



SENTENCIA Nº 199/2011

En Avilés, a 7 de junio de 2011.

Vistos por José Luis Niño Romero, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 1 de Avilés, los presentes autos de Procedimiento Abreviado seguidos ante este Juzgado con el número 115/2010, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 2 de Avilés (PA 59/09), por el/los delito/s contra la propiedad intelectual, contra la propiedad industrial y de descubrimiento y revelación de secretos, seguido contra ALEJANDRO FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, nacido/a en Avilés, el día 29 de septiembre de 1979, representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./Sra. Arnáiz Llana y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. Sánchez Almeida, como responsable civil subsidiario ALECHIP SOLUCIONES INFORMÁTICAS, S.L., representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./Sra. Arnáiz Llana y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. Sánchez Almeida, ejercitando la acusación particular NINTENDO IBÉRICA, S.L., representado/a por el/la Procurador/a de los Tribunales Sr./Sra. Álvarez Rotella y defendido/a por el/la Letrado/a Sr./Sra. González de Castejón Llano-Ponte, siendo parte el Ministerio Fiscal como acusación pública, y los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Celebrado el Juicio el día señalado, se practicaron las pruebas propuestas que fueron admitidas, con el resultado que obra en autos.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado contra la propiedad intelectual de importación de medios destinados a la supresión de medidas de protección, previsto y penado en el artículo 270.3 del Código Penal, estimando responsable en concepto de autor al acusado Alejandro Fernández Gutiérrez, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, y pidió que se le impusiera la pena de un año y nueve meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y multa de dieciocho meses con una cuota diaria de 12 euros, y el pago de las costas.



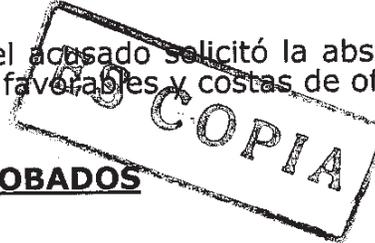
La acusación particular, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos: 1) un delito

continuado contra la propiedad industrial por infracción de diseño industrial ajeno, previsto y penado en los artículos 273.3 y 276 CP, estimando responsables en concepto de autores a Alechip Soluciones Informáticas, S.L., y a Alejandro Fernández Gutiérrez, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de grave perjuicio económico, solicitando la imposición de la pena de cuatro años de prisión, multa de veinticuatro meses con cuota diaria de 18 euros, así como inhabilitación profesional especial para el ejercicio de la profesión relacionada con los delitos cometidos durante cinco años; 2) delito continuado contra la propiedad industrial por infracción de marca, previsto y penado en los artículos 274.1 y 276 CP, estimando responsables en concepto de autores a Alechip Soluciones Informáticas, S.L., y a Alejandro Fernández Gutiérrez, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de grave perjuicio económico, solicitando la imposición de la pena de cuatro años de prisión, multa de veinticuatro meses con cuota diaria de 18 euros, así como inhabilitación profesional especial para el ejercicio de la profesión relacionada con los delitos cometidos durante cinco años; 3) delito continuado contra la propiedad intelectual por uso no autorizado de software, previsto y penado en los artículos 270.1 y 271 CP, estimando responsables en concepto de autores a Alechip Soluciones Informáticas, S.L., y a Alejandro Fernández Gutiérrez, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de grave perjuicio económico, solicitando la imposición de la pena de cuatro años de prisión, multa de veinticuatro meses con cuota diaria de 18 euros, así como inhabilitación profesional especial para el ejercicio de la profesión relacionada con los delitos cometidos durante cinco años; 4) delito continuado contra la propiedad intelectual por importación no autorizada de software, previsto y penado en los artículos 270.2 y 271 CP, estimando responsables en concepto de autores a Alechip Soluciones Informáticas, S.L., y a Alejandro Fernández Gutiérrez, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de grave perjuicio económico, solicitando la imposición de la pena de cuatro años de prisión, multa de veinticuatro meses con cuota diaria de 18 euros, así como inhabilitación profesional especial para el ejercicio de la profesión relacionada con los delitos cometidos durante cinco años; 5) delito continuado contra la propiedad intelectual por neutralización o supresión de las medidas de seguridad, previsto y penado en los artículos 270.3 y 271 CP, estimando responsables en concepto de autores a Alechip Soluciones Informáticas, S.L., y a Alejandro Fernández Gutiérrez, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de grave perjuicio económico, solicitando la imposición de la pena de cuatro años de prisión, multa de veinticuatro meses con cuota diaria de 18 euros, así como inhabilitación profesional especial para el ejercicio de la profesión relacionada con los delitos cometidos durante cinco años; y 6) delito continuado de descubrimiento y revelación de secreto por revelación de secretos, previsto y penado en el artículo 197.3 CP en relación con el artículo 200 CP, y lo previsto en el artículo 271 CP, con la concurrencia de la circunstancia modificativa agravante de grave perjuicio económico, solicitando la imposición de la pena de tres años de prisión. En el orden civil valoró los daños económicos en la cantidad de 840.000 euros, siendo

responsables civiles Alechip Soluciones Informáticas, S.L., en calidad de responsable civil directo y solidario junto con Alejandro Fernández Gutiérrez, éste en su calidad de administrador único y socio único de la citada mercantil.

TERCERO.- Por su parte la defensa del acusado solicitó la absolución del mismo con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio.

HECHOS PROBADOS



El día 1 de abril de 2009, en la Administración de Aduanas de Avilés de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se produjo la intervención de una expedición comercial procedente de China compuesta por 400 paquetes que contenían cada uno de ellos 1 dispositivo "pendrive", una tarjeta/adaptador SD y un adaptador (cartucho) para video consola sin software añadido.

El día 6 de abril de 2009, en la Administración de Aduanas de Avilés de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, se produjo la intervención de otra expedición comercial procedente de China compuesta por 500 adaptadores (card reader) R4 y 500 adaptadores para tarjeta "micro SD usb R4". No consta que tuvieran software añadido.

El importador de tales productos fue la mercantil Alechip Soluciones Informáticas, S.L., cuyo administrador único es el acusado Alejandro Fernández Gutiérrez, mayor de edad y sin antecedentes penales.

Los cartuchos (adaptadores) intervenidos son semejantes a los comercializados en España por Nintendo Ibérica, S.L., para su consola "Nintendo DS", pudiendo ser introducidos en el hueco correspondiente que la citada consola dispone para poder ser utilizada. Los cartuchos importados por el acusado no permiten, en las condiciones en que fueron intervenidos, la utilización de la consola Nintendo DS al no disponer de software alguno, elemento imprescindible para ello, del que sí disponen los comercializados por Nintendo.

Nintendo Co., Ltd., es titular de la marca comunitaria registrada con el número 005021423 "Nintendo", que aparece en la consola Nintendo DS cuando se introducen en la misma los dispositivos importados por el acusado en las condiciones en que fueron intervenidos, es decir sin llevar incorporada la tarjeta de memoria micro SD, desconociéndose si ello es debido a una acción del dispositivo importado, al mecanismo de encendido propio de la consola o a cualquier otra circunstancia técnica.

Nintendo Co., Ltd., es titular de los diseños industriales europeos números 000235247-0001, 000235247-0002, 000235247-0003, 000235247-0004, 000235247-0005 y 000235247-0006, a través de los cuales comercializa los programas informáticos (juegos y otros) para las

consolas Nintendo DS. Los dispositivos importados por el acusado son semejantes a los diseños industriales de titularidad de Nintendo Co., Ltd., diferenciándose de éstos en que contienen además una ranura para introducir tarjetas "micro SD", y también figura la representación gráfica de una de estas tarjetas.

ES COPIA

Se desconocen los concretos mecanismos de seguridad "anti-piratería" que Nintendo incorpora a sus productos, no habiéndose acreditado que los productos importados por el acusado permitan específicamente, en las condiciones en que fueron intervenidos, suprimir los mecanismos de seguridad de la consola Nintendo DS.

No ha quedado probado que los dispositivos importados por el acusado dispongan del mismo software de seguridad que utiliza Nintendo para la protección de sus productos registrados.

No ha quedado probado que el acusado se hiciera con los códigos secretos de autenticación de Nintendo, ni tampoco que los difundiera o hiciera públicos a terceros.

Con anterioridad a los hechos, el acusado se personó en la Administración de Aduanas de Avilés de la AEAT para informar de los productos que pretendía importar desde China.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos anteriormente señalados se han declarado probados en atención a las pruebas practicadas en la vista oral.

El acusado ha reconocido que desde el año 2006 viene importando y vendiendo el dispositivo discutido, así como que también vende consolas Nintendo y juegos originales de éstas. También ha declarado que esos dispositivos no sirven para otras consolas, vendiéndolos sin contenido, siendo necesaria una tarjeta "micro SD" que es necesario programar para conseguir el uso de la consola. Ha negado sin embargo los extremos sostenidos por la acusación relativos a que esos dispositivos permiten la ejecución de juegos ilegales (afirma que permiten usar aplicaciones libres), que estén destinados a desactivar los mecanismos de seguridad anti-piratería (afirma desconocer las medidas de seguridad de Nintendo).

La titularidad de los diseños industriales y de la marca "Nintendo" se acredita por la documental obrante en autos (folios 186 y siguientes), que no ha sido impugnada por ninguna de las partes.

La acusación particular ha fundamentado buena parte de los hechos atribuidos al acusado en el informe pericial elaborado al efecto (folios 47 y siguientes), oportunamente ratificado en la vista oral por el perito autor del mismo. Debe indicarse previamente que el objeto de la prueba pericial es proporcionar al tribunal elementos de carácter científico o técnico que

resultan necesarios para el adecuado enjuiciamiento de los hechos, de tal manera que esos extremos técnicos, además de poder existir con carácter general como hipótesis científica, han de darse en los objetos analizados por el perito los cuales, va de suyo, deben ser los que son objeto de juicio. Lo anterior se afirma porque en el informe pericial de la acusación, a la vista de las fotografías incorporadas al mismo de "cartuchos no autorizados" (folios 70 y siguientes), surgen dudas sobre si se utilizaron en su elaboración los incautados por la AEAT en la Aduana de Avilés, pues de la observación de las fotografías de los dispositivos intervenidos que obran a los folios 433 a 437 y 476 y 477, no resulta la oportuna correspondencia entre los utilizados por el perito en su informe y los que son objeto de este juicio, de tal manera que la eficacia de dicho informe queda ciertamente mermada pues utiliza soportes que no se corresponden con la realidad descubierta por la AEAT. También debe llamarse la atención sobre la deficiente cadena de custodia sobre los dispositivos incautados realizada en sede administrativa, pues a los folios 478 y 479 consta una solicitud de Nintendo a la AEAT para que se le remitieran muestras de las mercancías dubitadas para poder realizar una pericial de la misma. Al folio 485 consta una diligencia de solicitud de muestras de fecha 15 de abril de 2009, donde se entregan a un mensajero las muestras de la mercancía, no haciéndose constar ni el número de muestras, ni su número de serie o de identificación particular, datos que no figuran en el informe pericial de la acusación particular. Tampoco consta en autos la devolución por la acusación particular de la mercancía de muestra entregada para su examen pericial, ni su puesta a disposición del órgano instructor, de tal manera que resulta ciertamente difícil, por no decir imposible, elaborar un informe contradictorio sobre ese material incautado, ya por solicitud de la defensa, ya por acuerdo del instructor, material que si ha podido ser examinado por una de las partes.

A lo anterior debe añadirse que el informe pericial de la acusación adolece de datos técnicos imprescindibles para la correcta valoración de los hechos objeto de acusación. Se afirma (folios 61 y 66) que al encender la consola con el cartucho original insertado en la misma, "se pone en marcha de manera automática un proceso de identificación (autenticación) entre la consola y el cartucho, por el que comprueba que el cartucho introducido es realmente un cartucho autorizado. Este proceso se habilita gracias a que los cartuchos autorizados incluyen un código de arranque específico para la consola Nintendo DS. El código de arranque es un programa informático almacenado en la memoria de solo lectura que incluye el contenido del cartucho Nintendo DS, programa que es insertado en los cartuchos autorizados exclusivamente por los desarrolladores autorizados por Nintendo. Para limitar el acceso al sistema operativo solo por los juegos autorizados, Nintendo emplea diversos sistemas de seguridad, incluyendo Verificación de Tarjeta, procedimientos CRC (Cyclical Redundancy Check) y otros, los cuales deben ser ejecutados en una secuencia exacta para que el juego pueda operar con la consola. Cuando un cartucho autorizado es insertado dentro de la consola y arranca con el botón lateral de comienzo de operación, hay un

procedimiento inicial que carga el programa (IPL, Initial Program Loading software). La consola lee el ID (identificador) del cartucho-juego y unos parámetros base del cartucho de juegos contenidos en el BOOT (al igual que los ordenadores los cartuchos llevan una parte denominada de arranque, que permite identificar y lanzar el juego en cualquier circunstancia). El BOOT de Nintendo DS lleva los datos del LOGO y la marca registrada (este componente dentro de software se le llama "Racetrack logo data"), que son usados en el procedimiento CRL. Si toda esta operación es correcta, el logo de Nintendo aparecerá en la pantalla superior". Las anteriores afirmaciones no se completan con la oportuna determinación de los específicos códigos utilizados por la acusación particular, desconociéndose por ello si tiene tal especificidad el protocolo de puesta en funcionamiento y utilización de los productos Nintendo o, por el contrario, responde a códigos estándares del que disponen la generalidad de productos informáticos que precisan de estos protocolos para su utilización. Cuando se analizan en el informe de la acusación los cartuchos no autorizados (folios 73 y siguientes), se afirma que "debe manifestarse que solo es necesario adquirir uno de los cartuchos no autorizados, que han realizado diseños de producto idénticos a los protegidos por el diseño industrial propietario de Nintendo, junto con una tarjeta Flash de uso común, para realizar esta operación no autorizada por Nintendo DS en una consola Nintendo DS. Para que los cartuchos no autorizados funcionen en la consola Nintendo, el sistema de copia no autorizada, emplea un conjunto de elementos que le permiten violar las medidas técnicas de protección (las cuales son implementadas por Nintendo para evitar que la consola portátil Nintendo DS pudiera operar con cartuchos de juegos electrónicos que no fueran autorizados). Este conjunto de elementos permite saltarse esta protección electrónica basada en código de arranque de la consola mediante proceso de autenticación. Para que sea posible saltarse las medidas de protección, el sistema no autorizado emplea un conjunto de elementos: disco de funcionalidades (incluyendo el manual de operación), adaptador-lector que interconecta la interfaz USB del ordenador con la interfaz micro SD de tarjeta de memoria y tarjeta de memoria Micro SD". A continuación el perito ofrece una explicación de la utilización del dispositivo discutido en dos fases, la primera relativa a la carga de la tarjeta de memoria a través de un ordenador mediante el dispositivo adaptador USB-micro SD, y la segunda con la incorporación de la tarjeta Micro SD al cartucho no autorizado, y termina afirmando que "comienza la operación software para acceder a los juegos o utilidades". Se desconoce el concreto alcance (desde un punto de vista técnico) de la "operación software" que permita concluir que vulnera los protocolos específicos utilizados por Nintendo en los cartuchos por ella comercializados, es decir, se echa en falta la oportuna comparación entre los cartuchos "autorizados" y los "no autorizados", y respecto de éstos se desconocen los comandos, archivos, datos u otras aplicaciones informáticas de las que están provistos y por las que se puede utilizar la consola en los términos afirmados por el perito de la acusación particular. En la vista oral el perito declaró que se establecía un diálogo encriptado entre la consola y el cartucho que se introduce en ella, sin ofrecer

explicación alguna sobre el concreto contenido del diálogo aludido, señalando además que fue testigo de ello, pero sin ofrecer al tribunal el contenido de lo observado por el perito, quien se limita a afirmar como dogma de fe de obligada creencia, sin exposición y explicación técnica alguna, la vulneración de las medidas de seguridad de la consola en cuestión.

En su sentencia de 2 de junio de 2005, el Tribunal Supremo no admite la eficacia probatoria de una prueba pericial basada en meras hipótesis (algo así ocurre en este caso pues el perito afirma hechos que en realidad son hipotéticos sin la necesaria exposición y explicación técnica), señalando textualmente que "las mismas se apoyan en simples hipótesis, careciendo por consiguiente de cualquier eficacia probatoria salvo que se probara que aquello que se plantea desde un plano estrictamente teórico, sucedió realmente en la práctica", añadiéndose en la STS de 16 de marzo de 2006 que "las teorías no pueden sustituir el análisis específico que se plantea en el debate concreto de cada caso. En el supuesto contrario, la función de juzgar quedaría en manos de los expertos en ciencias auxiliares que incuestionablemente tienen un valor generalista que, por si sólo, no puede comprometer la solución del caso sometido a debate".

SEGUNDO.- Delitos contra la propiedad intelectual. El Ministerio Fiscal y la acusación particular coinciden parcialmente en calificar los hechos como constitutivos de un delito continuado contra la propiedad intelectual de importación de medios destinados a la supresión de medidas de protección de programas de ordenador, previsto y penado en el artículo 270.3 del Código Penal. Además la acusación particular califica también los hechos (números 3 y 4 del párrafo segundo del antecedente de hecho segundo de esta resolución) como dos delitos continuados contra la propiedad intelectual por uso no autorizado y por importación no autorizada de software, de los artículos 270.1 y 2 y 271 CP.

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.

ES COPIA

De la lectura del precepto se aprecia que en el último apartado se contempla, como dice la Circular 1/2006 FGE, un supuesto de sanción de actos preparatorios de las acciones constitutivas de efectiva lesión de los derechos de propiedad intelectual, fundamentalmente de las relativas a la reproducción y distribución no autorizada de las obras de propiedad intelectual, constituyendo la fabricación, importación, puesta en circulación o tenencia de medios específicamente destinados a suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos utilizados por los legítimos titulares de los derechos para proteger las obras sobre las que recaen sus derechos, el acto preparatorio. Se añade en la misma Circular que la aplicación de este tipo del art. 270.3, sólo puede plantearse en relación con quienes no sean además autores materiales de las conductas de lesión de derechos que se tipifican en el apartado 1 del art. 270, encontrándose las conductas del art. 270.1 en relación de progresividad delictiva respecto de los actos preparatorios de las mismas, hallándonos ante un supuesto de concurso de normas del art. 8.3, con preferencia del art. 270.1 como *lex consumens*. No obstante la solución anterior, se estima procedente dar respuesta a todos los tipos penales que son objeto de acusación en la causa.

Analizando los dos primeros apartados del artículo 270 CP, entiende la acusación particular que el acusado ha llevado a cabo la importación y el uso no autorizados de software propiedad de Nintendo, pues los dispositivos importados por el acusado emplean el mismo software de seguridad secreto que Nintendo incorpora a sus cartuchos de juegos, de tal manera que el acusado al comercializar el dispositivo ilegal está poniendo a disposición del público el software propiedad de Nintendo, revelando al público un valioso secreto de empresa de Nintendo de forma que la video consola queda desprotegida y apta para la ejecución de juegos pirata. Expuestos los términos de la acusación debe examinarse si la conducta del acusado sería subsumible en la reproducción y/o distribución sancionadas en el apartado primero del precepto, o en la importación castigada en el apartado segundo. En el primer caso será necesario que se de un acto de reproducción, que se define en el artículo 18 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, como "la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias", o bien de distribución, definido en el artículo 19 del RDL 1/1996 como "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". Según ha quedado probado en la causa (folios 426 y 471), los dispositivos intervenidos que pretendía importar el acusado no iban provistos de software alguno, conteniendo por otra parte el informe pericial de la acusación particular (folios 73 a 76), una explicación detallada del proceso de incorporación del software (juegos) a la tarjeta micro SD que se precisa para el uso de los cartuchos intervenidos al acusado, labor de incorporación del programa informático que no realiza el acusado. Así se dice en el informe pericial (folio 74) que "en el ordenador se buscan por Internet juegos no autorizados Nintendo. Nintendo no vende juegos por Internet, por lo que no se dispone de juegos autorizados para descarga legal vía Internet", afirmación que se contradice con la información pública (y por ello ha de considerarse como hecho notorio) que la propia Nintendo ofrece en su página web

(www.nintendo.es), sobre la posibilidad actual de descargar juegos para sus consolas Nintendo DSi y DSi XL a través de la aplicación "DSiWare", sin que esta puntualización, de evidente relevancia, fuera puesta de manifiesto en la vista oral por el perito de la acusación. Como se aprecia del informe pericial es imprescindible dotar al dispositivo importado por el acusado del software necesario para hacer funcionar la consola Nintendo, pues en otro caso, esto es, en las condiciones en que fueron intervenidos los cartuchos importados por el acusado, los dispositivos no funcionan. Es por ello que al faltar el requisito típico relativo a que el dispositivo contenga una copia de una obra (software) sobre la que Nintendo es titular de los derechos de propiedad intelectual, que ha de concurrir tanto para el supuesto de reproducción o distribución, como para el de importación, procede la absolución por estos tipos penales.

Por lo que se refiere a la importación de medios destinados a la supresión de medidas de protección de programas de ordenador, delito previsto en el apartado 3 del artículo 270 CP, de la redacción del precepto resulta la necesidad de 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.

En el presente caso, como ya se ha expuesto más arriba, no concurren los elementos típicos necesarios para la subsunción de los hechos en el tipo penal objeto de acusación; así si bien es cierto que los cartuchos intervenidos solamente pueden ser utilizados en la consola Nintendo, pues no existe otra máquina que permita albergar tales soportes físicos, no lo es menos que los dispositivos intervenidos al acusado estaban desprovistos de software alguno, por lo que difícilmente se podía conseguir la supresión no autorizada o la neutralización de los dispositivos técnicos utilizados para proteger el programa de ordenador que contiene el juego o producto informático comercializado por Nintendo. Además tampoco se ha acreditado que el único destino de los dispositivos comercializados por el acusado sea la citada supresión o neutralización, pues son posibles otros usos. Como en un caso similar se pronunció la AP de Valencia, Auto de 7 de marzo de 2008, al "haberse acreditado, por la prueba pericial practicada, que los chips que se instalan o se pueden instalar en las videoconsolas de autos, pueden servir, desde luego, como dispositivo tendente a desprotegerlas para permitir utilizar juegos no originales, pero también, para permitir la ejecución de juegos originales de otras zonas y para convertir 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, etc. No se cumpliría, por tanto, el requisito de la exclusiva o específica destinación a la supresión o neutralización de dispositivos de protección de las consolas". A mayor abundamiento, debe decirse que la compatibilidad de usos (juegos Nintendo, juegos de libre acceso, juegos no autorizados, fotografías, música, etc.) de los dispositivos intervenidos al acusado no constituye una infracción a los derechos protegidos por la legislación sectorial privada, pues de conformidad con el artículo 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, 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.

También resulta procedente traer a colación la previsión contenida en el artículo 7.1.c) de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, que dispone que los Estados miembros, de conformidad con sus legislaciones nacionales, adoptarán 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 proteger un programa de ordenador. El caso ahora enjuiciado 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 e industrial, por lo que debe concluirse que la conducta del acusado no se ajusta a la previsión típica contenida en la ley penal.

TERCERO.- Delitos contra la propiedad industrial. La acusación particular considera que la conducta del acusado constituye también dos delitos continuados contra la propiedad industrial, el primero por infracción de diseño industrial ajeno, de los artículos 273.3 y 276 CP, y el segundo por infracción de marca, de los artículos 274.1 y 276 CP.

Dispone el artículo 273 CP, que será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos.

2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.

3. Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor.

De acuerdo con el precepto transcrito la conducta típica atribuida al acusado vendría configurada por la importación con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un modelo industrial y con conocimiento de su registro, de objetos amparados por la protección que confiere el registro de un modelo industrial. Para conocer la protección que se otorga a los modelos industriales debe acudir a su legislación reguladora, en concreto la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, cuyo artículo 2 establece que "todo diseño que cumpla los requisitos establecidos en esta ley podrá ser protegido como diseño registrado mediante su inscripción, válidamente efectuada, en el Registro de Diseños". Es por ello requisito imprescindible para la eficacia de la protección legal del diseño industrial el registro del mismo, constando a los folios 23 y 24 de la causa una consulta telemática a la Oficina de Registro de las Marcas, Dibujos y Modelos de la Unión Europea (OAMI), en la que se aprecia el registro de los modelos industriales referenciados en los hechos probados de esta resolución. En cuanto al alcance de la protección registral deben tenerse en cuenta las limitaciones establecidas en la propia Ley 20/2003, en concreto la prevista en el apartado 2 de su artículo 11 que dispone que "el registro del diseño no

conferirá derecho alguno sobre las características de apariencia del producto que hayan de ser necesariamente reproducidas en su forma y dimensiones exactas para permitir que el producto al que se aplique o incorpore el diseño pueda ser conectado mecánicamente a otro producto, adosado, o puesto en su interior o en torno al mismo, al objeto de que cada uno de ellos pueda cumplir su función". En el presente caso, en tanto en cuanto los cartuchos intervenidos al acusado están concebidos para la colocación en el interior de la consola para que pueda cumplir su función de compatibilidad de usos ya apuntada más arriba, la conducta del acusado no sería típica.

A mayor abundamiento, a la misma conclusión se llegaría si se analizara el contenido del derecho sobre el diseño registrado, disponiendo al efecto el artículo 45 de la citada Ley que "el registro del diseño conferirá a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo y a prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento. A estos efectos se entenderá por utilización la fabricación, la oferta, la comercialización, la importación y exportación o el uso de un producto que incorpore el diseño, así como el almacenamiento de dicho producto para alguno de los fines mencionados". Indica la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª (Mercantil), en su sentencia de 17 de septiembre de 2009, que "el ius prohibendi del titular del diseño registrado consiste en el derecho a prohibir a los terceros la utilización del diseño y, en particular, la fabricación, la oferta, la comercialización, la importación y exportación o el uso de un producto que incorpore el diseño, así como el almacenamiento de dicho producto para alguno de los fines mencionados". Ahora bien, el alcance de este ius prohibendi es precisado por el art. 47 LDI, abarcando no sólo a los diseños idénticos sino, además, al diseño que no sea "singular" respecto de aquél, conforme su tenor literal: "1. La protección conferida por el diseño registrado se extenderá a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente". Y el significado del carácter singular para la protección del diseño viene definido en el mismo sentido en el art. 7 LDI: "Se considerará que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad". Por su parte, la Exposición de Motivos, IV, señala al respecto que "la correlación que hay entre el grado de diferencia que un diseño debe presentar frente a los conocidos para que tenga carácter singular y pueda ser protegido, y el que el diseño desarrollado por un competidor debe presentar frente al protegido para no invadir su ámbito de protección."

La LDI no ofrece una definición de "usuario informado", lo que se justifica por el legislador en la Exposición de motivos (IV) "porque éste habrá de concretarse caso por caso en función del segmento del mercado a que vaya específicamente dirigida la oferta del producto". Así, como se sostiene en la doctrina, para valorar si en un diseño concurre o no el requisito del carácter singular y, por tanto, si produce una impresión general diferente, habrá que configurar un prototipo abstracto de usuario, representado por un destinatario final conocedor y entendido respecto de los productos con diseño del sector de que se trate. Este usuario no puede equipararse a "un experto" o a los "círculos especializados", que forman parte del sector del producto al que se incorpora el diseño como, por ejemplo, diseñadores, arquitectos o distribuidores, a los que se refiere el art. 9 LDI. De tal suerte, el juicio de valor en relación con el carácter singular deberá realizarse desde la perspectiva del usuario informado, a diferencia del juicio de comparación en relación con la novedad, como requisito de protección ex art. 6 LDI, que debe atender al conocimiento de

los círculos especializados del sector, con arreglo a la noción de divulgación que dispone el art. 9 LDI.

De lo expuesto se sigue que el examen de la infracción del derecho del diseño registrado debe apoyarse en el aspecto de "impresión general". El enjuiciamiento debe compararse los dos diseños en conflicto para determinar si el diseño denunciado posee una "impresión general" diferente, en el usuario informado, a la del diseño registrado. No se trata aquí de analizar cada una de las características de los diseños enfrentados para destacar cuales de ellas individualmente son distintas, pues la presencia de características o elementos que de forma individual sean distintas en los modelos enfrentados no asegura que los dos diseños sean percibidos por el destinatario final informado como distintos. Debe realizarse una comparación de conjunto para valorar si la sensación, el efecto, el impacto que la visión global del diseño denunciado, apreciado en su totalidad o sintéticamente, produce en el usuario informado es claramente diferente a la que produce el diseño registrado. En esa valoración global hay que tener en cuenta que la entidad de las semejanzas supera a las divergencias, más puntuales y de menor calado en una apreciación general y sintética, dado que el usuario informado presta más atención a las similitudes existentes entre los elementos no necesarios y a las diferencias entre los elementos esenciales (Resolución de la División de Anulación de la OAMI de 27/4/2004) que a aquellas semejanzas que vienen definidas por la estructura base.

Ahora bien, en orden a determinar el grado de diferencia que el diseño desarrollado por un competidor debe presentar frente al registrado, esto es, el carácter singular que debe tener, debe tomarse como referente el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño, como resulta tanto de la Exposición de Motivos (IV) de la LDI, como expresamente del art. 7.2 LDI, para determinar si el diseño posee carácter singular, y el art. 47.2 LDI, cuyo tenor literal es el siguiente: "Para determinar el alcance de la protección se tendrá en cuenta el margen de libertad del autor al realizar el diseño". Y el grado de libertad del diseñador depende de la naturaleza del producto al que se aplica el diseño, de sus exigencias técnicas o funcionales, del sector al que pertenece el diseño, así como de las tendencias o márgenes de sensibilidad compartida, común a los gustos o modas de la época (como dice el Legislador en la Exposición de Motivos, IV). Si el grado de libertad del autor al desarrollar el diseño es muy reducido, el usuario informado tenderá a fijarse más en los detalles que distinguen los dos diseños, imponiéndose en mayor medida dichas diferencias en la impresión global que le produce el diseño. Así, cabe concluir que cuanto mayor sea el grado de libertad del autor del diseño denunciado, mayor deberá ser el grado de diferenciación que debe presentar respecto al diseño protegido. Además, si partimos de la base de que un diseño industrial con un elevado grado de creatividad, y en particular los que constituyen obras de arte aplicado, producen un mayor impacto o una impresión general más diferenciada que los demás diseños protegidos, esto es, gozan de mayor carácter singular, podemos afirmar que cuanto mayor sea el carácter singular de un diseño protegido mayor será su alcance de protección y, en consecuencia, mayor grado de diferenciación deberá presentar el diseño desarrollado por un competidor frente al protegido para no invadir su ámbito de protección".

Aplicando la anterior doctrina al caso ahora enjuiciado, y partiendo del hecho indiscutible que los cartuchos importados por el acusado no son idénticos a los registrados por la acusación particular, debe analizarse si concurre el carácter singular ya mencionado, teniendo en cuenta además que tratándose de un cartucho para una consola el grado de libertad del autor es ciertamente escaso dadas las peculiaridades del producto en

cuestión, pues está sujeto a las lógicas limitaciones de forma, dimensiones, anchura, grosor y conexiones impuestas por el hueco en el que se insertan. Comparados los productos discutidos (folios 23 y 476), se observa una evidente diferencia entre ambos pues el importado por el acusado está dotado de una ranura para la inserción de tarjetas micro SD así como de la reproducción gráfica en relieve de esa tarjeta, lo que no contiene el diseño registrado, de tal manera que la impresión general que pueda generarse en un usuario informado es distinta en cada caso y por ello, aun no dándose la exclusión aludida del artículo 11.2 de la Ley 20/2003, no se trataría de un objeto amparado por la protección conferida por dicha Ley y por ello procede la absolución por este delito.

CUARTO.- Delitos contra la propiedad industrial. Dispone el artículo 274.1 CP, que será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice (término modificado por la LO 5/2010 por "usurpe") un signo distintivo idéntico o confundible con aquel, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, 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 aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento.

Para poder determinar la existencia del delito anterior es preciso conocer si los dispositivos importados por el acusado son los causantes de que en la consola Nintendo aparezca la marca registrada "Nintendo" (folio 26), sin que la prueba pericial practicada permita realizar esta afirmación con total seguridad, no pasando de ser una mera hipótesis el hecho de que al introducir el dispositivo importado por el acusado y encender la consola, aparezca la marca registrada. Así se desconoce si es la propia consola, que está dotada del necesario procesador y de software propio, la que provoca siempre y en todo caso esa aparición cuando se introduce en ella un cartucho, con independencia del origen de éste. Igualmente se desconoce el contenido informático del cartucho discutido, y si es el causante de esa aparición. Resulta insuficiente afirmar, como lo hace el perito de la acusación, que comprobó que la consola tiene mecanismos criptográficos de seguridad que se comunican entre el cartucho y la consola y son mecanismos obligatorios y previos para utilizar la consola, añadiendo más adelante que al introducir un cartucho en la consola se produce un diálogo entre el cartucho y la consola por el cual el resultado final es la aparición del logo "Nintendo", basado ello en una presencia visual del logotipo y en un código de validación de una verificación de que los datos que envía el cartucho a la consola y viceversa, en varias ocasiones, son reconocidos mutuamente. Esta aparición del logotipo "Nintendo" ocurre también cuando se introduce un cartucho no autorizado, llegando el perito a la conclusión de que los cartuchos discutidos, sin la tarjeta microSD, solo sirven para violar el código de protección de la consola y engañar a ésta. Todas estas afirmaciones del perito no se ven acompañadas de las oportunas explicaciones técnicas, de tal manera que las comprobaciones realizadas por el perito no se llevan al informe pericial, quedando por ello en mera hipótesis. Así se desconoce, si quiera superficialmente (no se pretende aquí que Nintendo revele más información de la imprescindible, pero sí al menos que se ofrezca un

mínimo de información que permita su contraste por la otra parte y la debida ilustración al tribunal), el mecanismo criptográfico que tienen las consolas y los cartuchos para evitar que productos no licenciados por Nintendo puedan ser utilizados en ellas, no habiéndose determinado en qué momento del proceso de inicialización de la consola el cartucho importado por el acusado irrumpe en el diálogo criptográfico y hace aparecer el logo "Nintendo", extremos los anteriores que resultan necesarios para determinar la existencia del delito objeto de acusación. Es por todo lo anterior por lo que también procede la absolución.

QUINTO.- Delito de descubrimiento y revelación de secretos. En último término la acusación particular califica los hechos como un delito continuado de descubrimiento y revelación de secreto por revelación de secretos, previsto y penado en el artículo 197.3 CP en relación con el artículo 200 CP. El primer artículo citado dispone en sus tres primeros apartados que "el que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

Por su parte el artículo 200 CP, establece la aplicabilidad de lo anterior al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes.

Los tipos penales objeto de acusación en este fundamento no son aplicables a casos como el de autos. Los artículos citados se incardinan en el Título X del Libro II del Código Penal, que tiene por objeto la protección de la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, es decir, los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución. Es por ello que la protección contemplada en los artículos 197 y 200 CP queda circunscrita a los secretos que afecten fundamentalmente a la intimidad, lo que no ocurre con los denominados secretos de empresa o industriales, los cuales encuentran protección en otros preceptos del Código Penal. La Audiencia Provincial de Asturias, en su sentencia de 14 de julio de 2003, ya decía que "dicho tipo penal no tutela los datos o informaciones de tipo societario o empresarial "strictu sensu", pues este tipo de información se encuentra tutelada en el ámbito de los delitos relativos al mercado por lo que el Art. 200 debe



interpretarse restrictivamente como se dice en la sentencia recurrida, de forma que la alusión a datos reservados de las personas jurídicas que goza de protección en dicho precepto, son datos que si bien se proyectan en principio sobre personas jurídicas han de tener trascendencia en la intimidad de las personas físicas por ejemplo de los socios, directivos o empleados de la misma, por lo que dicho precepto no puede ser aplicado para la tutela de información empresarial reservada, carente de trascendencia para la intimidad de la personas físicas.

También resulta de interés el Auto de la AP de Madrid de 22 de octubre de 2008, en el que se afirma que "por lo que respecta al delito previsto en el artículo 200 del Código Penal, la cuestión controvertida se concreta en el alcance que deba otorgarse a la protección reconocida a las personas jurídicas en el citado artículo 200 respecto a los datos reservados de las mismas. Como toda la doctrina pone de manifiesto, sólo impropriadamente puede hablarse de intimidad de las personas jurídicas; la intimidad, como tal, sólo es predicable de las personas físicas, pues es un derecho de la personalidad cuyo ámbito propio de proyección es la vida personal y familiar. Esta intimidad o mejor, este derecho a la intimidad, es lo que protegen los arts. 197 y ss. del Código Penal, siquiera en ellos se trate de delimitar ese concepto vago y difuso, de complicada delimitación conceptual y práctica, mediante la alusión al «secreto» o los «datos reservados», a veces en abstracto, a veces a través de la protección de los objetos típicos en que la intimidad se manifiesta, como es el caso de la correspondencia, comunicaciones, etc. y, además, como corresponde al derecho penal, la tutela no abarca todas las manifestaciones de la intimidad o todos los ámbitos de ésta que podrían catalogarse, sino tan sólo su aspecto más esencial definido por la norma penal por el concepto de «secreto», pues existe una paralela protección civil del derecho fundamental de la intimidad bastante a otros muchos efectos. Y para mayor garantía de ese derecho a la intimidad de las personas físicas, el legislador de 1995 tipificó como delito la vulneración de la «intimidad» de las personas jurídicas, adelantando así la barrera de protección; no porque éstas en sí mismas puedan gozar de ese derecho, sino porque en la medida en que pueden guardar y manejar datos que aun refiriéndose a sí mismas afecten también a personas físicas, deben gozar de la protección penal en el uso «secreto» de esos datos; se trata, por tanto, de una protección de su «intimidad» instrumental, pero precisamente por su regulación legal ha de reconocerse la configuración de un ámbito de secreto también en las personas jurídicas. Ahora bien, por lo expuesto es claro que la extensión de ese ámbito de intimidad debe delimitarse en función del propio bien jurídico protegido por la norma, que es la intimidad de personas físicas; y así, a la hora de fijar sus límites debe atenderse en todo caso a la trascendencia de los datos respecto de personas físicas evitando, como exige la mejor doctrina, una interpretación extensiva. Por lo demás, la figura delictiva del art. 200 CP tiene también sus límites marcados por la existencia de otras figuras delictivas que protegen los secretos propiamente industriales, comerciales y mercantiles, los arts. 278 y 279 del Código Penal".

Por último, y con independencia de todo lo expuesto en este fundamento, resulta que al desconocerse el contenido informático de los cartuchos importados por el acusado, como reiteradamente se viene diciendo en esta resolución, no puede saberse si albergan secretos o información reservada de la empresa que ejerce la acusación particular.

SEXTO.- Conforme al artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo solicitado por la defensa del acusado, procede decretar las costas de oficio.



PRINCIPADO DE
ASTURIAS



Vistos los artículos citados, y demás de general y pertinente aplicación,

ES COPIA

FALLO

Que debo **absolver y absuelvo** al acusado, **ALEJANDRO FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ**, de los delitos contra la propiedad intelectual, contra la propiedad industrial y de descubrimiento y revelación de secretos por los que venía siendo acusado, declarando las costas de oficio.

Esta sentencia, que se notificará a las partes, es apelable en el plazo de diez días desde su notificación mediante escrito, con firma de Letrado, que se presentará en este Juzgado en el que se expondrán ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación y se fijará un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia Provincial. Durante este período se encontrarán las actuaciones en la Oficina Judicial de este Juzgado a disposición de las partes.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación a los autos, lo pronuncio mando y firmo.
E/



PRINCIPADO DE
ASTURIAS