de juegos ilegales titularidad de la Entidad Nintendo, como queda acreditado de la testifical de los Agentes de la Policía Nacional y de la pericial del Policía Municipal, que se corrobora, además, por el atestado iniciador de las presentes actuaciones, donde se refleja tal extremo, en concreto, 9 packs, con nueve tarjetas micro-sd y 9 paquetes de DVDs, así como, 71 packs y 47 paquetes de DVDs, todos ellos, antes referidos, que contenían, 40 juegos la tarjeta micro-sd de tales packs, así como 396 juegos los cuatro DVDs, utilizándose para su uso, un cartucho SUPER CARS DS ONE, que permitía emplear tales

juegos en una consola Nintendo modelo DS, tras insertar en la misma esa tarjeta micro-sd, en la que se contenían los oportunos juegos, además de un dispositivo UBS, que permitía transferir tales juegos, utilizando un ordenador, desde los DVDs a la propia tarjeta micro-sd; que tales programas de ordenador eran copias ilegales de juegos titularidad de Nintendo España S.A., quien no había autorizado a los hoy acusados a la venta de este tipo de packs, como se infiere de la testifical del representante legal de tal Entidad; y que tales packs se hallaron en el establecimiento sito en la calle [redacted] Madrid, titularidad del hoy acusado, [redacted], actuando su hermano, el también acusado, [redacted], como empleado del mismo, donde fueron aprehendidos los nueve pack, así como en el otro establecimiento sito en [redacted] Leganés, denominado [redacted], y donde trabajaba como dependiente, [redacted] donde se aprehendieron los otros 71 packs y los 47 paquetes de cuatro DVDs, idénticos a los ya descritos, además de otras 28 tarjetas micro-sd, habiendo adquirido tales packs [redacted], en lugar no suficientemente acreditado del polígono Cobo Calleja de Fuenlabrada, por lo que puede afirmarse, fuera de toda duda racional, que existe suficiente elemento probatorio que permite afirmar que ha quedado desvirtuado el principio de presunción de inocencia de los hoy acusados.

Todos los elementos, objetivos y subjetivos, de este tipo penal, antes descritos, incluido la titularidad de los derechos de autor que son propiedad de Nintendo España S.A., han quedado suficientemente acreditados.

Y sin que a ello sea óbice las manifestaciones de [redacted]

que deben ser entendidas en el legítimo ejercicio al derecho a la defensa, y que se han visto plenamente desvirtuadas por las aludidas testificales de los Agentes de la Policía Nacional, y de la pericial del Policía Municipal, que de forma firme y coincidente entre sí, y en relación a la prueba documental aludida, han señalado que tales elementos conteniendo esos juegos ilegales, copias de los originales, fueron aprehendidos en los citados establecimientos, careciendo de toda virtualidad, las manifestaciones de todos los acusados, no solo sobre su desconocimiento sobre los concretos programas que contenían tales soportes informáticos, sino incluso sobre el hallazgo y tenencia de tales elementos en sus establecimientos, y siendo especialmente significativo, a criterio de este Juzgador, que el Sr. Perito de la Defensa, más allá de sus afirmaciones técnicas, señalase que no ha tenido a su disposición el contenido de tales soportes en la realización de su pericia.

Ahora bien, no puede dejar de tenerse presente, en aras de la correcta aplicación del art. 270 C.P., en la redacción otorgada por la L.O. 5/2010, y conforme determina el art. 2.2º de igual Texto Legal, que otorga expreso efecto retroactivo a la Ley Penal más favorable al reo, y ésta claramente lo tiene, que atendiendo a las concretas características de los acusados en los propios términos reflejados de la Exposición de Motivos (apartado XVII) de L.O. 5/2010; a la distribución al por menor realizada según el número de los soportes informáticos aprehendidos, nueve packs a [redacted]

, con tantas tarjetas micro-sd y nueve paquetes de DVDs, así como 71 packs, con sus oportunas tarjetas micro-sd, y 47 conjuntos de DVDs, a ; a la inexistencia de todo elemento probatorio sobre el posible beneficio económico que hubiese podido obtener los propios acusados por su ilícita actuación; a la inexistencia de prueba alguna sobre la venta efectiva de tales elementos, salvo el propio pack aportado por la denuncia de la propia Nintendo España S.A.; y a la no concurrencia en el supuesto enjuiciado de las circunstancias agravantes previstas en el art. 271 C.P., que los hechos hoy enjuiciados, a criterio de este Juzgador, deben ser subsumidos en la falta, prevista y penada, en el art. 623.5 C.P. (STAP Las Palmas, Sección 6ª, núm. 25/2012, de 1/02), atendiendo, además, a la reiterada doctrina jurisprudencial que establece que cuando no ha quedado acreditado la concurrencia de los elementos del tipo no puede cargarse sobre la conducta de los autores del hecho punible, actuaciones o comportamientos, que no estén plenamente acreditados (STS 16/06/2000), conllevando la duda la adopción de la postura más favorable posible al encausado, en aras a la plena observancia del principio de presunción de inocencia (STS 18/02/2000, 5/11/1987, 6/03/1989 y 27/02/1990).

Destacar, a la par, que no queda constancia, del supuesto perjuicio que ha podido generar tales ilícitas actuaciones a la Entidad Nintendo España S.A., habiéndose interesado por el Ministerio Fiscal en sede de instrucción que esta Empresa se pronunciase sobre tal extremo, como antes ha quedado reflejado (folio 331), omitiendo toda colaboración al respecto por parte de la propia Acusación Particular que, sin embargo, solicitó de forma extemporánea determinada documental contable a los acusados, prueba esta cuya admisibilidad conllevaría una interpretación absolutamente inadecuada e impropia del art. 786.2 LECRIM.

NOVENO.- Por tanto, queda acreditado que los hechos hoy declarados probados son constitutivos de una falta contra la propiedad intelectual, prevista y penada, en el art. 623.5 C.P., de la que aparece como criminalmente responsables en concepto de autores, los acusados,

, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del Código Penal, por su participación directa y voluntaria en la ejecución de los hechos constitutivos del referido ilícito, y sin necesidad de reiterar anteriores pronunciamientos.

DÉCIMO.- Tal falta debe entenderse prescrita, dados los periodos de inactividad habidos en sede de instrucción y de señalamiento, superiores al término legal de seis meses, según se constata de los habidos desde la providencia de fecha 24/02/2009, por la que se acordó encomendar la pericia a la Policía Municipal, hasta la presentación del propio informe, con fecha de entrada en ese Juzgado de 15/11/2010, o del producido entre la segunda remisión de este causa por el Juzgado de Instrucción, acaecida el día 7/03/2012, hasta el dictado por este Órgano Jurisdiccional del auto de admisión de pruebas, 15/11/2013, los cuales han sido debidos a la elevada carga competencial que soportan los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, respectivamente, y ello en aplicación de los arts. 130.6 y 131.2 CP., y del Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de fecha 26 de Octubre de 2010 del Excmo. Tribunal Supremo que tomó el siguiente Acuerdo en materia de prescripción:

"Para la aplicación de este instituto se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al ilícito, delito o falta, cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así lo pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos, como delito o falta".

UNDÉCIMO.- No obstante los anteriores pronunciamientos, en recta aplicación de los arts. 742.3 y 635 LECRIM., en relación con el art. 127 CP., y a fin de garantizar los legítimos derechos de propiedad intelectual de la Entidad Nintendo España S.A., una vez sea firme la presente resolución, y en trámite de ejecución de sentencia, deberá procederse a la retirada del mercado, e inutilización, de la totalidad de los efectos aprehendidos por la Policía Nacional en las intervenciones practicadas en los locales antes referidos, sitos en
Madrid, titularidad de
establecimiento sito en
denominado
al constar que los soportes en ellos aprehendidos contienen copias no autorizadas de programas informáticos, que son titularidad exclusiva de la Entidad Nintendo España S.A. (STAP de Madrid de 26/07/2005, y Barcelona, Sección 8ª, de 2/04/2002).

DUODÉCIMO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 239 y 240 LECRIM., procede declarar de oficio las costas de este procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO.

ABSUELVO a

, antes circunstanciado, de los delitos, previstos y penados, en los arts. 273.3, 274.1 y 197.1, respectivamente, de los que venían siendo acusados.

Que estimando de oficio la prescripción de la falta contra la propiedad intelectual, **ABSUELVO a**

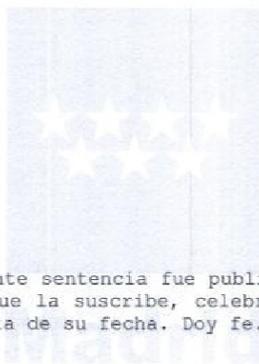
antes circunstanciado, de la expresada falta, prevista y penada, en el art. 623.5 C.P.

Una vez sea firme la presente resolución, y en trámite de ejecución de sentencia, se procederá a la retirada del mercado, e inutilización, de la totalidad de los efectos aprehendidos por la Policía Nacional en las intervenciones practicadas en los locales sitos en
titularidad de
, así como en el

Se declaran de oficio las costas de este procedimiento.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a sus Procuradores (Art. 160 LECRIM.) y también a los ofendidos o perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa (Art. 789.4 LECRIM.), así como, al Ministerio Fiscal, indicándoles que contra la misma cabe interponer recurso de apelación dentro de los diez días siguientes al de su notificación, ante este Juzgado y para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por esta mi sentencia, de la que se dejará testimonio en autos, llevando el original al libro de sentencias, lo pronuncio, mando y firmo.



PUBLICACIÓN.- La presente sentencia fue publicada y leída por S.S^{ta}. Ilmo., el Magistrado que la suscribe, celebrando audiencia pública en el Juzgado, en el día de su fecha. Doy fe.