

**AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN 8 DE VALENCIA PARA ANTE LA
AUDIENCIA PROVINCIAL**

MARIA JOSE SANZ BELLOCH, Procurador de los Tribunales y de R.C.M., tal como consta acreditado en autos, como mejor proceda en Derecho **DICE:**

Que habiéndoseme dado traslado del recurso de apelación interpuesto por las mercantiles ADESE, PROEIN, SONY, UBISOFT, INFOGRAME, PLANETA AGOSTINI y ACCLAIM, contra el auto de sobreseimiento de fecha 18 de enero por el que se acuerda el archivo del procedimiento, mediante el presente escrito, formulo IMPUGNACIÓN DEL RECURSO, que fundamento en las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.- Se impugna el recurso de apelación presentado de contrario, por considerar que no son ciertas sus afirmaciones, tanto en lo que se refiere a los hechos debatidos como a las consideraciones jurídicas que de los mismos se extraen por la representación de la acusación particular.

No es cierto, como se afirma en el escrito de recurso, que nuestro representado R.C.M. reconociese la conducta denunciada. Antes al contrario, lo que manifestó en su declaración de fecha 23 de marzo de 2007 es que el material que vende en su establecimiento es el que aparece en la página web ----
-----, dando cumplidas explicaciones de las distintas funcionalidades de dicho material.

El Sr. R.C.M. en ningún momento reconoció que el material vendido en su establecimiento esté destinado específicamente a desproteger programas de ordenador: se informa a los clientes que *“algunos de los productos que venden en el establecimiento son para juegos originales de otras regiones, para software casero, y que cualquier otro uso está castigado por la ley, y que el establecimiento está en contra de la piratería”*.

También declaró el Sr. R.C.M. que *“el dispositivo sirve también para instalar el sistema operativo Linux, necesitándose además un disco duro y el sistema operativo Swap Magic”...*, *“que la consola salió en el mercado en el año 1998, y mantiene desde ese año las características, habiéndose reducido únicamente el tamaño de la misma, y para mantener operativa dicha consola la única forma de actualizarla es con la instalación de estos dispositivos.”*

Es imposible extraer de tales declaraciones que el Sr. R.C.M. reconociese los hechos denunciados: todo lo contrario, se negó explícitamente la conducta sostenida en la denuncia.

SEGUNDA.- El auto recurrido acordó el sobreseimiento interesado tanto por el Ministerio Fiscal como por la defensa, por considerar que los dispositivos incautados *“no están destinados a suprimir las protecciones de los juegos”*.

A tal conclusión llegó la Instructora en base a la totalidad de la prueba practicada, de la que cabe reseñar la pericial practicada por el perito Sr. Ferrer, en informe de fecha 26 de octubre de 2007, en cuyas conclusiones se establece que *“no puede afirmarse, antes al contrario, que los dispositivos incautados (chips y software) estén específicamente destinados a suprimir las protecciones de los juegos”*. En su análisis, el perito indica que dicho material tiene diversas funciones, entre las que cabe destacar el cambio de zona geográfica de los juegos, así como convertir la videoconsola en un ordenador programable dotada de sistema operativo.

Los razonamientos de la Instructora, cimentados en la prueba practicada, y apoyados por Ministerio Fiscal y defensa, no pueden ser más transparentes: no se ha acreditado en modo alguno la conducta denunciada, que la acusación pretendía incardinar en el tipo penal del artículo 270.3 del Código Penal, es decir, la fabricación, importación, puesta en circulación o tenencia de *“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”*.

La recurrente, que en su condición de acusación particular era a quien incumbía la carga de la prueba en el procedimiento penal, no ha presentado en fase instructora prueba alguna que acredite los hechos expuestos en su denuncia. La acusación no puede ser un mero transeúnte del proceso penal, esperando que el impulso procesal de oficio lo lleve a buen puerto: ha de proponer pruebas que sostengan aquello que afirma en su denuncia o querrela.

TERCERA.- Tal como indicamos en nuestro escrito de fecha 7 de noviembre de 2007, existen diferentes sentencias, tanto en el ámbito español como internacional, sobre la legalidad de la modificación de consolas, jurisprudencia a la que nos remitimos en aras a la economía procesal.

La sentencia invocada de contrario, de la Audiencia de Barcelona, analiza unos dispositivos distintos de los incautados en el procedimiento, en base a una prueba pericial también distinta. A lo que debemos atenernos es a aquella prueba practicada en el ámbito del actual procedimiento del Juzgado de Instrucción 8 de Valencia: lo que no está en los autos, no está en el mundo.

CUARTA.- En cualquier caso, debemos combatir una afirmación de la acusación, vertida en su escrito de recurso, por su manifiesta falta de lógica. La acusación entra en contradicción consigo misma, negando la mayor, al sostener en el escrito de recurso una tesis radicalmente distinta a la de su denuncia.

Se indica textualmente en el escrito de recurso lo siguiente: *“Y debemos reiterar que las consolas tienen finalidad de visionar y jugar con juegos autorizados para estas no la de ser un ordenador personal. Si el titular de las consolas Sony hubiera deseado que las consolas sirvieran como ordenadores personales, daría esta opción que obviamente no da”*.

Obsérvese que si las consolas no son ordenadores personales, mal podría cometerse, mediante la modificación de las mismas, el delito previsto en el artículo 270.3 del Código Penal, relativo a la desprotección de “programas de ordenador”.

Con todo, la afirmación es totalmente incierta: el comprador de una consola, como el comprador de cualquier otro producto manufacturado, puede hacer con el objeto de su propiedad lo que estime oportuno, salvo que vulnere derechos de terceros. El comprador de un automóvil puede modificarlo a su antojo, poniéndole los alerones y tapacubos que pretenda, por antiestéticos que estos sean: mientras no perjudique la seguridad vial, está legitimado a hacer con su propiedad de su capa un sayo. Del mismo modo, el comprador de un dispositivo electrónico puede mejorar su máquina como desee, ampliando memoria mediante la instalación de RAM, capacidad de almacenamiento con discos duros, velocidad con procesadores adicionales, etcétera.

¿Qué tienen de especial las consolas Sony Play Station que no tengan los coches, las lavadoras o los ordenadores portátiles? Responderemos la pregunta aquí: lo que tienen detrás es un lobby de mercaderes de propiedad intelectual, interesados en mantener un mercado de consumidores aborregados, cuanto más pasivos mejor. Un lobby que no quiere compradores dinámicos e ingeniosos que modifiquen sus productos; ni compradores inteligentes, a los que se les ocurra ejercer los derechos que la ley les reconoce, y muy especialmente el derecho de copia de seguridad reconocido por la vigente legislación de derechos de autor.

Falta a la verdad la afirmación de la acusación particular, interpretando torticeramente lo dispuesto por el artículo 100.2 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual establece, categóricamente, que *“la realización de una copia de seguridad por parte de quien tiene derecho a utilizar el programa no podrá impedirse por contrato en cuanto resulte necesaria para dicha utilización”*.

El lobby de empresas que conforma la acusación es perfectamente conocedor, por las estadísticas que maneja, de un hecho incontrovertido: el mayor mercado de videojuegos son los menores de edad. Los menores de edad son por natural descuidados, y los discos ópticos en los que van grabados los videojuegos se rayan fácilmente. Impedir que los menores realicen copias de seguridad de sus videojuegos, además de ser una medida dudosamente ética, sería manifiestamente ilegal.

QUINTA.- Además de lo expuesto anteriormente, debe indicarse que la funcionalidad de los dispositivos comercializados por mis representados no se extiende únicamente a las copias de seguridad, sino que desempeñan muy diversas funcionalidades, entre las que destacaremos las siguientes:

- a) La ejecución de software programado por el usuario. Todo comprador de un dispositivo informático ostenta, en su calidad de ciudadano español, el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido por el artículo 20,1,b de la Constitución Española. Para poder reproducir software casero, las consolas han de ser modificadas.
- b) Utilización de software adquirido en países cuyo sistema televisivo no es PAL, sino NTSC, tales como Japón o Estados Unidos.
- c) Reproducción de grabaciones domésticas de video, o visionado de fotografías. Esta es una funcionalidad que no existía en la consola Play Station en su momento de salir al mercado en los años 90, y que posteriormente han incorporado otros fabricantes: a nadie se le puede prohibir que modifique la consola para ver vídeos familiares en formato digital.
- d) Instalación de sistemas operativos libres, tales como Linux, para cuya ejecución se requiere disco duro, imposible de arrancar en la consola Play Station sin la instalación de un dispositivo adecuado.

En suma, tal como ha podido objetivarse en la prueba documental y pericial practicada, tal como han informado Ministerio Fiscal y defensa, y tal como ha fundamentado jurídicamente la Instructora de las presentes Diligencias Previas, los dispositivos comercializados por mi representado no están específicamente destinados a desproteger programas de ordenador. En coherencia con ello, interesamos la confirmación del auto recurrido y la desestimación del recurso.

En su virtud,

AL JUZGADO SUPLENTE: Que habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por impugnado el recurso de apelación interpuesto por la

acusación particular contra el auto de sobreseimiento de fecha 18 de enero, elevando los autos a la Audiencia Provincial para ulterior resolución y **A LA SALA SUPPLICO**, que teniendo por impugnado el recurso de apelación interpuesto, y en méritos a las alegaciones precedentes, dicte resolución por la que, con desestimación del recurso, confirme el citado Auto de 18 de enero de 2008 íntegramente, con imposición de costas a las recurrentes.

OTROSI DIGO: Que esta parte solicita para su remisión a la Audiencia Provincial, la remisión íntegra de los autos, por ser vinculante la resolución que adopte la Sala para la continuación o no del procedimiento, y alternativamente designamos los siguientes particulares:

- 1.- Declaración de R.C.M.
- 2.- Informe pericial de J,F,G,
- 3.- Escrito de esta representación de 7 de noviembre de 2007
- 4.- Informe del Ministerio Fiscal de 5 de diciembre de 2007.

En Valencia, a catorce de febrero de dos mil ocho.