

**AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN 002**

TELÉFONO: 91.397.32.67
FAX: 91.397.32.68

20107
N.I.G.: 28079 27 2 2011 0015059

ROLLO DE SALA: PA 5 /2014

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 180 /2011
ÓRGANO DE ORIGEN: JUZGADO CENTRAL INSTRUCCION nº: 005

Tribunal:

Ilmo. Sr. Presidente

D. CONCEPCION ESPEJEL JORQUERA

Ilmos. Sres. Magistrados.

**D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ
D. ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ (Ponente)**

En la villa de Madrid, el día 5 de Marzo de 2015, la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, compuesta por los Magistrados antes mencionados, bajo la Presidencia de la Ilma. Sra. D^a. Concepción Espejel Jorquera, siendo Ponente el Magistrado Sr. López y López, por la autoridad que administran derivada de la Constitución y el pueblo Español ha dictado:

EN NOMBRE DEL REY

La presente

SENTENCIA N° 6/ 2015

En el Rollo de Sala N° 5/2014 seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, procedente de las Diligencias Previas n° 180/2011 del Juzgado Central de Instrucción N° 5, seguido por un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 y 271 b) del Código Penal y un delito de promoción y constitución de organización criminal del artículo 570 bis apartado 2-c (medios tecnológicos avanzados de comunicación) del mismo texto legal, y otro de blanqueo de capitales del art. 303 del CP, en el que han sido partes:

Como acusador público el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. D. **Daniel Campos Navas**.

Como acusadores particulares:

- 1.-**Editorial América Ibérica S.A.** asistida por la Letrado D^a. Eva M^a Vilches Daponte.
- 2.-**Asociación de Editores de Diarios Españoles**, asistida por el Letrado D. Nicolás González-Cuellar Serrano
- 3.-**Centro Español de Derechos Reprográficos**, asistido por el Letrado D. Ignacio Temido Cenicerós.

Como acusados:

- 1.- **David González Hernández**, con DNI nº 50092280, nacido el 11 de junio de 1972 en Madrid, hijo de Emilio y M^a del Carmen, con domicilio en la Avda. General Roca nº 44 de Palma de Mallorca, asistido por el letrado D. Carlos Torres Sacristán.
- 2.- **Raúl Antonio Luque Gutiérrez**, con DNI 50206673-L, nacido el 24 de julio de 1974 en Madrid, hijo de Carlos y M^a Pilar, con domicilio en la calle General Castaños nº 18 de Getafe, ya asistido por el letrado Javier Maestre Rodríguez.
- 3.- **Oscar González Hernández**, con DNI nº 50107198, nacido el 14 de noviembre de 1975 en Madrid, hijo se Emilio y M^a del Carmen, con domicilio en la calle Marbella 13 de Arroyomolinos, ya asistido por el Letrado D. Carlos Torres Sacristán.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Las presentes diligencias se inician como Diligencias Previas número 180/2011 seguidas en el Juzgado de Instrucción Central número 5, por providencia de fecha 16 de enero de 2013 se acordó la elevación de la causa a esta Sala donde tuvo entrada en fecha 25 de enero de 2013, donde por Auto de fecha 25 de febrero de 2013 se señaló el día 18 de noviembre de 2014 a las 10'00 horas en las dependencias de San Fernando de Henares para la celebración del juicio oral, en que éste tuvo lugar.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal presentó la siguiente calificación:

"Los anteriores hechos son constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual del artículo 270 y 271 b) del Código Penal y un delito de promoción y constitución de organización criminal del artículo 570 bis apartado 2-c (medios tecnológicos avanzados de

comunicación) del mismo texto legal. De los anteriores delitos son responsables los acusados en concepto de autores del artículo 28 del Código Penal. No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer a los acusados las siguientes penas:

- Por el delito contra la propiedad intelectual TRES AÑOS DE PRISIÓN, MULTA de 20 meses a razón de 20 euros diarios e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión ADMINISTRADOR DE SERVIDORES Y PÁGINAS WEB GESTOR DE CONTENIDOS DE DICHAS PÁGINAS, por un período de tres años.
- Por el delito de organización criminal, CINCO AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

Procede el comiso de los efectos informáticos intervenidos, así como de las ganancias acreditadas hasta un importe de 196.280,71 euros que podrá ejecutarse sobre cualesquiera bienes pertenecientes a los acusados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123.7 del Código Penal. Los acusados deberán indemnizar a los editores de diarios a través de AEDE en la cantidad de 3.695.004 euros. A EDITORIAL AMERICA IBERICA, S.A. en la cantidad de 24.044 euros. Así mismo deberán abonar a través de CEDRO a los titulares de otras obras distintas de las anteriores en la cantidad que resulte fijada en el juicio oral o en ejecución de sentencia.

La acusación de Asociación de Editores añade la acusación de un delito de blanqueo de capitales del art. 301 del CP, y añade la alternativa de un delito de integración en grupo criminal del art. 570 ter.2 c. En cuanto a las penas por el delito contra la propiedad intelectual solicita para los acusados la pena de 4 años de prisión, multa de 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión por un periodo de cinco años; por el delito de blanqueo de capitales solicita la pena de seis años y multa de 720.000 euros con decomiso de las ganancias obtenidas; por el delito de integración en organización criminal la pena de 8 años de prisión, y la alternativa por el de integración en grupo criminal la de 4 años de prisión. Solicita que se condene a los acusados a que indemnice a las empresas editoras socias de AEDE que menciona en su escrito de acusación, en la cantidad de 4.721.394 euros, así como al pago de las costas.

La acusación CEDRO califica los hechos como un delito contra la propiedad intelectual y como un delito de constitución e integración en organización o grupo criminal.

Solicita para los acusados respecto del delito contra la propiedad intelectual la pena de 4 años de prisión y multa de 24 meses y por el delito de organización criminal la pena de seis años de prisión. Además solicita que se le indemnice en la cantidad de 1.077.497,41 al mes durante cada uno de los meses en los que desarrollaron los hechos o la cantidad que se fije en ejecución sentencia.

Por la acusación Editorial América Ibérica S.A. se califican de igual manera los hechos, solicitando las penas de tres años de prisión para cada delito, así como la de multa y accesorias. Solicita una indemnización de 24.044 euros.

TERCERO.- En el desarrollo del juicio declararon los acusados, se practicaron las pruebas propuestas y las partes emitieron sus informes elevando sus conclusiones a definitivas. Los acusados no hicieron uso del derecho a la última palabra. El Ministerio Fiscal y la acusación particular 2 modificaron sus conclusiones en el sentido que queda reflejado en sendos escritos presentados al efecto.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Los acusados DAVID GONZALEZ HERNANDEZ, RAUL ANTONIO LUQUE GUTIERREZ, y al menos otras cinco personas radicadas en Ucrania no suficientemente identificadas, participaron en una asociación para comunicar públicamente a través de Internet publicaciones periódicas y libros sin la autorización de los titulares de los derechos de dichas obras, actividad que desarrollaron al menos desde junio de 2009 hasta el 21 de mayo de 2012 en que se produjo la detención los acusados y la intervención de los equipos informáticos desde los que operaban y que estaban ubicados en la Avenida de Odón, número 19, Villaviciosa de Odón (Madrid).

SEGUNDO.- Para ello crearon con fecha de 15 de septiembre de 2008 la página www.youkioske.com mediante la cual ofrecían la posibilidad de leer *on line* las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedente de los usuarios, si bien los acusados y sus colaboradores se lucraban a través de la publicidad existente en dicha página. Las publicaciones se hallaban alojadas en servidores virtuales como isuu.com (Virginia-EEUU), Youpublisher(California-EEUU) o calameo.com(Paris) y eran reproducidas tras seleccionadas en www.youkioske.com a través de un menú en el que se podía seleccionar la revista, periódico o libro, y una vez visualizado desplazarse por sus páginas, ampliar o reducir textos o imágenes y en general acceder a la obra sin ninguna restricción. El funcionamiento

de la Página WWW.youkioske.com se realizaba on line desde la propia Web mediante la técnica llamada “Streaming”, que consistía un medio tecnológico avanzado de comunicación que permite visualizar contenidos multimedia en tiempo real, sin necesidad de que se descarguen en el dicho duro del usuario.

TERCERO.- La página www.youkioske.com se encontraba alojada en la dirección I.P. 72.55.171.158 que se corresponde con un servidor de la empresa Blitware Technology INC, Victoria (CANADA). Dicho dominio fue registrado a nombre de la sociedad MILPORMIL LIMITED domiciliada en la suit 102, Group Floor, Blake Building, Corner of Eyre and Hutson Street, Belize City (BELIZE), de la que eran directores Raúl Antonio Luque Gutiérrez y David González Hernández. Más adelante, con fecha de 11 de febrero de 2011 los tres acusados constituyeron la mercantil NETWORKS BABILONTEC, S.L. para facturar a través de ella la publicidad insertada en www.youkioske.com. Oscar González Hernández y Raúl Antonio Luque Gutiérrez fueron nombrados administradores solidarios de la compañía cuyas 3.010 participaciones de la sociedad correspondían a los acusados con la siguiente distribución:

Raúl A. Luque Gutiérrez	1.505 participaciones	1.505 euros
Oscar González Hernández	1.504 participaciones	1.504 euros
David González Hernández	1 participación	1 euro

Los distintos miembros de grupo se distribuían las funciones en orden a la realización de las conductas descritas. Raúl Luque y David Hernández se encargaban de la administración de la compañía que explotaba económicamente la página de Internet a través de NETWORK BABILON, dándole cuenta de las gestiones y resultado de las mismas a Oscar Hern. También Raúl Luque y David eran los encargados de gestionar la página www.youkioske.com, así como de decidir las publicaciones que se subían a los contenedores virtuales. Por su parte los ucranianos eran los encargados de realizar las copias y subir las publicaciones a dichos contenedores, organizando turnos de cinco personas los días laborables y al menos dos personas los fines de semana, siguiendo siempre las instrucciones que recibían de David sobre las publicaciones a incorporar a la página y la forma y momento de hacerlo.

De esta forma el número de publicaciones a las que se podía acceder a través de www.youkioske.com superaba los 17.000 ejemplares, existiendo además de publicaciones españolas, otras alemanas, italianas, francesas, inglesas, portuguesas, rusas y holandesas. A

dichas publicaciones se llegaba a través de un menú en el que se distinguía entre prensa, magazines, clasificando a su vez estas entre diversas categorías como revistas femeninas, masculinas, de motor, deportivas, caza y pesca, golf, fitness, acuáticos, nieve, ciencia, salud, ocio, viajes, economía, historia, música, adultos, etc. Por su parte los libros se dividían en cocina, bienestar, autores, manualidades, idiomas, etc. También estaba a disposición de los usuarios comics de distintos tipos y en general cualquier tipo de publicación. Entre las que eran objeto de publicación reiterada a través de la citada página de Internet se encontraban diarios El Mundo, Marca, El País, El Economista, Diario As, Público o Expansión y las revistas Año Cero, Enigmas, Historia de Iberia Vieja, Gigantes del Básquet, el Mundo del Gato o Playboy, cuyos representantes formularon denuncias en distintas instancias tanto administrativas como judiciales o fiscales.

CUATRO.- Por lo que respecta a la explotación económica de la página a través de publicidad, se realizaba, por sistemas, a través de “banners” o de “videos pre roll”. Los “banners” son o espacios publicitarios de los que la Web dispone para cederlos a anunciantes que alojan publicidad de sus productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Los “videos pre roll” contenían un anuncio publicitario que mediante un reproductor flash ocupaba la pantalla antes de la visualización de la publicación elegida. Los banners eran gestionados por Google Inc. y los videos publicitarios por EYEWONDER. En YOUKIOSKE existían banners publicitarios localizados permanentemente en los laterales y parte superior de la página Web. Además mediante el sistema de “videos pre roll” se proyectan anuncios en el centro de la página Web momentos antes de la exhibición del contenido seleccionado por el usuario. En ambos casos “pinchando” en el banner publicitario o el video el usuario era redirigido a la página Web del anunciante.

QUINTO.- En definitiva, los acusados David González y Raúl Antonio Luque se concertaron para crear y mantener la página YouKioske por tiempo indefinido con el fin de utilizar las facultades de los titulares de los derechos de explotación de las publicaciones y repartirse beneficios obtenidos, y ello sin que contasen con el consentimiento de los titulares afectados, quedando demostrado que estos les comunicaron en múltiples ocasiones lo contrario, requiriéndoles reiteradamente de que no usaran más los contenidos objeto de explotación por parte de estos legítimos titulares. Para ello se valían de unos terceros situados en Ucrania no identificados, con los que contactaban asiduamente mediante comunicaciones al número 380879349264 y a los correos electrónicos naz101@ukr.net y Kwinto83@hotmail.com, las cuales proporcionaban y preparaban las publicaciones y las preparaban para su difusión en la página. Estos terceros percibían unas cantidades prefijadas por el

trabajo realizado, recibiendo órdenes de los dos anteriores. Los dos acusados referidos llevaban a cabo gestiones de administración y control de la Web, subiendo y controlando los contenidos de las web a través de cuentas de usuario creadas con tal fin, y como se ha dicho, realizaban los contratos de publicidad, aportaban conexiones IPS para operar, y cuentas bancarias para cobrar.

Juntos a estos contenidos cuyo derecho de explotación los ostentaban titulares que no habían prestado su consentimiento y se habían opuesto a su divulgación, otros titulares de derechos de explicación de derechos de propiedad intelectual en general compartían estas contenidos de forma voluntaria en la página web, si bien eran en su prácticamente totalidad muy poco conocidos, utilizando la plataforma precisamente para darse a conocer.

SSEXTO.-Las cantidades procedentes de las empresas que se anunciaban, se abonaban en la cuenta de Bancaja nº 2077-0822-01-11006186 de la que era titular Raúl A. Luque Gutiérrez así como, tras la constitución de NETWORKS BABILONTEC S.L., en la cuenta de Nova Caixa Galicia nº 2091-0752-48-3040003794, cuya titularidad correspondía a la citada compañía figurando como autorizados Raúl Antonio Luque Gutiérrez, Oscar González Hernández y David González Hernández. En la cuenta perteneciente a la entidad Bancaja existen pagos de la de la empresa de publicidad Smartclip Hispania, que suman un total de 40.663,97 euros en un periodo aproximado de 2 años; de la empresa Live Interactive que suman un total de 571,95 euros en el mismo periodo; y de la empresa Coguan S.L. que suman un total de 11.619,56 euros en el mismo periodo. En total, estas empresas de publicidad han abonado 52.855,48 euros en la cuenta de Bancaja. Por su parte en la cuenta de Novagalicia, se produjeron ingresos de Smartclip Hispania por un total de 69.028,52 euros en un periodo de menos de un año; procedentes de Julián Carlos Fernández Lamilla (empresa Think-in Media) sumando un total de 4.655,10 euros y otros de la empresa Matomy Media LId por un total de 3.041,84 euros. En total, se abonaron en esta cuenta un total de 76.725,46 euros en poco menos de un año. Por otro lado, existen también ingresos bajo el concepto de "Remesa Efectos" que suman un total de 66.699,77 euros.

En consecuencia, la suma total de los ingresos producidos en las cuentas corrientes controladas por los acusados y que procedían de su ilícita actividad han ascendido a 196.280,71 euros.

SÉPTIMO- Se han causado perjuicios a las entidades representadas por los acusadores particulares durante 36 meses, que fue el tiempo de funcionamiento de la página

www.youkioske.com, los cuales de determinarán en los trámites de ejecución de la presente sentencia.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Valoración de la prueba.

Tras el estudio por el Tribunal de la prueba practicada, ha llegado a la convicción plena de los hechos probados, examinando las pruebas practicadas en los términos que contempla el art. 741 LECr. para tener por enervada la presunción de inocencia que establece el [art. 24 CE](#) respecto a las acciones que, a continuación, se analizarán y respecto a los acusados que se determina con base a los argumentos que se recogen infra. En primer lugar, no obstante, debemos recordar que la invocación al derecho constitucional de la presunción de inocencia tan sólo comporta la obligación del órgano jurisdiccional de comprobar la existencia de prueba de cargo suficiente, obtenida con corrección y sin violentar derechos fundamentales, practicada en el acto del juicio oral con las adecuadas condiciones de publicidad, inmediación y contradicción, prueba que puede tener carácter directo o indiciario, limitándose en este caso la verificación a los hechos base en que la inferencia se funda y a la corrección lógica del proceso deductivo (vid., por todas, TS 2ª SS 18 Oct. 1994 , 3 Feb . Y 18 Oct. 1995, 19 Ene y 13 Jul. 1996 y 25 Ene. 2.001). Y este derecho se vulnera, como es sobradamente conocido-cuando se condena a alguna persona sin pruebas o valiéndose de pruebas obtenidas ilegalmente. Por lo demás, el principio de presunción de inocencia implica las siguientes consecuencias: a) que inicialmente debe presumirse la inocencia de toda persona acusada, en tanto tal presunción-de naturaleza iuris tantum- no haya sido desvirtuada; b) que, en principio, únicamente pueden servir para desvirtuar dicha presunción las pruebas practicadas en el juicio oral, con las debidas garantías legales y constitucionales, bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción- [art. 120.1](#) y 24 CE, ;c) que corresponde a las partes acusadoras la carga de la prueba -el acusado no tiene que probar su inocencia-; d) que la valoración de las pruebas es competencia propia y exclusiva del órgano jurisdiccional, y e) que el juzgador deberá motivar suficientemente la sentencia- [art. 120.3 CE](#)

.

1.- De los hechos.

Los hechos han quedado acreditado tal cual se establecen el capítulo específico de hechos probados, y ello mediante la prueba que pasamos a analizar.

1.1.- Declaraciones de los acusados.

David González admite genéricamente los hechos, si bien niega que se utilizaran contenidos protegidos y que tuvieran ánimo de lucro, aspectos ambos que van a ser contrariados por el resto de la prueba a analizar. Reconoce que creó junto con Raúl Antonio Luque la Web youkioske.com y niega que en esta actividad hubiera participado su hermano Oscar. En síntesis, lo que sostiene es que la página de enlaces que habían creado solo lo era para que los usuarios pudieran subir contenidos y ser compartidos. Declaró que no tenían acuerdo alguno con los periódicos o editoriales, y que cuando alguien protestaba por ser un contenido protegido lo cortaban en dos o tres horas. Por ello sostiene que crearon una plataforma de libre acceso donde cada usuario subía lo que quería y consultaba lo que quería, esto es, coincide con lo que se esgrime en los escritos de defensa, [youkioske](http://youkioske.com) era una página de Internet donde los usuarios publicaban comentarios y referencias cuya censura previa es materialmente imposible, no obstante lo cual los responsables de la página procedían a retirar comentarios o contenidos aportados por los usuarios cuando así les era solicitado por los titulares de derechos legítimos. Reconoce que la página www.youkioske.com se encontraba alojada en un servidor de la empresa Blitware Technology INC, Victoria (CANADA), y que dicho dominio fue registrado a nombre de la sociedad MILPORMIL LIMITED domiciliada en la suit 102, Group Floor, Blake Building, Corner of Eyre and Hutson Street, Belize City (BELIZE); a este respecto explica que lo hicieron así porque era lo mas barato, y además lo gestionaban por internet, pagando solo 800 euros. Así mismo también reconoce que con fecha de 11 de febrero de 2011 los tres acusados constituyeron la mercantil NETWORKS BABILONTEC, S.L. para facturar a través de ella la publicidad insertada en www.youkioske.com ; aclara que el fin de tal cambio fue “hacer las cosas bien” y poder facturar los ingresos. En lo que se refiere a la relación con unos ciudadanos ucranianos, sostiene que constituían un club de editores y subían las publicaciones con las que aquellos tenían acuerdos. Declara que pensaban que eran de Inglaterra y que no les pagaba nada por esta actividad. Respecto a por qué les solicitaba que crearan mas usuarios ficticios y no subieran los contenidos siempre los mismos, manifiesta que porque era “mas bonito” y que las anotaciones que había en su domicilio no tenían nada que ver, si bien al final reconoce un pago de 100 euros, y además alega que en los pagos a los ucranianos se mezclaban muchas cosas. Respecto a por qué les pedían que subieran mas editoriales, manifestaba que quería una plataforma con mucha gente y con muchos contenidos, si bien no recordaba, pero tampoco negó, que un día le pidiera a uno de los ciudadanos ucranianos que subiera pronto la publicación Marca porque se había celebrado un partido de fútbol muy importante y lo leería mucha gente. Respecto a una conversación sobre “avanzar a la legalidad” explica que la ley

denomina Sinde les preocupaba y por ello intentaba borrar los contenidos protegidos. En definitiva admite que el se encargaba de la publicidad, mientras que Raúl lo hacía del mantenimiento de la página, y que su hermano no tenía nada que ver con este tema.

El acusado **Raúl Antonio Luque** reconoce que trabajaba en la Web instalando programas, y que se creó youkioske para que los editores pudieran compartir contenidos; manifiesta que retiraban el contenido cuando alguien les comunicaba que tenía algún derecho protegido; respecto a la existencia de unos ciudadanos ucranianos que se encargaban de subir contenidos también alegó que pensaban que pertenecían a un club de editores. En relación con la existencia de usuarios con las mismas claves no da explicación alguna. Ratifica lo dicho por David respecto a las empresas creadas, e insiste en que se retiraba todo lo que se le comunicaba como protegido, si bien desconoce la existencia de reclamaciones por cartas certificadas. Explica que efectivamente crean una sociedad para poder cobrar la publicidad. Insiste en que habían creado una aplicación denomina “abuse” para que cualquier legítimo propietario de un derecho protegido pudiera hacérselo saber, y que jamás conoció relación alguna que lo que se tramitó ante un juzgado mercantil.

Por último, **Oscar González** reconoce que con fecha de 11 de febrero de 2011 constituyó junto los otros dos acusados la mercantil NETWORKS BABILONTEC, S.L., y que fue nombrado administrador solidario, pero declara que no ha ejercido como tal y que pensaba que todo era legal; dice que nunca recibió dinero alguno; declara que desconocía la relación con Belén Guzmán con su hermano. También reconoce que la cuenta de Nova Caixa Galicia nº 2091-0752-48-3040003794, cuya titularidad correspondía a la citada compañía figuraba como autorizado junto a los acusados pero que no tenía relación alguna con su gestión.

De estas declaraciones se infiere con claridad que los hechos en su mayor entidad son reconocidos por los acusados, si bien la cuestión a dilucidar es si se mantenían con su consentimiento en la página contenidos de titularidad exclusiva de sus propietarios sin su consentimiento. Este es el punto central de la cuestión a decidir. Respecto a la intervención de Oscar González la cuestión es mas primigenia, consiste en determinar si conocía o no la actividad ilegal, y hasta donde llegaba su participación.

1.2. Prueba testifical

Una de las acusaciones CEDRO, propuso como testigo a una ciudadana francesa

Sandra Chastanet, representante del Centro Francés de explotación del derecho de copia, la cual declaró que fue informada precisamente por CEDRO de la existencia de una Web en la que se alojaban contenidos de publicaciones francesas sin haber solicitado autorización alguna, llegando a reclamar como consecuencia de ello un editor, el cual no obtuvo respuesta alguna; añadió que realizaron capturas de pantalla y que los afectados ascendieron a cuarenta.

La testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía nº 101.211, la cual ha sido secretaria en la confección del atestado policial, declaró que comenzaron a investigar la página en cuestión, al ser considerada una página de streaming en la que se podían visualizar directamente los contenidos de unos medios de prensa, tratándose pues de un enlace directo al contenido, pudiéndose acceder a periódicos tales como el Mundo, El País, Marca, etc., así como revistas; la página estaba alojada en el extranjero. A este respecto, hizo una descripción de la página en cuya portada principal aparecían los periódicos y revistas, cuyos contenidos se consultaban directamente y sin abandonar la página youkioske, y además afirmó que los contenidos no se retiraban. También relató como cinco ciudadanos ucranianos subían contenidos al servidor ISSU, reconociendo los correos electrónicos obrantes al f. 2864, que luego serán objeto de estudio; la testigo aclaró que los acusados daban instrucciones a estos ciudadanos, si bien la prueba de todo ello son las mensajes de Messenger. También declaró que existía publicidad, la cual era directa a través de banners y que también había videos pre-roll; también menciona como pudieron comprobar la relación de los acusados con la empresa Networks Babylontee S.L., y que cobraban la publicidad a través de esta sociedad; así mismo hace referencia la sociedad MilporMil domiciliada en Belice, así como que el dominio pertenecía a la empresa y estaba alojado en Canadá. En relación con las intervenciones telefónicas destaca como en algunas de las mismas se evidencia como David da instrucciones a ciudadanos ucranianos, y en algunas otras manifestaban sin tapujo alguno que lo que querían era ganar dinero. Respecto al acusado Oscar, indica que la única relación con los hechos es la figurar como administrador de una de las sociedades, ser titular de una cuenta conjunta, y por eso piden la finalización de la intervención telefónica de Óscar, y tampoco solicitaron el registro de su domicilio.

El testigo miembro del Cuerpo Nacional de Policía nº 76.841 declaró que fue el encargado de la gestión de la observaciones telefónicas y de ADSL. Hace un resumen de las mismas destacando que David y Raúl hablaban del manejo de la Web, ocupándose Raúl de la página y Oscar de la publicidad, al igual que como administradores gestionaban la página. Hace referencia concreta a los SMS que mantuvo David con los ciudadanos ucranianos, destacando aquellos en los que David les pedía que subieran más revistas, y a su vez les

requería más personas para servir mas contenidos. También cuenta que siempre hubo publicidad de diferentes clases, y que cada vez que un usuario entraba en una publicación previamente se visionaba un video publicitario; dice que eran los administradores los que en última instancia seleccionaban los contenidos, así como que los que variaban los contenidos cada poco, cambiándose los periódicos. Narra unas conversaciones, en concreto entre David y Raúl en el que se dicen que querían ser como Softonic, primero empezar con la piratería y luego ser grandes y que alguien les comprara.

La testigo Ana Belén López Casillas, inspectora de la Subdirección General de Servicio de la Información declaró que se denunció la página en el ámbito del comercio electrónico, de tal suerte que obtenían beneficios y tenían publicidad en Google, entendía que la página estaba en una situación irregular según la ley, si bien no pudieron identificar a los propietarios.

El testigo perito miembro del Cuerpo Nacional de Policía con número 81.663 describe la página como muy sencilla y que estaba muy bien estructurada, viéndose las publicaciones en archivos PDF . Describe la actividad criminal como inserta en un grupo organizado integrado por tres españolaos-los acusados- y cinco ciudadanos ucranianos no identificados, correspondiéndole a los españoles la administración de la página y la gestión de la publicidad; concluye que el fin era conseguir beneficios mediante la publicidad. Detalló el funcionamiento de página en la que los hipervínculos actuaban a modo de llaves que permitían el acceso a las publicaciones, especialmente los periódicos, cuyo archivos se encontraban en los servidores ISSU, Calameo, etc.; según pudo observar directamente el testigo cuando se abría la página, lo que se veía era la portada de un medio y haciendo clic, tras la exhibición de un video publicitario se desplegaba el medio en su totalidad, tal cual se hubiera accedido a los mismos a través de sus portales legales; en este sentido, comenta que en las comunicaciones mantenidas con los ucranianos, David solicitaba que se crearan personajes usuarios ficticios para engañar y que se pareciera más a una típica página de compartimento de contenidos. Se remite al informe pericial elaborado en el que no valoran el daño cuando, pero si el número de internautas que podían acceder, el número de publicaciones, y en definitiva el elemento de lucro de los acusados, representado en los ingresos por publicidad. Destaca que es más difícil entrar en el servidor que en la página Web, dado que los contenidos no aparecen con el nombre del periódico, sino con un código alfanumérico para evitar que las autoridades identifiquen los contenidos protegidos. Añade que el mayor numero de entradas se producían en los contenidos protegidos que eran subidos sin autorización, estado acreditadas pero no identificadas las personas relacionadas con la

subida de contenidos, no importando desde que IP. En la valoración de la prueba pericial se hará un estudio más profundo de todo ello.

A continuación nos referimos a unas pruebas testificales cuyo resultado es muy significativo teniendo en cuenta que han sido propuestas por una de las defensas. La testigo Laura Alameda Nuño declara que trabajaba para Unidad Editorial (empresa editora y distribuidora del Mundo, Marca y Expansión, entre otros medios), y que uno de sus cometidos durante algún tiempo era reclamar a youkioske que retiraran las publicaciones referidas, y que nunca los hacían, puesto que después de enviar la reclamación se metía de nuevo en la página y allí seguían; recuerda que todos los días su jefe le pedía que requirieran a youkioske; la testigo Milagros Mediano, declara exactamente lo mismo; la testigo María Antonia Gallego también declaró que este era uno de sus cometidos en la empresa, reclamar a youkioske. La testigo Beatriz Martínez Villaverde explica en igual sentido que conocía a youkioske, porque también tenía que enviar requerimientos a la página y no quitaban los contenidos de su empresa; puntualiza que los mandaba todos los días, y que se metía al final de la mañana y seguían en la página; añade que se convirtió en una labor diaria fundamentalmente a finales de 2011 y principios de 2012; su función era chequear la presencia del Mundo, Marca y Expansión, y nunca recibió respuesta alguna. Para valorar estos testimonios debe tenerse en cuenta que las tres trabajadoras ya no trabajan para Unidad Editorial tras el ERE producido en la empresa.

A continuación comparecen un grupo de testigos propuestos por las defensas, Belma Hernández Francés, Carlos Gallego Guzmán, José María Grima Rosel, los cuales eran editores de contenidos que subían a youkioske, y todos ellos coinciden en que efectivamente los subían voluntariamente, pero sus publicaciones no eran conocidas, y lo que esperaban es que estar en la plataforma les beneficiara en el futuro.

1.3. Prueba pericial.

Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía números 95.060 y 112.958 se ratificaron en su informe obrante en folios 2845 y ss.; estos funcionarios analizaron lo ocupado en la entrada y registro del domicilio de David, concretamente dispositivos de almacenamiento y varios ordenadores. Destacan que estaban concebidos para subir contenidos a un servidor, concretamente de uno de ellos se obtuvieron una serie de listas en formato Excel denominadas "Nicks_isuu, las cuales estaban compuestas por nombres de usuarios y cuentas de correo electrónico, y que al parecer eran usuarios del sitio Web Isuu,

sitio del que extraían las publicaciones para la Web youkioske; también se obtuvieron facturas relativas a la publicidad contratada por la empresa Smartclip. En uno de estos dispositivos es donde se descubren unas conversaciones de Messenger entra las cuentas [daviggh@hotmail](mailto:daviggh@hotmail.com) y kwinto083@hotmail.com, y entre Mowgli_dgh@hotmail.com y kwinto83@hotmail.com. Estos peritos ratifican su total convencimiento de que la cuenta kwinto83i@hotmail.com pertenecería a una de las personas, presuntamente ubicadas en Ucrania; en estos mensajes se puede leer como David da instrucciones precisas para que una tal Ighor cree usuarios diferentes para diferentes publicaciones con el objetivo de proteger el anonimato; esta conversación es la que se refleja el día 20/06/2010; también cuando David le pregunta sí ha recibido el dinero, disculpándose por la tardanza. Estos peritos entienden que estos ucranianos eran las personas encargadas de conseguir publicaciones que posteriormente serían visualizadas en la web objeto de investigación. Con este tal Igor, David mantiene otras conversaciones por este conducto, por ejemplo le pide que publique todos los meses la revista llamada Investigación y Finanzas; en una conversación del día 3 de mayo de 2010 David le pregunta si ha habido algún problema con los periódicos, el cual le dice que no, que todos están en ISSU y que ha subido revistas, a lo que David le dice que es importante que los periódicos estén publicados lo antes posible. En otra conversación producida el 6 de agosto de 2010 David le pregunta si ha recibido el dinero disculpándose por la tardanza y le dice que en septiembre le van a pagar más. En los folios 3032 y ss se hace un informe complementario dando cuenta de toda la información obtenida, de todas la conversaciones antes referidas y algunas más, documentación bancaria de las actividades investigadas, abundantes imágenes de revistas, todas ellas protegidas por los derechos de propiedad intelectual, libros digitales, etc.

Ya ha sido detallada la declaración del testigo perito miembro del cuerpo nacional de policía nº 86636, pero merece la pena detenerse aunque sea brevemente en el informe elaborado por el mismo obrante al f. 193, el cual explica el funcionamiento de la www.youkioske.com y el cual está elaborado al inicio de la investigación criminal. Define el fin de página la cual está dedicada a facilitar a los usuarios los medios necesarios para leer online diferentes publicaciones usando los archivos situados en servidores virtuales, principalmente isuuu.com, reproduciéndose directamente en la Web mediante un reproductor flash. El perito añade que desde la Web se pueden leer directamente las publicaciones concretas, se pueden pasar las páginas, aumentar el tamaño del texto, etc. La página tenía un buscador y un menú para buscar la publicación; haciendo clic sobre la misma aparece el reproductor flash con un anuncio publicitario, tras el cual sale la publicación seleccionada. También se pone de manifiesto que en la página se muestran anuncios publicitarios en la

modalidad de banner gestionados por Google y videos gestionados por la entidad EyeWonder. En este informe es donde se dice que la web está alojada en un servidor situado en Canadá bajo la dirección I.P. 72.55.171.158. Se concluye que en la página se están poniendo los medios necesarios para acceder a obras sujetas a derecho de propiedad intelectual y que esta actividad se está realizando con ánimo de lucro reflejado en la publicidad inserta en la Web.

1.4.- Documental

Entrando ya en el estudio de la prueba documental y muy relacionada con lo anterior nos encontramos en los folios 299 y ss. con un informe elaborado por la Brigada de Investigación Tecnológica (BIT) firmado por el testigo perito antes mencionado, en el que con fecha 11 de octubre de 2011 se comunica que en la página Web se pueden leer diferentes publicaciones, tanto nacionales como extranjeras, mostrando pantallazos al respecto que demuestran con claridad publicaciones protegidas por el derecho de propiedad intelectual; se puede apreciar en el folio 259 como aparecen las portadas de los periódicos el País, el Mundo, la Razón, la Vanguardia y así hasta veinte publicaciones; en otro pantallazo aparece la versión inglesa de la revista Hola. Posteriormente en el folio 342 nos encontramos con otro informe con igual origen, informado a la Fiscalía de la Audiencia Nacional en fecha 20 de mayo de 2011 sobre hechos de iguales características y con ya un adelanto de lo que se estaba percibiendo por la publicidad.

Dentro de la prueba documental también se deben tener en cuenta las denuncias realizadas por los perjudicados, porque a través de las mismas y por la documentación aportada, ya se puede tener por acreditada la continuidad delictiva de los hechos aquí denunciados; al folio 92 se encuentra la denuncia formulada por AEDE ante Fiscalía, en f. 135 la presentada por Editorial América Ibérica SA, titular de los derechos de las revistas “Año Cero, Enigmas, Historia de Iberia Vieja, Gigantes del Básquet y el Mundo del Gato; aparece al f. 150 un pantallazo de “año cero”, al f.153 “Historia de Iberia Vieja”, al f.156 “gigantes del baloncesto”, al f.159 “Enigmas”, al f.162 “El mundo del gato”, y por ultimo al f. 165 y ss. Consultas de la Oficina de Patentes y Marcas en que consta la titularidad de los derechos de las revistas. Como se ha dicho, y como consecuencia de las primeras investigaciones al f.193 se encuentra el ya referenciado primer informe de la BIT sobre funcionamiento www.youkioske.com. Al f.223 se encuentra el Informe policial en el que se explica la contestación de google, y en el que se pone en conocimiento que el Servicio Google Adsense prestado para youkioske está relacionado con Raúl Luque, y ya se da cuenta

de lo percibido por tal servicio. También en f.289 nos encontramos el escrito Editorial América Ibérica solicitando medidas cautelares, así como en f.277 la denuncia ante Fiscalía de AEDE.

Resulta también de interés al f.351 la denuncia formulada por Eduardo Inda Arriaga, y Estaban Urreiztieta, en la que se contiene una presentación PPT elaborada con el consentimiento de los acusados, puesto que esta preparada por Antonio Rubio, quien habría asumido la labor de comercialización de la página, y en la que Babylon Tec presenta a youkioske como una novedad mundial al ser el único medio que agrupa las mejores publicaciones gráficas en un solo portal; se decía además que permitía disfrutar de las mejores publicaciones en alta calidad, sin necesidad de descargárselas y en el momento que se quiera, y además para atraer a posibles anunciantes se presentan en f. 367 el total de visitas a septiembre de 2011, con un total de 10 millones también resulta de interés la lectura al f.389 del expediente incoado por la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, y en especial al f.405 del acta de inspección del día 27 de Octubre de 2009 sobre contenido de la página e incumplimientos legales, firmada por Ana Belén López Casillas, la cual ha declarado como testigo en el presente procedimiento. Al margen de lo ya declarado por la misma se demuestra como en la Web aparecían contenidos protegidos por la propiedad intelectual; en la misma línea aparece en el f.592 otra acta de inspección 10 de mayo de 2009; en el f.813 se encuentra el archivo expediente administrativo porque no ha sido posible hallar indicios suficientes que fundamenten la existencia de una relación entre la página Web denunciada y una persona física o jurídica establecida en España.

En los folios 821-932 podemos leer el Informe de la BIT 108262 ampliando información sobre publicaciones afectadas en diversos países, quedando reflejados pantallazos en los que aparecen publicaciones alemanas, francesas, inglesas, italianas, portuguesas y publicaciones en otros idiomas extranjeros; como se puede apreciar, al igual que en España se facilita el acceso a los periódicos y revistas más importantes de los referidos países. Al f. 1012 se encuentra un oficio de BIT en el que se destaca que las personas investigadas llevarían cometiendo un delito contra la propiedad intelectual durante al menos un año. Al margen de que luego se hará una específica valoración de las conversaciones grabadas nos encontramos al f.1080 el oficio 30/3/12 dando cuenta de la conversación de David manifestando que "Las subimos y las quitamos cuando nos lo piden, pero porque queremos", 12 millones de publicaciones vistas al mes".En estas conversaciones, David reconoce "lo que molestan los del Mundo y Marca, pero que sin ellos el negocio ya lo

tienen". También se reflejan las conversaciones entre David y el tal Irop en inglés. En el f.1114 está el oficio 13/04/12 dando cuenta de la conversación de David en la que dice en un momento dado "es un paso a la legalidad", y que hay que hacer como softonic, que se hizo grande con la piratería y ahora está entre los grandes. También resulta relevante al f.1139 el oficio de 09/5/12 en el que se refleja el SMS entre el usuario del número de teléfono 633.14.41.64 (David González Hernández) y el usuario del número de teléfono 380979349264 (número ucraniano) sobre un tal Nazar, y en el que hablan de que entre semana están cinco subiendo y los fines de semana uno para periódicos y otro para revistas.

En f. 1970 se encuentra el oficio dando cuenta de la documentación física intervenida en el domicilio de David, y en especial los contratos y escrituras tales como el contrato de representación Comercial, documento en el queda constancia de que David González actúa en representación de la empresa MilporMil Limited, y que dicha empresa es la propietaria de www.kioske.com, el poder firmado por David González Hernández en el que actúa como Director de la sociedad incorporada en Belice bajo el nombre MilporMil Limited, fechado el 13 de enero de 2012; el poder firmado por Raúl Antonio Luque Gutiérrez en el que actúa como Director de la sociedad incorporada en Belice bajo el nombre de MilporMil Limited, fechado el 13 de enero de 2012, el contrato de representación comercial- sin firmar-, en el que Raúl Luque Gutiérrez, actúa en representación de la empresa Network Bahylontec, la cual consta que es la propietaria de los derechos de explotación youkioske, escrituras originales de la empresa Mil Por Mil Limited, fechadas el día 26 de octubre de 2009 en Belize, en las que constan como Directores de la empresa David González Hernández y Raúl Antonio Luque, la constitución ante notario de la sociedad limitada denominada "Networks Babylontec S.L." a favor de los acusados y 13 facturas emitidas por la empresa Networks Babylontec y van dirigidas a diferentes empresas de publicidad, las estadísticas de Youkioske por mes en 2012. En este documento se muestran las visitas a cada uno de los apartados de la Web, prensa española, prensa deportiva, magazines, etc., indicando que tiene un total de páginas vistas de 20.757.885. También constan las visitas ordenadas por países donde se puede observar que, pese a que España es el país desde el que se reciben más visitas (el 67,07%), la página es visitada desde al menos 50 países. Por último, una agenda de color negro con numerosas anotaciones manuscritas, entre las que destacan las que constan en la hoja correspondiente al 6 de noviembre, donde se observa lo que podría ser una previsión de gastos "secretaria 1000, 5 trabajadores 5000, etc.", y entre estas anotaciones hay una en la que se indica "4000 Ucrania", lo que nos lleva a pensar que podrían tratarse de las personas que estaban trabajando en la publicación de contenidos.

1.5.- Observaciones telefónicas

En último lugar, resultan de especial interés las conversaciones grabadas por la policía judicial con autorización del Juez Instructor, y que al igual que los sms no han sido cuestionados por las defensas de los acusados. Hagamos un resumen de las oídas en el acto del juicio oral y veremos como de las mismas se van desprendiendo elementos intensos de convicción sobre los que volveremos en el momento de determinar la participación de los acusados. En la conversación mantenida el día 16/03/2012, David llama a una persona y le dice con otras palabras que la Web va muy bien; en la conversación de fecha 22/03/2012 David llama a Óscar y hablan de lo que están avanzando, de una nueva youkioske y de los beneficios que está generando; el día 22/03/2012, David recibe una llamada de mujer y hablan de unos que David considera su competencia-los de Kiosco y mas-, y dice que van a dar un paso con las editoriales. David dice que a ellos le suben mucha morralla, pero ellos solo suben las buenas, le dice que sabe a que mercado venden y que después de “dar mucho por culo al periódico el Mundo, a Marca y al otro”, y que el sin ellos su negocio ya lo tiene; dice que si que ellos quitan el mundo y ya le da igual. David dice que sin el Cosmopolitan y el Vogue, las que tiene en juicio, que esa no es tan y siguen multiplicando y subiendo otras que son del mismo grupo, Fotogramas, Mari Claire, “esa las subimos y las quitamos cuando nos lo piden, pero por que queremos” y habla finalmente de una nueva Web que van a sacar. El día 9/04/2012 se produce una llamada entre Raúl y David, en la que Raúl le explica la llamada de un abogado. Hablan del siguiente paso que van a dar, de la plataforma de pago. David dice que es el momento de pasar a la legalidad. El día 10/04/2012 se produce una llamada entre Raúl y David y hablan de otro sitio similar a Youkioske, se lamentan de haber tenido dinero para lanzar la Web y refiriéndose al responsable de una plataforma legal dice que “estos les van a comprar”, y que si piden cien millones se los van a dar, y que nos les importaría que cerraran youkioske, dicen que tiene que llevarlo y que para eso es necesario conseguir cien millones de visitas al día y cuando pasan de las quinientas mil se les cae; dice David que “Pedrojota” les compraría para que nos les compre el país por ejemplo; dice David que hay que ser como Softonic, que se hizo grande con la piratería y ahora están con los grandes. De todas estas conversaciones se concluye con claridad la plena conciencia de la ilegalidad de su actuación y el ánimo de lucro que les guía. En algunas de las conversaciones se llegan a mofar de los que trabajan legalmente y que con lo conseguido podrán pasarlo muy bien, mientras otros trabajan y se arruinan. A modo de conclusión de este capítulo, ya se puede establecer que están totalmente acreditados la conciencia de ilegalidad y ánimo de lucro, y no se puede entender la plataforma youkioske como un mera página de compartimiento de contenidos, y que sólo actúan de enlace entre quienes quieren compartir la

misma, y los servidores donde los usuarios han decidido cargarlos en la red, actuando así como un tablón de anuncios sin alojar el contenido de las revistas, sino muy al contrario, los acusados a los que nos vamos a referir son los que reproducen las revistas y periódicos protegidos y los introducen en la red.

2.- De la participación de los acusados.

2.1.- Oscar González Fernández.

Comencemos por Oscar, al cual el Ministerio Fiscal lo considera en sus conclusiones finales un mero cómplice, mientras que el resto de las acusaciones lo siguen considerando autor y miembro de la organización criminal descrita en sus escritos. Después de toda la prueba practicada, y tal cual se ha descrito en los hechos probados, la página www.youkioske.com se encontraba bajo un dominio registrado a nombre de la sociedad MILPORMIL LIMITED de la que eran directores Raúl Antonio Luque Gutiérrez y David González Hernández; por el contrario con fecha de 11 de febrero de 2011 son los tres acusados los que constituyen la mercantil NETWORKS BABILONTEC, S.L. para facturar a través de ella la publicidad insertada en www.youkioske.com, siendo Oscar González Hernández y Raúl Antonio Luque Gutiérrez nombrados administradores solidarios de la compañía, cuyas 3.010 participaciones de la sociedad correspondían a los acusados con distribución ya conocida, y en la que llama la atención que David González, máximo exponente de la actividad criminal, ostente una participación de sólo un euro. En segundo lugar y tras la constitución de NETWORKS BABILONTEC S.L., es utilizada la cuenta de Nova Caixa Galicia nº 2091-0752-48-3040003794 para hacer los ingresos por publicidad, correspondiendo la titularidad correspondía a la citada compañía figurando como autorizados los tres acusados, además de poseer una tarjeta de crédito. Estos son los datos en los que aparece el acusado, el cual niega rotundamente su participación en los hechos, enfatizando que únicamente quería hacer un favor a su hermano porque este se lo pidió.

Uno de los Policías que prestó declaración, el nº 101.208, dijo sobre Oscar que únicamente se le investigó por ser administrador y titular de la cuenta, no conociéndose nada más, y añadió que no se consideró necesario el registro de su domicilio, y sí oportuna su detención y declaración, porque era administrador de una de las sociedades implicadas. El testigo Alfonso Lázaro, que tuvo relación con las actividades investigadas, declaró que sólo tuvo relación con Raúl y David.

De todo ello se deriva que la vinculación del acusado referido con los hechos es meramente formal, eso sí, suficiente para que la Policía lo investigara y actuara sobre el mismo, y el Ministerio Fiscal lo haya acusado. Cuando una persona se presta voluntaria para figurar nominalmente en un cargo de administrador de una sociedad formalmente esta asumiendo gran parte de las consecuencias legales que puede acarrear la actuación de los que realmente gestionaban la sociedad; pero por otro lado el hecho de que no tuviera relación alguna con la sociedad propietaria de la página y del dominio, no indica necesariamente la ausencia de conciencia de ilicitud, pero requiere una mayor prueba respecto a ello. La acción del acusado, aportar capital a una sociedad que se encargaba de la gestión de la publicidad, algo que por al margen de la forma en la que se obtenían los contenidos, puede ser legal. Es cierto que en alguna de las conversaciones aparece Oscar hablando sobre Youkioske, lo cual es algo propio de quien hace una inversión en una sociedad de gestión de publicidad de una página Web, pero ninguna de estas conversaciones le coloca el núcleo de las actividades criminales.

El delito contra la propiedad intelectual requiere un dolo natural y genérico, pero este también necesita del conocimiento de los elementos del tipo y dentro del mismo se comprende la conciencia de ajenidad, en el sentido de que le consta que no es propio y que no tiene derechos sobre el mismo, aunque desconozca quien es el titular de los derechos que usurpa; como luego se analizara también requiere como elemento subjetivo del injusto que concurra el ánimo de lucro, pero este exige una conciencia defraudadora, de tal manera que si no se da el conocimiento de la ajenidad del contenido, aquel ánimo no rellena por si mismo el tipo penal; por ello aunque Oscar quisiera obtener beneficios con su participación en Network Baylontec, que seguro que sí, el no haber participado en la gestión concreta de Mil Por Mil Limited, sociedad a través de la cual se gestionaba la página, y al no haber participado directamente en la propia gestión de la misma, no se le entiende relacionado con el tipo penal al faltar uno de los elementos necesarios del dolo. Por otro lado en el resto de la abundante prueba que permitirá condenar a los otros dos acusados, no aparece en momento alguno mencionado o relacionado Oscar; no hay acto alguno de gestión del actividad ni de la sociedad, no aparece concernido en las observaciones telefónicas, ni relacionado con el resto de implicados no identificados, y por ello en ese reparto de papeles dentro de la organización que le imputan las acusaciones solo tiene una relación formal que ya se ha analizado.

Ya hemos hecho una referencia general a la presunción de inocencia y a los requisitos que debe tener la prueba para proceder a su enervación, lo que se denomina el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido

obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto, contradicción, intermediación, publicidad e igualdad; pero en segundo lugar, se ha de verificar “el juicio sobre la suficiencia”, es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y en este caso la prueba de cargo que se ha analizado no es suficiente para menoscabar la presunción de inocencia, y por ello se debe proceder a su absolución. En definitiva, ha existido prueba de cargo válidamente obtenida, pero no ha resultado suficiente para proceder a condenar a Oscar González.

2.2 David González Hernández y Raúl Antonio Luque Gutiérrez.

En pocas ocasiones una Sala de Justicia se encuentra con tanta actividad probatoria y prueba suficiente como para poder proceder a una condena de los acusados. En este apartado se hará una valoración específica de la prueba en relación a la actividad de los acusados, y habida cuenta la naturaleza jurídica de este tipo de delitos los presupuestos y las consecuencias jurídicas serán analizadas en el fundamento siguiente. Sostienen las defensas de los dos acusados que la Youkioske era una página de Internet, propiedad de MilporMil Limited, donde infinidad de usuarios y las propias editoriales publicaban comentarios y referencias cuya censura previa materialmente era imposible; para ello se amparan en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad y del Comercio Electrónico (en adelante LSICE), según la cual los administradores de la página no son responsables por los contenidos almacenados o enlazados a petición de los usuarios, pudiendo los titulares de los derechos legítimos solicitar su retirada. Pero no se puede olvidar que esta exención de responsabilidad genérica solo se produce como expresan los art. 16 y 17 de la citada Ley si, no tienen conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, y si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. Aquí se encuentra el núcleo gordiano de la cuestión debatida, si los acusados actuaban como meros alojadores de los contenidos que los usuarios subían, limitando su gestión a agruparlos por idiomas, temas, características, etc.; o por el contrario los acusados llevaban a cabo gestiones de administración y control de la página Web, subiendo y controlando los contenidos a través de varias cuentas creadas al efecto, y posteriormente gestionaban la publicidad de la página.

La prueba practicada es tan abundantísima que la mera referencia objetiva de la misma, y sin mayor valoración que la ya elaborada, es suficiente como para entender concernidos en la actividad criminal a los dos acusados, sin necesidad de mayores

pronunciamentos. Se ha acreditado que los acusados crearon Mil por Mil para gestionar la página, y ello en un sitio tan lejano y opaco como Belice; ha quedado acreditado que los acusados eran los responsables directamente de los contenidos que se subían, y cuando y como se subían. La relación con los ciudadanos ucranianos a estos efectos ha quedado acreditada mediante observaciones telefónicas y los messenger obtenidos, de los cuales se desprende que estas personas era usadas por los acusados para subir los contenidos protegidos por la propiedad intelectual con plena conciencia de ello y con el fin de provocar el mayor número posible de entradas. Ya se han descrito conversaciones donde se les indicaba por parte de los acusados que publicaciones debían subir y cuando (anécdota del Marca y el partido de fútbol); está acreditado que utilizaban a estos ciudadanos para que crearan usuarios ficticios, y así se pareciera más a una típica página de enlaces P2P, disimulando que siempre eran los mismos los que subían los contenidos. Los acusados tratan de justificar su actuación aduciendo que muchos de los contenidos que se subían lo eran de editores que prestaban su consentimiento y para ello llamaron a juicio a varios testigos. Pero esto es algo así como si una persona entra en un centro comercial y se apodera de objetos ocultándolos bajo sus ropas, y a la vez compra legalmente unos productos pasando por caja, es obvio que esto segundo en modo alguno legitima ni convierte en jurídico lo primero.

Los acusados sabían, y así se acredita con las testificales, prueba pericial y los documentos que les fueron ocupados, que lo que generaba el éxito en la página para obtener publicidad, eran las entradas en los periódicos de mayor tirada nacional e internacional, las revistas mas vistas, etc., y no las residuales y minoritarias publicaciones en las que pretenden justificar su conducta. Precisamente los contenidos ajenos eran los que subían ellos mismos a través de los ciudadanos ucranianos, mientras que los contenidos legales eran subidos voluntariamente por sus legítimos propietarios. De las conversaciones y las demás pruebas se concluye que eran los acusados los responsables únicos de subir los contenidos, valiéndose de los ucranianos; a estos se les entregaba dinero por su trabajo, que consistía en conseguir y subir las publicaciones supervisados en todo momento por los acusados. En las conversaciones grabadas a los acusados y que se han descrito, reconocen sin lugar a dudas el pleno conocimiento de la ilegalidad de su actuación, hasta el punto de que se propone pasar a la legalidad, y ello de dos formas, aumentando las visitas, para lo cual requerirían mas inversión porque se les cae el sistema en cuanto pasaban de medio millón, o forzar a que uno de los afectados por su actividad criminal les comprara el negocio, poniendo como ejemplo la actividad de softonic. Pero su desprecio a la propiedad intelectual llega a tal extremo que no sólo se vanaglorian de su inicial éxito, sino que se mofan de los que con su actividad legal están sirviendo de fuente de riqueza con la comisión de los delitos, y así poder dejar de

trabajar y divertirse.

En la documentación obtenida de los propios acusados y de los aparatos que les fueron intervenidos, se observa como presentaban la página con el lema de “lea gratis la mejor prensa diaria”. De todo ello se desprende que los acusados eran plenamente conscientes de la ajenidad de parte de los contenidos que subían, concretamente los más vistos y los que hacían rentable la página. El paroxismo de este caso llega a su límite cuando los acusados esgrimen que cuando ellos conocían o les reclamaban la retirada de los contenidos protegidos por la propiedad intelectual lo hacían, lo cual ha quedado totalmente desvirtuado con la prueba de las exempleadas de la entidad Unedisa, propuestas precisamente por la defensa, a cuyo contenido nos remitimos; no solo resulta increíble que alguien pudiera desconocer el carácter de ajeno de medios como el Mundo, País, Marca, etc., sino que cuando les requerían para que retiraran los contenidos no lo hacían casi nunca, lo cual ha quedado corroborado en sus propias conversaciones cuando decían que “ los suben y los bajan cuando quieren”. Mediante la prueba pericial ha quedado acreditado la forma en la que se creó la página Web, alojada en un servidor fuera de España, donde fundamentalmente los ucranianos subían los contenidos desde diferentes cuentas, los cuales eran alojados en diferentes portales (isuu, calameo,etc) donde los contenidos no se identificaban con su nombre comercial, sino con un típico código alfanumérico usado en Internet; cuando los visitantes entraban en youkioske, allí si tenían colocados todos los contenidos identificados por las portadas típicas de los medios, de tal manera que cuando se hacía clic sobre uno de ellos, sin salirse de la página y mediante un hipervínculo accedía al contenido de la publicación que previamente habían alojado los ciudadanos ucranianos en los portales antes referidos.

En la documentación encontrada en los registros se les han intervenido documentos con nombres de usuarios y contraseñas de foros y páginas desde las que descargar los documentos, así como instrucciones de como descargar revistas y libros (Oficio de la BIT f. 2116). Resulta extremadamente llamativo que para subir los contenidos había que acudir a portales como Isuuu u otras, y para acceder a los contenidos plenamente identificados se hacía través de Youkioske. Insistimos, es difícil encontrarse con un mayor acervo probatorio.

De igual manera el ánimo de lucro perseguido con esta actividad criminal ha quedado acreditado, porque así lo reconocen los propios acusados, si bien ellos parten de que lo hacían en el ejercicio de una actividad totalmente legal; precisamente como se ha dicho el argumento de las defensas ha sido que no tiene responsabilidad alguna por los contenidos que subían los usuarios. Este ánimo de lucro queda constatado por la actividad de la empresa Network

Babylontec S.L., la cual venia dedicada a la explotación publicitaria de contenidos en Internet. Se ha acreditado que los usuarios que accedían a youkiosque debían soportar la visión de banners con publicidad y cuando accedían a un concreto contenido previamente se desplegaba un video pre-rol en el que se pasaba un anuncio. Con esta actividad los acusados han obtenidos beneficios económicos en las cantidades que se han descrito en los hechos probados; al f 207 consta en informe de la BIT, informando de la documentación recibida de Google Adsense y Smartclip Hispania S.L., acreditando el pago por estas empresa a los titulares de la página 33.265,27 euros y 63.196,85 euros. En muchas de las conversaciones que se han referido y otras documentadas en autos se observa con claridad este ánimo; por ejemplo el 21.03.2012 en la que se quejan de lo poco que se les paga, y como están perdiendo dinero desde que le encomendaron la gestión de la publicidad a un tercero; en este sentido también no se puede olvidar la conversación ya referida en la que dicen que venderían la Web por cien millones, porque es un negocio, pero tendrían que conseguir llegar a un millón de visitas al día, y el sistema actual se les cae cuando sobrepasan el medio millón. En el informe de la BIT al f 1970, se concluye que el volumen de negocio que generaba la Web arroja una cifra de 256.000 euros.

TERCERO.- Calificación jurídica.

El Ministerio Fiscal califica estos hechos como un delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 y 271 b) y un delito de promoción y constitución de organización criminal del art. 570 bis 1 y 2-c, todos del Código Penal. El resto de las acusaciones califican de igual modo los hechos a, excepción de AEDE que además entiende que concurre un delito de blanqueo de capitales del art. 303 del CP. Vayamos pues por partes.

3.1 Blanqueo de capitales.-

Respecto al delito del blanqueo de capitales no le cabe duda a la Sala de la brillante, novedosa e ingeniosa tesis sostenida por la acusación, pero no la podemos compartir en este caso. Esta tesis se basa en la dificultad de identificar liben jurídico protegido de este delito. Esta acusación basa su teoría en que además de la estabilidad del sistema financiero y la propia administración de justicia existe otro interés, tal cual es defender la competencia en el mercado, de tal modo que en el presente caso los acusados han cometido un delito para obtener beneficios y con ellos competir en el mercado; los acusados querían pasar de la piratería a la legalidad, y ello compitiendo ilegalmente con los beneficios obtenidos, debiendo constituir un caso claro de blanqueo de capitales. La determinación de cuál sea el bien

jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales (lavado de activos), ha sido siempre problemática, y se discute si lo es el orden socioeconómico, la administración de justicia, los bienes protegidos en el delito del que proceden los activos o, incluso, si no hay un bien jurídico que merezca protección.

El fundamento funcional del Derecho Penal dirigido a la protección de la sociedad exige que la esencia del bien jurídico sea extraída de la misma realidad social, sobre la base de las condiciones sin las cuales el sistema social no funcionaría, pero será la Constitución y el Código Penal quienes concreten esta concepción abstracta y general del bien jurídico, esto es, no podemos configurar los bienes jurídicos al socaire de circunstancias sociales coyunturales, debiendo introducir una dosis de seguridad jurídica en su concepción. No cabe duda de que la mayoría de la doctrina se inclina por el orden socioeconómico como el bien jurídico protegido y nuestro legislador así lo ha decidido introduciéndolo en el título XIII del Código Penal; el ingreso de capitales generados sin los normales costes desestabiliza las condiciones mismas de competencia y mercado, y es más, los blanqueadores se sirven de los propios procedimientos que el sistema ofrece a todos los agentes económicos para llevar a cabo sus fines; pero es que en este caso nos movemos siempre en el ámbito fáctico de lo que es el delito precedente y no en los actos típicos de ocultamiento y encubrimiento de los bienes adquiridos de forma ilícita. Ello hubiera requerido un plus de instrucción penal suplementaria en este sentido y ello no se ha producido.

El delito de blanqueo de capitales tiene su justificación en convertirse en un castigo que haga desistir de futuros comisiones de ilícitos criminales y dado el carácter fragmentario del derecho penal en el que el bien jurídico protegido es esencial en su configuración, pasaría por una mera plasmación típica. En los supuestos en los que las ganancias obtenidas con el delito se invierten en la adquisición de instrumentos o medios para seguir cometiendo el delito, es difícil entenderlos dentro del ámbito típico del blanqueo de capitales. Por ello se le debe absolver de este delito.

3.2 Delito contra la propiedad intelectual del los artículos 270.1 y 271 b) del Código Penal.

Comencemos recordando que el tipo penal se encuentra recogido en el Art. 207.1 del CP con el siguiente tenor: ***“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.”

Teniendo en cuenta los hechos objeto de prueba así como la valoración de la misma se hace necesario determinar si se dan todos los elementos de este tipo penal, y finalmente los de la agravación de la conducta básica. Se castiga a 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. De esta conducta interesa destacar:

- En cuanto a *conceptos* que "reproducir" es la fijación de la obra, que tiene un carácter intangible e inmaterial, en un medio físico que permita su materialidad y su comunicación, y la obtención de copias de ella; "plagio" es la copia sustancial de una obra ajena atribuyéndose la autoría; "distribución" es la puesta a disposición del público, del original o copias de la obra, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. Finalmente "comunicación pública" es en todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra, sin previa distribución de ejemplares de la misma.
- Es preciso que se actúe con *ánimo de lucro*, que puede definirse como la intención de obtener un enriquecimiento económico con la acción.
- Se requiere que se produzca el *perjuicio de un tercero*. Se trata de un perjuicio patrimonial, aunque exista también un perjuicio moral o personal, que no será, sin embargo suficiente. Será necesario que el perjuicio se produzca como resultado material lesivo del tipo penal para que el delito se consuma, no siendo suficiente el peligro de producirse el perjuicio.
- Se debe actuar *sin la autorización* de los titulares de los derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios. Se trata del consentimiento del autor y resto de titulares de derechos sobre la obra o creación, que de existir hace el hecho atípico.

3.2.1. La Acción

Analizamos cada uno de estos elementos. En primer lugar **respecto a la acción** son cuatro

la conductas típicas, reproducir, distribuir, comunicar públicamente y plagiar, correspondiendo las tres primeras con lo previsto en el art. 17 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI); esto hace que las conductas típicas del art. 270 CP a excepción del plagio, coinciden con la denominación de la ley civil, y por ello se tratan de conceptos normativos debiendo acudir en su interpretación a la definiciones que de los derechos de explotación específicos realiza el citado Art. 17 de la LPI. En principio los hechos aquí enjuiciados podrían encajar en los conceptos de reproducción o comunicación pública. El art. 18 de la LPI define como reproducción “*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*”., sin embargo la comunicación pública (art. 20 LPI) es una de las conductas típicas que mas importancia adquiere en la actual sociedad de la información frente a los comportamientos delictivos realizados en Internet; este precepto se expresa que “*Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.*”, y a continuación cita lo que la propia ley entiende como actos de comunicación, entre los que destaca, “*j. La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*”.

La comunicación pública es un concepto distinto de la distribución y la diferencia principal radica en la conservación que tiene el autor del objeto o soporte de la propiedad intelectual, de tal modo que el responsable criminal no distribuye la obra sino que solo la hace pública, esto es accesible a muchas personas; es una conducta que lesiona el bien jurídico protegido puesto que permite al público disponer de la obra, negando la exclusividad del titular el derecho, afectando a sus expectativas de ganancias. Si se hace una interpretación literal del concepto seria un requisito indispensable que para estar ante una comunicación pública exista una ausencia total de entrega de obras al receptor de la obra “*previa distribución e ejemplares*”, lo cual nos coloca ante una duda, si estamos ante una entrega en soportes físicos del original , esto es que se de acceso a la obra sin previa entrega de soportes tangibles, y por ello acciones que supongan la entrega de la obra en soportes no tangibles estarían incluidas dentro del concepto de comunicación pública; una segunda opción es que se refiera a actos en los que la obra sea disfrutada por una pluralidad sin que cada uno de quienes accedan a ella reciban una reproducción de la misma. En el caso de autos los hechos probados, publicaciones protegidas por la ley, y que la mayor parte se hayan incluidas en kioscos virtuales legales (Kiosco y mas y Orbyt), la acción de copiarlos fuera de España y subirlos a una página donde cualquiera puede consultarlos en su totalidad- vía streaming sin

necesidad de descargarlos-, es como entrar en un kiosco físico y apropiarse de los periódicos suficientes como para ser entregados después a cualquiera que los quiera, eso sí, siempre que lean un folleto publicitario.

Por eso la Sala entiende que en este aspecto el precepto de la LPI ha de limitarse, teniendo en cuenta el sentido de la excepción relativa al ámbito estrictamente doméstico y a la no conexión a una red de difusión, que ha de ser entendida como una red pública. La directiva 2001/29/CE sobre determinados aspectos del derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información ha regulado el derecho a la explotación de la comunicación pública, y lo ha hecho precisamente para incluir dentro del derecho, a su vez dos derechos, del derecho a la comunicación pública del autor y el derecho de puesta a disposición del público, convirtiéndose en dos derechos distintos; este último permite acceder a la obra en el momento y desde el lugar que los miembros del público decidan. El art. 3.1 de la Directiva nos dice que “ *Los Estados miembros establecerán en favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*”, siendo incorporado por la Ley 23/2006; de ello podemos concluir que el derecho de puesta a disposición es una modalidad del más general derecho de comunicación pública, por lo que no es necesario el establecimiento de una nueva conducta típica penal, sino que la realización de conductas de puesta a disposición en Internet con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, sin permiso de sus titulares y con la consiguiente lesión del derecho de explotación, debe ser considerado comunicación pública delictiva del art. 270 del CP.

En consecuencia nos introducimos de lleno en las conocidas páginas P2p, así como cualesquiera página Web que creen y transmitan gratuitamente licencias de programas que le pertenecen (para facilitar los visionados o descargas), pero cuya función primordial es favorecer y facilitar la distribución de copias por parte de los usuarios, bien directamente o bien comunicando a los usuarios entre sí. El caso de autos la página web, no es una típica página P2p, puesto que la visualización se hace vía streaming a través de un hipervínculo que permite al usuario visionar el contenido mientras se carga. La página de este caso era administrada por los dos acusados, de tal modo que eran los que tenían el dominio de la misma permitiendo que se subiera lo que ellos querían y se bajaba lo que ellos querían, y en el que causalmente los contenidos protegidos eran subidos por personas a su servicio, mientras que los contenidos legales, esto es, los que subían sus legítimos propietarios no eran gestionados por los ciudadanos ucranianos. Vemos al folio 1575 como la BIT informa que

de los accesos como administrados se observa la capacidad que tienen los acusados, desde un panel de control, para autorizar o no la publicación en la Web del contenido, lo que determina que al final son los administradores de la Web los que permiten el uso o no el acceso de las publicaciones a través de la página youkioske.

Como ya se ha dicho los acusados se defienden alegando lo dispuesto en la ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en el sentido de que los administradores no son responsables por los contenidos almacenados o enlazados a petición de los usuarios, y que cuando les comunicaban la existencia de un contenido protegido por la propiedad intelectual lo retiraban, lo cual ya ha quedado demostrado que no se producía.

El tratamiento judicial de las páginas P2P y similares ha sido dispar y para hacer un breve resumen del mismo transcribimos el fundamento jurídico número tres de la Sentencia de la AP de Castellón de 12 de noviembre de 2014, en el que creemos se explica de forma clara el estado de la cuestión:

“La responsabilidad penal por delito contra la propiedad intelectual de los administradores o gestores de páginas web de enlaces que permiten la descarga en Internet de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual constituye a día de hoy un tema controvertido a nivel judicial, dado que existen dos líneas interpretativas opuestas.

Por una parte, encontramos resoluciones de Audiencias Provinciales favorables a considerar esta conducta como incardinable en el delito del art. 270 CP . (entre otras, Auto 732/2009, 11-11-2009, Sección 3ª, AP. Barcelona; Auto 201/2009, 16-9-2009, Sección 5ª, AP. Murcia; Sentencia 40/2008, 18-2-2008, Sección 1ª, AP. Cantabria; Auto 30-9-2009 de la Sección 2ª, AP. Álava; Auto 26-10-2010 de la AP Valencia Sección 3ª, Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 1ª de 20-10-2011, Sentencia de la AP de Vizcaya de 27-9-2011 y SAP de Valencia Sección 4ª de 20-1-2014. Se parte de que el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/96 de 12 de Abril , conceptúa la comunicación pública como “la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento público sea o no mediante abono” (apartado e) y asimismo “la retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los apartados anteriores y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida”.

Se sustentan estas resoluciones en la afirmación de que tales páginas web ponen en comunicación directa al público que accede a ellas de obras amparadas por la Ley de propiedad intelectual, vulnerando los derechos de los titulares. En esta línea dice la Audiencia Provincial de Vizcaya Sec. 1ª en sentencia de 2011 “tanto desde la perspectiva del LPI como de la LSSE entiende el Tribunal que la actividad de los dos acusados, en cuánto albergaban en sus servidores los enlaces a las obras concretas, en cuanto los indexaban y reseñaban, y en cuanto realizaban la labor técnica necesaria para que se produjera la descarga directa del archivo en cuestión, está sujeta a la responsabilidad correspondiente, que en este caso es naturaleza penal, puesto que entendemos que con ello comunicaban públicamente unas obras para “las que no se habían abonado derechos de autor, permitiendo que los usuarios de la página accedieran a ellas igualmente sin abono alguno.”

En este sentido se ha pronunciado también la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 14, en sentencia de 20 de enero de 2014: “La naturaleza penal de la conducta del acusado, en los límites contenidos en la sentencia de instancia, es acorde con lo dispuesto en el art. 13 de la LSSI, que establece la sujeción a la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de información, regulándose en la Ley tanto el almacenamiento de información en sus servidores como el facilitar enlaces, reflejando todas las formas de acceso a los

contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual, en las que se incluye el mero reenvío a otra página web o la exhibición directa desde el propio servidor -art. 17- considerando enlazador tanto a quien facilita el enlace como a quien incluye en sus propios contenidos de la página web los directorios de otros, (...) Por tanto, es evidente que la conducta del acusado excede de la mera actividad de enlace que sería impune, incidiendo en cooperación necesaria respecto de la conducta de comunicación pública que realizaba, quien tenía las películas o audios en su poder y las pone a disposición de los usuarios, sin estar en posesión de las pertinentes autorizaciones de los titulares de la propiedad intelectual, con conocimiento efectivo para exigirle la responsabilidad del proveedor del servicio de alojamiento, tal y como se razona cumplidamente en la Sentencia de instancia.

Lo expuesto impide estimar la vulneración del art. 270 del Código Penal, por inexistencia de comunicación pública en la actividad desarrollada por el acusado, que se alega, precepto penal que recoge las conductas básicas consistentes en “reproducción, plagio, distribución y comunicación pública de las obras”, entendiéndose por reproducción “la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda obra o parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copia” -art. 18 TR 1/1996, en la redacción dada por Ley 23/2006-.

La “distribución” es “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” -art. 19 TR 1/96, en redacción Ley 23/2006-.

Y en cuanto al concepto de “comunicación pública”, esta perfilado en el art. 20 del Real Decreto Legislativo 1/96, en redacción Ley 23/2006, consiste en “la transmisión de cualesquiera obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono -apartado c- y así mismo “la retransmisión, por cualquiera de los medios citados, y por entidad distinta de la de origen, de la obra radiodifundida -apartado f-, siguiendo los criterios contenidos en STS 876/2001 de 19 de mayo.

A tal efecto, sobre la facultad del legislador para delimitar el contenido de los derechos dominicales, ya se pronunció el Tribunal Constitucional en Auto 134/1.995, considerando que la comunicación pública de la obra, como forma especial de explotación, puede ser sometida a una previa autorización del autor porque forma parte del contenido del derecho de propiedad intelectual del autor sobre la obra.”

Asimismo, en cuanto al perjuicio económico siguen la interpretación que ofrece la STS de 21 de julio de 2006 “todo provecho o utilidad de naturaleza económica que una persona se proponga obtener mediante una conducta ilícita”.

La tendencia opuesta niega que estemos ante un delito, alineándose en esta postura resoluciones tales el Auto 582/2008, 11-9-2008, Sección 2ª de la AP. Madrid; Auto 3975/2008, 3-11-2008, Sección 5ª AP. Madrid; Sentencia 223/2007, 20-12-2007, Sección 3ª, AP. Navarra; Autos de 15 y 10-3-2011 y 27-4-2010 Sección 1ª AP Madrid; Auto 11-5-2010, Sección 23ª AP Madrid, Auto de la Sección 2ª de la AP de Madrid de 8-3-11, Auto de la Sección 29 de 30-6-2011, y Auto de la Sección 3ª de la AP de León de 13 de enero de 2014, entre otros. Esta última sigue el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) de 15 de marzo de 2.011 “En la indicada resolución se analiza si en esta actividad se produce un acto de comunicación pública y si existe o no ánimo de lucro, requisitos de todo punto necesarios para considerar la conducta como delito, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 201 de la Ley de Propiedad Intelectual, por comunicación pública se entiende “todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. El mismo precepto establece que no se considerará pública la comunicación cuando ésta tiene lugar en el ámbito estrictamente doméstico sin conexión a redes de difusión, como sucede con los videos comunitarios, hoteles, etc.

A continuación se discrepa de la afirmación de que lo fundamental para que se produzca la comunicación pública sea que cualquier persona y desde el lugar y en el momento que ella elija pueda acceder a la obra y no tanto que la página en cuestión aloje los archivos que contienen la obra protegida, así como de que el hecho de que el beneficio económico sea indirecto no excluye la posible exigencia de responsabilidad criminal. Y ello por las siguientes razones:

A) Técnicamente, quien comunica y ofrece la obra es el usuario que pone a su disposición sus archivos para compartirlos con otros usuarios. No puede soslayarse la circunstancia de que la página web investigada no aloja los archivos, ni realiza directamente la descarga. Los archivos se transfieren a través de programas de amplia difusión entre los usuarios de Internet. Los actos de ordenación y anuncio de los títulos que se transfieren realizados por los gestores de la web investigada facilitan la descarga pero, no pueden equipararse a ésta, por lo que, en principio podrían calificarse de actos de mera intermediación. Por lo

tanto, se estima que la actividad realizada por los imputados no es punible en la medida en que no constituye un acto de comunicación pública de obras protegidas.

B) La retribución que obtienen los administradores de la página no compensa la descarga de los títulos sino la publicidad derivada de la inscripción en la página, que es independiente de ésta y que se puede producir aunque no haya descarga. Además la retribución que obtienen los administradores no sólo deriva de esta labor de intermediación sino de otros servicios que no se contemplan en esta investigación.

C) Por otra parte y siguiendo el criterio contenido en el Auto de 11 de septiembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el proveedor de servicios de Internet, conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico, está sujeto a responsabilidad siempre que realice su actividad a sabiendas de que los contenidos que facilita son ilícitos y para ello se requiere una prueba indudable de tal hecho o una previa resolución que en este caso no se ha producido. Respecto del conocimiento de la ilicitud penal del hecho no se puede afirmar que exista al tratarse de una cuestión polémica y discutible hasta el punto de que la mayoría de los pronunciamientos judiciales habidos hasta ahora son contrarios a tal posibilidad.

D) Un argumento más se suma a los anteriores. La resolución administrativa previa prevista en el artículo 17 de la Ley 34/2002 ha sido introducida en la legislación por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En su disposición adicional cuadragésimo tercera se ha modificado la Ley 34/2002 y otros textos legales relacionados (Ley de Propiedad Intelectual, entre otros), proveyéndose un procedimiento administrativo para la identificación de los prestadores de servicios con contenidos prohibidos por la Ley de Propiedad Intelectual con posibilidad de la clausura de la web. Se ha creado una Comisión de Propiedad Intelectual en el Ministerio de Cultura, cuya Sección segunda tiene como función la protección efectiva de tales derecho frente a las empresas proveedoras de servicios de Internet. Se dispone que esta Sección podrá adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial. Antes de proceder a la adopción de estas medidas, el prestador de servicios de la sociedad de la información deberá ser requerido a fin de que en un plazo no superior a las 48 horas pueda proceder a la retirada voluntaria de los contenidos declarados infractores o, en su caso, realice las alegaciones y proponga las pruebas que estime oportunas sobre la autorización de uso o la aplicabilidad de un límite al derecho de Propiedad Intelectual. Transcurrido el plazo anterior, en su caso, se practicará prueba en dos días y se dará traslado a los interesados para conclusiones en plazo máximo de cinco días. La Comisión en el plazo máximo de tres días dictará resolución. La retirada voluntaria de los contenidos pondrá fin al procedimiento. En todo, caso, la ejecución de la medida ante el incumplimiento del requerimiento exigirá de la previa autorización judicial, de acuerdo con el procedimiento regulado en el apartado segundo del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El Legislador, por tanto, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlace de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulnere los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del Derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada. El ordenamiento jurídico ha arbitrado un procedimiento específico para la protección de los derechos de propiedad intelectual frente a la actividad de los proveedores de servicios, procedimiento que debe utilizarse antes de acudir a la jurisdicción penal.”

Nosotros creemos que en el caso de enjuiciamiento no cabe duda respecto a su tipicidad, y ello a pesar de estas dudas. Estas dudas, están provocadas por lo que a nuestro entender es una postura errónea, tal cual es creer que lo que no es delito está permitido y es legítimo, y ello no es así; existe toda una suerte de acciones que no siendo penalmente relevantes son cuando menos ilícitas. Para ello deberíamos partir de que al margen de que no tenga consecuencias jurídicas en muchas ocasiones, los comportamientos de los

administradores de páginas Web que crean y transmiten gratuitamente licencias de un programa que les pertenece (la gestión y uso de los contenidos en la página), pero cuyo fin principal es favorecer y facilitar la distribución de copias de contenidos propiedad de terceros por parte de usuarios de la red, bien directamente o bien comunicando a los usuarios entre sí (P2P), constituyen una comunicación pública ilícita; si además, como luego se verá se hace con plena conciencia de la ajenidad, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, constituirá un delito del art. 270 del Cp.

Las interpretaciones que sostiene la licitud de las páginas P2p y similares cuando se producen comunicaciones públicas, se han quedado obsoletas y ancladas a una concepción de la red de la década de los 90, donde Internet fue concebida como una red de ordenadores comunicados entre sí a través de diferentes IP con el fin de posibilitar el acceso mutuo, y el intercambio de información en un contexto esencialmente colaborativo y solidario-aplicado a nuestro caso como un club de lectores que se intercambian sus libros, periódicos y revistas; pero a partir de los años 2000, estos clubes colaborativos y altruistas fueron siendo superados por el control cuasi absoluto que ejercen los gestores centralizados de datos (portales y motores de búsqueda), encargados de organizar el acceso a los contenidos ubicados en los sitios web y servidores conectados a Internet. En este escenario la protección de los derechos se garantizaba mediante el control de los ordenadores servidores, lo cual se desnaturalizó cuando se impuso la filosofía del peer to peer, que consiste básicamente en descentralizar la red, y hacer desaparecer la diferencia de estatus entre servidores y usuarios individuales, lo cual en principio parece más democratizador pero acaba con los controles y defensa de los derechos de propiedad intelectual, así como otros controles de seguridad.

P2p nace como un intercambiador directo de recursos sin un control central definido; pero el problema surge cuando ese intercambio solidario de contenidos ya no se realiza entre usuarios, sino que se convierten en una exposición y comunicación pública en una página Web que se convierte en un auténtico mercado. Imaginemos como se hacía el viejo trueque entre personas, y como más tarde se transformó en un mercado ubicado en un lugar concreto donde las personas acuden a intercambiar sus productos; pero el problema surge cuando estos productos son de un legítimo titular ajeno y se hace un uso especulativo con el mismo. Este fue el nacimiento de Napster, una página Web donde se ofrecía gratuitamente un servidor al que conectaban los usuarios registrados y un software para contactar y descargar archivos de MP3. Para evitar los problemas legales de Napster se desarrollaron páginas como Kazaa, Emule, etc., que suponían ya la creación de una red para la difusión de archivos, descentralizándose de los servidores centrales (pura tecnología P2p); pero al margen de que

se trate de sistemas centralizados o descentralizados, lo que tienen todos en común es que los usuarios descargan un programa de ordenador que les permite la comunicación entre usuarios y la creación de una subred que facilita la búsqueda de archivos concretos para poder descargarlos sin pagar ningún tipo de derechos de autor.

La cuestión radica en distinguir aquellas páginas que no ponen a disposición de terceros ninguna obra protegida, esto es, sólo permite a través del software que los usuarios conecten entre sí y desde sus propios ordenadores, de las páginas que como el caso de autos te reenvían a un servidor en el que están los contenidos y te permiten el visionado completo mientras se produce la descarga. Los primeros, como se ha visto antes, en algunas resoluciones judiciales se entienden que están amparados por el límite de copia privada, que podía trasladarse al ámbito del P2p. Pero por contra la puesta disposición es considerada una comunicación pública ilícita cuando se permite al público (y no a un círculo privado de sujetos) el acceso a obras de los cuales no se poseen los derechos de propiedad intelectual. La realidad es que en muchos casos y en concreto en el de autos la utilización de la copia (art. 31.2 LPI) es colectiva y lucrativa, como ha quedado acreditado. Las redes P2P, no son ilegales como tal, simplemente son un modo de compartir archivos valiéndose de las oportunidades que ofrece Internet, pero pueden convertirse en ilegales civil o penalmente y ahora administrativamente en función de los contenidos y sus usos- como mínimo siempre que se facilite el acceso generalizado e indiscriminado de una obra protegida, aunque sea en un sistema descentralizado, se está lesionando el derecho y constituye un ilícito en general, siendo de naturaleza penal cuando se concurren el resto de requisitos del art. 270 del CP. Las redes P2P permiten el intercambio directo de información, en cualquier formato, entre los ordenadores interconectados. El caso de autos supera y trasgrede con creces esta filosofía.

También se ha discutido la naturaleza penal en función del tipo de enlaces, lo cual tampoco genera problemas en el caso enjuiciado. Los enlaces simples son aquellos en los que una vez activados por los usuarios, redirigen a éstos a un lugar determinado de la World Wide Web. En función del tipo y profundidad de la remisión que realizan, este tipo de enlaces suelen calificarse en enlaces de superficie (surface links) que, al activarse, redirigen al usuario a la página inicial (home) del sitio Web de un tercero; y, por el otro, los enlaces profundos (deep links) que remiten al usuario a una página interior del sitio Web de un tercero, sin pasar por la página inicial o home de éste. Los enlaces P2P tienen un resultado similar a los enlaces profundos, si bien su funcionamiento es diferente: al activarlos, el usuario no es redirigido al sitio Web de un tercero en el que se pone a disposición del público una obra, sino a un espacio concreto de un programa cliente para compartir archivos que previamente debe tener

instalado y en el que se encuentra la obra o prestación que busca, y que ha sido puesta a disposición del resto de usuarios por uno de ellos y desde su propio equipo. En el caso de enjuiciamiento no se ejerce el derecho de cita, o de recomendación, ni se trata de una reproducción provisional, sino que los acusados, a través de los ciudadanos ucranianos transformaban a PDF contenidos de otros legítimos titulares, concretamente periódicos y revistas, y los albergaban en un servidor identificados con algoritmos, a los que la página Web dirigía, tras la visualización de un video publicitario, y tras hacer clic en cualquiera de las portadas. Youkioske ofrecía los diarios y revistas de diversos grupos editoriales sin haber obtenido la previa y preceptiva autorización de éstos, y por ello es una clara infracción del derecho de reproducción y del derecho de puesta a disposición (como modalidad de comunicación pública) de los titulares de los derechos.

Recordemos cómo funcionaba, Youkioske era una página para leer diarios y revistas en línea, donde se podía seleccionar cualquier revista (ordenadas por género) o diarios (por país) y leerlos en el instante; el sitio era gratuito, no se pedía registro para entrar, el usuario podía seleccionar un diario o revista y verla en línea sin tener que descargarla, podía visualizar miniaturas de varias páginas en la parte inferior del navegador y escoger otra página para ver, de esta forma no tenía que cargar o descargar toda la revista y en su lugar íbamos a la revista y a la página que queríamos ver sin cargar el resto por lo que la lectura se volvía inmediata. El sitio Web tenía un excelente lector que permitía cargar y proveer las páginas en íconos pequeños desde la misma página, dar zoom a las páginas de las revistas o diarios con un clic y moverse por las páginas con toda tranquilidad. Por ello, dado que lo que hacen los acusados es crear una página con diversos enlaces que alojan en sus servidores de forma temporal, permitiendo el acceso directo a los archivos al contenido de esos enlaces sin cumplirse las condiciones de una página de intercambio de archivos y creando con su acción una página de descarga directa, entiende el tribunal que no estaría esta actuación dentro del supuesto del artículo 15.b) de la LSSI, que exige de responsabilidad a los prestadores de servicios que permiten el acceso sólo a los destinatarios que cumplen las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita; los acusados permitían el acceso a cualquier usuario de Internet. Por ello son responsables por esta actividad que en definitiva es de comunicación pública de una información que lesiona derechos de propiedad intelectual de terceros. Esta actividad está sujeta a la responsabilidad correspondiente, en este caso penal; puesto que comunicaban públicamente unas obras para las que no se habían abonado derechos de autor.

El concepto de comunicación pública es tratado en una reciente Sentencia del

Tribunal de Justicia Europea de 13 de febrero de 2014 (C-466/2012), alegada por la partes en el juicio y en la que se dice en relación a los Hiperenlaces en Internet que no precisan la autorización de los titulares de derechos de autor cuando remiten a contenidos abiertos, concretamente el número uno del fallo dice que “1) El [artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un acto de comunicación al público, a efectos de dicha disposición, la presentación en una página de Internet de enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras que pueden consultarse libremente en otra página de Internet.” De ello se deriva, a sensu contrario, que cuando no puedan consultarse libremente en otra página de Internet, si constituirán comunicación pública. En el caso de autos los acusados obtenían ilegalmente los contenidos, puesto que los mismo se encontraban protegidos y a la mayor parte de ellos tan sólo se podía acceder a través de páginas en la cuales había que suscribirse y pagar un precio por su uso. La sentencia establece además que “19. Pues bien, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un «acto comunicación» basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (véase, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43).20. De lo anterior se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de «puesta a disposición» y, en consecuencia, de «acto de comunicación» en el sentido de la referida disposición.” Para la sentencia es relevante que el público al que se dirige el enlazador ya era público con carácter previo, pues podía acceder libremente en otra página y a ese mismo contenido; prosigue exponiendo que “27. En estas circunstancias procede hacer constar que, cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial.28. En consecuencia, dado que no existe un público nuevo, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público como la del litigio principal.”

Debemos convenir que cualquier actividad de colgar en Internet obras protegidas o de utilizar sistemas de intercambio de archivos, se puede considerar que constituye comunicación pública (art. 20 de la LPI). Cualquier duda sobre este punto debería ser conjurada con la mera lectura del art. 20.2 LPI apartado i), como modalidad específica del derecho de comunicación “*la puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija*”; este precepto y la realidad impide soslayar el concepto de comunicación pública, rechazando expresamente el argumento de la copia privada, ya que ésta exige que no sea utilizada para uso colectivo o lucrativo. Con carácter general compartir ficheros constituye comunicación pública porque cuando el usuario se descarga un fichero necesariamente, por la propia configuración del programa, se comparte con el resto de usuarios lo que se está descargando. Respecto a la colocación de obras en la Red sin autorización del titular (para descarga directa por parte de los usuarios), también lo es.

3.2.2 Dolo

Definida así la acción pasemos a estudiar el dolo, el cual requiere el conocimiento de los elementos del tipo. Dentro del mismo se comprende la conciencia de ajenidad en el sentido de que le consta que no es propio y que no tiene derechos sobre el mismo, aunque desconozca quien es el titular de los derechos que usurpa; además con la reforma del año 1995 se modifica el tipo subjetivo al eliminar el concepto intencionadamente e incluir las referencias al ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, que suponen en la conducta el sujeto dos elementos subjetivos específicos del injusto.

3.2.2.a Ajenidad.

En el caso enjuiciado nos encontramos ante el supuesto en el que el servicio ofrecido por la página Web no solamente se limita a los enlaces a obras contenidas en redes P2P, sino que aporta otros elementos que facilitan el acceso al concreto contenido buscado por el usuario: indexación y ordenación sistemática de los contenidos, ayuda a la búsqueda del mejor enlace y/o la mejor copia (control de calidad), utilización de carátulas o elementos que permiten una mejor visualización de cada contenido, etc. sobre el formato disponible para cada una de las obras, entre otros. En definitiva, la página Web ofrece un servicio con una serie de elementos cuya valoración conjunta conduce a una facilitación del acceso del cliente a un contenido u obra. Como puede observarse, la actividad de este tipo de páginas Web va más allá de la intermediación a la que se refiere el art. 13.2 LSSI, y excede la mera

facilitación de enlaces que justifica la exclusión de responsabilidad que se contiene en el art. 17.1 LSSI. Los acusados tratan de excusarse alegando que no tienen responsabilidad como administradores de la página, y si observamos las resoluciones judiciales que expresan que esta actividad no constituye delito suelen fundamentar su decisión en la exención de responsabilidad contemplada por los arts. 14 y ss. LSSI. Sin embargo, no resulta de aplicación el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación previsto por el art. 13.2 LSSI y desarrollado por los arts. 14 (servicios de intermediación que consistan en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta), 15 (servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios), 16 (servicios de alojamiento o almacenamiento de datos) y 17 (servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda). La razón estriba en que la actividad realizada por la página de enlaces, examinada en su conjunto, excede la mera intermediación técnica o neutra: aporta contenidos seleccionados y/o elaborados por el propio titular de esa Web; y modifica la propia naturaleza de la actuación, convirtiendo una página de intercambio de archivos en una página de descarga directa. En concreto, no es aplicable la exención de responsabilidad que el art. 17 LSSI contempla para «los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos», porque la actividad de estas páginas no se limita a ofrecer enlaces a otros contenidos, sino que introduce elementos de contenido propios. Por ello los titulares de estas páginas de enlaces responden por el ejercicio de actividades distintas de la intermediación de conformidad con el art. 13.1 LSSI el régimen general de responsabilidad civil, penal o administrativa prevista por el ordenamiento jurídico. En el caso de autos la actividad es constitutiva de un delito contra la propiedad intelectual, imputable a título de autor a la persona que gestione y administre la página Web, al concurrir los elementos del tipo del art. 270.1 CP que castiga a quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, 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.

Por ello los acusados a través del conjunto de su acción como administradores de la página Web crean un riesgo jurídicamente desaprobado porque facilita o hace más viable y asequible el acceso ilícito del usuario a contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Si éste no contara con la aportación que la página Web ofrece tanto del enlace directo al archivo como de otros elementos complementarios, su acceso a la concreta obra deseada sería mucho más difícil: tendría que desarrollar una búsqueda más compleja en Internet, para lo cual se necesita una mayor dedicación de tiempo y conocimientos específicos

que no se encuentran en el acervo de la gran mayoría; es más, en la mayor parte de los casos tendría que darse de alta en alguna plataforma de venta de prensa por Internet. Y ese riesgo no es ajeno al fin de protección de la norma sino, al contrario, la valoración en su conjunto de la actividad de la Web implica un ataque directo contra el bien jurídico protegido por el art. 270 CP (LA LEY 3996/1995), esto es, la propiedad intelectual en su dimensión patrimonial (derechos de explotación de las obras protegidas). En el presente caso el desvalor de la acción es extremo en tanto en cuanto los contenidos no son subidos de forma espontánea por usuarios a la página, sino por sus propios colegas de organización criminal, que en el reparto de papeles se hace pasar por usuarios para subir contenidos protegidos para ser puestos a disposición de los visitantes.

En definitiva la ajenidad de los contenidos era perfectamente conocida y aceptada por los acusados, y ello porque la notoriedad de su propiedad no puede ser negada.

3.2.2.b Ánimo de lucro.-

Con carácter general, el titular de este tipo de páginas de enlaces tiene un claro ánimo de lucro en su actividad, entendido en el sentido estricto de lucro comercial (Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2006), por cuanto obtiene un claro beneficio económico que aumenta cuanto mayor es el número de personas que accede a su Web para descargar obras, y que deriva de diferentes fuentes de ingresos: por la publicidad, como pueden los banners o imagen publicitaria que se inserta en la página Web, o los pop-ups o publicidad que se visualiza mediante ventanas emergentes, los enlaces a tiendas on line o a otras páginas Web, y como es el caso, mediante la previsualización de videos pre-rol publicitarios por los que obtenían ingresos. En este caso además en dicha Web también abrían de forma involuntaria marcos o ventanas, en los que se insertaba un contenido (normalmente publicitario) no solicitado por el usuario - los banners publicitarios, por los que los acusados titulares de la web recibe una retribución económica variable que dependía del número de visitantes-. En definitiva todo queda reflejado en un documento que parece reseñado pro la policía como nº 19, f.1975, y el que se explica por un tercero, pero en nombre de los acusados, que el beneficio esperado al mes será de unos 30.900 euros.

Los acusados manifiestan un claro ánimo de lucro. aun el restringido concepto desarrollado por la Circular de la FGE 1/2006, “En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los

que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial. Debe tenerse en cuenta que la distinta naturaleza de estos derechos, que recaen sobre bienes inmateriales, a la de los derechos patrimoniales o de propiedad hace necesaria una valoración del elemento subjetivo del ánimo de lucro distinta a la que el TS tiene establecida respecto de los delitos contra el patrimonio (en este sentido en las SSTS Sala 2 nº 1578/2002, de 2 de octubre, y nº 876/2001, de 19 de mayo, en las que el TS se pronunció sobre la comisión de delito en supuestos de emisión por cable de obras audiovisuales sin autorización de los titulares de la propiedad intelectual, se contemplan respectivamente casos en los que los infractores actuaron con lucro comercial y en el marco de una actividad empresarial)”.

Existe un principio ya generalmente aceptado y es que en la conducta de los administradores e incluso usuarios que comparten obras protegidas en una red P2p sin autorización de los titulares solo puede ser típica si concurre en la actuación un ánimo de lucro específicamente patrimonial o comercial. Ya se ha hecho alusión a diferentes informes de la BIT en los que se hace expresa mención de que a través del página youkioske se han facilitado acceso a diferentes publicaciones, vulnerando derechos de propiedad intelectual, actuando con evidente ánimo de lucro acreditado con las cantidades generadas por la publicidad insertada en la web; ya sea hecho también referencia a las documentación recibida de Google AdSense y Smartclip Hispania en las que se acredita el pago por estas empresas de 33.265,25 euros y 63.196,865 euros respectivamente. Pero a estos datos objetivos, el modo de funcionamiento de la Web y las cantidades recibidas, se unen de forma totalmente esclarecedora el contenido de las observaciones telefónicas que ya se han valorado en las que se evidencia no sólo el ánimo el lucro desde este punto de vista, sino una auténtica vocación de enriquecerse con la actividad del propio negocio y además a costa de aquellos a los que se estaba perjudicando, puesto que en el fondo lo que se pretendía era que al igual que ha Softonic, les compraran el negocio. En el folio 1973, inserto en el oficio n 180/2011 de la BIT aparece una relación de facturas emitidas por la empresa Networks Babilontec dirigidas a diferentes empresas de publicidad que sobrepasan una facturación de 250.000 euros. Como ya se adelantó en el momento de tratar el ánimo de lucro en el oficio de la BIT al f. 1970 y ss. se reflejan todas las facturas emitidas a nombre de Networks Babilontec por parte de diferentes empresas como conciencia de la publicidad que se exhibía en la página Web.

3.2.2.c. Perjuicio de tercero.-

Como se ha dicho los acusados eran perfectamente conocedores de la ilicitud de la

actividad tal cual se ha evidenciado con las conversaciones telefónicas, especialmente y con el resto de la prueba. Resulta necesario que el consentimiento del titular para poder explotar un derecho protegido provenga expresamente y precisamente del titular. El perjuicio a tercero en el supuesto de hecho esta fuera de toda duda. Las copias ilegales (sin autorización) perjudican a los titulares de los derechos cuando se colocan en el mercado y sustituyen a las copias ofrecidas por el propietario. Es obvio que en este tipo de propiedad el perjuicio no proviene del desamparamiento de la cosa, como ocurre en los casos de la propiedad tradicional, el dueño se queda sin la cosa; en estos casos se perjudican las expectativas del legítimo titular de explotar su derecho y obtener legítima ganancia con la misma.

En definitiva, estamos ante un caso en el que sus concretas circunstancias se encargan de resolver cualquier duda, no sólo en cuanto a los hechos, sino en cuanto a los elementos del tipo. Por ello a la Sala no le cabe duda alguna sobre la calificación de estos hechos como un delito contra la propiedad intelectual.

3.2.3.- art. 270 ó 271.

Este delito encuentra su penología básica en el art. 270 del Cp., pero el art. 271 tipifica unos tipos agravados con mayor pena, si se dan las circunstancias que en el se reconocen. Las acusaciones solicitan diferentes penas pero en todo caso siempre dentro del tipo agravado. Las agravantes son de especial trascendencia de tal suerte que duplican los límites mínimo y máximo de la pena de prisión, y se suma la pena de multa y a de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión relacionada con el delito. El precepto exige que se de cualquiera de las descritas. En el presente caso las que podrían concurrir son las siguientes:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

El Ministerio Fiscal en concreto cree de aplicación la b). Los elementos que se introducen como objetivos del tipo son en la letra a) especial trascendencia económica y en la b) especial gravedad, bien por el valor de los objetos o de especial importancia de los perjuicios. Vamos a centrarnos en la b) puesto que si bien el negocio ilícito pudo haber facturado un cantidad de más de 256.000 euros, no podemos entender toda esta cantidad como beneficio, aunque el concepto beneficio en el ámbito penal no tiene porque coincidir en su interpretación como en el ámbito contable.

La agravante b) se basa en la especial gravedad de los hechos bajo dos parámetros, el valor de los objetos o la especial importancia de los perjuicios. Esto quiere decir que la especial gravedad no se refiere directamente a los daños, sino a los hechos, y esto hace que se puedan integrar en este tipo conceptos como la reproducción y la comunicación pública. Respecto a estas acciones se discutía si producían daños directos o indirectos y a pesar de que pudiera decirse que producen más daños directos que indirectos, con la dicción legal no plantea mayor problema en su integración en este tipo agravado. Como se analizó en su momento, al f. 1975 la BIT cita un documento, como nº 21, el cual se encontraba en poder de los acusados, en el que se refieren las estadísticas de Youkioske por mes durante el año 2012; muestran las visitas por cada uno de los apartados de la Web, prensa española, deportiva, magazines, etc. e indican que tienen un total de 20.757.885 de página visas; así mismo se expresa que España es el país desde el que se reciben más visitas, pero que la página era vista al menos desde 50 países. Así mismo en una conversación telefónica ya reseñada los acusados hablan de que habría que llegar a más de un millón de visitas, pero que a partir de 500.000 visitas se les cae el sistema. Todo ello y al margen del estudio que se hará en cuanto a la responsabilidad civil, no cabe duda de la especial gravedad de los hechos teniendo en cuenta los perjuicios irrogados.

Al igual que para el delito en general, para esta agravante no existe significativa jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero podemos extraer algún principio inspirador de la elaborada en torno a la agravación de la estafa prevista en el art. 250.4 CP, “ Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.”, puesto que como señala la [STS 580/2011, de 14 de junio](#), aunque en relación a la redacción del artículo 250.1.6ª del Código Penal anterior a la reforma operada por la [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio](#), “ *la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, a través de múltiples precedentes jurisprudenciales, ha establecido que el precepto en cuestión debe ser interpretado igual que los tipos agravados en el hurto y, por lo tanto, considerar independientes la entidad del perjuicio y la situación económica en que quede la víctima o su familia, de tal manera que concurrirá la agravación cuando se produzca cualquiera de los resultados típicos, no siendo necesaria la acumulación a pesar de estar unidos por la conjunción copulativa* ”; esto hace que la especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio, se haya tratado de forma exclusiva, “ (véanse SSTs de 14 de mayo de 2001, 17 de abril de 2002, 14 de junio de 2006 y 3 de febrero de 2009, entre muchas más). Igual tratamiento se ha hecho con la apropiación indebida y así vemos como en la STS 1196/2009 se expresa que “*Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". Una*

referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el nº 7º del art. 529 CP 73 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (Ss. de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92, y otras muchas)”. De ello se desprende que la determinación de una cantidad objetiva de perjuicio por si misma es suficiente para producir la agravación tanto en el delito de estafa como en el de apropiación indebida, y si además tenemos en cuenta que para esto delitos se tipifica una agravación específica cuando se superan los 50.000 euros (art. 250.5 CP), las cantidades en las que nos movemos en el presente caso, superan por mucho estas cantidades, y en su consecuencia se debe aplicar el tipo agravado.

3.3 Promoción y constitución de organización criminal del art. 570 bis 1 y 2-c .

3.3.1. Tipo básico. Requisitos

Como se ha adelantado todas las acusaciones entienden que los hechos probados también constituyen un delito de constitución e integración en una organización criminal. La Organización criminal, regulada en el art. 570 bis CP se singulariza por exigir «una estructura con vocación de permanencia» que la define y diferencia de los meros grupos criminales, caracterizándola por:

1. Un conjunto de más de dos personas (elemento cuantitativo).
2. Concertados en la idea criminal y coordinados para ejecutarla (elemento finalístico, que conforma el pactum scaeleris del que deben participar los integrantes) que consiste en cometer delitos o faltas reiteradamente, y sobre el que basculan todas las consideraciones de la culpabilidad, que también debe analizarse en conjunto.
3. Con carácter estable o por tiempo indefinido (elemento de durabilidad y permanencia en el tiempo), que si se especializa y convierte en método de vida, las singulariza como organizaciones criminales profesionales, lo que no es en sí imprescindible.
4. Con reparto de tareas y funciones (elemento instrumental), muy vinculado al concierto señalado como elemento 2.º.
5. Que por su potencialidad lesiva afecte además de a los bienes protegidos por la concreta actividad que realicen, al orden público igualmente, considerado el conjunto de los elementos precedentes de modo que suponga un plus a la mera codelincuencia (elemento subjetivo).

Pero antes de analizar si concurren estos elementos debemos analizar la concurrencia

tipológica que se da en el presente caso y que determina un concurso de normas, tal cual es que frente al delito específico descrito en el precepto antedicho, concurre una agravación específica para este tipo de delito, la prevista en el artículo 271 del CP. *“Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: “c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.”*. Este tema es de suma importancia porque en primer lugar hay que dilucidar cual de las normas se aplica, y en segundo lugar porque de no entenderse que la organización reúne el elemento de durabilidad y permanencia en el tiempo se podría aplicar sin mayor razonamiento la agravante específica.

El art. 570 quater establece que “En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8.”, y esta regla sanciona que “En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”. Esto plantea una duda importante, porque no queda claro si el legislador pretende que el concurso de normas se solventa siempre y en todo caso con la regla de la mayor penalidad, o se resuelva precisamente con las previsiones del art. 8 del CP, esto es sólo se aplicará en defecto del resto de las reglas establecidas en dicho precepto. Son muchas las ocasiones que el legislador, en la tipificación de los delitos del Libro II CP - se refiere a las asociaciones, organizaciones y grupos criminales para agravar la penalidad de las conductas, si bien utilizando muy diversa terminología, y ante esta variedad terminológica, podemos plantearnos, si el legislador quiere darle la misma trascendencia a una u otra de las expresiones utilizadas, pero que en cualquier caso, surge la cuestión de si la agravación contemplada en los distintos tipos, es compatible con la penalidad que el legislador establece para las "organizaciones y grupos criminales", esto es, si al integrante o partícipe de una de estas organizaciones o grupos le debe ser impuesta la pena establecida en los arts. 570 bis o 570 ter CP, además de la pena correspondiente al tipo cometido con la agravación contemplada en las distintas figuras delictivas o, en caso contrario, qué penalidad debe primar. No cabe duda que cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del hecho, nos hallamos ante un concurso de normas. La consecuencia será diferente si se aplica el criterio de la absorción o consunción previsto en el art. 8.3 CP, en cuanto el precepto penal más amplio consume a otro más simple, o el criterio de la gravedad de las penas establecido en el art. 8.4

CP para resolver los supuestos de concursos de normas, si bien en algunos casos se puede alcanzar idéntica solución penológica pero en otros no. El problema surge en estos últimos y así en concreto en los delitos contra la propiedad intelectual, cometidos por un coordinador o director de una organización dedicada a éstas actividades, puesto que la pena privativa de libertad señalada para aquellos tipos agravados, es de 1 a 4 años, mientras que la prevista en el art. 570 bis CP es de 3 a 6 años.

Conforme al principio de absorción, debería prevalecer la punición de las figuras agravadas, pero, si aplicamos la referida regla del art. 570 quáter CP, parece que debe prevalecer la punición por el delito más grave de organización criminal. Esta parece ser la opción del legislador, no muy acertada ante la consideración de la naturaleza pluriofensiva de las figuras agravadas, que abarcan el desvalor de la conducta contra los derechos de propiedad intelectual o industrial, como el de la participación como dirigente en la organización que sirve de soporte en la ejecución de tales delitos, y en tanto que la regla prevista en el art. 8,4 CP es subsidiaria al criterio de la absorción ("en defecto de los criterios anteriores", comienza diciendo el art. 8,4 CP). Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando "ninguna parte injusta del hecho" queda sin respuesta penal y por ello sólo cabría imponer ambas penalidades si la organización a la que pertenece el autor del hecho, se dedicare a "otras actividades", además de la contemplada en el tipo agravado imputado al autor, puesto que estaríamos no ante un supuesto de concurso de normas, sino ante un concurso real de delitos. En relación a este problema la Circular de la Fiscalía General del estado 2/11 razona que *"Si bien, la regla prevista en el art. 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el art. 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 in fine, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales. Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus*

autores.” . La Sala entiende que a pesar de las dudas axiomáticas al respecto, se debe estar a lo querido por el legislador y por ello resulta de aplicación el tipo específico cuya aplicación solicitan las acusaciones.

Resuelto lo anterior debemos entrar en el estudio de si en el caso de autos podemos entender demostrado que concurre el tipo penal, y si se dan todos los requisitos que exige. Ya se han descrito los elementos del mismo, y a la luz de la prueba practicada y que ya ha sido valorada, la Sala entiende que concurre. Ha quedado acreditada la existencia de la organización, sirva de resumen lo expuesto en el oficio de la BIT al f 15570, donde se resumen toda la actividad de la misma. En este informe, dejando a salvo todo lo referente al absuelto Oscar González, se expresa que David y Raúl gestionaban la página Web como administradores, y se valían de un grupo de personas, los ciudadanos ucranianos, para alimentar la misma con publicaciones, y en definitiva se informa que tras los sms acopiados y las conversaciones intervenidas, se ha probado que se trata de un grupo compuesto por al menos siete personas, las cuales tenían distribuidas las diferentes tareas; los acusados administrar y explotar la página y las otras cinco personas, la tarea de conseguir las publicaciones y subirlas al servidor, y ello supervisado por David.

En el presente caso surge el problema de que sólo van a ser condenados dos de los acusados, y por ello en principio no superaría el umbral de más de dos personas; sin embargo la participación de otras personas no identificadas se ha confirmado de forma sobrada, y en concreto su actuación y concurrencia en los presentes hechos, hasta el punto de constituir la organización criminal descrita y sin cuyo concurso la actividad criminal no podría haberse desarrollado de la forma descrita. Ahora bien, ¿ante la absolución del tercero de los acusados, y la no identificación del resto de integrantes de la organizaciones puede condenar por este delito?; la Sala entiende que sí, siempre que a los sujetos no identidades y a los solos efectos de describir el relato fáctico de hechos probados se les considere integrantes de la organización y así se ha probado; y esto se ha confirmado, no siendo considerados meros colaboradores o cómplices, sino y bajo la dependencia y dirección de los dos acusados auténticos miembros de la organización; a sensu contrario, la STS 334/2012 absuelve del subtipo agravado a dos condenados porque *“si se pondera que los dos transportistas no se consideran, lógicamente, en la sentencia como integrantes de la organización y por lo tanto no se les aplica el subtipo agravado, y tampoco se le aplica a la persona que recibe la droga ni a los dos compradores, nos quedan como integrantes de la supuesta organización solo Salvador y Modesto . En los hechos probados no se reseña ninguna otra persona como perteneciente a la supuesta organización que realizaba la operación de transporte. Con lo*

cual, es claro que no se cumple el requisito de que esté integrada por tres o más personas”. En la misma sentencia se dice que *“Es cierto que en la motivación de la sentencia, nunca en los hechos probados, se sugiere que había una persona presa en La Coruña, un tal Nicanor, que sería el sujeto que hipotéticamente dirigía la operación y ocupaba una situación de mando sobre el propio Salvador. Sin embargo, se trata de una mera sugerencia o conjetura que ni se plasma en los hechos probados ni concurre prueba concreta sobre ello, puesto que, de no ser así, no se entiende que estando preso no se le incrimine por estos hechos en su condición de jefe de la organización”.*

De ello podemos deducir que una mera conjetura o hipótesis sobre la participación de personas en los hechos criminales no puede rellenar el requisito del pluralidad subjetiva de la organización, mientras que al contrario, aun a pesar de la falta de identificación queda acreditado, si esta probada la integración de otras personas en la organización, y además están acreditados los hechos por ellas llevados a cabo, así como la naturaleza de sus tareas, no hay inconveniente alguno a juicio de la Sala en poder condenar a los dos acusados por el delito de organización criminal, aunque solo sean dos los condenados.

En relación al resto de requisitos para la determinación de la concurrencia del tipo, también se pueden considerar acreditados por la prueba practicada. Para delimitar los supuestos de organización y grupo criminal de los supuestos de codeincuencia o coparticipación, una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial facilita la distinción con la organización criminal porque ésta exige la concurrencia de una serie de requisitos que permiten distinguirla de los supuestos de simple codeincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito: pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado, distribución de funciones o cometidos, y actividad persistente y duradera, de ellos infiere que la permanencia y la estructuración interna permiten una clara diferenciación. Ya la STS de 2 de febrero de 2006 señala que la mera codeincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mismamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen,

por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión.

Ahora bien, ha habido sentencias de la Sala segunda (valga por todas la 855/13, que viene a establecer que tanto la organización como el grupo están predeterminados a la comisión de una pluralidad de hechos delictivos y por ello cuando se forme una agrupación de personas, para la comisión de un delito específico, nos encontraremos ante un supuesto de codelincuencia, en el que no procede aplicar las figuras de organización. Así lo vemos también en la STS 544/2012, de 2 de julio, que señala que de la Reforma ha de concluirse que no puede conceptuarse en una organización criminal la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito, lo que ha de valorarse en función de la finalidad del grupo u organización. La inclusión en el Código Penal de los arts. 570 bis y ter, confirma esta determinación del Legislador, en donde ya define tales organizaciones y grupos criminales como potenciales agentes de plurales delitos, y no solamente de uno. Ahora bien esta pluralidad hay que entenderla desde el punto de vista cuantitativo y no cualitativo, no es necesario que se cometan diferentes tipos de delitos, sino que basta con una pluralidad de delitos del mismo tipo, y así ocurre con el tráfico de drogas. En el presente caso si bien se condena por un solo delito contra la propiedad intelectual, lo es por la propia naturaleza del delito, de tal suerte que una pluralidad de acciones criminales cometidas durante más de un año se entienden absorbidas en una general acción, a pesar de que la lesión del bien jurídico se cometa de forma individualizada todos los días.

Entendemos en suma que se dan todos los requisitos, 1º Agrupación formada por más de dos personas; 2º) Permanencia: con carácter estable o por tiempo indefinido; 3º) Estructura: que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones; 4º) Finalidad criminal: con el fin de cometer delitos. Todos ellos han quedado descritos y acreditados a lo largo de la presente sentencia. Respecto la pluralidad de personas ya se ha desarrollado. El carácter estable o el tiempo indefinido también ha quedado acreditado suficientemente, la actividad criminal abarca más de dos años. El reparto de tareas también se ha descrito, de tal forma que los acusados tenían un rol de dirección, y los ciudadanos ucranianos se encargaban de subir los contenidos necesarios para la explotación de la página.

3.3.2. Agravación del 570 bis 2.c CP

Las acusaciones solicitan también que se aplique la agravación prevista en el art. 570

bis 2.c CP, esto es, que disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. El fundamento de la agravación reside en las características y finalidad de la posesión de tales medios por la organización, que han de ser especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos objeto de la actividad ilícita o para lograr la impunidad de los culpables. Se trata de la mera posesión por la organización criminal de medios “avanzados” que faciliten la comunicación entre sus componentes, y por tanto, la coordinación entre ellos, o de medios de transporte que favorezcan su movilidad y/o el traslado de efectos, medios o instrumentos de un lugar a otro reforzando su capacidad operativa. Dice la Circular de la FGE antes citada que “en cualquier caso, no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, entre otros medios de transporte, o de teléfonos -o medios de comunicación- satelitales, esto es, conectados directamente a un satélite de telecomunicaciones, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.”.

En el presente caso nos encontramos con la singularidad de que los medios tecnológicos avanzados de comunicación no es que resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables, sino que son medios necesarios para su comisión. En los delitos contra la propiedad intelectual, bien sea copia impresa o copia electrónica, son cometidos utilizando medios técnicos, fotocopiadoras, uso de la red a través de páginas Web, videos, etc. La cuestión radica en dilucidar si un delito de esta naturaleza podría haberse cometido de otra forma. La agravación se basa en la utilización por un lado de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos, y por otro que faciliten la impunidad de los culpables. En los hechos probados no resulta concebible otro medio de comisión que no se la utilización de la red a través de una página Web alojada en un servidor y aunque no forman parte de los elementos esenciales del tipo, se ha convertido en uno de los instrumentos de comisión de este tipo de delitos. En la actualidad la tecnología digital ha dado lugar a lo que se ha venido a denominar pérdida de la fisicidad o desmaterialización de las obras se ingenio, naciendo un nuevo objeto de propiedad intelectual la obra digital, y estas sólo se comunican a través de la red, de tal modo que el uso de Internet y elementos periféricos (servidores) no se convierte en un uso instrumental de un medio tecnológico avanzado de comunicación que resulta apto para facilitar la ejecución del

delito, sino en un elemento esencial sin el cual sería muy difícil cometer este delito.

Por otro lado, los autores de estos hechos no buscaban tanto proteger su identidad, sino enmascarar, como se ha dicho bajo una típica página P2P, un instrumento delictivo de comunicación de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual y por ello ordenaban los otros integrantes de la organización que utilizaran más direcciones y usuarios distintos; esto es no era tanto facilitar la impunidad de los actores, sino disimular la real naturaleza de la página Web. Por ello la Sala entiende que la penalidad básica en este tipo delictivo recoge toda la antijuricidad del desvalor de la acción en su conjunto, incluidos el uso de los medios tecnológicos.

CUARTO.- Autoría o participación.

Son responsables los acusados, en concepto de autores del artículo 28 del Código Penal, por su participación personal, directa y voluntariamente intencional en los hechos que integran los delitos por los que vienen acusados y de la forma que se acaba de expresar.

QUINTO.- Penalidad.

Extensión de las penas.

5.1.- Delito contra la propiedad intelectual.

El art. 271 del CP, que es el que se entiende de aplicación, sanciona este hecho con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años. Las acusaciones piden entre tres y cuatro años de prisión en cuanto a la pena privativa de libertad. Al aplicar el tipo agravado no se pueden apreciar nuevas agravantes, si bien si que se puede hacer una individualización en atención a la gravedad de los hechos en sí mismos considerados, y al margen de la gravedad de los hechos en atención al daño causado, que ya ha sido tenido en cuenta para elegir el tipo aplicable. El caso enjuiciado pone de manifiesto un absoluto desprecio de los acusados, no solo a la norma en sí misma considerada, sino y sobre todo a las víctimas o perjudicados por el delito. No les dolía ningún tipo de prendas en manifestar su absoluto menosprecio, cuando no vilipendio, a aquellos que sabían perjudicaban con sus acciones, de tal modo que se mofaban de cómo iban a emplear sus beneficios disfrutando en paradisíacas playas, mientras otros se irían al paro. La acción desarrollada es de un

plus antijurídico pocas veces desarrollado en delitos de esta naturaleza. El plan criminal basado en hacer pasar una página de enlaces por un mero espacio cibernético de compartimiento de contenidos entre altruistas titulares de derechos para poner a disposición de los lectores un amplio abanico de contenidos, cuando en realidad esta página era alimentada por los propios socios de los condenados obteniendo ilegalmente estos contenidos y ubicándolos a la red haciéndose pasar por usuarios anónimos, es de una antijuricidad inédita en este tipo de delitos, donde muchos de los concernidos hasta ahora solo buscaban un hueco en las dudas que planteaban los sistemas P2p y las páginas de enlace; los acusados pretendieron ampararse en las teóricas dudas sobre la legalidad de este tipo de técnicas de comunicación de contenidos en Internet, para enmascarar su plena convicción de ilegalidad, habida cuenta el modus operandi, poder colocarse en el burladero del administrador de páginas Web.

Los acusados eran conscientes de la plena criminalidad de sus acciones, eran conscientes del perjuicio que le generaban al mercado y a los legítimos competidores, hasta el punto que lo que buscaban era chantajear con su acción criminal y el daño causado para que los propios perjudicados les compraran el “negocio”. Por ello y al margen del perjuicio causado, que ya ha sido tenido en cuenta para calificar los hechos como mas graves, se debe tener en cuenta la especial naturaleza antijurídica de los hechos, que pone de manifestó un absoluto desprecio hacia un mínimo reconocimiento del bien jurídico protegido y como se ha dicho de las propias víctimas. Todo ello determina un plus de culpabilidad en los acusados que debe ser tenido en cuenta a la hora de establecer la pena en concreto.

Por otro lado, no es este el ámbito para hacer disquisiciones sobre los fines de la pena, pero conviene cuando menos poner de manifiesto que en el proceso de determinación judicial de la pena deben analizarse, en función de los fines de la misma, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor. Una de las teorías elaboradas por la doctrina que mas se puede aplicar al caso es que la pena aplicable a cada injusto se halla en el triángulo de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial. La pena debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual recidiva en el delito, finalmente, como si ello fuera poco, la imposición de una sanción punitiva debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad. Por ello y en aplicación de lo dispuesto en el art. 66.6 del CP la pena solicita por el ministerio Fiscal, prisión por tiempo de tres años, es adecuada para conciliar aquellos fines expuestos con las circunstancias personales de los delincuentes y la mayor gravedad del hecho, esto es acudimos a la franja inferior de la mitad superior de la pena. Iguales criterios justifican la imposición de la pena de multa de 20

meses, si bien la cuota diaria se impone en diez euros, como consecuencia de los recursos económicos de los acusados que se deducen de todo lo actuado.

5.2.- Delito de promoción y constitución de organización criminal.

Como es sabido, la penalidad de este delito cuando la organización tuviera por finalidad la comisión de delitos no graves, como es el caso- art. 270 CP-, va de tres a seis años. Como se resolvió en su momento no se aplica ninguna agravación de las previstas en el art. 570 Bis del CP y tampoco se aprecian circunstancias agravantes generales. En esta ocasión, a diferencia del delito final en el que se ha apreciado un plus de antijurídica y culpabilidad, estos elementos no se aprecian, mas allá del desvalor general de este tipo de conductas. No cabe duda que la piratería intelectual es un comportamiento criminal que no es que forme parte de la criminalidad organizada (como el tráfico de drogas, armas.etc.), sino que en supuestos graves como el de autos requiere de una mínima organización para su comisión y por ello se prevé la agravante específica del art. 271 CP. Como consecuencia de lo ya referido es necesario tipificar esta agravación dentro del tipo penal específico del art. 570 Bis CP. Por ello teniendo en cuenta que lo grave en este caso son los hechos y ya se han castigado, no se aprecia una especial peligrosidad en la organización mas allá de su naturaleza meramente medial para la comisión del delito, y por ello entendemos que la pena mínima es la adecuada a las circunstancias del caso, esto es, la pena de prisión por tiempo de tres años.

Procede el comiso de los efectos informáticos intervenidos, así como de las ganancias acreditadas hasta un importe de 196.280,71 euros que podrá ejecutarse sobre cualesquiera bienes pertenecientes a los acusados con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123.7 del Código Penal.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 116 y siguientes del Código Penal, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Casos como este son los que si cabe, aconseja mas al legislador separa el ejercicio de la acción civil del proceso penal, residenciándola en el orden precisamente civil y mediante un proceso a tal efecto. Los medios de compensación de los daños perjuicios se recogen en el art. 110 del Cp., los cuales son la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales; al igual que en la responsabilidad civil extracontractual sin daño no hay obligación de resarcir, aunque haya existido delito, y por ello la carga de la prueba de la existencia del daño y de su entidad le

corresponde a quienes lo reclaman, en este caso Ministerio fiscal y acusadores particulares. Pero en el caso de autos existe una previsión especial en cuanto a la responsabilidad civil, art. 272 " La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la [Ley de Propiedad Intelectual](#) relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios".

De esto se deduce que el legislador obliga al juez penal a tener en cuenta las previsiones que al respecto determina la ley civil, en lo que se refiere al cese de la actividad ilícita y la indemnización de daños y perjuicios. En su consecuencia y en lo que se refiere a esto último, el Código Penal remite al artículo 140 de la Ley de Propiedad Intelectual que dispone que "1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. . La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión."

La legislación civil otorga una facultad de elección al perjudicado entre dos opciones definidas por el propio legislador, lo cual deberá también ser tenido en cuenta en el proceso penal. El Ministerio Fiscal interesa que se indemnice a AEDE en la cantidad de 3.695.004 euros, a Editorial América Ibérica S.A. en la cantidad de 24.004 euros y en lo que se refiere a CEDRO en la cantidad que se determine en el juicio oral o en ejecución de sentencia. En su informe El MF puso de manifiesto las dificultades de valoración que ofrecen este tipo de casos, solicitando una estimación prudente, racional y lógica, advirtiendo que los perjuicios causados son muy superiores a los beneficios obtenidos por los acusados. La Sala está de acuerdo con esta visión y por ello consideramos que la responsabilidad civil en un caso como este, debe ser fijada en ejecución de sentencia, facilitando a las partes un proceso cognitorio mas amplio, donde las previsiones del art. 140 de las LPI se puedan desplegar con plena eficacia. En esa fase las cantidades reclamadas por los perjudicados actuarán como límite máximo.

SÉPTIMO.- Costas.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 110 del Código Penal aplicable y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede la condena en costas de los acusados. Establece el artículo 124 del Código Penal que "Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte".

En la interpretación de dicha norma, el Tribunal Supremo ha introducido unos criterios que deben regir la posible inclusión en la condena en costas de los gastos ocasionados por la participación del ofendido en el procedimiento, y entre ellos esta el de que en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular, y que en la condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil. Dice el alto Tribunal que la exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la Sentencia. (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de octubre de 2001, 20 de marzo de 2002, 20 de abril, 13 de octubre y 13 de diciembre de 2004, y 29 de marzo y 4 de julio de 2005, 4 de diciembre de 2006 y 27 de abril de 2007). En el presente caso la actuación de las acusaciones particulares ha sido muy importante en el devenir del proceso y ha coadyuvado eficazmente a la actuación del Ministerio Fiscal, y por ello, teniendo en cuenta que se han acogido la mayoría de su pretensiones, la imposición en costas incluyen las causadas a las acusaciones particulares por terceras partes.

Por lo expuesto, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

EN EL NOMBRE DE S.M. EL REY

FALLAMOS

PRIMERO.-Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a **OSCAR GONZÁLEZ HERNÁNDEZ** de los delitos de los que venía siendo acusado en este procedimiento, con toda clase de pronunciamientos favorables, y **declarando de oficio las costas procesales de él derivadas.**

SEGUNDO.-Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS a DAVID GONZÁLEZ HERNÁNDEZ Y A RAUL ANTONIO LUQUE GUTIÉRREZ** como autores criminalmente responsables de un delito agravado **contra la propiedad intelectual**, a la **pena de prisión por el tiempo de tres años para cada uno de ellos**, a la pena de **multa en cuantía de veinte meses** con una cuota diaria de 10 euros, y a la pena de **inhabilitación especial para el ejercicio de la profesiones de administrador de servidores y páginas Web y gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años**, y como autores de un delito de **promoción y constitución de una organización criminal a la pena de tres años de prisión**, así como a la pena de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Además deberán indemnizar los perjudicados en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 140 de Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, 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, y ello de acuerdo con el contenido del fundamento jurídico sexto.

Se declara el comiso de los efectos informáticos intervenidos, así como de las ganancias acreditadas hasta un importe de 196.280,71 euros que podrá ejecutarse sobre cualesquiera bienes pertenecientes a los condenados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 123.7 del Código Penal, **y se les debe condenar al pago de costas, incluidas las causadas a las acusaciones particulares**, y ello por una tercera parte para cada uno de los condenados.

Para el cumplimiento de la prisión se les abonará el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa, si no se le hubiera sido abonado ya en otra u otras causas.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe recurso de CASACION por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PÚBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en la forma de costumbre.
Doy fe.