

Audiencia Provincial  
Sección Segunda  
Las Palmas

AUTO

Ilmos. Sres..  
D<sup>a</sup>.Pilar Parejo Pablos.  
Presidente  
D Yolanda Alcázar Montero  
D<sup>a</sup>. M Pilar Verástegui Hernández (ponente)  
Magistrados.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 1 de marzo de 2010.

Dada cuenta y;

HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 7 de Las Palma, con fecha 7 de abril de 2009 se dictó Auto por el que se desestimaba el recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento "ADESE», contra el auto de 11 de julio de 2008, por el que se acordaba el sobreseimiento provisional de la causa.

SEGUNDO- Por la misma Entidad se interpuso recurso de apelación que fue tramitado conforme a derecho, remitiendo testimonio de particulares a esta Audiencia para su resolución, sin que se haya celebrado vista al no interesarse por el recurrente ni estimarse necesario por la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO- Se centra el recurso en el destino que la parte pretende dar a los denominados chips, al considerar que existiendo distintos pronunciamientos en las Audiencias Provinciales, debe estarse a cada caso concreto y al destino que, en ese caso concreto, se ha dado a los llamados chips. Entiende que, en el caso de autos, el fin de la instalación de los chips en las consolas no era otro que permitir leer juegos no originales, tal y como se desprende de los partes de recogida de las consolas en cuestión, referido, en todos los casos, a un mismo problema relacionado con la lectura de los juegos, lo que debería ser bastante para continuar con la Instrucción, y averiguar si la conducta del imputado es típica, practicando diligencias tales como una pericial que determine la funcionalidad de los chips instalados en las consolas. Finalmente, y en relación a las pretendidas utilidades que señala la defensa, pone de manifiesto el apelante que una persona que sepa programar no necesita que alguien le modifique la consola para utilizar el software creado por él mismo, sin que además este supuesto figure en ningún parte de recogida, poniendo de manifiesto la posibilidad de que además, los hechos fueran constitutivos de un delito contra la propiedad industrial, al alterarse un dispositivo que está protegido por los derechos de marcas y patentes. Concluye señalando la infracción que, a su juicio, se ha producido, de los artículos 779.1 y 641.1 de la LECrim, toda vez que no se han practicado las diligencias necesarias para averiguar el destino del . material intervenido, debiendo practicarse nueva prueba pericial para determinar y apoyar estos indicios.

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso al no constar en la presente causa que la única finalidad perseguida en los chips instalados en las videoconsolas halladas en el negocio representado por el imputado fuera estar destinados a suprimir o neutralizar los dispositivos técnicos utilizados en la protección de programas informáticos. Se impugna el recurso por la representación procesal del imputado, poniendo de manifiesto la escasa jurisprudencia que mantiene la postura defendida de contrario, frente al elevado número de resoluciones que mantienen que los dispositivos incautados no están específicamente destinados a proteger programas de ordenador, interesando con ello la desestimación del recurso formulado de contrario.

SEGUNDO.- En relación al sobreseimiento acordado, se ha de recordar que el Tribunal Constitucional ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 172/2004, de 18 de octubre, 63/1999, de 26 de abril, y 116/2001, de 21 de mayo , entre otras muchas) y que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE , es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (SSTC 163/2000, de 12 de junio, y 214/2000, de 18 de septiembre).

Pues bien, en el presente caso se incoaron diligencias por la comisión de un presunto delito contra la propiedad intelectual, al comprobar, en una inspección efectuada en un establecimiento abierto al público, que en el mismo se estaban manipulando consolas, interviniendo documentación en este sentido, y consolas ya reparadas y manipuladas con los chips internos para su posterior entrega a los clientes.

Declaran en el Juzgado de Instrucción los tres imputados, J.A.D., F.M.M. y J.S.Q., señalando estos dos últimos a J.A.D. como la persona que se encargaba de la reparación de las consolas, afirmando éste que los chips y el software Swapmagic que instalaba en las consolas tenían múltiples finalidades como son; cargar juegos de otras regiones del mundo que utilizan un sistema de televisión distinto al nuestro, y que no podrían reproducirse en este país sin ese dispositivo; utilizar copias de seguridad de los propios juegos originales para evitar que éstos se dañen y ampliar la capacidad de reproducción de los archivos, negando haber vendido juegos piratas en su tienda.

El Auto impugnado acordó el sobreseimiento al no cumplirse el requisito, previsto en el tipo, de la finalidad específicamente dirigida a la supresión o neutralización de la protección de un programa de ordenador, al poder utilizarse los chips informáticos y el sistema "Swap Magic", no sólo para la utilización de juegos piratas, sino para múltiples utilidades como permitir jugar con juegos originales de otros países o utilizar copias de seguridad de juegos originales, concluyendo que la venta e instalación de dichos sistemas en videoconsolas no es típica.

Pues bien, sentado lo anterior, procede la desestimación del recurso, al devenir innecesaria la prueba pericial interesada, en orden a determinar el contenido de los chips, cuando el propio recurrente no cuestiona dicho particular, admitiendo que aún teniendo los chips varias utilidades, considera que la instrucción debe dirigirse a investigar cual era el verdadero fin del actuar del imputado, particular para el que la práctica de la diligencia propuesta resulta innecesaria. Debe en consecuencia confirmarse el sobreseimiento acordado, ya que al existir distintas utilidades para los llamados chips, no se cumple el requisito del exclusivo o

específico destino que prevé el precepto, sin que tampoco, se aprecie el encaje de los hechos denunciados en ninguno de los delitos relativos a la propiedad industrial, regulados en los artículos 273 y siguientes del Código Penal, tal y como, de forma genérica, refiere la parte en el recurso.

TERCERO.- No apreciando mala fe ni temeridad en el recurrente, procede declarar de oficio las costas de esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española

LA SALA RESUELVE:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento "ADESE", contra el Auto de fecha 11 de julio de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción número Siete de Las Palmas por el que se desestima el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de fecha 15 de septiembre de 2006, que acordaba el sobreseimiento de las actuaciones, el cual, en consecuencia, se confirma. No ha lugar a efectuar imposición de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndole saber que la misma es firme por no haber contra ella recurso alguno

Así por este nuestro auto lo pronunciamos, lo mandamos y firmamos.

Diligencia para hacer constar que seguidamente se cumple lo acordado, doy fe.