



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

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. Sra. Presidenta**

**D<sup>a</sup>. 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 febrero de 2016, 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<sup>a</sup>. 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 Nº 2/ 2016**

En el Rollo de Sala Nº 5/2014 seguido por los trámites del Procedimiento Abreviado, procedente de las Diligencias Previa n° 180/2011 del Juzgado Central de Instrucción Nº 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<sup>a</sup>. Eva M<sup>a</sup> 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 Ceniceros.**

Como acusados:

1.- **David González Hernández**, con DNI n<sup>o</sup> 50092280, nacido el 11 de junio de 1972 en Madrid, hijo de Emilio y M<sup>a</sup> del Carmen, con domicilio en la Avda. General Roca n<sup>o</sup> 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<sup>a</sup> Pilar, con domicilio en la calle General Castaños n<sup>o</sup> 18 de Getafe, ya asistido por el letrado Javier Maestre Rodríguez.

3.- **Oscar González Hernández**, con DNI n<sup>o</sup> 50107198, nacido el 14 de noviembre de 1975 en Madrid, hijo se Emilio y M<sup>a</sup> 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.

**CUARTO.** - Con fecha 5 de marzo de 2015 fue dictada sentencia por esta Sección Segunda de las Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y siendo notificada se preparó recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Se dictó sentencia con fecha 20 de octubre de 2015 la Sentencia nº 638/2015 de fecha 20 de octubre de 2015 cuyo fallo dispuso lo siguiente: ***“ Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por los representaciones de David González y Raul Antonio Luque, contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2015 por la Audiencia Nacional, Sección Segunda, en la cusa seguida contar ellos mismos y otro no recurrente, por delito contra la propiedad intelectual que anulamos. Retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar la sentencia...”***

**QUINTO.** - Que con fecha 20 de noviembre de 2015 fueron puesto los autos a la vista del ponente para el dictado de la sentencia.

## **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 cuyo principal objeto era la puesta a disposición para poder ser visionadas y leídas a través de Internet desde cualquier dispositivo electrónico-informático, en concreto mediante el acceso a la página [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com), de 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](http://www.youkioske.com) mediante la cual ofrecían la posibilidad de leer *on line* las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedente de los usuarios, consiguiendo los acusados y sus colaboradores a través de la publicidad existente en dicha página cantidades de dinero. 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](http://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](http://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](http://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](http://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 González. También Raúl Luque y David eran los encargados de gestionar la página [www.youkioske.com](http://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.

**CUARTO.** -De esta forma el número de publicaciones a las que se podía acceder a través de [www.youkioske.com](http://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.

Concretamente algunas de estas publicaciones que se ofrecieron a lo largo de la actividad de la página WEB fueron las siguientes:



## Publicaciones **Alemanas:**

- Prensa: TAGESZEITUNG TAZ, ZEIT MAGAZIN, DER TAGESSPIEGEL, FRANFURTER, HANDELSBLATT, SÜDDEUTSCHE ZEITUNG, DIE ZEIT, BILD, WELT KOMPAKT, SÜDDEUTSCHE ZEITUNG, HANNOVERFCHE, FRANTFURTER, FINANCIAL TIMES DEUTSCHLAND, FRANTFURTER ALLGEMEINE, HANNOVERFCHE ALLGEMEINE, BERLINER MORGENPOST, LA NUOVA.
- Magazines: CHIP FOTO VIDEO, KULTUR SPIEGEL, P.M. PERSPEKTIVE, GEO, SHWEIZER ILLUSTRIERTE, GEO LINO, 20 MINUTEN, WIRTSCHAFTS WOCHE, FOCUS, VITAL, PM HISTORY, FÜR SIE, DELUXE MALLORCA, BESSER WOHNEN, P.M. MAGAZIN, GIBBONS STAMP, DER SPIEGEL, GEO SAISON, TIROLERIN, GEO EPOCHE, GEO PERSPEKTIVE.
- Tecnología: VIDEO, COMPUTER BILD, AUDIO VIDEO FOTO BILD, COMPUTER IDEE, CHIP HD, 360 LIVE, COM!, HAKING, PC GO, C'T MAGAZINE, ANDROID USER, MAC LIFE, MACWELT, HIFI TEST, GAME STAR, ANDROID MAGAZINE, ELEKTOR, IPHONE WELT, LP MAGAZINE, TELE SATELITE LINUX, SFT.
- Motor: AUTO BILD, AUTO, AUTOVISIE MAGAZINE, CAMP MAGAZIN, AUTO 24, ALPEN TOURER, AUTOVISIE MAGAZINE, CABRIO LIFE, BIL MAGASINET, MOTORSPORT, AUTO TOURING, CARAWORLD, SUBWAY, WHEELIE, AUTO AKTUELL.
- Deportes: KICKER, SPORT BILD, WIND SURFING, MEN'S FITNESS, BODYBOOSTER, SFT, AKTIV LAUFEN, TRIATHLON TRAINING, TRAIL.
- Libros: BIOLOGIE, STIFTUNG WARENTEST, PONY, MAC LIFE, WELT DER WUNDER.



- Otras Publicaciones: MAHLZEIT!, GEO, CUISINE, GÄRTHERN, PROST, OKO TEST, STIFTUNG WARENTEST, PERLEN POESIE, WANDERLUST, BALANCE, LAND LUST, MAGAZIN

#### Publicaciones **Francesas:**

- Revistas: CUISINE ACTUELLE, GOURMAND, RÉZO ETÉ, POLKA MAGAZINE, LE JARDINIER, TATOUAGE MAGAZINE, ACTO, CUISINE DE LA MER, MAISON & JARDIN, L'AMI DES JARDINS, LA GAUCHE, MAISON COTÉ.
- Prensa: LE FIGARO, METRO MONTREAL, LE MONDE, METRO PARIS, L'EQUIPE, LE PARISIEN.
- Magazines: FEMINA, L'EXPRESS, PLONGEE MAGAZINE, FASHION DAILY, TÉLÉ STAR, THE ACE, TÉLÉ POCHE, TÉLÉ 7 JOURS, COURRIER INTERNATIONAL, PARIS MATCH, DÉCOMAG, STUDIO CINE LIVE, ROLLING STONE, CINEMA TEASER, GEO VOYAGE, MARIANNE, PUBLIC, L'OFFICIEL MAROC, CHOC, TOP SANTE, PHILDAR, GEO, FEMME ACTUELLE, SCIENCE & VIE, CLIN D'OEIL.
- Tecnología: ELECTRONIQUE, MICRO HEBDO, Á VOS MAC, WHAT HI-FI, L'INFORMATICIEN, PC ACHAT, MICRO HEBDO, WINDOWS NEWS, MICRO ACTUEL, MICRO PRATIQUE, SVM MAC, PC JEUX, SATURN, WHAT HI FI?, PC TRUCS & ASTUCES, SVM MAC, L'ORDINATEUR, IPAD LE GUIDE, AVOS MAC, PHONE MAG.
- Motor: AUTO PLUS, AUTO MOTO, NEW ZEALAND, MAXIMOTO, L'AUTO JOURNAL, L'AUTOMOBILE, REVISTA MOTOR & CIA, MAXIMOTO, IRRESISTIBLE AUTO, AUTO PLUS, F1 RACING, A'VOLANTE, SCOOTERS, AUTO & SPORT, L'ESSENTIEL DE LA MOTO, AD MOTORING, COURSEAULARGE.

- Deportes: PLONGEE, TENNIS MAGAZINE, BIG BIKE, ESCAPE, SANTE SPORT MAGAZINE, AFL RECORD, BASKETNEWS, LA PÊCHE, BIKE, ONZE, PÊCHE EN MER, SOMA, BFOOT, ROAD BIKE.
- Libros : L'APPRENTI D'ARALUEN, LA FACE CACHÉE DU 11 SEPTEMBRE – ERIC LAURENT, VEILLÉES, L'OEIL D'HOROS, LE GUIDE COMPLET- DÉVELOPPEZ VOS APPLICATIONS POUR, LE SOLEIL DE MINUT, PHP SOLUTIONS, QUESTIONS INTERNATIONALES, MICRO HEBDO, WIKILEAKS THE TRUTH.
- Comics : MICKEY, TOUS DEL DEFAUS DES MECS, LE GUIDE INDISPENSABLE DU PETIT COIN, PICSOU, LA TOILE, BAMBI, NARUTO CHAPITRE, BLEACH, MILFS ON MARS, MAITENA MUJERES ALTERADAS 2, MAITENA MUJERES ALTERADAS 1, MAITENA MUJERES ALTERADAS 5, MAITENA MUJERES ALTERADAS 4, MAITENA MUJERES ALTERADAS 3.
- Otras Publicaciones: GOURMAND, GALA GOURMAND, CUISINE ET VINS, NEO PLANETE, MAISON & JARDIN, ART NEWS, ARTS & GASTRONOMIE, MARMITON, ZESTE TERRA CORSA, CRÉANUM, SIV A VIE, YUMMY MAGAZINE, COUP DE POUCE.

Publicaciones **Inglesas:**

- Revistas: GARDEN NEWS, CROSS STITCHER, GARDEN ANSWERS, PRACTICAL FISHKEEPING, MOTHER & BABY, BIRD WATCHING, EVERY DAY WITH RACHAEL RAY, PARENTING, MODERN PAINTERS, SKIN DEEP, GARDENERS WORLD, FISH & GAME
- Magazines: ROBB REPORT, ENTREPRENEUR, RHYTHM, SFX, SPIN, MOVIE SCOPE, BEST, CANARY WHARF MAGAZINE, EMPIRE, BBC FOCUS, TRAIL MAGAZINE, NEWSWEEK, REVEAL, URBAN MAINSTREAM, BAY



FASHION, AMERICAN HANDGUNNER, MAXIM, BUILDER, OH MY GOSH!, THE WEEK, SCIENCE, BLOOMBERG BUSINESSWEEK, INTERIOR DESIGN, CASA VIVA, IN STYLE, MARIE CLAIRE, HELLO!, HOUSE TRENDS, NME, MONKEY MAGAZINE, METAL ARCHITECTURE, IBUKI MAGAZINE, PROFESSIONAL PHOTOGRAPHER, ENTREPRENEUR, THE HOME MAG, MIAMI & HOME, BPM TECH, WOMAN TODAY, COLORADO HOMES, LAS VEGAS, FHM, THE ECONOMIST, LONELY PLANET, DESIGN NEW ENGLAND, RESIDENTIAL ARCHITECT, I-MAGAZINE, WELL BEING, THE ULTIMATE GEAR GUIDE, BEAUTIFUL KITCHENS & BATHS, BBC HISTORY, THE HOLLYWOOD REPORTER, INTERNI ANNUAL, RAIL ROADING, GULFSHORE LIFE, THE OFFICIAL MAGAZINE BRITAIN, ISLANDS, CARIBBEAN, TRAVEL + LEISURE, NEVADA MAGAZINE, BILLBOARD, HD LIVING, ABOUTIME, UNCUT, SKY & TELESCOPE, KOKO LIVING, READER'S DIGEST, TREND, HEALTH SMART, WESTERNLIVING, CHARLOTTE, DASH OF NOSTALGIA, YOU 27, HEAT, AFRICA GEOGRAPHIC, AZ MAGAZINE, MY BUSSINESS, EJECUTIVO MODERNO, NATIONAL GEOGRAPHIC TRAVELER, FAN THE FIRE, SCREEN EDUCATION, SOUND ON SOUND, STYLE AT HOME, LITTLE WHITE LIES, MSC MODERN STEEL, LES NOUVELLES, MOTHER JONES, TRUELOVE, REAL MAGAZINE, ACM NEWS, POPULAR SCIENCE, THE SCENE, CARIBBEAN REEF MAGAZINE, BILLBOARD, LUXURY TRAVEL, HOSPITALITY DESIGN, PHOTOPLUS.

- Prensa: METRO LONDON, METRO CALGARY, METRO VANCOUVER, METRO TORONTO, DAILY STAR, DAILY EXPRESS UK, METRO NEW YORK, METRO PHILADELPHIA, METRO BOSTON.
- Tecnología: XBOX WORLD, 3D CREATIVE, CUSTOM PC, MAC LIFE, POCKET GAME GUIDE, GADGETS AND

GIZMOS, APPLE MAGAZINE, MAXIMUM PC, MACWORLD, ATOMIC, PC WORLD, MACHINE DESIGN, EXHIBIT, FIRST GLIMPSE, POCKET GAMER GUIDE TO MOBILE GAMES AND APPS, IMAGINE FX MAGAZINE, WEB USER, LINUX JOURNAL, THE COMPLETE GUIDE TO THE IPHONE 4S, HWM, COMPUTER ACTIVE, PC TODAY, GADGETS MAGAZINE, SOUND VISION INSTALL, POCKET GAMER GUIDE TO MOBILE GAMES, 3D WORLD, THE INDEPENDENT GUIDE TO THE IPHONE 4.

- Motor: TOP CAR, YACHTS QATAR, STUNT'S MOTORCYCLE, ON TRACK OFF ROAD, AUTO EXPRESS, CAR AND DRIVER, CLASSIC BIKE, CAR MAGAZINE, RACE HIGHLIGHTS, CAR XPRESS, L'AUTO JOURNAL, CLASSIC CARS, AUTO FORUM, CLASSIC MOTORCYCLE MECHANICS, CLASSIC AMERICAN, ROD & CUSTOM, WINGS, CLASSIC DIRTBIKE, HOT BIKE, MOTORSPORT NEWS, AUSTRALIAN ROAD RIDER, AUTOSPORT, MAX POWER, HOT RODDING, SPORT RIDER, RIDE MAGAZINE, ROAD & TRACK CAR BUYER'S GUIDE, NEW ZELAND CLASSICS, MODEL RAIL, CLASSIC BIKE GUIDE.
- Deportes: MEN'S FITNESS, HEALTH & FITNESS, WORLD SOCCER, HUNTER JAGTER, SNOW, TRIATHLETE, THE KITEBOARDER, LOCAL HAWAII, FIGHTING FIT, ALADDIN, AUSTRALIAN TENNIS, ATLANTIC OPTIMYZ, SURFING MAGAZINE, SNOWBOARDING, EXPLORE STEAMBOAT, FITNESS, CHAMPIONS, NATURAL MUSCUL MAGAZINE, IMPROVE YOUR COARSE FISHING, RUNNING, RIDE BMX, TENNIS LIFE, DIRT RAG, MEN'S HEALTH.
- Libros: FOREPLAY, E FICTION MAGAZINE, BABEL REVISTA LITERARIA, PRACTICAL DJANGO PROJECTS, PYTHON FOR SOFTWARE DESIGN, ANTI PATTERNS, PRO DJANGO, PRO JAVASCRIPT RIA TECHNIQUES, IPHONE APP DEVELOPMENT, BUENOS AIRES COMPLETE

GUIDE, AQUA JOURNAL, ARGENTINA COMPLETE, PATAGONIA COMPLETE, THIS IS ARGENTINA, THIS IS BUENOS AIRES, LOOK AT BUENOS AIRES, THE PRESENTATION SECRETS OF STEVE JOBS, YOUTUBE FOR DUMMIES, SOUTH AUSTRALIAN GARDEN, AQUA JOURNAL, MUAMMAR QADDAFI - MAJORS WORLD LEADERS, LOGO DESIGN LOVE, THE WALKING DEAD RISE OF THE GOVERNOR, MEDITATION FOR DUMMIES, TRAINING YOUR BRAIN FOR DUMMIES, INTERNET MARKETING FAQ, COMPUTER POWER USER, SECURITY & PRIVACY.

- Comics: 12 COMICS THE MAPLEWOOD 5, 12 COMICS MAPLEWOOD ALLSTARS, 12 COMICS SHADOW 13, 12 COMICS THE GREAT WEAPONS, STAR TREK, 12 COMICS TIGON, 12 COMICS THE ADVENTURES OF BLUE JUSTICE, 12 COMICS THE ADVENTURES OF PRIO, TRANSFORMERS, MEN OF WAR, STAR WARS REPUBLIC, STAR WARS INSIDER, STAR WARS: DARK TIMES OUT OF THE WILDERNESS, VIZ, GENKI LIFE MAGAZINE, STAR WARS AN AGE OF HEROES 5, STAR WARS AN AGE OF HEROES 4, STAR WARS AN AGE OF HEROES 3, STAR WARS AN AGE OF HEROES 2, STAR WARS AN AGE OF HEROES 1, SUPERBOY, GENERATION HOPE, TRANSFORMERS ISSUE 2, STAR WARS CLONE WARS 5, STAR WARS CLONE WARS 4, STAR WARS CLONE WARS 2.
- Otras publicaciones: SKINSHOTS, BABY TALK, MAMAS & PAPAS, TATTOO ENERGY, DIGITAL ARTS, PREGNANCY & BIRTH, YUMMY, JUXTAPOZ, RETAIL DESIGN & TECHNOLOGY, YOUR HORSE, MOTHER & BABY, AMERICAN ARTIST DRAWING.

Publicaciones **Italianas:**

- Revistas: CASAMIA, DONNA & MAMMA, FOCUS WILD, IN CUCINA, OGGI CUCINO, IL MIO VINO, PLÚ DOLCI, CUCINA, ARGOS, ANIMALI, VDG MAGAZINE, UN MESE IN CUCINA, 50 & PIÚ, IL SOMMELIER.
- Prensa: LIBERO, IL PICCOLO, L'ECO DI BERGAMO, LA STAMPA, LA SICILIA, LA VOCE, LA PROVINCIA, LA GAZZETTA DEL MEZZOGIORNO, NUOVO QUOTIDIANO, IL QUOTIDIANO, IL GAZZETTINO, IL FATO QUOTIDIANO, CORRIERE MERCANTILE, CORRIERE DELL' UMBRIA, CORRIERE 24, L'ECO DI BERGAMO, EUROPA, FINANZA & MERCATI, CORRIERE DI COMO, METRO ROMA, METRO MILANO, LA GAZZETA DELLO SPORT, LA REPUBBLICA, CORRIERE DELLA SERA, AVVENIRE, L'ECO DI BERGAMO, IL SOLE, HANDELSBLATT,
- Magazines: GOSSIP, GRAZIA, SI MAGAZINE, TV SORRISI E CANZONI, PRIMISSIMA, DONNA MODERNA, TU STYLE, CONFIDENZE, DIGITAL CAMERA, IO DONNA, L'ESPRESSO, CORRIERE DELLA SERA SETTE, POOL MAGAZINE, FOR MEN MAGAZINE, TOP, PHOTOSHOP MAGAZINE, D MAGAZINE, MY SELF, IL SALVAGENTE, CHI MAGAZINE, DITUTTO, DIPIÚ, IL CURIOSO, FATTI DI CRONACA, TV SORRISI E CANZONI, PROFESSIONAL PHOTOSHOP, VISTO, GENTE, NOVELLA.
- Tecnología: GAME, PLAY MANIA, IL MIO COMPUTER, GAME REPUBLIC, TOTAL LINUX, REVISTA JACK, APP! MANIA, PS MANIA, MAC MAGAZINE, PLAY STATION, CELLULARE, CHIP, XBOX MAG 360, ANDROID MAGAZINE, T3, IPHONE MAGAZINE, TABLET, INTERNET, PC PROFESSIONALE, HI TEST, LE MIE APPS, IPAD MAGAZINE, ICREATE, APPLICANDO, GAMES MACHINE, COMPUTER IDEA.
- Motor: AUTORUTE 4X4, MOTOCICLISMO, CAR, YACHT & SAIL, PROTAGONIST, PANORAM AUTO, TRUCK & VAN DRIVER, MOTOR MEDIA, MOTO SPRINT, MEMO, GENTE

MOTORI, IN MOTO, AUTO, LA MIA AUTO, RALLY SPRINT, VLAREGGIO YACHTING, DRIVE MAGAZINE, AUTO MESE, EVO, AUTO SPRINT, VENDO COMPRO, AUTO TECNICA, QUATTORRUOTE, ELABORARE, TUNING-ELABORARE, IN MOTO.

- Deportes: SPORT WEEK, LA GAZZETTA DELLO SPORT, VERO SPORT, CALCIO 2000, SPORT 2.0, POKER TEXAS HOLDEM, ON THE MOVE, IL TIRO A VOLO, SPORTIVISSIMO, TRIBE MAGAZINE, SCOMMESSA, XTREME STUFF.
- Libros: DIVENTARE UN XCODER, WINNIE THE POOH, ALIAS, IL LIBRAIO, IL BACIO SVERALO – LARA ADRIAN, DOMENICA.
- Comics: JULIA, IO PAPERINO, PAPERINO, DIABOLIK, I CLASSICI DISNEY, TRETZE VENTS, RAT-MAN, ESTATISSIMA, EUREKA, ATLAN, CORRIERE DEI PICCOLI, I PUFFI, FUMETTI AL CUBO, TIRAMOLLA, BIRRA BAYS, RESIDENT EVIL, MAD COLOR CLASSICS, DAREDEVIL, MECHANICAL FILES, KOUKYOU ZEN, VAIN INC.
- Otras Publicaciones: BAMBINO, IL SOMMELIER, CUCINA MODERNA, E IL MENSILE, TATTOO ITALIA, SLIDE, VINO E DINTORNI, CUCINARE, CUCINARE NATURALE, LE RICETTE PERDI PESO, GLI ITINERARI GUSTOSI, VERO CUCINA, SALE & PEPE, CUCINA MODERNA, CUCINA NO PROBLEM.

#### Publicaciones **Portuguesas:**

- Revistas: PARK, TATUAGEM, VOO NOTURNO, REVISTA MATERLIFE, ARTES & LEILOES, 4 PATAS, PET MAGAZINE, WAVE MAGAZINE, OUTDOOR REGIONAL, PET MAGAZINE, WAVE MAGAZINE, REVISTA SPRAY ART.

- Prensa: METRO SAO PAULO, METRO RIO, METRO LISBON, METRO PORTO.
- Magazines: AMERICA ECONOMIA, REVISTA MAGAZINE, GUIDA DA MODA, REVISTA MULHER, ISTOÉ GENTE, VEJA, ÉPOCA, INFEKTION, FASHION MAGAZINE, CASA VALE, REVISTA NOIZE, REVISTA ELES & ELAS, SUPERINTERESSANTE, LORD ELEGANT, WAZAP MAGAZINE, LA FEMME, VEJA RIO, CLIPS, CULT, DIGITAL PHOTOGRAPHER, RG OUTUBRO, GENTE CHIC, ESTILO VIP, VERSUS MAGAZINE, SCIENTIFIC AMERICAN, REVISTA POINT.
- Tecnología: AU ARQUITECTURA E URBANISMO, DICAS INFO EXAME, INFO, LA SEMANA DE FRENTE. Motor: CARRO HOJE, AUTO CEARA, CAR MAGAZINE, BIZMADEIRA, QUATRO RODAS, MOTOMAGAZINE, QUATRO RODAS, MOTOMAGAZINE, AUTOMÓVEL, METRO MOTOR, SOUTH YACHTS, REVISTA ACELERA!, FOLHETO NEP, RC MAGAZINE, ROD & CUSTOM, DUAS RODAS, 4X4 QUATRO.
- Deportes: SURF CITY, PLACAR, CENTAURO.
- Libros: GUIA DE BOLSO DE BUENOS AIRES, ISTO É ARGENTINA, LUGARES INESQUECIVEIS DE PORTUGAL, COMPENDIX PROJECT POLITIZINE, WIDE, O SENHOR DOS ANEIS- O RETORNO DO REI, O SENHOR DOS ANEIS - AS DUAS TORRES, O SENHOR DOS ANEIS – A SOCIEDADE DO ANEL, HARRY POTTER E A ORDEM DE FENIX.
- Comics: GUERRA DO CAOS OS INCRIVEIS HULKS, UNIVERSE ONLINE LEGENDS, CONAN, V DE VINGANÇA, SUPERMAN & BATMAN, VINGADORES, VINGADORES SECRETOS, SUPERMAN, ATAMAN, A ESPADA SALVAGEM DE CONAN.
- Otras Publicaciones: PAPAS & BEBÉS, ALMANAQUE DIGITAL DE TATUAGEM, SEMPRE MATERNA, ZONA





CULTURAL, REVISTA MENU, OUTDOOR REGIONAL, VOO NOTURNO, REVISTA MENU, COMPENDIX PROJECT POLITIZINE, EQUIPE DE OBRA, TATUAGEM.

Publicaciones en **otros idiomas** extranjeros:

- Revistas: ROMANINAN TATTOO, FAMILY STAR, GENT AMIGA, KNIT & MODE, IQ MAGAZINE, I-ASIA MAGAZINE, BIZ & ART, QM ZOMER, WAREHOUSE.
- Prensa: METRO MOCKBA, METRO AMSTERDAM.
- Magazines: FHM PROSINEC, LUXURY GUIDE, IQ MAGAZINE, SUPER SPY, MEN'S HEALTH, ROYAL REPORT, MAGAZIN WOMEN ONLY, MAGAZIN MEN ONLY, QX, M! MAGAZINE, FV MAGAZINE, ROCK CITY MAGASINET, FHM, DISCOVERY, REVISTA PUNKT, MODE MAGAZINE C'EST, GEO, CASA VIVA, CKM, HOMES, DIGITAL PHOTO & VIDEO CAMARA, SHAPE, OH LA LA MAGAZINE, ELLE DECORATION, FORBES, FASHION COLLECTION, MARIE CLAIRE OMEGA MAGAZINE, FOTO & VIDEO.
- Tecnología: NEXT, MEN'S GADGETS, PC TODAY, T3, STEREO & VIDEO, PREVIEW COMPUTER, COMPUTER BILD, PC WORLD, PERSONAL COMPUTER MAGAZINE, STUFF, HIGH DEFINITION, DVD XPERT, SHIFT MAGAZINE, XAKEP, HASNRATOP NRPOBORO, STEREO & VIDEO, NRPO MAHNR, COMPUTER BILD, CHIP, AUDIO VIDEO, CTPAHA NRP AARYCT, MOBBILE DIGITAL MAGAZINE, GAME STATION, COMPUTER!, HI-FI RU.
- Motor: DUNLOP RACING INFO, ARANYASAS, QUATTRORUOTE, AUTONET MAGAZINE, RIDE THROUGH, VERSUS AUTO, MOTO DRIVE, AIRSPORTSMAIL, TRANSPORT, SPEED, MOTOR, 5 KONECO, AUTO BILD, CARS & BIKES, ABTO MNP, ABTO PESIO, MOTO CLUB, 4X4 MONHBIÑ MPNBOA,

YACHTING, VERSUS AUTO, 4X4 CLUB, MOTOR, EBIKE, MOTO, AUTO FOCUS, MOTOR SPORT MAGAZINE.

- Deportes: SPORTSFAN, MEN'S HEALTH, SNOW, FIT FOR LIFE, THE RED BULLETIN, ROAD BIKE, AIKIDO, DANEK GOLF, MUSCLE & FITNESS, YOGA + LIFE, TREC NUTRITION LIPIEC, BIKE ACTION.
- Libros: CINE CLUB IRAILAREN TEMNY GRIF, BIOLOG, EL GRAN LLIBRE DE LES BRUIXES, PAULO COELHO LIBROS FILOSOFIA, POKERSTARS- LEE NELSON.

Para una mejor búsqueda se distribuía **la web por Categorías:**

- **Prensa Española:** EL MUNDO ANDALUCIA SALUD, DIARIO ADN, LA RAZÓN, DIARIO EL PAIS, ESTADIO DEPORTIVO, EL MUNDO AULA, EL MUNDO G/U/CAMPUS, EL MUNDO, DIARIO EXPANSIÓN, DIARIO QUE.
- **Prensa Europea:** HAMBURGER ABENDBLATT, LE TEMPS, LE SOIR, LE PARISIEN, LE MONDE, CORRIERE DELLA SERA, DIARIO 20 MINUTOS, DIARIO EXPANSIÓN, NEGOCIO, IL GIORNALE, THE CLINIC, LA RAZÓN, EL PERIÓDICO DE CATALUNYA.
- **Prensa Americana:** DIARIO CLARIN, DIARIO 16, METRO QUITO, PUBLIMETRO SANTIAGO, METROGUAYAQUIL.
- **Prensa deportiva:** DIARIO SPORT, DIARIO AS, L'EQUIPE, DIARIO MARCA.
- **Otros Prensa:** METRO TORONTO, CHULUCANAS, BCN MES, METRO TORONTO, EL IBERICO, LA PRENSA, PERSPECTIVAS SER, METRO CALGARY, MUJER HOY, BANGKOK POST.

**QUINTO.** -Entre las que eran objeto de publicación reiterada a través de la citada página de Internet se encontraban los diarios y revistas **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. Los periódicos aparecían en la web en sus versiones escritas, muchas de las cuales sólo se podían obtener abonando el precio que plataformas como ORBYT y Kiosko y Mas cobraban por acceder al contenido o adquiriéndolas en quioscos y tiendas, siendo éstas en su contenido, diferentes al de las ediciones digitales que de forma gratuita los expresados medios publican en Internet. En la mayor parte de periódicos y revistas se reproducían digitalmente las copias escaneadas de publicaciones físicas en su contenido íntegro sin la autorización del titular de la obra para difundirla, siendo el mismo periódico que se compra en un quiosco o portal de pago. Parte de las noticias que se veían en las ediciones impresas habían sido publicadas previamente por la editorial en sus ediciones digitales (de acceso público y gratuito para todos los internautas), si bien, no aparecen todas las noticias en su integridad, ni figuran los artículos periodísticos en toda su extensión.

**SEXTO.** - 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.

**SÉPTIMO.-** 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](mailto:naz101@ukr.net) y [Kwinto83@hotmail.com](mailto: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 la 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 explotación de derechos de propiedad intelectual en general compartían estos 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.

**OCTAVO.-** 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 Lld 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.

**NOVENO-** 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](http://www.youkioske.com), los cuales de determinarán en los trámites de ejecución de la presente sentencia.

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.- Consecuencias de la Sentencia nº 638/2015 de 20 de octubre de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.**

El fallo de la sentencia dictada establece la nulidad de la sentencia dictada por la Sección Segunda en la presente causa, para lo cual haremos un breve resumen de la misma destacando los aspectos más importantes.

Con carácter previo, la Sala como no puede ser de otra forma, entiende todas las argumentaciones del Tribunal Supremo como ejercicio de la casación, y no como el establecimiento de un diálogo de Tribunales, imposible en una relación jurisprudencial jerárquica como la presente. Por ello no es intención de la Sala establecer diálogo alguno, sino únicamente solventar las objeciones que se expresan en la sentencia del Alto Tribunal.

En primer lugar, se denuncia por los recurrentes que el relato fáctico es escueto, pese a la complejidad de los hechos. Este motivo es acogido por el órgano de casación porque se entiende que el relato de hechos no es preciso en la determinación de lo imputado, **concretamente en la explicación de los requisitos de tipicidad, y en lo que se refiere a la expresión comunicar públicamente empleado en el relato**, y que ha de ser interpretada a la luz de la doctrina que se infiere de la Sentencia del Tribunal de Justicia-caso Svenson-, entendiéndose el Tribunal Supremo que se ha producido cierta discrepancia sobre su entendimiento. En este extremo, la Sala advierte que su forma de comprender esta sentencia será mantenida, si bien mejor explicada, y si los recurrentes continúan en su discrepancia, deberá ser el Tribunal de Casación el que fije la doctrina concreta.

En segundo lugar, se dice que existen ciertas omisiones en la motivación, que en especial se refieren a la nulidad de la prueba denunciada y el análisis de la tipicidad desde el carácter fragmentario del Derecho Penal. Sobre estas conclusiones, se sientan una serie de razonamientos que la Sala deberá tener muy en cuenta.

Se nos advierte, tras un breve recordatorio de la evolución de la protección de la propiedad intelectual a lo largo de la historia, que en la interpretación del tipo penal debemos tener en cuenta una primera limitación en su aplicación, que resulta del carácter fragmentario del Derecho Penal reservado a la actuación de este sistema de represión a los ataques más graves del bien jurídico; el órgano de casación destaca en este punto la creación de la sección Segunda de la Comisión de Propiedad intelectual, entre cuyas funciones, además de la vigilancia e investigación de denuncias, está la imposición de sanciones que pueden llegar a la interrupción de la prestación de un servicio cuando se vulneren los derechos

de propiedad intelectual. Para ello, el Tribunal Supremo encarga a la Sala **explicar la tipicidad del hecho desde la gravedad de las acciones que supone la infracción susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva que la jurisdicción penal.**

Se destaca un tercer aspecto a considerar, **el objeto de protección del delito contra la propiedad intelectual**, con clara referencia al bien jurídico protegido. En este aspecto el Tribunal Supremo nos aclara una serie de conceptos que habrán de ser tenidos en cuenta. Se aborda poniendo de manifiesto que en relación al objeto de protección, el art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece una lista de supuestos objeto de protección de la propiedad intelectual como un *numerus apertus*, donde habrá de integrarse cualquier obra documentada que sea creación del espíritu con un contenido original; a renglón seguido se dice que no hay referencia expresa a los medios de comunicación social (entendemos en este caso periódicos y revistas), si bien nos dicen que es notorio que estos medios contienen artículos de opinión, literarios, etc., en definitiva creaciones originales que reflejan opiniones propias de quien las expresa, y que tienen su encaje en la propiedad intelectual. A continuación se cita la previsión del art. 32.1.2 de la LPI, “La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa”; el órgano de casación nos dice que no es un supuesto plenamente aplicable al caso ( ni por asomo decimos nosotros) pero da idea del diferente tratamiento que merecen los contenidos de la propiedad intelectual como creación del espíritu con un contenido original, respecto a la mera publicación de noticias. Sobre estos extremos volveremos mas adelante. En este punto, se nos conmina a que en la sentencia se analice el contenido de la propiedad agredido, y en concreto en lo que se refiere a los periódicos, y obviamente revistas, los hechos denunciados en este caso, y se deberá especificar si sus

contenidos de propiedad intelectual habían sido o no divulgados previamente por Internet.

Se nos indica que en el análisis de la tipicidad ha de repararse en los verbos que delimitan la conducta típica. Se expresa, como ya se pronunció en la sentencia anulada, que la que *prime facie* se ajusta al relato fáctico es la de comunicar públicamente, puesto que es a la que se refiere el relato de hechos. Se advierte de que la utilización en el relato fáctico de este término previsto en la tipicidad, predetermina el fallo, e impide una concreta actuación de la defensa; obviamente será sustituida, pero sobre ello también haremos alguna reflexión, puesto que en muchos casos los verbos nucleares expresan acciones comunes y generales que no puede ser apropiados por el derecho penal; no es lo mismo un concepto penal como el de prevaricar que el de comunicar públicamente. Tras una serie de disquisiciones sobre la sentencia del TJEU antes citada, se nos pide a la Sala que realice un relato fáctico más explícito en la redacción del hecho, y así llevar la labor de subsunción. En concreto, se advierte que no se relacionan los libros ni sus títulos, y en lo que se refiere a los periódicos y revistas, se dice que debe explicitarse en qué medida los contenidos objeto de protección penal ya habían sido previamente comunicadas en las ediciones digitales de los mismos titulares, y por ello habrá que examinar las pruebas periciales realizadas en la causa, y declarar que el contenido de lo publicado en youkioske estaba protegido porque no había sido publicado anteriormente.

Por último, se dice que se deberá motivar la queja planteada en la instancia y en casación sobre la regularidad de la clausura de la página, y en qué medida la actuación policial ha impedido la acreditación de los hechos o el planteamiento de una defensa adecuada.

## **SEGUNDO. - Cuestión Previa.**

Las representaciones procesales de los acusados han cuestionado la actuación policial, siguiendo instrucciones del Ministerio Fiscal, en lo que se refiere a la forma en la que se ha procedido al cierre de la página Web en Internet, lo cual podría haber impedido acreditar la realidad de la conducta objeto de acusación, la forma de acceso, y que resultara acreditada la ilicitud y la tipicidad. Hay que advertir que este tema no se planteó como una



cuestión previa, sino al final, en los informes definitivos. El Tribunal Supremo entiende que debe ser resuelta esta queja planteada sobre la regularidad de la clausura de la página, y en qué medida esta actuación policial ha impedido la acreditación de los hechos o el planteamiento de una defensa adecuada a la imputación del hecho.

En lo que se refiere al regularidad, se debe recordar que se inicia con el oficio de la BIT solicitando la salvaguarda y bloqueo de la página alojada en Canadá, y el inmediato auto del Juez de Instrucción acordando enviar una comisión rogatoria internacional (CRI) a Canadá; a continuación (folio 3085) se encuentra la contestación de Canadá diciendo que se necesita mas información para ejecutar la CRI, no produciéndose actuación más alguna; de ello se concluye que la CRI no llegó a ejecutarse nunca, ante lo cual podría darse la eventualidad de que la página pudiera seguir abierta en Canadá. A lo largo de la fundamentación jurídica de la sentencia, que luego se remarcará, se ha ido dando respuesta a este problema que la Sala no consideró en su momento óbice que pudiera lesionar derecho fundamental alguno, y menos el de la presunción de inocencia, puesto que la exposición pública de los contenidos de los periódicos y revistas referidos está acreditada, como luego se verá, por otros medios de prueba. De ello se desprende que no ha habido clausura de la página Web alojada en Canadá, cuestión diferente, como trataremos a continuación, será lo actuado con la finalidad de impedir el acceso y mantenimiento.

En lo que se refiere a otras medidas cautelares tendentes a asegurar la prueba, tanto para la acusación como para la defensa, la incautación, clonado y precinto de los ordenadores se acordó en el auto de entrada y registro (folio 1465 de las Diligencias). Consta la incautación de los ordenadores en las actas de entrada y registro (f.1512), y el volcado/clonado de los efectos realizado por la Secretaria Judicial, a presencia de los imputados y los letrados (f.1532-1533). Precisamente ante el fracaso en la eficacia de la CRI, la policía judicial solicitó la suspensión cautelar y el bloqueo de los accesos a la página desde los proveedores de internet españoles, lo que fue acordado -como no podía ser de otra manera- por el Juez de Instrucción (f.1476 y 1547). Con posterioridad, y para evitar que los

acusados pudieran seguir manipulando el contenido de la página se acordó cambiar las claves de acceso de las cuentas (f.1554). Al folio 1560 consta el acta extendida por la secretaria en la que se cambian las claves, y en que está presente uno de los abogados de los acusados.

Estas resoluciones judiciales no fueron objeto de recurso alguno por nadie, ni se planteó cuestión previa alguna al inicio del juicio. No obstante, este déficit de defensa debe ser contrareestado, como bien indica el Tribunal Supremo, con un abundamiento en la argumentación. **La Sala estima que la clausura de los enlaces a la pagina desde España fue llevada a cabo con pleno acomodo a la legalidad, y en su consecuencia no ha impedido la acreditación de los hechos, ni ha impedido el planteamiento de una defensa adecuada a la imputación del hecho.** Como se ha dicho, lo que se denomina “clausura de la página” se llevó a efecto con todas las garantías procesales y en ningún momento ha impedido la acreditación de los hechos o el planteamiento de la defensa porque no se ha eliminado el contenido del portal “youkioske”. Esta medida se llevó a efecto en el mismo día del operativo policial (detenciones y registros) con el fin de evitar que desde ese momento se siguiera desarrollando la comisión del delito y minimizar los perjuicios que se estaban causando a los titulares de los derechos de propiedad intelectual procediendo a impedir que se visualizara el contenido de la web “youkioske” hasta que se pudiera tramitar la CRI a Canadá lugar en el que se encontraba el servidor que albergaba el contenido de la web “youkioske”, pero ya se ha expresado la suerte que corrió la CRI en Canadá.

Reiteramos, la medida consistió en acceder por parte de la Policía desde el Juzgado, con mandamiento judicial y en presencia del Secretario Judicial, de los detenidos y sus abogados a la web con las contraseñas de administrador (detenido) conseguidas en el registro de su domicilio (con mandamiento judicial y con todas las garantías procesales) para inutilizar la página, es decir, que cuando los internautas visitaran de web de “youkioske” no se pudiera visualizar el contenido y en su defecto vieran una página en blanco, aunque seguía obrando el contenido en el servidor sin ser alterado en ningún aspecto dado que, en ese momento, era la única solución técnica y jurídica que era posible de realizar. Como luego se analizará, los hechos

objeto de imputación no se han acreditado mediante la clausura y cierre de la página, mejor dicho, de los accesos a la página, sino gracias a otras diligencias de investigación y pruebas de cargo que se consideraron y que fueron ya analizadas en la sentencia anulada. Esta actuación se hizo en garantía de los derechos que se estaban lesionando para poner fin a la conducta delictiva, de tal suerte que los hechos imputados, el contenido y la finalidad del portal “youkioske” quedaron acreditados a través de las intervenciones telefónicas y telemáticas.

**En definitiva, el cierre de la pagina no tenia como objetivo la búsqueda de elementos de prueba de los hechos imputados, sino dar fin a la actividad criminal,** y por ello mal se puede haber lesionado el derecho a la presunción de inocencia, cuando una sosegada lectura de la sentencia anulada demuestra que no se utilizó como base fáctica para constituir prueba alguna de cargo.

### **TERCERO. -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 acreditados 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](#) 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](http://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](http://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 él 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 denominada “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 más 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<sup>1</sup> 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<sup>2</sup> ISSU, reconociendo los correos electrónicos obrantes al f. 2864, que luego serán objeto de estudio; la testigo

---

<sup>1</sup>El streaming (también denominado transmisión, lectura en continuo, difusión en flujo, lectura en tránsito, difusión en continuo, descarga continua o mediaflujo) es la distribución digital de multimedia a través de una red de computadoras, de manera que el usuario consume el producto, generalmente archivo de video o audio, en paralelo mientras se descarga. La palabra streaming se refiere a: una corriente continua (que fluye sin interrupción).

<sup>2</sup>Una aplicación informática o programa que realiza algunas tareas en beneficio de otras aplicaciones llamadas clientes. Algunos servicios habituales son los servicios de archivos, que permiten a los usuarios almacenar y acceder a los archivos de una computadora y los servicios de aplicaciones, que realizan tareas en beneficio directo del usuario final.

aclaró que los acusados daban instrucciones a estos ciudadanos, si bien las pruebas de todo ello son los mensajes de Messenger. También declaró que existía publicidad, la cual era directa a través de banners<sup>3</sup> y que también había videos pre-roll<sup>4</sup>; 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 las 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

---

<sup>3</sup> Un banner es un formato publicitario en Internet. Esta forma de publicidad online consiste en incluir una pieza publicitaria dentro de una página web. Prácticamente en la totalidad de los casos, su objetivo es atraer tráfico hacia el sitio web del anunciante que paga por su inclusión. Los banners se crean con imágenes (GIF, JPEG o PNG), o con animaciones creadas a partir de tecnologías como Java, Adobe Shockwave y, fundamentalmente, Flash. Están diseñados con la intención de llamar la atención, resaltar notorios y comunicar el mensaje deseado. Por lo tanto, estos banners no necesariamente mantienen la línea gráfica del sitio. Cualquier sitio web es susceptible de incluir toda clase de banners y otros formatos publicitarios, aunque en la mayoría de los casos, son los sitios con contenidos de mayor interés o con grandes volúmenes de tráfico los que atraen las mayores inversiones de los anunciantes

<sup>4</sup>Un Pre-Roll es una creatividad en formato vídeo que se muestra justo al comienzo de ver una noticia. Es lo más parecido a un anuncio de televisión pero en Internet. El usuario quiere acceder a un contenido y éste no es mostrado hasta que pase un determinado tiempo que transcurrido puede o saltarse el anuncio e ir directamente a ver el vídeo o seguir esperando



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<sup>5</sup> . Describe la actividad criminal como inserta en un grupo organizado integrado por tres españoles-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<sup>6</sup> actuaban a modo de llaves que permitían el acceso a las publicaciones, especialmente los periódicos, cuyo archivos se encontraban en los servidores

---

<sup>5</sup>PDF (sigla del inglés portable document format, formato de documento portátil) es un formato de almacenamiento de documentos digitales independiente de plataformas de software o hardware. Este formato es de tipo compuesto (imagen vectorial, mapa de bits y texto)

<sup>6</sup>Un hipervínculo es un enlace, normalmente entre dos páginas web de un mismo sitio, pero un enlace también puede apuntar a una página de otro sitio web, a un fichero, a una imagen, etc. Para navegar al destino al que apunta el enlace, hemos de hacer clic sobre él

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 número de entradas se producían en los contenidos protegidos que eran subidos sin autorización, estando 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.

Por último, 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 y kwint083@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 si 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 las 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](http://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](http://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](http://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<sup>7</sup> 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; esta presentación preparada por Antonio Rubio, quien habría asumido la labor de comercialización de la página, 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

---

<sup>7</sup> Es un servicio que permite a los editores obtener ingresos mediante la colocación de anuncios en sus sitios web, ya sean de texto, gráficos o publicidad interactiva avanzada.



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 el folio 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](http://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 Babylontee S.L." a favor de los acusados y 13 facturas emitidas por la empresa Networks Babylontcc 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. Por último, resulta de interés en la Pág. 342 el OFICIO 47.639/11, de 18.05.2011, informando a la Fiscalía de los datos ofrecidos por Google y Smartclip., en el cual se llega a la conclusión de que los responsables de la web son Raúl Luque y David González.



Por último, en el folio 3035 se introduce otro informe técnico de la BIT, en cuyo anexo 3 podemos encontrar el contrato con ADDOOR, que dice que “en momento de la firma: 1.650.00 páginas/vistas; 350.000 usuarios únicos; C/C indicada en las facturas de MilporMil; listado niks Issu.”; a continuación, Anexo 4 : contactos Messenger., Anexo 5: Conversaciones de Messenger de David González, en una de ellas David dice que Youkioske.com tiene casi un millón de p/v y 100.000 usuarios/día. Anexo 6: Movimiento cuentas bancos. Anexo 7: Archivos él con campañas de publicidad. Anexo 8: se encuentra las carpetas ISSUU THE BEST: Carpetas con portadas de revistas divididas entre “libres” y “pago” (“libres” aquellas a las que se accede on line gratuitamente; “pago” aquellas que sólo se distribuyen digitalmente mediante suscripción o comprando la versión digital de la revista), esto es aquellas que ellos mismo debían pagar para poder tener un ejemplar, y aquellas que podían obtener de forma gratuita: Pago Abril: ALMA, AUTOBILD, COMPUTER HOY, DON BALÓN, DT, EQ, ESQUIRE, FHM, FHM BEST, FHM BIONIC, GALA, GENTE, H MAGAZINE, HOLA, HOY CORAZÓN, ICREATE, LINUX, MARCA, MARICLAIRE, MAXIM, OPEN PARA TI, PC ACTUAL, PLAYBOY, PLAYBOY LIBERTAD, PLAYMANIA, PRONTO, RUNNERS, STUFF, SW FIT, VIP Pago Abril Ext: AUTOMOBILES CLASSCI, BIBA, BIKE, CAR, CARANDDRIVER, CONFIDENCIAL, COSMOPOLITAN, CYCLEWORLD, SPORT DIVER, DUFONTREGISTRY, EBIKE, ELLE CANADÁ, ELLE FRANCE, ESQUIRE, F1 RACING, FITNESS, FIVE, FLIGHT, GQ, HANDGUNNER, HOME JOURNAL, HOOP, IMPORT TUNER, JOGGING, LINUX JOURNAL, MAC LIFE, MACH PARIS, MACWORLD, MAXIM, MBR, MEN’S HEALTH, MEN’S JOURNAL, MORE, MOTOCROSS, MOTOR TREND, NYLON, NYTIMES STYKE, O THE OPRA MAGAZINE, SURFER, PC GAMER, PC MAGAZINE, PC TODAY, PREMIERE, ROAD, ROAD TRACK, RUKUS, SEVENTEEN, SKATEBOARDING, SKI, SUPERBIKE, T3, THE NEW YORK TIMES, US WEEKLY, VOGUE HOMMES INTERNATIONAL, WEBUSER, WOMEN’S HEALTH, WORDSOCCER, YO DONA.

También aparece un archivo Excel con el coste de la plataforma ZINIO de las revistas y periódicos subidas a Youkioske, accesibles a través de ZINIO, con el nombre de la revista, nº de ejemplares y coste mensual: HOLA

(4 ejemplares), MUY INTERESANTE, ELLE, GEO, LONEY PLANET, ESQUIRE, RUTAS DEL MUNDO, EMPRENDEDORES, DIGITAL FOTO, DE VIAJES, ROBB REPORT, MAC WORLD, CASA JARDIN, FHM, SPORTLIFE, QUO, ZERO, PC WORLD, CINE PREMIERE, MUY HISTORIA, SER PADRES, CRECER, MAMA Y BEBE, COSMOPOLITAN, AR, RAGAZZA, ACTUALIDAD ECONOMICA, CASA DIEZ, NUEVO ESTILO, INTERIORES, MAS ALLA, PSYCHOLOGIES, OCEAN DRIVE, H Para Hombre, MOTOCICLISMO (4 ejemplares), AUTOPISTA (4 ejemplares), LA MOTO, AUTOMOBIL, COCHE ACTUAL (4), CAR & DRIVE, CLASICOS EXCLUSIVOS, TUNNING GTI, SOLO MOTO (4 ejemplares), SOLO BICI, DESNIVEL, PLANET POQUER, CARD PLAYER, MOUNTAIN BIKE, BUCEO, PESCA SUBMARINA, AVION REVUE, NAVEGAR, AVIACION DEPORTIVA, NAUTICA, YATE, GRANDES ESLORAS. Y los periódicos: MARCA, AS, EL PAIS, EL MUNDO.

Ya se ha hecho referencia al mismo, pero conviene extraer literalmente para una mejor exposición el documento llamado "ESTRUCTURA MANTENIMIENTO YOUKIOSKE": donde describen cómo funciona YOUKIOSKE:

*"Te voy a explicar lo que necesitamos ahora mismo para el mantenimiento de la web, pues dentro de un tiempo cuando todas las webs estén funcionando este trabajo lo llevara un equipo que tendremos que organizar.....pues bien la realidad es que hasta ahora la mayoría las subíamos nosotros con diferentes nicks, esto está ya cambiando porque hemos desarrollado un nuevo método para subir publicaciones muy sencillo y con el nuevo y practico tutorial que hemos implementado seguro dará sus frutos y el trabajo de subir las revistas al final conseguiremos que lo hagan los usuarios. Bueno, como a todos los efectos ya eres un socio te hago el organigrama secreto del funcionamiento para que entiendas lo que vas a tener que hacer y debajo te facilito todas las webs y herramientas para hacerlo. En todos los enlaces que te proporcionamos deberás crearte tus propios usuarios para poder descargar, etc. Como te he dicho antes lo que hacemos son enlaces a webs donde están ya las revistas subidas pero la realidad es que como las publicaciones que mostramos son tan recientes que poca gente las sube por lo que ese trabajo lo hacemos nosotros y después enlazamos desde nuestra*



*página... Hay 2 tipos de publicaciones: 1.1.a Prensa diaria 1.1. Revistas, magazines mensuales, libros, comic, 1. 1.a.: Prensa diaria: Hay que publicarlas todos los días a primera hora. Tenemos varias formas de hacerlo dependiendo de que web sea la primera en subirlo: Las descargamos de: <http://vagos.wamba.com/forumdisplay.php?f=207> o AKI PONEMOS LAS DEMAS la subimos en el usuario de issuu creado y después enlazamos desde Youkioske (Dentro de poco nos suscribiremos para que nos manden los pdfs y así no depender de otras web). Prensa que hay que subir: Española: MARCA – EL PAIS – EL MUNDO – SPORT – LA VANGUARDIA – AS Extranjera: L’ EQUIP – LE MONDE CORRIERE DELLA SERA – LA GAZETTA DELLO SPORT – CORRIERE DELLO SPORT OLE – CLARIN – LA RAZON ..1.1.b.: Revistas y Magazines mensuales: Todos los días descargamos las novedades que tengan y las subimos. (Si tú conoces alguna otra no dudes en implementarlas) Necesitamos crear una comunidad donde los usuarios suban las publicaciones por lo que hasta que lo consigamos las publicaciones debemos hacerlas con diferentes nicks. Aparte deberás crearte varios usuarios en YouKioske para parecer que son los usuarios quien suben las publicaciones y no nosotros...Mi correo en hotmail es davidgh36@hotmail.com por lo que te ruego encarecidamente te abras uno y así poder organizarlo todo en tiempo real y no como hasta ahora que se han demorado mucho todas las comunicaciones; perdona el tiempo de respuesta, pero como te he comentado antes estamos desbordados de trabajo y además yo he estado de viaje. Mis números de Tlf: 91.616.66.74 y 672.28.65.94 Un saludo y nuevamente bienvenido. David González”*

### **1.5.- Observaciones telefónicas**

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<sup>8</sup>-, 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 qué 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.

---

<sup>8</sup>Kiosko y más es un servicio digital que te permite disfrutar de periódicos o revistas en ordenadores y cualquier dispositivo móvil. Los contenidos se adquieren previos conciertos con los titulares de los derechos de propiedad intelectual. ORBYT es similar.

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.

#### **1.6. Especial referencia a los contenidos alojados en la página WEB Youkioske.**

En este capítulo se va a desarrollar un especial estudio de la prueba documental que acredita los concretos contenidos alojados en la página WEB. Como ya se ha adelantado nos encontramos con la denuncia la denuncia AEDE ante la Fiscalía de la AN y (Folio 135) denuncia de Editorial América Ibérica, S.A., julio 2010, en especial en esta última se incluyen impresiones de Youkioske.com de las revistas “AÑO CERO”, “HISTORIA DE IBERIA VIEJA”, “GIGANTES DEL BASKET”, “ENIGMAS” y “EL MUNDO DEL GATO”. En el folio 193 se encuentra el primer informe Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, Cuerpo Nacional de Policía, Comisaria General De Policía Judicial, UDEF – CENTRAL, Brigada De Investigación Tecnológica, Grupo Antipiratería en el que se dice “*Los archivos se reproducen directamente en la web denunciada, mediante un reproductor flash. Así pues, desde esta web se puede leer directamente la publicación concreta, se pueden pasar las páginas, aumentar el tamaño del texto, etc.*”. Impresión de youkioske.com, en la que se aprecia: El Comic “VALOR DE LEY”, las revistas “HOLA”, “FHM”, “MEN’S JOURNAL”, “ACCION RELOADED” y el periódico “EL MUNDO”. En dicha impresión se aprecia igualmente la división por categorías de la web: Revistas Masculinas, revistas femeninas, prensa, libros, comics, etc. Folio 194: Impresiones de la

web en la que se aprecian portadas de las revistas “AÑO CERO” y “MILENARIOS”. Folio 195: Impresiones de la web en la que se aprecian la visualización de un ejemplar de la revista “AÑO CERO”, y portadas de las revistas “AÑO CERO”, “MILENARIOS” y “ENIGMAS”. Folio 196 y 197: *“Por parte de esta Brigada se confeccionó el oficio con registro de salida nº 11.441/11 en el que se informaba de dicha página web, indicando igualmente que en la Asociación de Editores de Diarios Españoles, la cual se encuentra afectada por la web investigada, se encuentran integrados unos grupos editoriales con representación en varias provincias españolas (Prensa del Sureste, El Correo de Andalucía, Grupo Promotor Salmantino, etc.) y fuera del territorio nacional (Grupo Prisa).”*Folio 200, copia del oficio 11.441/11 de la brigada de investigación tecnológica dirigido a la fiscalía de la audiencia nacional. Impresiones idénticas al Oficio de la Folio 193 y ss. Folio 257: oficio 92.856/11, de 11.10.2011, en el que se dice (Folio 258), *“En cuanto a la existencia de publicaciones en territorio nacional o en el extranjero, se comunica que, efectivamente, en la página web [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com) se pueden leer diferentes publicaciones, tanto nacionales como extranjeras, a título de ejemplo se muestran las siguientes imágenes extraídas de la citada web.”* Incluye impresión de la web en la que se ven las portadas de diversas publicaciones internacionales: “IL GIORNALE”, “HANDELSBLATT”, “LIBERO”, “IL MANIFESTO”, “IL PICCOLO”, “THE SUN”, “IL SOLE”, “TICINOAGGI”, “LA PROVINCIA”. En el folio 259 aparecen Impresiones de la web con diarios españoles: “CINCO DÍAS”, “LA VANGUARDIA”, “EL PERIÓDICO”, “JOBS EL MUNDO”, “SU VIVIENDA EL MUNDO”, “METROPOLI EL MUNDO”, “20 MINUTOS”, “EL CULTURAL EL MUNDO”, “LA RAZÓN”, “EL MUNDO”, “DIARIO QUE”, “NEGOCIO”, “EL PAÍS”, etc. ¡Revista “Hello!”. En el folio 260 se encuentra una impresión con la revista francesa “RÉPONSE A TOUT”.

En el folio 354 se encuentra la información presentada por periodistas de EL MUNDO: Presentación proporcionada por Youkioske.com, en la que se incluyen pantallazos de dicha web y se aprecian las portadas de revistas como: “HOBBY CONSOLAS”, “ELLE DECOR”, “PERSONAL COMPUTER”, “RUNNERS”, “MEN’S HEALTH”, “BILD” entre otras. En el folio 406 y SS

están reflejadas unas impresiones de youkioske.com, con portadas de “DIARIO AS”, “EL PAÍS”, “DIARIO SPORT”, “DIARIO LE PARISIEN”, revista “ROAD TRACK”, “PLAYBOY”, “POPULAR SCIENCE”, “MAC WORLD”, “AUTO BILD”, Diario “EL MUNDO”, “EL MUNDO DEPORTIVO”. En el folio 410 se refleja la estructura de la web por categorías. En el folio 413 se constata un cuadro con últimas publicaciones: “DIARIO ABC”, “CINCO DÍAS”, “EL CORREO”, “EL PERIÓDICO DE CATALUÑA”, “LA GAZZETTA DELLO SPORT”, “DIARIO MARCA”, “DIARIO AS”. En el folio 428 y ss., se encuentra una explicación sobre la visualización íntegra de uno de los ejemplares del diario “MUNDO DEPORTIVO”, en el que se aprecia que es un ejemplar físico digitalizado. En el folio 600 se encuentran impresiones de la web, en la que se aprecian las revistas “MAXIM” y FOTOGRAMAS”. En el folio 602 podemos ver la Portada revista “PRONTO”, promocionada desde la red social Facebook de [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com). En el folio 603 una impresión de la web con portadas de revistas “POPULAR MECHANICS”, “MUY INTERESANTE”, “DT” “COMPUTER”

Como ya se ha dicho, en el folio 820 el oficio nº 108.262/11 de la Brigada Investigación tecnológica, de 24.11.2011, analiza el volumen de publicaciones afectadas por la página web [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com) y el espacio geográfico afectado., y se dice en concreto que “una vez analizada la misma se ha llegado a la conclusión que desde esta página web por arte de los usuarios que la visitan, se puede acceder a multitud de publicaciones, prensa, revistas, libros, comics, etc.”

A continuación, en las actuaciones aparecen las siguientes publicaciones citadas, de algunas de las cuales hay varios ejemplares en los autos, ordenadas por país de publicación:

Folio 823. Anexo I Publicaciones alemanas:

- Prensa: TAGESZEITUNG TAZ, ZEIT MAGAZIN, DER TAGESSPIEGEL, FRANFURTER, HANDELSBLATT, SÜDDEUTSCHE ZEITUNG, DIE ZEIT, BILD, WELT

KOMPAKT, SÜDDEUTSCHE ZEITUNG, HANNOVERFCHE, FRANTFURTER, FINANCIAL TIMES DEUTSCHLAND, FRANTFURTER ALLGEMEINE, HANNOVERFCHE ALLGEMEINE, BERLINER MORGENPOST, LA NUOVA.

- Magazines: CHIP FOTO VIDEO, KULTUR SPIEGEL, P.M. PERSPEKTIVE, GEO, SHWEIZER ILLUSTRIERTE, GEO LINO, 20 MINUTEN, WIRTSCHAFTS WOCHE, FOCUS, VITAL, PM HISTORY, FÜR SIE, DELUXE MALLORCA, BESSER WOHNEN, P.M. MAGAZIN, GIBBONS STAMP, DER SPIEGEL, GEO SAISON, TIROLERIN, GEO EPOCHE, GEO PERSPEKTIVE.
- Tecnología: VIDEO, COMPUTER BILD, AUDIO VIDEO FOTO BILD, COMPUTER IDEE, CHIP HD, 360 LIVE, COM!, HAKING, PC GO, C'T MAGAZINE, ANDROID USER, MAC LIFE, MACWELT, HIFI TEST, GAME STAR, ANDROID MAGAZINE, ELEKTOR, IPHONE WELT, LP MAGAZINE, TELE SATELITE LINUX, SFT.
- Motor: AUTO BILD, AUTO, AUTOVISIE MAGAZINE, CAMP MAGAZIN, AUTO 24, ALPEN TOURER, AUTOVISIE MAGAZINE, CABRIO LIFE, BIL MAGASINET, MOTORSPORT, AUTO TOURING, CARAWORLD, SUBWAY, WHEELIE, AUTO AKTUELL.
- Deportes: KICKER, SPORT BILD, WIND SURFING, MEN'S FITNESS, BODYBOOSTER, SFT, AKTIV LAUFEN, TRIATHLON TRAINING, TRAIL.
- Libros: BIOLOGIE, STIFTUNG WARENTEST, PONY, MAC LIFE, WELT DER WUNDER.
- Otras Publicaciones: MAHLZEIT!, GEO, CUISINE, GÄRTERN, PROST, OKO TEST, STIFTUNG WARENTEST, PERLEN POESIE, WANDERLUST, BALANCE, LAND LUST, MAGAZIN.



- Otras Publicaciones: CUISINE ACTUELLE, GOURMAND, RÉZO ETÉ, POLKA MAGAZINE, LE JARDINIER, TATOUAGE MAGAZINE, ACTO, CUISINE DE LA MER, MAISON & JARDIN, L'AMI DES JARDINS, LA GAUCHE, MAISON COTÉ.
- Prensa: LE FIGARO, METRO MONTREAL, LE MONDE, METRO PARIS, L'EQUIPE, LE PARISIEN.
- Magazines: FEMINA, L'EXPRESS, PLONGEE MAGAZINE, FASHION DAILY, TÉLÉ STAR, THE ACE, TÉLÉ POCHE, TÉLÉ 7 JOURS, COURRIER INTERNATIONAL, PARIS MATCH, DÉCOMAG, STUDIO CINE LIVE, ROLLING STONE, CINEMA TEASER, GEO VOYAGE, MARIANNE, PUBLIC, L'OFFICIEL MAROC, CHOC, TOP SANTE, PHILDAR, GEO, FEMME ACTUELLE, SCIENCE & VIE, CLIN D'OEIL.
- Tecnología: ELECTRONIQUE, MICRO HEBDO, Á VOS MAC, WHAT HI-FI, L'INFORMATICIEN, PC ACHAT, MICRO HEBDO, WINDOWS NEWS, MICRO ACTUEL, MICRO PRATIQUE, SVM MAC, PC JEUX, SATURN, WHAT HI FI?, PC TRUCS & ASTUCES, SVM MAC, L'ORDINATEUR, IPAD LE GUIDE, AVOS MAC, PHONE MAG.
- Motor: AUTO PLUS, AUTO MOTO, NEW ZEALAND, MAXIMOTO, L'AUTO JOURNAL, L'AUTOMOBILE, REVISTA MOTOR & CIA, MAXIMOTO, IRRESISTIBLE AUTO, AUTO PLUS, F1 RACING, A'VOLANTE, SCOOTERS, AUTO & SPORT, L'ESSENTIEL DE LA MOTO, AD MOTORING, COURSEAULARGE.
- Deportes: PLONGEE, TENNIS MAGAZINE, BIG BIKE, ESCAPE, SANTE SPORT MAGAZINE, AFL RECORD, BASKETNEWS, LA PÊCHE, BIKE, ONZE, PÊCHE EN MER, SOMA, BFOOT, ROAD BIKE.
- Libros: L'APPRENTI D'ARALUEN, LA FACE CACHÉE DU 11 SEPTEMBRE – ERIC LAURENT, VEILLÉES, L'OEIL D'HOROS, LE GUIDE COMPLET- DÉVELOPPEZ VOS

APPLICATIONS POUR, LE SOLEIL DE MINUT, PHP SOLUTIONS, QUESTIONS INTERNATIONALES, MICRO HEBDO, WIKILEAKS THE TRUTH.

- Comics: MICKEY, TOUS DEL DEFAUS DES MECS, LE GUIDE INDISPENSABLE DU PETIT COIN, PICSOU, LA TOILE, BAMBI, NARUTO CHAPITRE, BLEACH, MILFS ON MARS, MAITENA MUJERES ALTERADAS 2, MAITENA MUJERES ALTERADAS 1, MAITENA MUJERES ALTERADAS 5, MAITENA MUJERES ALTERADAS 4, MAITENA MUJERES ALTERADAS 3.
- Otras Publicaciones: GOURMAND, GALA GOURMAND, CUISINE ET VINS, NEO PLANETE, MAISON & JARDIN, ART NEWS, ARTS & GASTRONOMIE, MARMITON, ZESTE TERRA CORSA, CRÉANUM, SIV A VIE, YUMMY MAGAZINE, COUP DE POUCE.

Folio 852, Anexo III Publicaciones Inglesas:

- Otras Publicaciones: GARDEN NEWS, CROSS STITCHER, GARDEN ANSWERS, PRACTICAL FISHKEEPING, MOTHER & BABY, BIRD WATCHING, EVERY DAY WITH RACHAEL RAY, PARENTING, MODERN PAINTERS, SKIN DEEP, GARDENERS WORLD, FISH & GAME
- Magazines: ROBB REPORT, ENTREPRENEUR, RHYTHM, SFX, SPIN, MOVIE SCOPE, BEST, CANARY WHARF MAGAZINE, EMPIRE, BBC FOCUS, TRAIL MAGAZINE, NEWSWEEK, REVEAL, URBAN MAINSTREAM, BAY FASHION, AMERICAN HANDGUNNER, MAXIM, BUILDER, OH MY GOSH!, THE WEEK, SCIENCE, BLOOMBERG BUSINESSWEEK, INTERIOR DESIGN, CASA VIVA, IN STYLE, MARIE CLAIRE, HELLO!, HOUSE TRENDS, NME, MONKEY MAGAZINE, METAL ARCHITECTURE, IBUKI MAGAZINE, PROFESSIONAL PHOTOGRAPHER, ENTREPRENEUR, THE HOME MAG, MIAMI & HOME,

BPM TECH, WOMAN TODAY, COLORADO HOMES, LAS VEGAS, FHM, THE ECONOMIST, LONELY PLANET, DESIGN NEW ENGLAND, RESIDENTIAL ARCHITECT, I-MAGAZINE, WELL BEING, THE ULTIMATE GEAR GUIDE, BEAUTIFUL KITCHENS & BATHS, BBC HISTORY, THE HOLLYWOOD REPORTER, INTERNI ANNUAL, RAIL ROADING, GULFSHORE LIFE, THE OFFICIAL MAGAZINE BRITAIN, ISLANDS, CARIBBEAN, TRAVEL + LEISURE, NEVADA MAGAZINE, BILLBOARD, HD LIVING, ABOUTIME, UNCUT, SKY & TELESCOPE, KOKO LIVING, READER'S DIGEST, TREND, HEALTH SMART, WESTERNLIVING, CHARLOTTE, DASH OF NOSTALGIA, YOU 27, HEAT, AFRICA GEOGRAPHIC, AZ MAGAZINE, MY BUSSINESS, EJECUTIVO MODERNO, NATIONAL GEOGRAPHIC TRAVELER, FAN THE FIRE, SCREEN EDUCATION, SOUND ON SOUND, STYLE AT HOME, LITTLE WHITE LIES, MSC MODERN STEEL, LES NOUVELLES, MOTHER JONES, TRUELOVE, REAL MAGAZINE, ACM NEWS, POPULAR SCIENCE, THE SCENE, CARIBBEAN REEF MAGAZINE, BILLBOARD, LUXURY TRAVEL, HOSPITALITY DESIGN, PHOTOPLUS.

- Prensa: METRO LONDON, METRO CALGARY, METRO VANCOUVER, METRO TORONTO, DAILY STAR, DAILY EXPRESS UK, METRO NEW YORK, METRO PHILADELPHIA, METRO BOSTON.
- Tecnología: XBOX WORLD, 3D CREATIVE, CUSTOM PC, MAC LIFE, POCKET GAME GUIDE, GADGETS AND GIZMOS, APPLE MAGAZINE, MAXIMUM PC, MACWORLD, ATOMIC, PC WORLD, MACHINE DESIGN, EXHIBIT, FIRST GLIMPSE, POCKET GAMER GUIDE TO MOBILE GAMES AND APPS, IMAGINE FX MAGAZINE, WEB USER, LINUX JOURNAL, THE COMPLETE GUIDE TO THE IPHONE 4S, HWM, COMPUTER ACTIVE, PC TODAY, GADGETS MAGAZINE, SOUND VISION INSTALL, POCKET GAMER

GUIDE TO MOBILE GAMES, 3D WORLD, THE INDEPENDENT GUIDE TO THE IPHONE 4.

- Motor: TOP CAR, YACHTS QATAR, STUNT'S MOTORCYCLE, ON TRACK OFF ROAD, AUTO EXPRESS, CAR AND DRIVER, CLASSIC BIKE, CAR MAGAZINE, RACE HIGHLIGHTS, CAR XPRESS, L'AUTO JOURNAL, CLASSIC CARS, AUTO FORUM, CLASSIC MOTORCYCLE MECHANICS, CLASSIC AMERICAN, ROD & CUSTOM, WINGS, CLASSIC DIRTBIKE, HOT BIKE, MOTORSPORT NEWS, AUSTRALIAN ROAD RIDER, AUTOSPORT, MAX POWER, HOT RODDING, SPORT RIDER, RIDE MAGAZINE, ROAD & TRACK CAR BUYER'S GUIDE, NEW ZELAND CLASSICS, MODEL RAIL, CLASSIC BIKE GUIDE.
- Deportes: MEN'S FITNESS, HEALTH & FITNESS, WORLD SOCCER, HUNTER JAGTER, SNOW, TRIATHLETE, THE KITEBOARDER, LOCAL HAWAII, FIGHTING FIT, ALADDIN, AUSTRALIAN TENNIS, ATLANTIC OPTIMYZ, SURFING MAGAZINE, SNOWBOARDING, EXPLORE STEAMBOAT, FITNESS, CHAMPIONS, NATURAL MUSCUL MAGAZINE, IMPROVE YOUR COARSE FISHING, RUNNING, RIDE BMX, TENNIS LIFE, DIRT RAG, MEN'S HEALTH.
- Libros: FOREPLAY, E FICTION MAGAZINE, BABEL REVISTA LITERARIA, PRACTICAL DJANGO PROJECTS, PYTHON FOR SOFTWARE DESIGN, ANTI PATTERNS, PRO DJANGO, PRO JAVASCRIPT RIA TECHNIQUES, IPHONE APP DEVELOPMENT, BUENOS AIRES COMPLETE GUIDE, AQUA JOURNAL, ARGENTINA COMPLETE, PATAGONIA COMPLETE, THIS IS ARGENTINA, THIS IS BUENOS AIRES, LOOK AT BUENOS AIRES, THE PRESENTATION SECRETS OF STEVE JOBS, YOUTUBE FOR DUMMIES, SOUTH AUSTRALIAN GARDEN, AQUA JOURNAL, MUAMMAR QADDAFI - MAJORS WORLD LEADERS, LOGO DESIGN LOVE, THE WALKING DEAD

RISE OF THE GOVERNOR, MEDITATION FOR DUMMIES, TRAINING YOUR BRAIN FOR DUMMIES, INTERNET MARKETING FAQ, COMPUTER POWER USER, SECURITY & PRIVACY.

- Comics: 12 COMICS THE MAPLEWOOD 5, 12 COMICS MAPLEWOOD ALLSTARS, 12 COMICS SHADOW 13, 12 COMICS THE GREAT WEAPONS, STAR TREK, 12 COMICS TIGON, 12 COMICS THE ADVENTURES OF BLUE JUSTICE, 12 COMICS THE ADVENTURES OF PRIO, TRANSFORMERS, MEN OF WAR, STAR WARS REPUBLIC, STAR WARS INSIDER, STAR WARS: DARK TIMES OUT OF THE WILDERNESS, VIZ, GENKI LIFE MAGAZINE, STAR WARS AN AGE OF HEROES 5, STAR WARS AN AGE OF HEROES 4, STAR WARS AN AGE OF HEROES 3, STAR WARS AN AGE OF HEROES 2, STAR WARS AN AGE OF HEROES 1, SUPERBOY, GENERATION HOPE, TRANSFORMERS ISSUE 2, STAR WARS CLONE WARS 5, STAR WARS CLONE WARS 4, STAR WARS CLONE WARS 2.
- Otras publicaciones: SKINSHOTS, BABY TALK, MAMAS & PAPAS, TATTOO ENERGY, DIGITAL ARTS, PREGNANCY & BIRTH, YUMMY, JUXTAPOZ, RETAIL DESIGN & TECHNOLOGY, YOUR HORSE, MOTHER & BABY, AMERICAN ARTIST DRAWING.

Folio 873, Anexo IV Publicaciones Italianas:

- Otras Publicaciones: CASAMIA, DONNA & MAMMA, FOCUS WILD, IN CUCINA, OGGI CUCINO, IL MIO VINO, PLÚ DOLCI, CUCINA, ARGOS, ANIMALI, VDG MAGAZINE, UN MESE IN CUCINA, 50 & PIÚ, IL SOMMELIER.
- Prensa: LIBERO, IL PICCOLO, L'ECO DI BERGAMO, LA STAMPA, LA SICILIA, LA VOCE, LA PROVINCIA, LA GAZZETTA DEL MEZZOGIORNO, NUOVO QUOTIDIANO,

IL QUOTIDIANO, IL GAZZETTINO, IL FATO QUOTIDIANO, CORRIERE MERCANTILE, CORRIERE DELL' UMBRIA, CORRIERE 24, L'ECO DI BERGAMO, EUROPA, FINANZA & MERCATI, CORRIERE DI COMO, METRO ROMA, METRO MILANO, LA GAZZETA DELLO SPORT, LA REPUBBLICA, CORRIERE DELLA SERA, AVVENIRE, L'ECO DI BERGAMO, IL SOLE, HANDELSBLATT,

- Magazines: GOSSIP, GRAZIA, SI MAGAZINE, TV SORRISI E CANZONI, PRIMISSIMA, DONNA MODERNA, TU STYLE, CONFIDENZE, DIGITAL CAMERA, IO DONNA, L'ESPRESSO, CORRIERE DELLA SERA SETTE, POOL MAGAZINE, FOR MEN MAGAZINE, TOP, PHOTOSHOP MAGAZINE, D MAGAZINE, MY SELF, IL SALVAGENTE, CHI MAGAZINE, DITUTTO, DIPIÙ, IL CURIOSO, FATTI DI CRONACA, TV SORRISI E CANZONI, PROFESSIONAL PHOTOSHOP, VISTO, GENTE, NOVELLA.
- Tecnología: GAME, PLAY MANIA, IL MIO COMPUTER, GAME REPUBLIC, TOTAL LINUX, REVISTA JACK, APP! MANIA, PS MANIA, MAC MAGAZINE, PLAY STATION, CELLULARE, CHIP, XBOX MAG 360, ANDROID MAGAZINE, T3, IPHONE MAGAZINE, TABLET, INTERNET, PC PROFESSIONALE, HI TEST, LE MIE APPS, IPAD MAGAZINE, ICREATE, APPLICANDO, GAMES MACHINE, COMPUTER IDEA.
- Motor: AUTORUTE 4X4, MOTOCICLISMO, CAR, YACHT & SAIL, PROTAGONIST, PANORAM AUTO, TRUCK & VAN DRIVER, MOTOR MEDIA, MOTO SPRINT, MEMO, GENTE MOTORI, IN MOTO, AUTO, LA MIA AUTO, RALLY SPRINT, VLAREGGIO YACHTING, DRIVE MAGAZINE, AUTO MESE, EVO, AUTO SPRINT, VENDO COMPRO, AUTO TECNICA, QUATTORRUOTE, ELABORARE, TUNING-ELABORARE, IN MOTO.
- Deportes: SPORT WEEK, LA GAZZETTA DELLO SPORT, VERO SPORT, CALCIO 2000, SPORT 2.0, POKER TEXAS

HOLDEM, ON THE MOVE, IL TIRO A VOLO, SPORTIVISSIMO, TRIBE MAGAZINE, SCOMMESSA, XTREME STUFF.

- Libros: DIVENTARE UN XCODER, WINNIE THE POOH, ALIAS, IL LIBRAIO, IL BACIO SVERALO – LARA ADRIAN, DOMENICA.
- Comics: JULIA, IO PAPERINO, PAPERINO, DIABOLIK, I CLASSICI DISNEY, TRETZE VENTS, RAT-MAN, ESTATISSIMA, EUREKA, ATLAN, CORRIERE DEI PICCOLI, I PUFFI, FUMETTI AL CUBO, TIRAMOLLA, BIRRA BAYS, RESIDENT EVIL, MAD COLOR CLASSICS, DAREDEVIL, MECHANICAL FILES, KOUKYOU ZEN, VAIN INC.
- Otras Publicaciones: BAMBINO, IL SOMMELIER, CUCINA MODERNA, E IL MENSILE, TATTOO ITALIA, SLIDE, VINO E DINTORNI, CUCINARE, CUCINARE NATURALE, LE RICETTE PERDI PESO, GLI ITINERARI GUSTOSI, VERO CUCINA, SALE & PEPE, CUCINA MODERNA, CUCINA NO PROBLEM.

Folio 889, Anexo V Publicaciones Portuguesas:

- Otras Publicaciones: PARK, TATUAGEM, VOO NOTURNO, REVISTA MATERLIFE, ARTES & LEILOES, 4 PATAS, PET MAGAZINE, WAVE MAGAZINE, OUTDOOR REGIONAL, PET MAGAZINE, WAVE MAGAZINE, REVISTA SPRAY ART.
- Prensa: METRO SAO PAULO, METRO RIO, METRO LISBON, METRO PORTO.
- Magazines: AMERICA ECONOMIA, REVISTA MAGAZINE, GUIDA DA MODA, REVISTA MULHER, ISTOÉ GENTE, VEJA, ÉPOCA, INFEKTION, FASHION MAGAZINE, CASA VALE, REVISTA NOIZE, REVISTA ELES & ELAS, SUPERINTERESSANTE, LORD ELEGANT, WAZAP MAGAZINE, LA FEMME, VEJA RIO, CLIPS, CULT,

DIGITAL PHOTOGRAPHER, RG OUTUBRO, GENTE CHIC, ESTILO VIP, VERSUS MAGAZINE, SCIENTIFIC AMERICAN, REVISTA POINT.

- Tecnología: AU ARQUITECTURA E URBANISMO, DICAS INFO EXAME, INFO, LA SEMANA DE FRENTE.
- Motor: CARRO HOJE, AUTO CEARA, CAR MAGAZINE, BIZMADEIRA, QUATRO RODAS, MOTOMAGAZINE, QUATRO RODAS, MOTOMAGAZINE, AUTOMÓVEL, METRO MOTOR, SOUTH YACHTS, REVISTA ACELERA!, FOLHETO NEP, RC MAGAZINE, ROD & CUSTOM, DUAS RODAS, 4X4 QUATRO.
- Deportes: SURF CITY, PLACAR, CENTAURO.
- Libros: GUIA DE BOLSO DE BUENOS AIRES, ISTO É ARGENTINA, LUGARES INESQUECIVEIS DE PORTUGAL, COMPENDIX PROJECT POLITIZINE, WIDE, O SENHOR DOS ANEIS- O RETORNO DO REI, O SENHOR DOS ANEIS - AS DUAS TORRES, O SENHOR DOS ANEIS - A SOCIEDADE DO ANEL, HARRY POTTER E A ORDEM DE FENIX.
- Comics: GUERRA DO CAOS OS INCRIVEIS HULKS, UNIVERSE ONLINE LEGENDS, CONAN, V DE VINGANÇA, SUPERMAN & BATMAN, VINGADORES, VINGADORES SECRETOS, SUPERMAN, ATAMAN, A ESPADA SALVAGEM DE CONAN.
- Otras Publicaciones: PAPAS & BEBÉS, ALMANAQUE DIGITAL DE TATUAGEM, SEMPRE MATERNA, ZONA CULTURAL, REVISTA MENU, OUTDOOR REGIONAL, VOO NOTURNO, REVISTA MENU, COMPENDIX PROJECT POLITIZINE, EQUIPE DE OBRA, TATUAGEM.

Folio 905, Anexo VI Publicaciones en otros idiomas extranjeros:



- Otras Publicaciones: ROMANINAN TATTOO, FAMILY STAR, GENT AMIGA, KNIT & MODE, IQ MAGAZINE, I-ASIA MAGAZINE, BIZ & ART, QM ZOMER, WAREHOUSE.
- Prensa: METRO MOCKBA, METRO AMSTERDAM.
- Magazines: FHM PROSINEC, LUXURY GUIDE, IQ MAGAZINE, SUPER SPY, MEN'S HEALTH, ROYAL REPORT, MAGAZIN WOMEN ONLY, MAGAZIN MEN ONLY, QX, M! MAGAZINE, FV MAGAZINE, ROCK CITY MAGASINET, FHM, DISCOVERY, REVISTA PUNKT, MODE MAGAZINE C'EST, GEO, CASA VIVA, CKM, HOMES, DIGITAL PHOTO & VIDEO CAMARA, SHAPE, OH LA LA MAGAZINE, ELLE DECORATION, FORBES, FASHION COLLECTION, MARIE CLAIRE OMEGA MAGAZINE, FOTO & VIDEO.
- Tecnología: NEXT, MEN'S GADGETS, PC TODAY, T3, STEREO & VIDEO, PREVIEW COMPUTER, COMPUTER BILD, PC WORLD, PERSONAL COMPUTER MAGAZINE, STUFF, HIGH DEFINITION, DVD XPERT, SHIFT MAGAZINE, XAKEP, HASNRATOP NRPOBORO, STEREO & VIDEO, NRPO MAHNR, COMPUTER BILD, CHIP, AUDIO VIDEO, CTPAHA NRP AARYCT, MOBBILE DIGITAL MAGAZINE, GAME STATION, COMPUTER!, HI-FI RU.
- Motor: DUNLOP RACING INFO, ARANYSAS, QUATTRORUOTE, AUTONET MAGAZINE, RIDE THROUGH, VERSUS AUTO, MOTO DRIVE, AIRSPORTSMAIL, TRANSPORT, SPEED, MOTOR, 5 KONECO, AUTO BILD, CARS & BIKES, ABTO MNP, ABTO PESIO, MOTO CLUB, 4X4 MONHBIÑ MPNBOA, YACHTING, VERSUS AUTO, 4X4 CLUB, MOTOR, EBIKE, MOTO, AUTO FOCUS, MOTOR SPORT MAGAZINE.
- Deportes: SPORTSFAN, MEN'S HEALTH, SNOW, FIT FOR LIFE, THE RED BULLETIN, ROAD BIKE, AIKIDO, DANEK GOLF, MUSCLE & FITNESS, YOGA + LIFE, TREC NUTRITION LIPIEC, BIKE ACTION.

- Libros: CINE CLUB IRAILAREN TEMNY GRIF, BIOLOG, EL GRAN LLIBRE DE LES BRUIXES, PAULO COELHO LIBROS FILOSOFIA, POKERSTARS- LEE NELSON.

A Continuación, en el folio 918, se encuentra el Anexo VII denominado Distribución de la web por Categorías (de algunas de las cuales hay varios ejemplares):

- Prensa Española: EL MUNDO ANDALUCIA SALUD, DIARIO ADN, LA RAZÓN, DIARIO EL PAIS, ESTADIO DEPORTIVO, EL MUNDO AULA, EL MUNDO G/U/CAMPUS, EL MUNDO, DIARIO EXPANSIÓN, DIARIO QUE.
- Prensa Europea: HAMBURGER ABENDBLATT, LE TEMPS, LE SOIR, LE PARISIEN, LE MONDE, CORRIERE DELLA SERA, DIARIO 20 MINUTOS, DIARIO EXPANSIÓN, NEGOCIO, IL GIORNALE, THE CLINIC, LA RAZÓN, EL PERIÓDICO DE CATALUNYA.
- Prensa Americana: DIARIO CLARIN, DIARIO 16, METRO QUITO, PUBLIMETRO SANTIAGO, METROGUAYAQUIL.
- Prensa deportiva: DIARIO SPORT, DIARIO AS, L'EQUIPE, DIARIO MARCA.
- Otros Prensa: METRO TORONTO, CHULUCANAS, BCN MES, METRO TORONTO, EL IBERICO, LA PRENSA, PERSPECTIVAS SER, METRO CALGARY, MUJER HOY, BANGKOK POST.

Resulta muy interesante la lectura al folio 978 del oficio de la BIT, n° 12.438, de 10.02.2011 en la que se hace un resumen de lo de lo actuado hasta la fecha, donde se describe con claridad la actuación criminal de los acusados, y de la que ya se ha hecho referencia. Como conclusión de todo lo dicho hasta el momento aparece al folio 1197 el oficio BIT n° 45.724, de fecha 16.05.2012, informando de lo actuado, y en cuyo folio 1200 se hace un resumen cronológico de la investigación, y en el que se concluye que “se

pudo determinar que página web youkioske tenía como finalidad facilitar el acceso a diversas publicaciones, la mayoría de ellas sujetas a derechos de propiedad intelectual. Que los perjuicios ocasionados se extendían más allá de ámbito nacional.”

En el folio 1642 anexo I, se incluyen impresiones de la administración de la web, en las que se aprecian títulos de revistas y libros que han sido publicado en youkioske.com: I VIAGGI, HOLA!, CANAL TI, PRO AUDIO REVIEW, SPORT ILLUSTRATED, RUMOURS MAGAZINE, 24 HORAS, EL MUNDO, METRO, EL CENTRO, 20 MIL LEGUAS DE VIAJE SUBMARINO, EL VOCERO, ALMUDENA GRANDES LAS EDADES DE LULÚ, LA CONSPIRACIÓN POR DAN BROW, SINSAJO POR ZUSANNE COLLINS, COMPUTER PRO MAGAZINE, EN LLAMAS POR SUZANNE COLLINS, MEMORIA DE MIS PUTAS TRISTES, TAP!, MI NOVIA MANUAL DE INSTRUCCIONES, JUVENTUD EN ÉXTASIS, IL SOLE, PUBLIC, LAS CRONICAS DE NARNIA LA ÚLTIMA BATALLA, BILD.

Como consecuencia de todo lo anterior aparece en el folio 1970 el oficio BIT nº 53.737/12, de 6.6.2012, informando sobre documentación intervenida en el domicilio de David González Hernández, en el que ya se han destacado las estadísticas de youkioske, documento en el que se muestran las visitas a cada uno de los apartados de la web, prensa española, prensa deportiva, magazines, etc. e indican que tiene un total de páginas vistas de 20.757.885. Asimismo, constan las visitas ordenadas por países, donde se puede observar, pese a que España era el país desde el que más visitas eran recibidas (el 67,07 por ciento), la página era visitada desde al menos 50 países.

En el folio 2375 el oficio BIT nº 85993/12, de 24.09.2012, informando sobre la consulta a CANADÁ, y muestra diferentes pantallazos en los que aparecen las siguientes publicaciones: GIGANTES DEL BASKET, CROSSOVER, GUIA NBA GIGANTES DEL BASKET, WOMEN’S ADVENTURE, FUTBOL PROFESIONAL, SW FIT, DESNIVEL, NATIONAL GEOGRAPHIC KIDS, REVISTA DE LA DÉCADA, QUÉ LEER, REVISTA MILENARIOS, AÑO



CERO, HISTORIA VIVA, BBC HISTORIA, HISTORIA DE IBERIA VIEJA, ENIGMAS, DSO MAGAZINE, EL CULTURAL – EL MUNDO. En el folio 2383 nos encontramos con un Atestado de la BIT, como conciencia de la denuncia de PLAYBOY. En el folio 2386 se encuentra la impresión de pantalla con la visualización de un ejemplar del diario EL PAÍS. **(se aprecia cómo es la versión digital de la versión impresa en papel)**. En el folio 2388 se encuentra la impresión de pantalla con ejemplar de la revista PLAYBOY. En el folio 2390 aparece la impresión con portadas de EL PAIS (25 enero de 2010), y EL MUNDO (25 enero de 2010). En el folio 2393 se encuentra la denuncia de Playboy e incluye impresiones de Youkioske.com, en las que se aprecian los numerosos ejemplares de PLAYBOY, incluso de varios países, puestos a disposición. El folio 2400 incluye pantallazo con portadas de EL PAIS, ABC, EL MUNDO, EL PERIÓDICO DE CATALUÑA, LA VANGUARDIA. En el folio 2436 está la impresión de Facebook Youkioske: portada de HOLA, DON BALÓN. En el folio 2443 MEN'S JOURNAL, MEN'S HEALTH, REVISTA MAX, REVISTA EDEN, REVISTA CKM, THE OBSERVER MAGAZINE, FHM RUSIA, FHM, AUTO AVENTURA 4X4. En el folio 2513 Impresiones de youkioske.com, con varios ejemplares de PLAYBOY.

En el folio 2720 aparecen las tarifas de KIOSKO y MAS, para el acceso online a las versiones digitales de publicaciones, y en el folio 2723 los periódicos en ORBYT y sus TARIFAS, y ello en el momento en el que se estaba desarrollando la actividad criminal, lo cual desmiente la teoría de que las ediciones digitales en aquel momento eran iguales a las que se divulgaban en estos portales de pago. En este sentido en el folio 2733: aparecen en el Anexo I, unos comentarios de Twitter de usuarios que son muy significativos y en los que dicen que “si prefieres pagar por orbyt existiendo youkioske”, entre otros. En el folio 2747 se recogen Tuits del perfil de Youkioske, promocionando publicaciones que se pueden acceder desde dicha web: GREAT GARAGE MAKEOVERS,. DIARIO 20 MINUTOS, EV MAGAZINE, COMICS STAR WARS, DAILY PARADISE, DECOR, TRAVEL WORLD, WEMERGE, FREEBIKE, JOURNAL O GLOBO, NZZ, WELT KOMPACT, DIGITAL PLUS, DT, MARIE CLAIRE, NAWAK MAGAZINE, PUSH, 72M MAGAZINE, DECORAR, JAZZMAESTRO, LEMIE APPS, IL SOLE, MAC



LIFE, IL MESSAGGERO, CORRIER ECONOMIA, ABC, MÉXICO SOCIAL, SIMPLEMENTE APRENDE, PC WORLD, L'EQUIPE, CONSUMIDOREX, YO DONA. En el folio 2753 ANEXO II, están reflejados pantallazos de la web con portadas: LA RAZÓN, DIARIO PÚBLICO, EL MUNDO, MOTOR EL MUNDO, DIARIO 20 MINUTOS, DIARIO QUE, DIARIO ADN, DIARIO EL PAÍS, EXPANSIÓN.

Por último, en el folio 3035 se encuentra otro informe técnico de la BIT en cuyo anexo 2: 5 nos encontramos con LIBROS DE PAULO COELHO, COELHO, PAULO – EL DEMONIO Y LA SEÑORITA PRYM, COELHO, PAULO – LA QUINTA MONTAÑA, COELHO, PAULO – MANUAL DEL GUERRERO DE LA LUZ, EL ZAHIR (EDITORIAL PLANETA), ONCE MINUTOS (EDITORIAL PLANETA), Archivo Oriol Balaguer la cocina de los postres: .pdf.: LA COCINA DE LOS POSTRES DE ORIOL BALAGUER, MONTAGUD EDITORES.

**Creemos que la referencia a esta abundante documental ha quedado acreditado las obras que utilizaban los acusados para mantener su página, y que ponían a disposición de los usuarios sin contar con el permiso alguno de sus legítimos propietarios.**

## **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](http://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](http://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 su 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 está 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 de la 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, inmediación, 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 consideradas 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 pronunciamientos. 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 eran 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 legítima ni convierte en jurídico lo primero.



Los acusados sabían, y así se acredita con las testimoniales, 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 más 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 más 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 expropiadas 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 venía 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 obtenido 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 empresas 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 de los artículos 270.1 y 271 b) del Código Penal.**

Comencemos recordando que el tipo penal se encuentra recogido en el Art. 270.1 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, verbo nuclear básico en este caso y al que luego se volverá.
- 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. Tipicidad.**

Con carácter previo vamos a dar respuesta a algunas de las dudas planteadas por la Sentencia del Tribunal Supremo.

#### **3.2.1.1.- Principio de intervención mínima.**

En este aspecto nos remitimos a lo ya expresado en la sentencia anulada, si bien el Tribunal Supremo nos exige explicar la tipicidad del hecho desde la gravedad de la acción que supone la infracción susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva. Los principios de intervención

mínima y el carácter fragmentario del derecho penal, son principios compartidos por toda la comunidad jurídica, y a esta Sala no le cabe duda en concreto de que en la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que "el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes", y siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos. Ahora bien, esta posibilidad de elegir el medio menos lesivo le corresponde al legislador en uso de su potestad legislativa, y así establecer en qué supuestos actúa o no el derecho penal, ¿es también una potestad compartida con el Poder Judicial en su última definición?; esto es, ¿podemos los jueces elegir el medio de defensa de un bien jurídico protegido o se está sometido al principio de legalidad siempre y en todo caso? ¿Es posible entender que una acción no es típica porque pudo haberse defendido con un medio menos lesivo?.

**Del principio de intervención mínima es posible extraer los caracteres de subsidiariedad o ultima ratio y fragmentariedad del Derecho penal.** Juntos, representan una garantía de limitación del *ius puniendi* del Estado, que justifica esta intervención estatal sólo cuando resulte necesaria para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. Por lo tanto, para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues "... sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal"; pero convengamos que este es un límite para el legislador, que es el que tiene que elegir los instrumentos de defensa de los bienes jurídicos,





definiendo los supuestos de aplicación en cada caso, y no para el Poder Judicial, el cual esta sometido a la ley y a la tipificación elaborada por el legislador; sólo cuando la ley le permite valorar la especial peligrosidad de la acción, o la trascendencia del resultado, puede tener en cuenta este principio. No nos cabe duda de que el Juez debe determinar el desvalor de la acción, y este es el límite entre una conducta delictiva y otra que no lo es, en el sentido de que constituye una especial peligrosidad para los bienes jurídicos, pero siempre dentro y con respeto a la tipicidad legal. Pueden existir conductas típicas que, por no representar una especial peligrosidad para el bien que se trata de proteger, no se consideran delito, y esto si puede ser objeto de análisis por parte del Juzgador. El desvalor de resultado tiene relación con el valor de un bien jurídico y la irreparabilidad del ataque a él dirigido, lo que justifica la sanción punitiva; para justificar la intervención penal es necesario un plus: la existencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado, pues sólo una configuración doble del injusto (objetiva y subjetiva) que reconozca la importancia tanto al desvalor de acción como al de resultado puede dar una completa visión de los aspectos más relevantes del ilícito penal". Nuestro Código Penal y los de derecho comparado, cada vez en mayor medida, contienen figuras configuradas a través del peligro abstracto, donde el derecho penal ya no es considerado como un instrumento de reacción frente a los ataques más violentos contra bienes jurídicos más relevantes, sino que se transforma en un instrumento de política de seguridad, lo que lo aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo. Esto no ocurre en los delitos contra la propiedad, puesto que son delitos de resultado.

Como se ha dicho el Tribunal Supremo nos dice que debemos explicar la tipicidad del hecho desde la gravedad de la acción que supone la infracción susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva que la jurisdicción penal; esto es, no esta muy claro si ya se afirma que la tipicidad del hecho explicada como lo estaba en la sentencia anulada, es a juicio del alto Tribunal, susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva, o sencillamente es que a pesar de que estaba descartada, no se ha explicado; en cualquier caso haremos un esfuerzo en tal sentido.

Pero antes cerremos el capítulo de principios para luego desarrollar el caso en cuestión. **El principio de intervención mínima ha llegado a ser considerado por el Tribunal Supremo un dogma** (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1998); entendemos perfectamente en qué sentido lo aplica el Tribunal Supremo, no así algún sector de la doctrina, y algunas decisiones judiciales, donde se confunde este principio con personales visiones sociales sobre lo que debe o no ser castigado, asumiendo para ello criterios ideológicos que habría que expulsar del Derecho Penal cuanto antes( así se propone la despenalización del tráfico de drogas, de la ocupación de inmuebles, del top manta, del uso de la violencia en las manifestaciones o huelgas, etc.); **el principio de intervención mínima no es una excusa para acabar con el principio de legalidad**, y así poder decidir en cada caso lo que mas convenga. Partamos de la excelente definición que la STS de 8 de enero de 2004 nos da “*El principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal: a) El ser un derecho fragmentario, en cuanto no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes. b) El ser un derecho subsidiario que, como ultima ratio, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.(...) el carácter doblemente fragmentario del derecho penal, a que hemos hecho referencia, como principio inspirador del concepto material del delito, no sólo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense sólo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida que ello sea necesario*”. Partiendo de esto, nuestra función debe ser exclusivamente describir el hecho probado, hacer una labor de subsunción en la tipificación penal y determina si se da, analizando los hechos y los elementos normativos que concurren, pero creemos que nuestra labor no es la de elegir entre diferentes grados de protección del derecho lesionado, algo que corresponde al

legislador, sino analizar si concurren o no los presupuestos para incurrir en la acción descrita en el art. 270 del CP. Cuando se analiza un delito de estafa en una operación bancaria se estudia si se da o no el delito, y no si la intervención de la autoridad del Banco de España, y su régimen sancionador es suficiente para preservar la defensa del derecho de propiedad. **El propio Tribunal Supremo así nos lo dice en consolidada doctrina sancionando que el destinatario del principio de intervención mínima, ante todo, es el legislador, no el juez** (sentencia de 13 de junio del año 2.000, fundamento jurídico segundo. *“El principio de “intervención mínima” no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo inmediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad (in dubio pro libertate)”*. De igual modo la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero del año 2003, fundamento jurídico decimoctavo, *“El llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.”*

Esta doctrina legal de alguna manera quiere ser superada por aquel sector de la doctrina que defiende la falsa creencia de que al Juzgador le es dable comprobar por sí mismo la eficacia punitiva de la norma penal, y según se vea, decidir si es aplicable o no; es precisamente la propiedad intelectual e industrial y su defensa uno de los derechos mas castigados por



esta especial visión, muy alejada del principio de legalidad, único garante de un derecho penal democrático. Los artículos tres a siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal resolvieron hace mucho tiempo las dudas en esta materia. Recordemos que el artículo tres estipula que: “Por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extienda a resolver, para sólo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación”. Es más, “si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”.(artículo seis) Y, en todo caso, “si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda (...) – artículo cuatro”. Ante reglas tan claras, no se puede sostener que la convergencia de espacios de protección acarree la des tipificación de conductas que encajan dentro de la descripción del articulado del Código Penal. No negamos que el tribunal está facultado para tomar en consideración el principio de intervención mínima, mas sólo como un criterio exegético auxiliar, que se viene aplicando con otra denominación *in dubio pro libertate*, o más comúnmente denominado *in dubio pro reo*, así como el de la presunción de inocencia.

**Partamos pues de que la invocación del principio de intervención mínima no puede suponer nunca la inaplicación de la legislación criminal.** En definitiva, el legislador debe respetar y acomodarse al principio de intervención mínima, y a los tribunales sólo lo deben tener en cuenta en tanto que han de interpretar las normas de la forma en que resulte más favorable al reo. Si un Tribunal estima que cualquier norma penal vulnera el principio de proporcionalidad, lo que tiene que hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pero lo que está vedado es dejar de aplicar una norma penal so pena de estar usurpar el papel del legislador. La



reducción del Derecho penal moderno a un “Derecho Penal básico” le corresponde al poder ejecutivo y al legislativo y no al judicial.

Por último, respecto a **“...que supone que la infracción susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva que la jurisdicción penal.” y en lo que se refiere** al caso en concreto, teniendo en cuenta lo dicho y lo expresado en la resolución del Tribunal Supremo, partamos de la determinación de la naturaleza penal de los hechos que se han declarado probados, y la subsunción del tipo para poder establecer que concurre la tipicidad adecuada a fin de adentrarnos en la antijuricidad de la acción. El Tribunal Supremo nos dice que en la interpretación penal se debe tener en cuenta una primera limitación en la aplicación del tipo penal, según el carácter fragmentario del Derecho Penal, reservando su aplicación a los ataques mas graves, y por ello la sentencia debe explicar la tipicidad del hecho desde la gravedad de la acción que supone la infracción susceptible de ser corregida por una vía menos lesiva que la jurisdicción penal. Esto se llevará acabo igual que se hizo en la sentencia anulada, en la cual se definía la acción sobre la base de los hechos probados y su extrema gravedad. Pero recordemos que la circunstancia de que se habría podido haber utilizado una vía menos lesiva para proteger el derecho es algo ajeno a la labor de subsunción.

La investigación por delitos contra la Propiedad Intelectual a través de Internet, tal y como sucede en este caso, es necesario que se esclarezca a través de un procedimiento penal y no cabe alternativa, ya que la forma de acreditar los indicios e identificar a los autores es por ejemplo a través de solicitudes de direcciones IP que según la Ley de Conservación de datos 25/2007 solo se pueden solicitar por un delito grave). Si analizamos como se han investigado los presentes hechos, que determinan una actividad criminal desarrollada por un grupo organizado, dicha investigación solo fue posible a través de la limitación del derecho al secreto de las comunicaciones, algo que solo es posible si se dan indicios de la comisión de un delito, puesto que tal injerencia en el derecho fundamental no cabe en un procedimiento de naturaleza civil o administrativa.



La Sala del Tribunal Supremo en un esfuerzo por ubicar la protección de la propiedad intelectual en el ámbito penal se remonta a las copias que se hacían en los monasterios para acabar aseverando, como no puede ser de otra manera, que hoy se reconoce a la propiedad intelectual su valor jurídico y la necesidad de protección penal; pero a continuación cita la previsión del art. 158 ter creadora la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, y la posibilidad de imponer sanciones administrativas, dejando entrever, que habida cuenta el carácter fragmentario del Derecho Penal se debe estudiar si la gravedad de la acción hubiera aconsejado la intervención de este organismo y no la acción penal. Recordemos en clara relación con lo anterior, que 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; en el folio 388 se encuentra el oficio de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información por el que se remite el expediente en las diligencias de investigación nº 1/2011, procedimiento sancionador LSSI/09/132 relativo a la página web [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com), con su resultado.

Más en este momento estamos en otro estadio, decidir si los hechos se subsumen o no en el tipo penal, nada mas y nada menos, y ello al margen de hipótesis que pudiera haberse planteado en su momento, pero, en cualquier caso, o ha quedado acreditado como la actuación administrativa, que se intentó, fracasó en la defensa de los derechos lesionados. Por otro lado, no podemos dejar de tener en cuenta que conforme a lo establecido a sensu contrario en el art. 287 del CP, estos delitos son perseguibles de oficio, y no requieren de la denuncia del perjudicado, si bien no cabe duda de su importancia como elemento iniciador del proceso penal, al igual que ocurre con cualquier otro delito contra la propiedad en sentido general. Como se ha definido no nos cabe duda alguna de la gravedad de los hechos y de su encaje en el tipo penal, tal cual han sido descritos. **La descripción de la**

**acción y su resultado supera el umbral de la tipicidad del art. 270 del CP, añadiendo una extrema gravedad a la misma como se visto, tanto como por el ingente contenido comunicado de contenidos protegidos por la LPI, el acceso masivo a los mismo desde la red, y el tiempo que duró la acción criminal.**

### **3.2.1.2.- Objeto de protección. Periódicos y revistas.**

#### **a.- Especial referencia a su naturaleza especial**

En la sentencia del Tribunal Supremo se destaca un segundo aspecto a tener en cuenta, el objeto de protección del delito contra la propiedad intelectual, partiendo de lo establecido en al art. 270 del CP “una obra o prestación literaria, artística o científica... fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio...”. Nos recuerda que estamos ante un elemento normativo del tipo, que nos obliga a acudir a la Ley de Propiedad Intelectual. Recordemos, aunque sea de perogrullo, que un elemento normativo del tipo es aquel concepto o dato que no pueden ser representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma.

La propiedad intelectual es una propiedad especial que recae sobre un bien inmaterial, fruto del ingenio, el talento, la inteligencia y la creatividad humana; por ello es considerada desde la Revolución Francesa como *"le plus sacré des propriétés"*, precisamente por derivar de lo más sagrado del intelecto, de la creatividad del individual; ello determina que El art. 1 de la LPI - establece que *"la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación"* por lo que la atribución originaria de dicho derecho corresponde al autor desde el mismo momento de la creación de la obra por lo que a partir de dicho instante (desde el mismo momento en que se concluye la obra, el libro, la escultura, el artículo, el dibujo) puede ejercitar las acciones legales que estime oportunas en defensa de su obra y de sus derechos sobre la misma, sin



necesidad de ulterior requisito adicional, ya que la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual del Ministerio de Cultura no es obligatorio ni constitutivo, en cuanto que establece simplemente una presunción iuris tantum de titularidad del derecho (art. 145 LPI), esto es, tiene eficacia a los meros efectos probatorios.

En este sentido nos recuerda el Tribunal Supremo que el art. 10 de la Ley de Propiedad Intelectual no es muy preciso, y por ello la relación ha de ser entendida como un *numerus apertus*, abierta a cualquier obra documentada que sea creación del espíritu con un contenido original, si bien en este artículo en su letra a) no cita expresamente los medio de comunicación social, entendemos que se refiere a los periódicos y revistas en concreto; el propio Tribunal Supremo nos dice en su sentencia que estos últimos contienen creaciones originales que reflejan opiniones propias de quien las expresa, y que tiene su encaje en la LPI; por el contrario el propio Tribunal entiende que la ambigüedad de tal norma respecto a su contenido “ nos lleva a ahondar mas en la ley y descubrir en la mismas preceptos de singular relevancia en la interpretación que nos ocupa”; cita el art. 31.12 que se refiere al supuesto de los agregadores de noticias que expresamente dice que “ La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual”; sigue diciendo la sentencia que no es un supuesto plenamente aplicable al caso de casación, pero da idea del distinto tratamiento que merecen los contenidos de la propiedad intelectual como creación del espíritu con un contenido original, respecto a la mera publicación de noticias. La Sala entiende que este no es un supuesto aplicable ni por asomo, al tratarse de dos supuesto totalmente diferentes.



Lo que si se deduce expresamente de la sentencia de casación es que ya establece que los periódicos en concreto merecen un tratamiento distinto de los contenidos de la propiedad intelectual. Hemos de reconocer que, sobre este extremo, la sentencia anulada no se prodigó en razonamientos, quizá por partir de la plena adscripción de los periódicos y revistas en su esencia conceptual objeto notoriamente protegido por la Ley. Ante las dudas que el órgano de casación introduce en su sentencia, debemos hacer un esfuerzo argumentativo mayor al respecto. Lo primero que debemos dejar zanjado en cuanto a los hechos, como luego se verá, es que la comunicación pública lo es de periódicos y revistas, además de libros ya referidos, en su integridad, tratándose de ediciones impresas en papel digitalizadas. Este hecho como se analizará, está totalmente acreditado por la abundante prueba valorada. Partiendo de esta base fáctica, la cuestión no es ni por asomo parecida al demonizado press clipping o resúmenes de prensa, en los que se reproducen fragmentos de noticias; en el caso de autos lo que se difunde son los periódicos y revistas en su integridad, algo que la Sala creyó acreditado, y por ello entendió que no era necesario entrar en el estudio de la especial protección de las revistas y periódicos por parte de la regulación de la propiedad intelectual.

Como principio axiomático principal, la Sala entiende que la obra periodística en general está protegida por la legislación de propiedad intelectual, en tanto en cuanto el periodista es tan autor como pueda serlo el pintor, el músico o el novelista. Ahora bien, es cierto que la obra periodística es muy variada y se mueve entre la mera información objetiva y aséptica, las "noticias del día" cuya creatividad es puede ser muy menor, aunque no inexistente- una misma noticia puede ser contada de mil maneras distintas-, hasta los artículos de opinión o reportajes, de cuidada elaboración -sin duda susceptible de protección como objeto de propiedad intelectual- pasando por las meras fotografías. El art. 10,1,a) LPI, como ya hemos visto, considera objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas los libros, folletos, impresos, epistolarios,



escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras obras de la misma naturaleza, y de ello se desprende que la nota definitoria de la obra protegible viene dada por la "novedad, la creatividad y originalidad" (STS de 26 octubre 1992, la cual es reiterada en otra muchas posteriores).

Partiendo de esta heterogeneidad la doctrina ha distinguido "*géneros informativos*" que comprenden la información, el reportaje y la crónica, los cuales tienen por objeto informar sobre hechos dando lugar a las noticias, si bien los trabajos meramente informativos suelen carecer del requisito de la originalidad mientras que el reportaje y la crónica combinan elementos informativos y elementos creativos y solo estos últimos estarían amparados por los derechos de autor; los "*géneros interpretativos*" que utilizan el estilo de opinión o interpretativo y que engloban la editorial, el comentario o columna, la crítica y el artículo de colaboración, trabajos que presentan cierta creatividad por lo que son merecedores de la protección de la LPI, al igual que los "*géneros amenos*" como los artículos de humor, los cuentos, y las novelas por entregas que también pueden presentar sin duda elementos creativos susceptibles de protección. El Convenio de Berna en su art. 2, 8º - deja fuera de su ámbito de protección a "las noticias del día" y también a "los sucesos que tengan el carácter de ciertas informaciones de prensa", y, aun así, a los meros efectos dialecticos habría que distinguir hallarse bajo la protección de la propiedad intelectual, el contenido de la noticia o información, de la forma de la noticia, que según y cómo, también ingresaría en el ámbito de protección de la LPI. En definitiva, la obra periodística, en nuestro caso las revistas y periódicos de mayor difusión en España, son mucho más que el mero suministro de datos o noticias, y por ello la obra periodística referida en esta sentencia como cualquier obra intelectual, entraría de lleno en el concepto amplio de "obra literaria" protegible del art. 10 LPI, y siendo como son notoriamente conocidos los periódicos y revistas, nos exime de entrar a analizar caso por caso para averiguar la concurrencia o no de la creatividad y originalidad exigible a efectos de afirmar la existencia de obra intelectual protegible.

Sentado que la obra periodística es objeto de protección por la LPI le es aplicable el régimen general de la Ley, con las especialidades que contemplan los escasos preceptos relativos al trabajo periodístico. En efecto, son escasas en la LPI las referencias explícitas a la obra periodística, por lo que las cuestiones que se susciten en relación con los derechos de autor de los periodistas deben resolverse en su defecto acudiendo a las normas generales de la Ley. Pueden citarse tres preceptos que expresamente se refieren al trabajo periodístico, y que son el art. 32 relativo a las *"reseñas o revistas de prensa"*, el art. 33 que regula el tratamiento de los denominados *"trabajos y artículos sobre temas de actualidad"* y las *"colaboraciones literarias"*, el art. 35 relativo a la utilización incidental de las obras con motivo u ocasión de informaciones de actualidad, y el art. 52 que regula la transmisión de derechos para publicaciones periódicas preceptos que en modo alguno son aplicables al caso de autos. Aun así, y a pesar de la naturaleza especial deslizada por la sentencia rescisoria, la necesaria protección de los artículos periodísticos, y por ende mucho más de los periódicos como obra, se resume en la STS Sala Primera 53/2014 de 25 de febrero de 2014 donde se reconoce su especial protección por la LPI ; en esta resolución se supera la discusión de si es o no una obra colectiva "Ello sentado, atribuir, con carácter general y en todo caso, esa calificación de obra colectiva a los periódicos tropieza con que el contenido de los mismos es usualmente heterogéneo, en la medida en que pueden reunir, junto a aportaciones sin autor identificado o que no merezcan la consideración de objeto de propiedad intelectual - el Tribunal de Justicia en la sentencia de [16 de julio de 2009, C-5/2008](#) , al interpretar el artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29 , destacó que " en lo que respecta a los artículos de prensa, el concepto de creación intelectual original atribuida a un autor [...] proviene normalmente de la forma de abordar el tema seleccionado y del registro lingüístico empleado para ello " -, colaboraciones que, consistiendo en creaciones originales atribuibles a sus autores, superan las condiciones propias de las aportaciones individuales a que se refiere el artículo 8.>"; reconoce la plena legitimación de los editores, al margen de los concretos autores "En definitiva - además de la importante significación que, para el contenido del periódico, tiene la cabecera del mismo -, es lo cierto que el

mencionado conjunto de normas, interpretadas a la luz del llamado canon hermenéutico de la totalidad, evidencia que los editores de los periódicos pueden ser titulares del derecho de oposición a que se refiere el artículo 32, apartado 1, del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril . Y la contemplación del " id quid plerumque accidit " lleva a la conclusión de que lo normal es que lo sean.”.

La cuestión es cuanto no más, cuando lo que se pone a disposición es el periódico en su totalidad, tal cual se vende en quiosco o en portal digital restringido en su acceso al previo pago. La mera actividad prevista en el art. 32, -reseñas- generó cierta polémica en el mundo periodístico en cuanto al sacrificio que las revistas de prensa suponen para la obra periodística, pero la reforma ha introducido importantes modificaciones cuando dichas reseñas o revistas de prensa se realizan con fines comerciales o lucrativos, pues en tales casos, tras la reforma, se reconoce al autor el derecho a oponerse a la reproducción de su artículo -oposición que habrá de ser expresa- o, en otro caso, a reclamar la oportuna remuneración que, normalmente, fijarán las entidades de gestión y en última instancia, en caso de desacuerdo, los Tribunales. El art.33 establece la libre utilización de los trabajos periodísticos y por ende constituye otra excepción al régimen general de los derechos de autor ya que autoriza legalmente la reproducción, distribución y comunicación pública de dichos trabajos y artículos sobre temas de actualidad ya divulgados, siempre con cita de la fuente y del autor, sin perjuicio de la oportuna compensación económica del periodista o colaborador del medio, y salvo que éste se hubiere reservado este derecho. En el mismo sentido se pronuncia el art. 10 bis del Convenio de Berna ,1 a finalidad del precepto no es otra que dar plena efectividad al derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio que consagra el art. 20,1,d) CE. Lógicamente la reserva de derechos -que debe realizarse en origen- y el derecho a la remuneración sólo serán predicables de la obra susceptible de ser protegida intelectualmente, esto es, la que se caracterice por su originalidad, por ser creativa, fruto del ingenio, según lo ya expuesto, por lo que en principio quedarán fuera las noticias o los artículos meramente informativos salvo que tuvieran un tratamiento

peculiar propio del autor. Ahora bien, la libre utilización del material informativo que consagra el precepto no quiere decir que dicha utilización sea gratuita. En efecto debe ser remunerada equitativamente, aunque la Ley no concreta quién debe fijar la compensación económica, ni cómo. Puede consistir en una participación proporcional en los ingresos, en una tarifa prefijada o en un tanto alzado (art. 46 LPI ). Normalmente serán las entidades de gestión las que efectúen dicha valoración y a falta de acuerdo, serán los Tribunales los encargados de hacerlo tras el ejercicio de las oportunas acciones legales. El art. 35 que regula la utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad, también trata de no establecer cortapisas que coarten el derecho fundamental a comunicar y recibir información por cualquier medio que consagra el art. 20,1,d) CE . En este caso, la norma hace referencia a la divulgación "*incidental*" de obras protegidas cuando ésta se realiza en el contexto de informaciones sobre acontecimientos de actualidad, "con ocasión" de las mismas según reza el precepto, de suerte que dicha divulgación secundaria o tangencial de la obra no está protegida por la propiedad intelectual, con el evidente fin de no entorpecer la labor de los periodistas (en cuyo beneficio redundaría el precepto), lo que sucedería si para divulgar tales acontecimientos noticiables fuera necesario solicitar la correspondiente autorización al autor cuya obra solo forma parte de manera secundaria de la noticia, o si dicho autor pudiera solicitar la oportuna remuneración, teniendo en cuenta que la obra no es objeto de la noticia aunque accidentalmente forme parte de ella. Se trata de la necesidad de utilización incidental de una creación intelectual cuando forme parte del acto informativo y su divulgación es inevitable al no poder escindirle del evento objeto de la noticia.

Nos hemos extendido en estos supuestos para poner de manifiesto que esa especial naturaleza de los periódicos y revistas en relación su protección como propiedad intelectual, ya ha sido tenida en cuenta por el propio legislador, y a ello nos debemos atener. El legislador reconoce esta especial naturaleza, y por ello permite utilizaciones del contenido de los periódicos y revistas, si bien con las propias restricciones y contraprestaciones que la propia ley impone. Lo que se deduce con facilidad

es que la puesta a disposición de un periódico en su integridad todos los días en la red y durante más de dos años no está, ni por asomo, permitida por la ley, ni aun teniendo en cuenta esta especial naturaleza

**b.- Especial estudio sobre si “...los contenidos de propiedad intelectual, habían sido, o no, divulgados por internet por sus titulares...”**

En segundo lugar, se pide por parte del Tribunal Supremo que se especifique si en concreto los contenidos de propiedad intelectual había sido o no divulgados en Internet por sus titulares. Debemos entrar en el concepto de comunicación pública y en el caso Svenson resuelto por el TJUE. Sobre ello volveremos más tarde, pero a los meros efectos expositivos diremos que analizando los hechos probados de este caso nos encontramos con que las revistas y los periódicos publicados en el portal “youkioske”, en la inmensa mayoría de las publicaciones afectadas, se reproduce digitalmente las copias escaneadas de publicaciones físicas en su contenido íntegro sin la autorización del titular de la obra para difundirla, es decir, el mismo periódico que se compra en un kiosco, y no la edición digital, de tal modo que cualquiera lo puede visualizar a través de “youkioske” gratis. Por ello lo que los lectores abonaban, bien en quiosco o bien en los portales legales Orbyt y Kiosko y más, otros lo podían ver gratis gracias a la actividad de los acusados. Aunque luego lo analizaremos con mayor detalle, partamos ya de que se trata de una obra dirigida a un público “nuevo” en cuanto que se trata de un contenido (revistas, periódicos, etc..) al cual solo pueden acceder aquellas personas o internautas que previamente hayan pagado por esa suscripción digital ( ORBYT en el periódico EL MUNDO) o hayan comprado la edición impresa (periódico en un kiosco), ediciones muy diferentes a las digitales, y por ello no se puede convenir en que la existencia de ediciones digitales gratuitas diferentes de las escritas supone una previa puesta a disposición de estos contenidos.

Es un hecho notorio que parte de las noticias que se ven en la edición impresa han sido publicadas previamente por la editorial en sus ediciones digitales (de acceso público y gratuito para todos los internautas), si bien, no constan todas las noticias, o no figuran los artículos periodísticos en toda su extensión. Imaginemos que la actividad de la página Youkioske fuera una actividad legal, ¿quién realizaría la suscripción de pago?

**3.2.1.3.- Análisis concreto de la acción típica.** Son cuatro las 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 más 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”*, por cierto previsión legal introducida por el apartado tres del artículo único de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual,



aprobado por el R.D. Legislativo 1/1996, de 12 de abril («B.O.E.» 8 julio), y por ello plenamente aplicable al caso.

En esta cuestión, el Tribunal Supremo afirma, al igual que la sentencia anulada, que la acción descrita a través de los verbos nucleares de la misma encaja en el de comunicar públicamente, diciendo que a ella se refiere el hecho probado de forma expresa, cuya utilización de este término en la tipicidad predetermina el fallo e impide una concreta actuación de la defensa. Estamos totalmente de acuerdo con lo primero, no tanto con lo segundo. Se nos pide además que analicemos este concepto, comunicación pública a la luz de la STJUE de 13 de febrero de 2014, donde se expresa que, aunque los enlaces sean puestos a disposición, no son actos de comunicación pública en el sentido de la directiva, salvo que se dirija a un público nuevo no contemplado por los titulares de los derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial. Se ha sustituido la referencia concreta en los hechos probados. En este último extremo, quisiéramos hacer una breve disquisición al respecto, no para justificar su inclusión en la sentencia anulada, sino para plantear el panorama actual respecto a la integración de los elementos descriptivos y normativos del tipo. En la descripción de una conducta en la ley, el tipo, se emplean elementos de lenguaje, como no puede ser de otro modo; pueden ser descriptivos o normativos. Un elemento descriptivo es aquel término legal cuyo contenido viene determinado por el sentido que el uso normal del lenguaje da a la expresión, se trata de realidades naturales perceptibles por los sentidos, a los que el lenguaje se refiere con expresiones comunes; estos deben ser comprobados caso por caso por el juez cognoscitivamente. Por elemento normativo se entiende aquel término legal que exige una valoración, una decisión sobre su contenido y que no pueden ser representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma. Se trata de presupuestos del injusto típico que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. Pero en la realidad, aunque esta dicotomía entre elementos descriptivos y normativos es habitual, es menos nítida de lo que se cree; cada vez más la porosidad del lenguaje y el sentido descriptivo empleado en el del Derecho penal,



determina que muchos términos descriptivos vengán cargados de valoraciones que los convierten en normativos, y muchos términos normativos han sido trasladados al uso común, de tal suerte que los convierten en descriptivos (apropiarse, prevaricación, alevosía, etc.)

**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 sería 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 si, 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 mas 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 páginas Web que creen y trasmitan 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 cuanto 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”, entendiendo 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 derechos 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 vulneren 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 vulneren 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 archivos, descentralizándose de los servidores centrales (pura tecnología P2p); pero al margen de que se trate de sistemas centralizados o descentralizados<sup>9</sup>, 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

---

9 **Redes P2P centralizada.** Este tipo de red P2P se basa en una arquitectura monolítica en la que todas las transacciones se hacen a través de un único servidor que sirve de punto de enlace entre dos nodos y que, a la vez, almacena y distribuye los nodos donde se almacenan los contenidos.

**Redes P2P híbridas, semicentralizadas o mixtas.** -En este tipo de red, se puede observar la interacción entre un servidor central que sirve como concentrador o *hub* y administra los recursos de banda ancha, enrutamientos y comunicación entre nodos, pero sin saber la identidad de cada nodo y sin almacenar información alguna, por lo que el servidor no comparte archivos de ningún tipo a ningún nodo.

**Redes P2P «puras» o totalmente descentralizadas.** Las redes P2P de este tipo son las más comunes, siendo las más versátiles al no requerir de un gestionamiento central de ningún tipo, lo que permite una reducción de la necesidad de usar un servidor central, por lo que se opta por los mismos usuarios como nodos de esas conexiones y también como almacenadores de esa información. Todas las comunicaciones son directamente de usuario a usuario con ayuda de un nodo (que es otro usuario) quien permite enlazar esas comunicaciones.

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 esta 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 la trama criminal**, Youkioske era una página para leer libros, y sobre todo 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 exime 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.

**Dicho todo lo anterior la cuestión queda limitada al concepto de comunicación pública, el cual es tratado en una reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europea de 13 de febrero de 2014 (C-466/2014), caso Svenson,** 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).<sup>20</sup> 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 “<sup>27</sup>. 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.<sup>28</sup> 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.”*

El Tribunal Supremo en su sentencia nos pide que tengamos en cuenta esta sentencia, algo que ya se había producido en la resolución anulada, y por ello se reproducen los mismos argumentos. La cuestión radica en determinar si existe o no un público nuevo en el sentido ya apuntado; resulta acreditado que los titulares de los derechos de propiedad intelectual de las revistas y periódicos a los que nos hemos referido, no habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los internautas, no debiendo confundir lo que es la versión digital de los periódicos y revistas, con lo que es la versión escrita digitalizada para poder ser leída en un portal de acceso previo pago. El Tribunal Supremo entiende que en el relato fáctico no hay referencia alguna a este extremo, y ello se ha solventado en la presente sentencia; decía el alto tribunal que esta omisión impedía la catalogación del hecho como destinado a un público nuevo, y



entiende que esta coincidencia debe comprobarse al tiempo de los hechos, “pues si ahora no coinciden los contenidos impresos y digitales, al tiempo de los hechos si existía esta coincidencia”, dice en su sentencia. Esta es una valoración fáctica cuestionable, pues no es necesario la realización de prueba pericial alguna, sino tan sólo entrando en la hemeroteca de la versión digital de cualquiera de los periódicos y revistas, y comparándola con la hemeroteca de los portales de pago (Orbyt y Kiosko y mas) en cualquiera de las ediciones de cualquier día comprendido en el periódico de la actividad criminal, se puede analizar que no se corresponden los contenidos de los mismos; en otro orden de ideas los titulares de los periódicos y revistas están interesados en proteger sus contenidos en el momento en el que son publicados, porque dada su naturaleza periódica y su finalidad pierde interés en su protección pasado el tiempo. En este sentido conviene poner de manifiesto que la retroacción de la nulidad de actuaciones se traslada al momento inmediatamente anterior de dictar sentencia, por lo que no es posible la práctica de prueba alguna *ex novo*. La diferencia entre la edición digital y la impresa digitalizada es un hecho de naturaleza notoria que a cualquiera que utiliza mínimamente Internet no le pasa desapercibido; los hechos notorios están exonerados de prueba, siendo tales los hechos conocidos que forman parte de la cultura de un grupo social determinado y no obstante su relatividad, los hechos notorios son por propia definición conocidos y ajenos a la *necessitas probando* (STS Sala 2ª de 15 de diciembre de 1994). Establece el art.281.4 de la Lecv., que no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general, no pudiendo compartir la aseveración fáctica de que, al tiempo de los hechos, las ediciones digitales y las escritas de los periódicos eran coincidentes (las de los medios que han denunciado no), de tal suerte que ¿qué sentido tendría establecer un portal de pago para acceder a sus contenidos si esos contenidos eran iguales a la edición gratuita digital?

Por lo que se refiere a las revistas y los periódicos publicados en el portal “youkioske”, en la inmensa mayoría de las publicaciones afectadas, reproduce digitalmente las copias escaneadas de publicaciones físicas en su contenido íntegro sin la autorización del titular de la obra para difundirla, es



decir, el mismo periódico que se compra en un kiosco, cualquier internauta lo puede visualizar a través de “youkioske” sin haber pagado nada. Se trata de una obra dirigida a un público “nuevo” en cuanto que se trata de un contenido (revistas, periódicos, etc..) al cual solo pueden acceder aquellas personas o internautas que previamente hayan pagado por esa suscripción digital (Ejemplo ORBYT en el periódico EL MUNDO) o hayan comprado la edición impresa (periódico en un kiosco). No cabe duda de que parte de las noticias que se ven en la edición impresa han sido publicadas previamente por la editorial en sus ediciones digitales (de acceso público y gratuito para todos los internautas), si bien, no constan todas las noticias, o no figuran los artículos periodísticos en toda su extensión. Es lógico que sea así, ya que si se viera toda la publicación de forma gratuita ninguna persona compraría el periódico en el kiosco o realizaría la suscripción de pago, y de esta forma, no tendría razón de ser páginas web como “youkioske” porque los internautas irían a la fuente de origen, el portal de la editorial. Imaginemos que los investigados están suscritos a la versión de pago de forma legal, ejemplo, Orbyt de EL MUNDO ó Kiosko y Mas de el País, visualiza el contenido, lo descarga y luego lo pone a disposición de todos los internautas en Internet alojándolo en servidores virtuales como ISSUU a los cuales se puede acceder a través de “enlaces” en el portal “youkioske”, estos podrían argumentar que se trata de un contenido de acceso público y por lo tanto no considerar que está siendo dirigido a un “público nuevo”, porque al igual que él, podría decir que lo ven otros internautas, si bien, solo lo ven quienes se suscriben, y por tanto, quien no ha pagado las cuotas de suscripción no ven el mismo contenido de las obras o noticias. El hecho de que el investigado disponga del periódico al cual ha accedido de forma legal (pago), no le habilita para que pueda ponerlo a disposición de una pluralidad de personas. Tiene autorización para leerlo, pero no para “revenderlo” de forma masiva a cambio de beneficios económicos generados a través de la publicidad. El comprar un libro o un periódico no te hace titular de los derechos de propiedad intelectual o de sus derechos de explotación comercial.

Recordemos que los acusados vendían su producto bajo el Slogan publicitario *“probablemente la mejor web para leer on line”*, que facilitaba a



los usuarios los medios necesarios para leer online de manera gratuita diferentes publicaciones para cuyo acceso a través de las plataformas autorizadas requerían en pago del precio correspondiente, de manera que cualquier persona con acceso a internet, podía acceder a los contenidos en el momento y lugar que quisiera, de manera gratuita, leer directamente la publicación concreta, pasar las páginas, aumentar el tamaño del texto, etc.

Como ya se ha referido los oficios nº 11.441/11 de fecha 07.02.2001 y nº 92.856/11 de fecha 11.10.2011 de la Brigada de Investigación Tecnológica obrantes en la causa (Tomo 1, folio 215, y 298 respectivamente), se reflejaba que si bien los archivos se encontraban alojados en servidores virtuales (principalmente en [issuu.com](http://issuu.com)), se reproducían directamente en la web denunciada alojada en un servidor de Canadá, mediante un reproductor flash, el usuario accedía a la web, y dentro de la misma, de manera gratuita podía acceder bien a los documentos que aparecían como destacados, bien navegar por las diferentes categorías, bien buscar directamente mediante la herramienta de búsqueda que la propia web ofrecía, visualizando constantemente tanto en la parte superior como en el lateral derecho varios banners publicitarios, hasta seleccionar el contenido deseado al que se accedía previa visualización de un video con un anuncio publicitario. Así, desde [www.youkioske.com](http://www.youkioske.com) cualquier usuario podía leer íntegramente los contenidos sin necesidad de acceder a terceras páginas, ni abonar los importes requeridos por las plataformas autorizadas.

Recordemos la previsión del art. 20 del TRLPI, “1. 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. No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.2. Especialmente, son actos de comunicación pública:

i) 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.”

También como se ha dicho esta redacción procede de la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29, de 22 de mayo, en el año 2006 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. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Caso Sociedad General de Autores y Editores contra Rafael Hoteles, sentencia de 7 diciembre 2006, *el concepto de comunicación al público debe entenderse en un sentido amplio, con el fin de otorgar una adecuada protección a los autores*. Y en la misma línea Tribunal Supremo 16.04.2007 que considera la presencia de una comunicación pública cuando hay una actividad, por medio del cual una pluralidad de personas, pueden tener acceso a una obra, sin que concurren los requisitos negativos de *“sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”, “celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico”*. Recordemos citas anteriores en la misma línea, SAP Tenerife en Sentencia núm. 29.03.2006, volcado de una revista a una página Web, en la que se reconoce claramente la existencia de vulneración de los derechos de propiedad intelectual con tal actividad; Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª), núm. 630/2010 de 26 octubre, en un supuesto similar al que nos ocupa, en el que la puesta a disposición de los contenidos a través de una página web se realizaba mediante la visualización de los contenidos a través de dicha web si necesidad de descarga, método conocido como *“streaming”*: “la actividad de Martin , como administrador de la pagina web [www.divxonline.info](http://www.divxonline.info) no se limita a ser un mero enlazador ya que facilita el visionado del material audiovisual protegido por derechos de propiedad Intelectual, a la vez que recibe ingresos en concepto de publicidad tanto directamente, alojado en su propia página web, como indirectamente, recibido por el visionado de las películas que facilita" (fol. 219), recogándose en el Anexo I que se acompaña a informe de la Guardia Civil de fecha 28-10-2008 que "el visionado de las películas se realiza on line desde la propia web [divxonline](http://divxonline) por el metodo "streaming". Esta técnica permite visualizar contenidos multimedia como música y videos sin necesidad de esperar a que éstos se descarguen, en su

totalidad, al disco duro...Permite ver y oír en tiempo real ficheros de video y audio..." (fol. 228).”.

**Los hechos aquí enjuiciados encajan plenamente en la acción típica de "comunicación pública", estableciendo el artículo 20 TRLPI;** existe comunicación pública de las antedichas obras, pues se facilita a una pluralidad de personas el acceso a la obra que se descarga o visualiza directamente en el ordenador del usuario pinchando en los enlaces que figuran en la web. Por ejemplo, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la que en un caso análogo ha señalado que la conducta consistente en enlazar es un acto de comunicación pública y por tanto una conducta típica en el sentido del artículo 270 del Código Penal.

Volviendo al caso *Svenson* C-466/12, de 13 de febrero de 2014, que como se ha dicho, indica que “*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*”, en referencia al artículo 3.1 de la Directiva 2001/29. Por otro lado, ese ‘acto de comunicación’ requiere de un público: “*el término público se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas*”. Por lo tanto: “*un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de Internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios*”.

Ante la ya creemos inexistente duda, sobre si los enlaces podían o no ser considerados un acto de comunicación pública, la sentencia del TJUE en el asunto C-466/12 (*Svensson*), ha venido a confirmar, como no podía ser de otro modo y ha venido manteniendo la Doctrina mayoritaria en materia de Propiedad Intelectual, que los enlaces constituyen un acto de comunicación pública, como también lo es el *streaming*, Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2013, asunto C-607/11, *ITV vs TVCatchup*.

El objeto principal de dicha decisión era la interpretación del 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, que viene a recoger el derecho exclusivo de los autores a autorizar o prohibir cualquier comunicación al público de sus obras, incluida la puesta a disposición del público. En resumen, se preguntaba al TJUE si un enlace a un contenido protegido por derechos de autor es o no un acto de comunicación pública.

Pues bien, el TJUE declara que *“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.”*

Como señala el TJUE el concepto de comunicación al público requiere la existencia de dos elementos acumulativos: a) Un “acto de comunicación” de una obra, bastando para ello que la obra se ponga a disposición de un público, de forma que puedan acceder a ella, llegando a la conclusión de que en el caso concreto enjuiciado, 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”. B) La comunicación a un “público”, entendiéndolo como público a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica un número considerable de personas. Un acto de comunicación como el realizado a través de una página de enlaces a terceras páginas, se dirige al conjunto de usuarios potenciales de dicha página, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios, y por tanto realiza una comunicación a un

público. Recogiendo la doctrina sentada por el TJUE (Asuntos C-306/05; C-136/09, y C-607/11) exige que para que dicha comunicación pueda ser incluida en el concepto de comunicación al público, la comunicación se dirija a un “público nuevo”, entendiendo por tal, “un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público”. En el supuesto enjuiciado en dicho asunto por el TJUE los contenidos en cuestión habían sido previamente puestos a disposición del público, de manera libre y gratuita y con la previa autorización de los autores. No ocurre así en el supuesto que nos ocupa, pues en su gran mayoría se trataba de publicaciones cuyo acceso requiere el previo pago de los usuarios. Pero es que además en el supuesto de autos, ha quedado probado como eran los propios responsables de la web, junto a los individuos ucranianos, quienes realizaban esa primera subida del contenido a los servidores de alojamiento como *issuu.com*. Llega incluso a afirmar el TJUE que esta conclusión no se vería afectada por el hecho de que los internautas pulsen sobre el enlace de que se trate y la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace mientras que dicha obra procede en realidad de otra página, actividad conocida como “framing” (técnica consistente en mostrar el contenido independiente de su contenedor, con la capacidad de cargar el contenido de forma independiente al mismo), que en cierto modo se asemeja a la técnica de *streaming*.

En este sentido, la sentencia del TJUE en el asunto C-348/13 (BestWater International) viene a complementar la sentencia en el asunto el asunto C-466/12 (Svensson) “17. *En los puntos 29 y 30 de la sentencia Svensson e.a., el Tribunal ha precisado que esta conclusión no se vería afectada por el hecho de que, cuando los internautas pulsan sobre el enlace de que se trata, la obra aparece dando la impresión de que se muestra en la página en la que se encuentra el enlace, mientras que dicha obra procede en realidad de otra página. Ahora bien, esta circunstancia es, en esencia, la que caracteriza la utilización, como en el asunto principal, de la técnica de la “framing”, consistente en dividir una página de Internet en varios marcos y en incluir en uno de ellos, por medio de un enlace “incorporado” (“inline linking”),*

*un elemento proveniente de otra página, con la finalidad de disimular para los usuarios de esta página el entorno de origen al que pertenece ese elemento.*

*18. Desde luego, tal como destaca el tribunal remitente, esta técnica puede ser utilizada para poner a disposición del público una obra evitando tener que copiarla y de esta manera incurrir en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas al derecho de reproducción, pero no lo es menos que su utilización no supone que la obra en cuestión sea comunicada a un público nuevo. En efecto, desde el momento en que esta obra está libremente accesible en la página a la que apunta el enlace, debe considerarse que, cuando los titulares del derecho de autor han autorizado esta comunicación, estos han tenido en cuenta como público a la totalidad de los internautas.”*

Para la Sala queda claro que los enlaces a contenidos puestos a disposición sin autorización de los titulares, como sucede en el caso que nos ocupa, sí son actos de comunicación a un público nuevo, y por tanto una infracción de los derechos de propiedad intelectual de sus titulares. 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), siempre que vayan dirigidos a un público nuevo en el sentido ya explicado. 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.

### **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 en 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 por 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 informe 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 cantidad 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 desapoderamiento 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 recogen. 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 una 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 sí 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 segundo.

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 pertenezca 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.º”, 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 antijuridicidad 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 inculpe 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 codelincuencia 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 delincuencia 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 codeincuencia, 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 sea 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 mas 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 esto hecho son 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 si 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 si 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 desarrolla 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 sus pretensiones, las imposiciones 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.