

**JDO. DE LO PENAL N. 2
SALAMANCA**

SENTENCIA: 00091/2015

SENTENCIA NUM. 91

En Salamanca a veinticuatro de marzo de dos mil quince.

La Ilma. D^a Maria Teresa Cuesta Peralta, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal número dos de esta ciudad, habiendo visto, juicio oral, la presente causa, registrada con el n^o **252/13**, seguida por un presunto delito **CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL** contra [redacted] con D.N.I. n^o [redacted], y [redacted] con D.N.I. n^o [redacted], representados por la Procuradora [redacted] y asistidos por el Letrado D. [redacted] Maestre Rodríguez; con instrucción de la causa, habiendo sido partes el Ministerio Fiscal, NINTENDO IBERICA SL y NINTENDO CO., LTD, como acusación particular, representada por la Procuradora D^a [redacted] y asistida por el Letrado [redacted]

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción n^o 4 de Salamanca, se incoaron Diligencias previas [redacted], y practicadas las actuaciones acordadas para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos, personas responsables de los mismos y procedimiento aplicable, se acordó continuarlas por los trámites del Procedimiento Abreviado y dar traslado al Ministerio Fiscal y Acusación particular, que presentaron escrito de calificación la acusación particular solicitando la apertura de juicio oral, y solicitando el sobreseimiento el Ministerio Fiscal, dando traslado al acusado que presentó escrito de defensa, previa presentación por el Ministerio Fiscal de escrito de calificación interesando la absolución, remitiendo los autos a Decanato, que fueron turnados y recibidos en este juzgado, dictando resolución sobre la admisión de pruebas, y se señaló día y hora para la celebración del Juicio, después de diversas suspensiones el día 17 de Marzo de 2015 practicándose las pruebas de declaración de los acusados, testifical, pericial y documental.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal [redacted], en sus conclusiones definitivas mantuvo que los hechos no son constitutivos de infracción penal, solicitando la libre absolución de los acusados con todos los pronunciamientos favorables.

TERCERO- Por la Acusación particular se calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual del art. 270-3 del C. Penal; conceptuando autores responsables a los acusados; concurriendo la agravante del [redacted]

art. 271 a) y b); solicitando se les imponga la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION Y MULTA DE DIECIOCHO MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS, e inhabilitación profesional especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido. Y al pago de las costas incluidas las de la acusación, así como el comiso y destrucción de la mercancía intervenida para el caso de que no haya sido destruida con anterioridad. Y que indemnicen con carácter personal y directo y subsidiariamente de la mercantil S.L. en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia por perito judicial.

CUARTO.- Por la defensa se solicitó la libre absolución de todos sus defendidos con todos los pronunciamientos favorables.

HECHOS PROBADOS

Los acusados , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales en su condición de propietarios del grupo empresarias con domicilio social en la de Salamanca y a través de diversos establecimientos sitios en la localidad de Salamanca, Valladolid y Zamora, tenían a la venta a los largo del año 2009, en los mismos tarjetas "NDSTT", "R4 REVOLUTION FOR DS", "M3 DS REAL" o "N% REVOLUTION FOR DS" así como "chips D2 all", dispositivos todos ellos para su utilización en las consolas Nintendo, que servían como dispositivo tendente a desprotegerlas para permitir utilizar juegos no originales, pero también , para permitir la ejecución de juegos originales de otras zonas (utilizar juegos americanos con sistema NTSC), cargar copias de seguridad o ejecutar homebrew (software casero no oficial o , aplicaciones y juegos creados por programadores -aficionados y expertos, libre- convirtiendo la consola en un ordenador personal apto para realizar múltiples tareas absolutamente lícitas, como pueda ser el manejo de fotografías, ejecutar juegos de libre distribución no diseñados para consola, escuchar música, ver vídeos , navegar por internet etc...

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos declarados probados y apreciando en conciencia la prueba practicada no constituyen un delito contra la propiedad intelectual del art. 270-3 del C. Penal. Dispone el artículo 270 del Código Penal 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.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones

a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. 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 el tipo penal previsto en El artículo 270-3 del C. Penal requiere que concurren dos requisitos típicos específicos de esta figura penal, a saber: por una parte ha de existir el medio facilitador, ya sea por fabricación, por importación, por puesta en circulación o por tenencia, que además ha de estar concretamente concebido para la facilitación de la supresión o la neutralización, y por otra que se hayan utilizado dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador.

Y del examen y valoración conjunta de la prueba practicada, los acusados en el acto del juicio, como hicieron en el juzgado de instrucción reconocen ser copropietarios al 50% de la empresa y haber comercializado a través de la misma y en establecimientos de Salamanca, Zamora y Valladolid en tiendas de su propiedad, tarjetas "NDSTTT", "R4 REVOLUTION FOR DS", "M3 DS REAL" o "N% REVOLUTION FOR DS", que fueron intervenidos por agentes de la guardia civil en los distintos establecimientos, que conocen que esas tarjetas servían para ampliar las funciones de las consolas NINTENDO DS, desconociendo para que las utilizan los usuarios, así como su destino principal, que no sabe de piratería ni de copia de juegos, que sólo son comerciales y no tienen conocimientos de informática.

Y de las periciales aportadas por las partes a los autos y ratificadas en este acto del juicio, por el perito de la acusación particular en su informe efectúa un estudio de los cartuchos intervenidos a los acusados y de los cartuchos originales de los juegos de Nintendo, y de su ejecución en la consola NINTENDO DS, reseñando que los cartuchos de los juegos originales de NINTENDO DS, contiene un software, mediante un programa informático de diálogo entre la consola portátil y el cartucho que autentifica su identidad, que están sellados y no permiten copia, ni actualiza el software, y no se puede acceder a ellos más que a través de la consola. El mecanismo de funcionamiento es insertar el cartucho del juego original en la consola apagada, y al encenderla es cuando se pone en marcha el proceso de identificación (Autenticación) entre la consola y el cartucho, estableciéndose un código de arranque que se encuentra contenido en el cartucho Nintendo y es cuando se inicia el proceso de carga del juego que se trasfiere a la memoria de la consola y se puede empezar a jugar; mientras que los cartuchos no autorizados es un cartucho similar al de Nintendo en forma

y dimensión que tiene una abertura en la que se inserta una tarjeta Micro SD, tarjeta de memoria flash, utilizando un adaptador de interfaces USB a Micro SD, que se conecta al ordenador, y se cargan los juegos no autorizados, insertando dicha tarjeta Micro SD en el cartucho no autorizado y se conecta a la Consola NINTENDO DS y comienza la operación de software para acceder a los juegos o utilidades, habiendo engañado a las medidas de protección de arranque NINTENDO DS para la autenticación de cartuchos. Comprobando en un estudio posterior como los cartuchos no autorizados al introducirlos en la consola logra engañar a ésta en el diálogo que se establece, entendiéndola que es original, produciéndose una violación de las medidas tecnológicas implementadas por el fabricante que se basan en el intercambio de mensajes criptográficos entre la consola y el cartucho, sin que pueda discriminar los contenidos que pueden reproducirse en la consola, y concluye que se utilizan dichos cartuchos en mayor medida para reproducir juegos copiados ilegalmente. Aclarando en el acto del juicio, que los estudios sobre el contenido del software de los cartuchos y la consola fueron realizados en su presencia pero por personal de NINTENDO, utilizando los medios e instrumentos que aportó la propia Nintendo; reconociendo que si bien estimaba que el uso principal de esos cartuchos no autorizados era para el uso de juegos piratas bajados por Internet, que es cierto, que con esos mismos cartuchos se ampliaba la utilización de la consola a otros usos como utilizar un software casero, y que las medidas de seguridad que se incluyen en la consola impide utilizar juegos originales de Nintendo de otros países, ni tampoco juegos de software libre y que los cartuchos por si solos no permite descargar juegos, es preciso descargarlos en la tarjeta Micro SD a través de un ordenador.

Y por el perito de la defensa se ratificó en el informe por el emitido (folios 1166 a 1171), en el que se expone que los cartuchos intervenidos y que comercializaban los acusados, permiten que la Consola Nintendo pueda ejecutar código informático o no licenciado por el fabricante de la consola, concretamente puede ejecutar juegos no originales, ejecutar copias de los juegos originales, ejecutar programas caseros (homebrew) elaborados por usuarios finales que no se dedican a su comercialización. Y que Nintendo, no introduce las medidas de seguridad sólo para proteger a los desarrolladores de juegos, sino para que en la videoconsola no pueda ejecutarse nada que no autorice Nintendo como los juegos caseros, y que por tanto los cartuchos no están diseñados específicamente para desproteger programas originales. Precizando dichos cartuchos de las tarjetas Micro SD que se inserta en los mismos, pues sin ellas serían totalmente inútiles. Y aclarando además en el juicio que incluso los juegos de Nintendo de otras zonas como la Americana o Asiática, no se pueden ejecutar en la videoconsolas europeas, además de no poder ejecutar cualquier software libre que no autorice Nintendo. Y los cartuchos intervenidos lo que hace es superar las restricciones de seguridad de la consola dejándola abierta para otros usos.

Desprendiéndose de una valoración conjunta de dichas periciales que los cartuchos que comercializaban los acusados, no se encuentran destinados específicamente a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger

programas de ordenador. Puesto que el cartucho lo que hace es superar las restricciones de seguridad de la consola, para que desde la misma se puedan ejecutar programas de ordenador: juegos libre, música, videos, copias de seguridad de juegos originales, juegos de Nintendo de otras zonas geográficas no europeas, distintos de los juegos originales de la Nintendo. No se utilizan de forma específica para ejecutar juegos piratas , teniendo además en cuenta que el cartucho por sí solo no lleva el software incorporado para ejecutarlo en la consola, sino que para ello se precisa descargar el mismo a través del programa correspondiente en la tarjeta Micro Sd, que se incorpora dentro del cartucho, y por tanto difícilmente puede conseguir la supresión no autorizada o la neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para proteger programas de ordenador que contiene el juego o el producto informático comercializado por Nintendo. Pronunciándose en este mismo sentido la AP de Valencia , Auto 7/03/2008, que se recoge en la ST del Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla, Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés, AP de Madrid Sección 30 de 15/12/2014 "No está concreta y específicamente destinado tal y como expresamente indica el tipo penal del art. 270.3 a neutralizar esa consola Nintendo DS,y con ello, cabe concluir que el uso de este elemento no integra el tipo penal Resultando incluso del informe elaborado a instancias de Nintendo de la encuesta y estudio realizado, por D.

, como así aclaró en el acto del juicio, que al menos un 48% de los encuestados utilizan las consolas manipuladas para fines distintos que no son los juegos piratas, habiendo además realizado dicha encuesta sin especificar las edades, sin tener en cuenta a los menores de edad, y sobre la base de una encuesta que ni tan siquiera en el informe que se presenta se contienen todas las preguntas realizadas, a petición de Nintendo. Admitiendo que ni tan siquiera preguntaron si tenían juegos originales.

Y teniendo en cuenta que el art. 102.c del RDL 1/1996 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando , aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, establece que tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes sin autorización del titular de los mismos pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador; y en consecuencia no constituirá infracción a los derechos de la propiedad protegidos por dicha legislación sectorial los dispositivos intervenidos a los acusados dada su compatibilidad de usos (juegos Nintendo, juegos de libre acceso, juegos no autorizados, fotografías, música...). Teniendo además en cuenta que "específicamente" significa según el diccionario de la RAE "de manera específica" y "especificar": declarar con individualidad una cosa. Y según se establecía en la Directiva 2009/24 CE DEL Parlamento Europeo y Consejo de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, las legislaciones nacionales , adoptarán las medidas adecuadas contra las personas que cometan cualquiera de los actos siguientes: c) la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la

neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para desproveer un programa de ordenador.

Y como venimos diciendo el caso que enjuiciamos no responde a la exclusividad de propósito supresor contemplada por las normas transcritas, normativa que hay que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de los delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

Pronunciándose en este sentido la ST T.J.C.Europeas c-355/12 que se ocupa de las medidas impuestas por Nintendo en sus consolas al declarar "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"; reconociendo el derecho de protección jurídica para cubrir las medidas tecnológicas que restringen de manera efectiva los actos no autorizados por los titulares de cualquier derecho de autor, aunque no debe impedir el funcionamiento normal o desarrollo tecnológico de los equipos electrónicos.

Por todo lo cual consideramos que las conductas de los acusados no se ajusta a la prevención contenida en la ley penal, pues los cartuchos intevenidos lo que efectúan es una manipulación del "hardware" para ampliar su utilidad , posibilitando a los usuarios su empleo con fines tantos legítimos como ilegítimos, pero no exclusivamente ilegítimos.

SEGUNDO.- Las costas se declaran de oficio (art. 123 del C.Penal y 240 de la L.E.Crm).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

F A L L O

Absuelvo a los acusados , como autores responsables del delito contra la propiedad intelectual del art. 270-3 que se le venía imputando, con declaración de oficio de las costas.

Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse Recurso de Apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Salamanca, en el plazo de diez días a contar desde el siguiente a su notificación.

Así por esta mi sentencia, juzgado en esta instancia, la pronuncio, mando y firmo.