



Roj: **STS 5309/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5309**

Id Cendoj: **28079120012016100921**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/12/2016**

Nº de Recurso: **604/2016**

Nº de Resolución: **920/2016**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 117/2016,**
STS 5309/2016

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal SENTENCIA

Sentencia Nº: 920/2016

RECURSO CASACION Nº : 604/2016

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Voto Particular

Procedencia: Audiencia Nacional.

Fecha Sentencia : 12/12/2016

Ponente Excmo. Sr. D. : Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por : AMV

***Delito contra la propiedad intelectual. Segunda sentencia. Organización criminal. Elementos definidores. "El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares". "En la conformación de la tipicidad ha deponerse el acento en lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina "público nuevo". Es por ello que en la anterior sentencia de esta Sala se instó del tribunal de instancia un esclarecimiento de estos apartados fácticos precisos para la subsunción, y el tribunal de instancia lo ha realizado, delimitando el ámbito de la propiedad intelectual, las revistas, periódicos y libros difundidos por los acusados, y la supresión de las condiciones de acceso y disfrute de la obra protegida impuestas por su titular, en un apartado que no es objeto de discusión en la sentencia por la vía precedente". Blanqueo de dinero. "esta Sala ha precisado la necesidad de restringir la tipicidad del blanqueo para evitar lo que sugiere el Ministerio fiscal en su informe, que todo delito con consecuencias económicas encuentre una doble tipicidad en el delito originario y en el blanqueo y la restricción ha de encontrarse, bien en la teoría de los actos copenados, como se ha sugerido en alguna Sentencia de esta Sala, como dijimos en la STS 858/2013, de 19 de noviembre, que: "En los casos en los que existe identidad entre las ganancias y beneficios resultantes de un delito y la realización de actos de conversión y transmisión sobre esos mismos bienes, no cabe la doble punición, del mismo hecho, como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, pues el mismo patrimonio es objeto de una doble punición penal. Esa doble punición lesionaría el non bis in idem y, además, ya aparece contemplado y recogido en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso**



y entrega la pena pecuniaria, por lo tanto, ya está penado".. En la jurisprudencia de esta Sala se ha buscado la restricción de la aplicación del autoblanqueo exigiendo una finalidad de ocultamiento o de encubrir. "Lo determinante -remarca la sentencia 265/2015 - debe ser la aplicación del criterio que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado". VOTO PARTICULAR.

Nº: 604/2016

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 22/11/2016

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 920/2016

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Juan Saavedra Ruiz

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Diciembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de **Erasmus Y Julián y la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección Segunda, que condenó a Erasmo y Julián por delito contra la propiedad intelectual, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes respectivamente representados por la Procuradora Sra. Caro Bonilla y por la Procuradora Sra. Pereda Gil; y la acusación particular en nombre de la Asociación de Editores de Diarios Españoles representada por la Procuradora Sra. Julia Corujo; y como recurrido EL CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (CEDRO) representado por la Procuradora Sra. Blanco Martínez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, instruyó Procedimiento Abreviado 180/2011 contra **Julián**, **Erasmus y otro no recurrente**, por delito contra la propiedad intelectual, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Nacional, Sección Segunda, que con fecha 5 de febrero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "**PRIMERO.**-Los acusados Julián, Erasmo, 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*, 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 alón, número 19, Villaviciosa de Odón (Madrid).

SEGUNDO. - Para ello crearon con fecha de 15 de septiembre de 2008 la página *www. youkioske. com* mediante la cual ofrecían la posibilidad de leer on line las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedente



de los usuarios, 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), Yupublisher (California-EEUU) o calameo.com (Paris) y eran reproducidas tras seleccionadas en *www you k i os ke 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 reducir textos imágenes y en general acceder a la obra sin ninguna restricción. El funcionamiento de la Página *www. you ki os ke com* se realizaba on line desde la propia Web mediante la técnica llamada "Streaming", que consistía un medio tecnológico avanzado de comunicación que permite visualizar contenidos multimedia en tiempo real, sin necesidad de que se descarguen en el dicho duro del usuario.

TERCERO. - La página *www.youkioske.com* se encontraba alojada en la dirección I.P. 72.55.171.158 que se corresponde con un servidor de la empresa Blitware Technology INC, Victoria (CANADA). Dicho dominio fue registrado a nombre de la sociedad MILPORMIL LIMITED domiciliada en *lasuit 102, Group Floor, Blake Building, Corner of Eyre and Hutson Street, Belize City (BELIZE)*, de la que eran directores Erasmo y Julián . 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. youkiaske. com* . Casimiro y Erasmo fueron nombrados administradores solidarios de la compañía cuyas 3.010 participaciones de la sociedad correspondían a los acusados conla siguiente distribución:

Erasmo 1505 participaciones1505 euros

Casimiro 1504 participaciones1504 euros

Julián 1 participación1 euro

Los distintos miembros de grupo se distribuían las funciones en orden a la realización de las conductas descritas. Erasmo y Julián 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 Casimiro . También Erasmo y Julián eran los encargados de gestionar la página *www, youkioske corn*, 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 Julián 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 you kios ke con-*, 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, magacines, 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,

SODDEUTSCHE ZEITUNG, DIE ZEIT, BILD, wEur 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 WOCHEN, FOCUS, VITAL, PM HISTORY, FOR 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 MAGASINETE MOTORSPORT, AUTO TOURING, CARAWORLD, SUBWAY, WHEELIE, AUTO AKTUELL.



. Deportes: KICKER, SPORT BILD, WIND SURFING, MEN'S FITNESS, I3ODYBOOSTER, SFT, AKTIV LAUFEN, TRIATHLON TRAINING, TRAIL.

Libros: BIOLOGIE, STIFTUNG WARENTEST, PONY, MAC LIFE, WELT DER WUNDER.

Otras Publicaciones: MAHLZEIT!, GEO, CU1SINE, GÁRTHERN, PROST, OKO TEST, STIFTUNG WARENTEST, PERLEN POESIE, WANDERLUST, BALANCE, LAND LUST, MAGAZIN

Publicaciones Francesas:

. Revistas: CUISINE ACTUELLE, GOURMAND, RIZO 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, TELE 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, Fi RACING, A'VOLANTE, SCOOTERS, AUTO & SPORT, L'ESSENTIE1 DE LA MOTO, AD MOTORING, COURSEAULARGE.

. Deportes: PLONGEE, TENNIS MAGAZINE, BIG BIKE, ESCAPE, SANTE SPORT MAGAZINE, AFL RECORD, BASKETNEWS, LA PECHE, BIKE, ONZE, PECHE EN MER, SOMA, BFOOT, ROAD BIKE.

. Libros : L'APPRENTI D'ARALUEN, LA FACE CACHEE 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, FFIM, 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, FIEALTH & 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 FI EA LTH

. Libros: FOREPLAY, E FICTION MAGAZINE, BABEL REVISTA LITERARIA, PRACTICAL DJANGO PROJECTS, PYTHON FOR SOFTWARE DESIGN, ANTI PATTERNS, PRODJANGO, PRO JAVASCRIPT RIA TECHNIQUES, IPHONE APP DEVELOPMENT, BUENOS AIRES COMPLETE GUIDE, AQUA JOURNAL, ARGENTINA COMPLETE, PATAGONIA COMPLETE, THIS 15 ARGENTINA, THIS 15 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, I'ATTO° 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, II, MIO VINO, PLÚ DOLCI, CUCINA, ARGOS, ANIMAL!, VDG MAGAZINE, UN MESE IN CUCINA, 50 & PIÚ, IL SOMMELIER.

n 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, 10 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 GAZZET1'A DELLO SPORT, VERO SPORT, CALCIO 2000, SPORT 2.0, POKER TEXAS HOLDEM, ON THE MOVE, IL TIRO A V01,0, SPORTIVISSIMO, TRIBE MAGAZINE, SCOMMESSA, XTREME STUFF.

. *Libros:* DIVENTARE UN XCODER, WINNIE THE POOH, ALIAS, IL LIBRAIO, IL BACIO SVERALO - LARA ADRIAN, DOMENICA.

. *Comics:* JULIA, 10 PAPERINO, PAPERINO, D1ABOLIK, 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 RICETFE PERDI PESO, GLI ITINERARI GUSTOS', 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, ISTOI 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 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 VINGAWA, SUPERMAN & BATMAN, VINGADORES, VINGADORES SECRETOS, SUPERMAN, ATAMAN, A ESPADA SALVAGEM DE CONAN.

. *Otras Publicaciones:* PAPAS EIt, BEBES, 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 RACINGINFO, ARANYSAS, QUATTRO RUOTE, AUTONET MAGAZINE, RIDETHROUGH 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 PAÍS, ESTADIO DEPORTIVO, EL MUNDO AULA, EL MUNDO G/U/CAMPUS, EL MUNDO, DIARIO EXPANSIÓN, DIARIO QUE.

. **Prensa Europea:** HAMBURGER ABENDBLATI', LE TEMPS, LE SOIR, LE PARISIEN, LE MONDE, CORRIERE DELLA SERA, DIARIO 2

MINUTOS, DIARIO EXPANSIÓN, NEGOCIO, IL GIORNALE, THE CLINIC, LA RAZÓN, EL PERIÓDICO DE CATALUNYA.

. **Prensa Americana:** DIARIO CLARIN, DIARIO16, 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.

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 kiosco 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" 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 Julián y Erasmo se concertaron para crear y mantener la página Youkioskc 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 NUM000 y a los correos electrónicos DIRECCION000 y DIRECCION001, 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 NUM001 de la que era titular Erasmo, así como, tras la constitución de NETWORKS BABILONTEC S.L., en la cuenta de Nova. Caixa Galicia nº NUM002, cuya titularidad correspondía a la citada compañía figurando como autorizados Erasmo, Casimiro y Julián. 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 Pablo (empresa Think in Media) sumando un total de 4.655,10 euros y otros de la empresa Matorny Media Lid por un total de 3.041,84 euros. En total, se abonaron en esta cuenta un total de 76.725,46 euros en poco menos de un año. Por otro lado, existen también ingresos bajo el concepto de "Remesa Efectos" que suman un total de 66.699,77 euros.

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

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.youkios.com*, los cuales de determinarán en los trámites de ejecución de la presente sentencia.

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS: Primero.- *Que debemos absolver y absolvemos a Casimiro 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 Julián y a Erasmo 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 profesión 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 las 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 hubieren 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 casación por infracción de Ley o quebrantamiento de forma en el plazo de cinco días".



Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por las representaciones de Julián y Erasmo y la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS **ESPAÑOLES**, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones de los recurrentes, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de Erasmo :

PRIMERO.- Por infracción de Ley conforme al artículo 849 de la LECrim . SEGUNDO.- Por quebrantamiento de forma de los números 1 y 3 del artículo 851 de la LECrim .

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la LECrim .

La representación de Julián :

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo previsto en los artículos 5.4 LOPJ y 852 LECrim ., por infracción de derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la LECrim .

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en el artículo 855 de la LECrim .

La acusación particular en nombre de la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES:

PRIMERO.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECrim ., por infracción del artículo 301.1 del CP .

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 841.1 de la LECrim ., por infracción del artículo 570 bis 1 CP .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Por Providencia de esta Sala de fecha 7 de noviembre de 2016 se señala el presente recurso para fallo para el día 22 de noviembre del presente año, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la censura casacional que conocemos en el presente recurso es condenatoria por un delito contra la propiedad intelectual y otro delito de organización criminal. Es, por otra parte, la segunda dictada por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Segunda, toda vez que la primera fue anulada por esta Sala para corregir concretos defectos en el relato fáctico y en la fundamentación de la sentencia. La sentencia ha reparado las deficiencias señaladas y reitera la condena de la primera sentencia.

Al respecto una precisión. Ciertamente, como se expone en la sentencia de instancia no es propiamente un "diálogo entre tribunales" el que pretende la sala de instancia, sino "únicamente solventar las objeciones" que se expusieron en la anterior sentencia a fin de posibilitar un adecuado entendimiento de la misma y de su pronunciamiento condenatorio. Era preciso delimitar el ámbito de lo prohibido a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -caso Svensson- y la incidencia que la doctrina establecida en la Audiencia Nacional misma irradiaba en el hecho probado y su subsunción en la norma del enjuiciamiento ante la Sección Segunda de la Sala de lo penal de la Audiencia. Particularmente, era precisa una determinación del "público nuevo" al que se refiere la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo como criterio delimitador del acto de comunicación pública que integra el ámbito de la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual. Además, se hacía preciso sustituir la expresión contenida en el hecho probado, comunicación pública, dado el carácter normativo de la expresión, que lo hacía incompatible con el adecuado ejercicio del derecho de defensa, al imposibilitar la articulación de un recurso de casación en revisión de la condena declarada en la sentencia. Era preciso, por otra parte, completar el relato fáctico para dimensionar la necesaria gravedad de la conducta a los efectos de dar cumplimiento a las exigencias del carácter fragmentario del derecho penal pues, si bien es cierto que ha sido reducido en su tradicional exigencia, también lo es que la previsión normativa de una actividad sancionadora administrativa, a través de la Sección segunda de la Comisión de propiedad intelectual, requiere delimitar el ámbito de lo penal y de lo sancionador administrativo, delimitación que ha de sustentarse en la gravedad del hecho objeto de reprensión. En el sentido requerido la sentencia de instancia en la nueva sentencia objeto de esta casación, realiza esta función, anticipamos, de forma satisfactoria, dando respuesta a las deficiencias que en su día fueron apuntadas y lo hace en términos de corrección argumental y racional con apoyo en la normativa aplicable.



La impugnación formalizada por los recurrentes adolece de una reiteración del contenido impugnatorio que se expresó en la primera impugnación, sin atender al ámbito de esta casación, distinta de la anterior. Así, en el recurso se destaca que nada ha cambiado en las dos sentencias, obviando que esta sentencia incorpora al relato fáctico de la segunda un apartado quinto que es trascendente en la subsunción. Los recurrentes afirman que la sentencia recurrida mantiene el mismo relato fáctico que la anterior que fue anulada, a excepción de la sustitución de la frase "comunicar públicamente "por la puesta a disposición", y la relación de cabeceras de medios de comunicación incorporadas a la pagina "*www.Youkioske.com*", lo que no altera en absoluto las deficiencias de la primera sentencia", con olvido de que el relato fáctico también ha incorporado un párrafo que es esencial para la subsunción realizada. En efecto, tras la relación de las cabeceras incorporadas en su página se añade "los periódicos aparecían en la web en sus versiones escritas muchas de las cuales sólo se podían obtener abonando el precio que las plataformas ORBYT y Kiosko y mas cobraban para acceder al contenido o adquiriéndolas en quioscos y tiendas, siendo estas 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 excañeadas de publicaciones físicas en su contenido íntegro sin la autorización de su titular de la obra para difundirla, siendo el mismo periódico que se compra en un kiosco o portal de pago". Añade la diferencia existente entre la publicación digital y la impresa del mismo medio de comunicación, en un particular que incide sobre el contenido de la publicación y la diferenciación existente con la publicación digital del mismo medio, lo que permite constatar la diferenciación entre el contenido de ambas publicaciones y rellenar la vigencia del "público nuevo" al que nos referimos en la anterior sentencia como elemento fáctico necesario para conformar la tipicidad de la conducta en el art. 270 y 271 del Código penal .

Ese párrafo contiene el ámbito de lo ilícito al comunicar a un público nuevo unos contenidos protegidos por la normativa de la propiedad intelectual.

El relato fáctico en la nueva redacción de la sentencia objeto de la impugnación no es mera reproducción del anterior, sino que en la relación de cabeceras incorporadas a la pagina "*youkioshe.com*" y la expresión de lo realizado, se expresa la incorporación de un contenido no comunicado anteriormente a través de las páginas digitales de los mismos medios de comunicación realiza sin autorización, lo que permite la subsunción en los términos contenidos en la sentencia.

RECURSO DE Julián

SEGUNDO.- Analizamos la impugnación de este recurrente. Denuncia en el primer motivo la vulneración de sus derechos fundamentales a un proceso con las garantías debidas, con interdicción de arbitrariedad, a lo que añade también, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

Tan amplio contenido impugnatorio lo concreta en la insuficiencia probatoria para desvirtuar la ausencia de certeza y por ende la vulneración de su presunción de inocencia, y se extiende en consideraciones sobre la prueba de indicios, olvidando que no es la prueba indirecta la que fundamenta la convicción condenatoria, sino la prueba directa resultante de la constatación documental de la existencia de la página, con los contenidos incorporados sin autorización, y su difusión en condiciones de ilegalidad, y las propias declaraciones de los acusados que admitieron su realización. Además, las intervenciones telefónicas refieren la existencia de las relaciones entre los acusados, hoy condenados y recurrentes, y los que identifica como "ucranianos", encargados de subir a la página *youkioske* las publicaciones que se relacionan en el relato fáctico. También las testificales de los representantes de medios de comunicación que han visto sus publicaciones en la página de los acusados y reaccionaron ante ellos solicitando su retirada, sin que lo hicieran pese a atender la queja. Se llega a decir en la motivación de la sentencia, que pocas veces un tribunal de justicia se ha encontrado con tanta prueba sobre el hecho de la acusación, en referencia a las declaraciones personales de los acusados y la resultancia documental, la pericial y las conversaciones telefónicas intervenidas, ampliamente relacionadas como fundamento de la convicción en el fundamento tercero de la sentencia impugnada, al que nos remitimos para la constatación de la precisa actividad probatoria. Las declaraciones personales de los acusados son reveladoras del hecho de la acusación: admiten, en general, la realización, aunque consideran que "los ucranianos", en referencia a las personas que materialmente subían los contenidos a la página, eran un "club de editores" que en virtud de un acuerdo subían los contenidos de los periódicos y revistas. Afirmación que ha de ser relacionada con la oferta de suprimir de su página, "en dos o tres horas", los contenidos respecto de los que había quejas de los editores, precisamente, por no estar autorizados. Las personas que realizaron la comunicación con los acusados para quejarse de la publicación del medio en cuyo nombre actuaban han testificado en el sentido de que esa retirada no se producía. Obran en la causa las grabaciones de conversaciones entre los acusados y los "ucranianos" para que subieran pronto una determinada publicación ya que se había jugado un partido de fútbol y el periódico o revista tendría mucha demanda. Ese pretendida voluntariedad de editores en la subida de contenidos a su página se contradice con la coincidencia de la



identificación de usuarios que subían a la página los contenidos y sobre cuya coincidencia los acusados no dieron explicación mínimamente satisfactoria que incidiera en la legalidad de su conducta.

En otro apartado se queja de la retirada de la página *youkioske.com* por orden de la fiscalía, lo que le ha generado, afirma, indefensión. El argumento se desestima con remisión al fundamento de derecho segundo de la sentencia, bajo la rúbrica cuestión nueva, en el que, correspondiendo a lo dispuesto por esta Sala en la primera sentencia, se motiva sobre las circunstancias de la retirada de la página que se denuncia. En la motivación, y el recurrente no lo discute, se detalla que la página no llegó a ser clausurada, pues encontrándose el servidor en Canadá la comisión rogatoria internacional emitida no llegó a cumplimentarse, por las razones que se apuntan. Al tiempo de la detención de los acusados, y por orden judicial, se dispuso la clausura de los enlaces de manera que si un usuario quería visitar la página no pudiera vitalizar el contenido, sino una página en blanco. Tanto la orden dispuesta como su contenido no ha sido discutido en la impugnación que se limita a la clausura de la página que no llegó a realizarse. La impugnación reitera la formalizada en la primera sentencia, obviando la fundamentación contenida en la segunda, que es el objeto de esta casación.

También se queja de que el tribunal de instancia ha empleado en la sentencia lo que denomina "técnica de complementación del hecho", en referencia a que el relato fáctico de lo declarado probado se contiene en la fundamentación de la sentencia con la consiguiente indefensión al desconocer el recurrente la relación fáctica de la que debe defenderse. La desestimación es procedente por cuanto desde el relato fáctico, de manera particular, el apartado quinto del hecho probado, al que hemos hecho referencia anteriormente, contiene los elementos precisos para la subsunción, sin perjuicio de que en la fundamentación de la sentencia se expliquen, para motivar la resolución judicial, los apartados fácticos contenidos en los antecedentes de hecho.

Por último refiere que la sentencia impugnada aplica retroactivamente una norma penal que en la "actualidad" es un proyecto en trámite de discusión parlamentaria, obviando que el precepto al que alude forma parte de la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015 hoy norma penal vigente. El motivo carece de contenido casacional y debe ser desestimado. La conducta declarada probada se subsume en el art. 270.1 del Código penal aplicable a los hechos, sin perjuicio de que en la sentencia se emplea la expresión "facilite" no como conducta típica sino en explicación de la conducta declarada probada. La expresión facilitar es empleada para definir que el usuario, a través de la página de los acusados disponía de la publicación íntegra, se les facilitaba la publicación íntegra de la revista o periódico. No tiene el sentido normativo que sugiere el recurrente y, por lo tanto, no predetermina el fallo ni supone una aplicación retroactiva de la norma.

Por otra parte, esta Sentencia no es el foro adecuado para explicar la diferencia entre la tecnología P2P y los sistemas de descarga directa, porque lo declarado probado es que los acusados crearon una página para posibilitan el acceso a los medios de comunicación, periódicos, revistas y libros, de forma íntegra, pasando sus páginas y sus contenidos, permitiendo su conocimiento sin autorización, en la mayoría de los supuestos, de las publicaciones y obviando los mecanismos de contraprestación especialmente dispuestos para recibir esa comunicación. La lesión al derecho de propiedad intelectual es clara y la subsunción correcta.

TERCERO.- Analizamos un apartado de la impugnación desarrollada en el primer motivo del recurrente en que denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la indebida aplicación del art. 570 del Código penal, el tipo penal de la organización criminal. Sostiene el recurrente que el precepto se introduce en el Código penal en la reforma de 2010 y los recurrentes comienzan su conducta en 2009, luego la norma no estaba en vigor al tiempo de la ejecución de los hechos. Además, los acusados son los titulares del dominio *youkioske.com* desde septiembre de 2008 y constituyen otra empresa Networkd bsbilontec S.L. para facturar la publicidad de la página, tratándose de dos personas las que gerencian la actividad y, según el relato fáctico, se valen de unos "ucranianos" no identificados y no pertenecientes al entramado societario que suben los contenidos, sin que se haya acreditado que recibieran remuneración alguno por esa actividad, por lo que no pertenecían a la organización.

Para el análisis de la impugnación recordamos la doctrina jurisprudencial sobre el tipo penal aplicado, que nos servirá para la decisión sobre la tipicidad en el delito de organización. Nos remitimos a la reciente Sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2016 en la que abordamos, en primer lugar la diferenciación de la mera codelinuencia de la organización típica del art. 570 del código penal. "La Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Instrumento de Ratificación del mismo publicado en el BOE nº 233 de 29/09/2003), define el "grupo delictivo organizado" como aquél "estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material", añadiendo en su apartado c) que por "grupo estructurado" se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya



asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada.

Como elementos comunes figuran la agrupación o reunión de tres o más personas (según la Convención) o más de dos personas (según el Código Penal), que es lo mismo, y en segundo lugar la finalidad u objeto de dichas formas delictivas para la comisión o perpetración concertada de delitos.

La organización criminal, además de lo anterior, exige dos elementos concurrentes como son el carácter estable o por tiempo indefinido de la agrupación y que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones, artículo 570 bis, mientras por exclusión el grupo criminal existirá aun en el caso de no reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal que acabamos de señalar (570 ter), manteniéndose constantes las señaladas en el párrafo anterior.

La STS 644/2015 recoge y sintetiza nuestra jurisprudencia más reciente, con cita de la STS 576/2014 , exponiendo que "la organización y el grupo criminal tienen en común la unión o agrupación de más de dos personas y la finalidad de cometer delitos concertadamente. Pero mientras que la organización criminal requiere, además, la estabilidad o constitución por tiempo indefinido, y que se repartan las tareas o funciones de manera concertada y coordinada (necesariamente ambos requisitos conjuntamente: estabilidad y reparto de tareas), el grupo criminal puede apreciarse cuando no concorra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concorra uno solo. De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión. Y es asimismo jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Sentencias 855/2013 y 950/2013) la que declara que para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, para lo cual se diseña como figura específica la Organización criminal, del Art. 570 bis y para la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la realización de actividades delictivas de menor entidad, para lo cual se diseña como figura específica el grupo criminal, del Art. 570 ter".

La característica de la organización criminal es la actuación dentro de una estructura organizada caracterizada por un actuar de decisiones y diversos niveles de ejecución. La organización no depende del número de personas, a salvo del mínimo exigido en el tipo penal, sino que lo decisivo es que el plan delictivo permanece más allá de las personas individuales lo que nos lleva a la existencia de una empresa criminal.

En el caso de la casación el relato fáctico describe un actuar de varias personas, con niveles de actuación prefijados y en el que, a pesar de la falta de identificación de los "ucranianos", éstos actúan siguiendo las ordenes de los órganos de decisión resultando del relato fáctico una actividad empresarial - organizada- para la realización del delito, lo que integra los presupuestos de la tipicidad del delito objeto de la condena. La actividad se desarrolla desde el año 2009 hasta el 2012, esto es, cuando el tipo penal ya estaba vigente y era aplicable.

Consecuentemente, el motivo se desestima.

CUARTO.- En el segundo de los motivos de la oposición denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba. Se queja el recurrente de un error resultante de sumar dos veces la misma cantidad; los ingresos por publicidad y como remesa de efectos. Ambas cantidades se refieren al mismo ingreso, uno como resultancia de la publicidad contratada y otro al abonar esa cantidad mediante efectos de pago diferido.

El motivo se desestima. Hay que tener en cuenta que la pretendida modificación del hecho sería irrelevante a la subsunción, pues no alteraría la calificación jurídica, y tampoco la responsabilidad civil ya que la sentencia lo defiende a la ejecutoria, por lo que no se ha fijado la cantidad a indemnizar, pendiente de una ulterior calificación. Por otra parte, tampoco se designa un documento acreditativo del error la referencia tangencial a la pericial realizada a instancias del otro coimputado y condenado, Julián , sin expresar el alcance de la denuncia formalizada por error, no permite la consideración de documento acreditativo del error denunciado.

En otro apartado de la impugnación refiere un informe policial para acreditar un error en el relato fáctico de la sentencia al "confundir una descarga directa o streaming con lo que es la lectura directa online de cualquier medio audiovisual". El alegato es irrelevante a la subsunción del hecho en el precepto. Por una vía u otra los acusados realizaron actos de comunicación de productos especialmente protegidos y dispuestos por su titular para una efectiva comunicación por las vías expresamente señaladas, no por la actuación de un tercero sin titularidad para la comunicación que realiza. Lo relevante en la subsunción es la constatación de un acto de comunicación pública, no el instrumento empleado para su realización.

En un tercer apartado considera errónea la afirmación del Tribunal sobre la falta de retirada de los contenidos protegidos cuando se solicitaban por los titulares, para lo que designa cartas de agradecimiento respecto de



algunas publicaciones. El motivo se desestima pues con independencia de que así lo hicieran algunos titulares, y en tal sentido designan cartas de agradecimiento por su efectiva realización, existen otros supuestos en los que la testifical acredita que no se retiraron cuando fueron requeridos para ello. Así figura en el hecho y en la fundamentación.

QUINTO.- Formaliza un último motivo que carece de una mínima estructura para ser reconducible al quebrantamiento de forma que denuncia. En el mismo motivo sostiene el quebrantamiento de forma por el empleo de expresiones predeterminantes del fallo, en alusión a la expresión "puesta a disposición" con la que se sustituye a la frase "comunicar públicamente" empleada en la primera sentencia y que había sido considerada como predeterminante del fallo por su coincidencia con el texto legal. Sostiene que aunque se haya cambiado la expresión, la resultancia en la subsunción es la misma, luego nada ha variado.

El motivo se desestima. El vicio procesal de la predeterminación del fallo constituye un vicio procesal dirigido a garantizar el derecho de defensa de una parte a quien la expresión como hecho probado de un elemento normativo de la tipicidad le impide desarrollar una impugnación con éxito. Si el relato fáctico refiere que los acusados han realizado un acto de comunicación pública de un contenido de propiedad intelectual, difícilmente pueden plantear una impugnación con visos de prosperar, pues el relato fáctico ya anticipa la subsunción. La expresión comunicar públicamente, que figuraba en el primer hecho probado, anticipaba la condena pues ya recogía la tipicidad y por ello se encargó al tribunal de instancia que corrigiera ese defecto, pues el empleo del término del tipo impedía la defensa. Es cierto que todo hecho probado anticipa la subsunción, pero no que no puede realizarse es llegar al extremo de emplear las mismas expresiones que el tipo penal, máxime cuando se trata de elementos de la tipicidad normativos cuyo contenido típico no es natural sino que tiene un desarrollo normativo en la legalidad y en la interpretación jurisprudencial.

En otros apartados de la impugnación desarrolla variar incongruencias omisivas que no son tales sino discordancias con la interpretación realizada por el tribunal de instancia, como el modo de acceso a los contenidos enlazados, por el sistema de streaming o por la descarga directa, a la que nos hemos referido en el anterior fundamento; sobre el contenido de la página y el contenido enlazado desde la página, que son ajenos a la vía de impugnación elegida.

RECURSO DE Erasmo

SEXTO.- Este recurrente transcribe el hecho probado y destaca que la nueva sentencia sea un calco de la anterior, a excepción de pequeños añadidos, consistentes en la sustitución de la expresión comunicación pública por la de puesta a disposición y la relación de publicaciones subidas a la página de la que eran titulares. Como el anterior recurrente no da trascendencia al añadido del apartado quinto de la relación fáctica en el que se relata el núcleo de la acción típica, la incorporación de los contenidos de propiedad intelectual a una página de la que eran titulares los acusados ofreciendo a la comunidad un contenido protegido por el titular y por la normativa jurídica, y lo hace obviando los derechos de los titulares.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia el error de hecho en la valoración de la prueba, en una infracción que mezcla contenidos distintos con invocación del principio in dubio pro reo, que incardina en la tutela judicial efectiva. Ciertamente es una amalgama de soportes impugnatorios. La vía impugnatoria que ha elegido el recurrente, el error en la valoración de la prueba, exige designar un documento que sea hábil para acreditar un error en la subsunción, lo que requiere que el documento designado reúna las características propias del documento casacional. Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que recuerda los requisitos que ha de tener un documento, a los efectos del art. 849.2 de la Ley procesal, es decir un documento con entidad para la acreditación de un error en la apreciación de la prueba. En este sentido, y como primer requisito, ha de tratarse de prueba documental, lo que excluye de su consideración otras modalidades de prueba, como confesión, testifical, incluso pericial -con las excepciones que en ésta prueba se ha señalado jurisprudencialmente y que permite su consideración de documento a los efectos del recurso de casación-. La razón de tal exclusión radica, precisamente, en que las pruebas personales, como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del tribunal que con inmediación la percibe. En segundo término, el documento ha de acreditar el error en la apreciación de la prueba. Del documento designado debe resultar, bien un dato fáctico contrario al reflejado por el Juzgador en el hecho probado, bien un hecho no incluido en la declaración fáctica.

Además, el documento designado no debe entrar en colisión probatoria con otros elementos de prueba. Si así ocurriera, corresponde al tribunal de instancia apreciar y valorar la prueba y formar su convicción en los términos resultantes en el art. 741 de la Ley procesal. Por último, el documento designado que acredita un hecho, en los términos señalados, debe tener relevancia en la subsunción, es decir, debe tener virtualidad para modificar la calificación jurídica de los hechos y, por ende, el fallo de la sentencia.

El recurrente designa unos informes policiales que afirman que "la obra elegida se reproduce desde un servidor virtual, principalmente issuu.com, donde se encuentra físicamente alojado el archivo", que, a su juicio, entra en



colisión con la argumentación de la sentencia que refiere que la página de los acusados "no era un página de intercambio de archivos ni se convirtió en una página de descarga directa". Afirma que esa argumentación no es inteligible y aparece desvirtuada por el informe policial.

El motivo se desestima. El recurrente pretende la acreditación del error desde la contradicción entre un informe policial y la argumentación de la sentencia, cuando el motivo exige que el documento designado, y no lo es un informe policial, entre en colisión con el hecho probado de la sentencia. Por lo tanto no es un error de hecho lo que denuncia sino un desacuerdo con la motivación lo que es ajeno al cauce de impugnación.

El relato fáctico refiere que los periódicos y revistas que se relacionan aparecían en la página web de la que era titulares los acusados propiciando que sus visitantes tuvieran acceso directo a la publicación en su integridad en un formato coincidente con el medio escrito, no con el contenido digital de la misma editora, que su titular había previsto dispensar a los lectores, al público, a través de su edición escrita previo pago de su importe, o a través de una suscripción a la página en la web de su titularidad, previo pago y suscripción. Se había escaneado la publicación impresa y se ofrecía gratuitamente obviando los derechos de sus titulares, y lo realizan en su página comunicando un contenido del que no eran titulares y que habían obtenido sin autorización. Ese apartado fáctico no aparece contradicho por el documento designado que, con independencia de la modalidad de su realización, viene a decir lo que el relato fáctico expresa.

A continuación, fuera de todo orden expositivo acorde con la vía impugnatoria elegida, realiza diversas argumentaciones que agrupa bajo genéricos conceptos de "incongruencias omisivas fácticas" en las que critica a la sentencia y a su motivación sin proponer una alternativa fáctica ni designar un error del relato por su colisión con un documento. Desde luego, por tal no ha de tenerse a los informes policiales que cita en apoyo de su pretensión, y tampoco la transcripción de una parte del informe del Ministerio fiscal al término del enjuiciamiento, pues esas manifestaciones son expresión de la resultancia de la prueba de la acción penal ejercida en el juicio oral.

SÉPTIMO.- Denuncia en el segundo motivo un error de derecho por la indebida aplicación, al relato fáctico, del art. 270 del Código penal y 20 de la ley propiedad intelectual. Argumenta que "la sentencia yerra al considerar que los enlaces constituyen una puesta a disposición para ser visionadas o leídas" y esa afirmación la apoya en la sentencia de esta Sala que anuló la anterior de la Audiencia sobre este mismo objeto. Concretamente recoge de la STS 638/2015, de 27 de octubre, la siguiente frase que entrecomilla de forma parcial "los enlaces aunque sean actos de puesta a disposición no son actos de comunicación pública en el sentido de la Directiva 2001/29/CE que requieren la autorización de los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial".

La frase, así acotada por el recurrente, sirve de apoyo a su pretensión, pero lo cierto es que a la frase le falta, para dotarla del sentido preciso, otra en su inicio y otra al final.- la del inicio: "Un enlace sí es un acto de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del público". Y al final: "No existe público nuevo, por ejemplo, cuando los titulares de derechos sobre la obra enlazada habían autorizado que la obra fuera libremente accesible para todos los internautas".

Contextualizada la frase que el recurrente acota, lo que resulta de la misma es opuesto al sustento de la impugnación. El enlace a una obra protegida por su titular rellena la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual porque propicia, en detrimento de los derechos de los titulares, una comunicación de un contenido protegido que no ha sido autorizado a su difusión de manera libre por los titulares. En el caso de la sentencia impugnada, una vez corregida en aspectos esenciales en virtud de lo ordenado en la anterior sentencia de esta Sala, declara probado que los periódicos aparecían en la web en su versión en papel impreso, las cuales, sólo se podían obtener abonando el precio de su importe o suscribiendo su recepción en las plataformas como ORBYT y Kiosco y Mas. Es decir, lo que excluimos en la anterior Sentencia es que en los términos en que aparecía redactado el relato fáctico, no se configuraba la acción como típica en la medida en que se recogían en la web medios de comunicación respecto a los que no se conocía, porque no lo decía el relato fáctico, si iban dirigidos a un "público nuevo", en los términos a los que se refiere la Sentencia Svennson, STJUE de 13 de febrero de 2014. Desde el anterior relato fáctico se ignoraba si el público que accedía a la página de los acusados en la que recogían los periódicos y revistas, tenía acceso a los mismos medios por otras vías también por Internet, porque los titulares de los referidos medios los habían puesto a disposición de los internautas a través de sus ediciones digitales. Por lo tanto, si la obra ya era conocida por los usuarios, o potencialmente la podían conocer de manera libre, la mera acción de simplificar el acceso, no constituía el acto de comunicación pública que se integra en la tipicidad del art. 270 del Código penal. Por el contrario, sí lo integra cuando lo que se realiza es el acceso a un público nuevo de los contenidos protegidos obviando las condiciones de acceso dispuestas por los titulares. El relato es claro al expresar que los contenidos protegidos eran de acceso mediante el abono del importe del ejemplar escrito o el abono a las plataformas de comunicación que se relatan en el hecho



probado. La conducta de los acusados incorporando a su página los contenidos íntegros de titularidad aunque sin autorización de sus propietarios hace procedente la subsunción en el delito contra la propiedad intelectual.

En la conformación de la tipicidad ha de ponerse el acento en lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea denomina "público nuevo". Es por ello que en la anterior sentencia de esta Sala se instó del tribunal de instancia un esclarecimiento de estos apartados fácticos precisos para la subsunción, y el tribunal de instancia lo ha realizado, delimitando el ámbito de la propiedad intelectual, las revistas, periódicos y libros difundidos por los acusados, y la supresión de las condiciones de acceso y disfrute de la obra protegida impuestas por su titular, en un apartado que no es objeto de discusión en la sentencia por la vía procedente.

Este tribunal no alberga duda alguna sobre la tipicidad del relato fáctico en el art. 270 del Código penal y la observancia de la normativa europea interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las cuestiones que el recurrente señala que han sido planteadas por órganos judiciales de la Unión Europea parten de un hecho relevante, que el acceso sea libre para el público en general. En el caso de esta casación, el acceso, nos dice el relato fáctico, no es libre sino que se realiza por el abono de la edición impresa o el abono o suscripción a las plataformas en las que los titulares las alojan para su visionado y lectura. No se trata de facilitar, en el sentido de favorecer, el acceso a una obra ya publicada libremente por su titular, sino el de obviar los presupuestos de uso de la obra, mediante el escaneado en la página *web.youkioske.com* del contenido protegido para su comunicación pública en condiciones no dispuestas por el titular.

Como hemos dicho en la STS 333/2016 : "La aplicación de una norma comunitaria no impone al Tribunal la obligación de dudar en su interpretación. Sólo si al aplicarla surge la duda se activa la necesidad de elevar la cuestión prejudicial. Con un carácter específico si se trata del órgano jurisdiccional de última instancia, en el sentido que los describe el artículo 267 TFUE como lo es esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La STJUE, de 6 de octubre de 1982 (ECLI: EU:C: 1982: 335): asunto *Cilfit*, lo expresa así : "Un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad".

El relato fáctico y la lectura de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la cuestión, que las partes han incorporado a sus escritos, permite la resolución de este objeto procesal en los términos que se exponen en esta Sentencia.

OCTAVO.- Denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del art. 271 del Código penal , la agravación por la especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

El motivo carece de base atendible y debe ser desestimado. El recurrente confunde dos extremos, la especial gravedad y el perjuicio sufrido y la indemnización correspondiente al perjudicado, la cual se deja en el fallo de la sentencia a su concreta determinación en la ejecutoria que se incoe una vez firme la sentencia. Ambos extremos no son idénticos, aunque la sentencia, desde el plano puramente económico, ya insinúa un perjuicio, cercanos a los 200.000 euros pero deja su determinación a la ejecutoria. No obstante, el relato fáctico proporciona datos que evidencian la especial gravedad del hecho que resulta del número de publicaciones sobre las que se actúa, 17.000 y la cantidad de visitas realizadas, mas de veinte millones, lo que da idea de la envergadura del daño potencial realizado y la correcta subsunción del relato en la específica agravación por la especial gravedad.

NOVENO.- Formula un segundo motivo, en realidad debe ser el tercero, en el que denuncia varios quebrantamientos de forma, bien por empleo de términos que predeterminan el fallo, en referencia a la expresión "puesta a disposición" respecto a la que dice es la misma de "comunicar públicamente" que ya fue declarada predeterminante. En otro apartado se refiere a contradicciones en el relato fáctico en referencia al papel que ocupan los "ucranianos", si meros instrumentos o integrantes de la organización, y otros referidos a lo que considera argumentación ilógica sobre el funcionamiento de internet.

Nos remitimos para su desestimación a los fundamentos segundo y quinto al analizar impugnaciones con un contenido semejante del anterior recurrente.

DÉCIMO.- Con amparo en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento criminal denuncia, en varios submotivos, la vulneración de su derecho fundamental al proceso debido, por la destrucción de la pagina web al habersele



producido indefensión, por utilizar lo que denomina "complemento del hecho" para conformar un relato fáctico, y por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, tanto en los referente a la aplicación del delito contra la propiedad intelectual como el de organización criminal.

Nos remitimos para su desestimación a lo anteriormente fundamentado, fundamento 3 y 6 de esta Sentencia.

RECURSO FORMALIZADO POR LA ACUSACIÓN PARTICULAR DE LA ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES

DÉCIMO PRIMERO.- Formaliza tres motivos por infracción de ley. Los dos últimos instando la aplicación de agravaciones, como promotor y por utilización de específicos medios, en el delito de organización criminal.

En el primero denuncia el error de derecho por la inaplicación del tipo penal del delito de blanqueo de dinero, art. 301 del Código penal . Sostiene la recurrente que el relato fáctico, en su apartado ocho, refleja un contenido económico procedente de ingresos obtenidos por publicidad no sólo para la obtención de beneficios sino también para "fortalecer una plataforma digital en la que junto con publicaciones ilícitas se difundían contenidos ilícitos y que acabara siendo un negocio legal".

Sostiene que la sentencia impugnada, absuelve del delito de blanqueo porque no se ha realizado una indagación que permita declarar probado que los acusados realizaron una actividad de ocultación o encubrimiento del dinero obtenido de forma ilícita. Frente a esa argumentación la recurrente expone que el blanqueo se produce cuando los acusados utilizan el dinero para crear una plataforma de negocio de comunicación en detrimento de otras plataformas que con el mismo negocio actúan desde la legalidad, lo que afecta al bien jurídico protegido, el orden socioeconómico.

El motivo se desestima. Ciertamente, tratar de señalar el ámbito de la tipicidad desde el examen del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de dinero puede producir errores en la determinación de lo punible. La teoría del bien jurídico sirve para explicar la estructura, o la naturaleza, de los delitos, pero no es suficiente para determinar el ámbito de lo prohibido, máxime cuando desde la dogmática siempre se ha considerado a esa teoría como un criterio limitador del ius puniendi, y no un punto de apoyo para extender la tipicidad.

En otro orden de argumentos, esta Sala ha precisado la necesidad de restringir la tipicidad del blanqueo para evitar lo que sugiere el Ministerio fiscal en su informe, que todo delito con consecuencias económicas encuentre una doble tipicidad en el delito originario y en el blanqueo y la restricción ha de encontrarse, bien en la teoría de los actos copenados, como se ha sugerido en alguna Sentencia de esta Sala, como dijimos en la STS 858/2013, de 19 de noviembre , que: "En los casos en los que existe identidad entre las ganancias y beneficios resultantes de un delito y la realización de actos de conversión y transmisión sobre esos mismos bienes, no cabe la doble punición, del mismo hecho, como agotamiento del delito originario y como blanqueo de dinero, pues el mismo patrimonio es objeto de una doble punición penal. Esa doble punición lesionaría el non bis in idem y, además, ya aparece contemplado y recogido en la penalidad del delito antecedente como pena de comiso y entrega la pena pecuniaria, por lo tanto, ya está penado".. En la jurisprudencia de esta Sala se ha buscado la restricción de la aplicación del autoblanqueo exigiendo una finalidad de ocultamiento o de encubrir. "Lo determinante - remarca la sentencia 265/2015 - debe ser la aplicación del criterio que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado".

Como destaca la sentencia impugnada no concurre esa finalidad, quizás porque no se ha investigado, por lo que no resulta procedente declarar ningún error como el que se denuncia.

DÉCIMO SEGUNDO.- El segundo motivo de la impugnación es tributario del anterior al instar la aplicación del art. 570 bis 1 del Código penal que impone una pena superior en función de la gravedad del delito para el que actúa la agravación. Siendo este motivo tributario del anterior al depender su estimación de la consideración del delito de blanqueo de dinero, la desestimación es procedente.

En el tercer motivo plantea otro error de derecho por la inaplicación del art. 570 bis 2 del Código penal , la agravación derivada del empleo de medios avanzados de comunicación para procurar la impunidad o facilitación del delito.

La desestimación es procedente con reiteración de lo argumentado en la sentencia de instancia, pues los medios tecnológicos empleados son los mismos que son utilizados para la comisión del delito contra la propiedad intelectual y su doble consideración, para integrar la tipicidad del delito contra la propiedad intelectual y la agravación del delito de organización supondrá una doble punición del mismo hecho.

III. FALLO



FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de los acusados **Julián y Erasmo y LA ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES**, contra la sentencia dictada el día 5 de febrero de 2016 por la **Audiencia Nacional, Sección Segunda**, en la causa seguida contra Julián y Erasmo y otro no recurrente, por delito contra la propiedad intelectual. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas por mitad. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Alberto Jorge Barreiro Juan Saavedra Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

VOTO PARTICULAR

FECHA:

Con respeto a la decisión de la mayoría que se contiene en la sentencia de la que he sido ponente, señalo en este Voto particular las razones de mi discrepancia a en lo atinente a la condena por delito de organización del art. 570 bis del Código penal. Reproduzco lo que expuse en la deliberación.

Coincido con la mayoría en la conceptualización de lo debe ser tenido por organización criminal, e incluso, en cuanto afirma que para su concurrencia no es precisa la identificación de sus miembros bastando la constatación de la existencia de una pluralidad de personas integradas en un grupo, debidamente estructurado y jerarquizado, para la realización de hechos delictivos.

Mi discrepancia radica, precisamente, en la aplicación de esta doctrina al caso concreto de esta casación. El relato fáctico refiere que los dos condenados dirigían un grupo para la realización de la conducta típica del delito contra la propiedad intelectual. Lo hacen a través de una empresa y se valían, al menos, de cinco personas, a las que identifica como "ucranianos" quienes, a su instancia, "eran los encargados de realizar las copias y subir las publicaciones a dichos contenedores organizando turnos de cinco personas los fines de semana siguiendo siempre las instrucciones que recibían de Julián sobre las publicaciones a incorporar a la página y la forma y momento de hacerlo".

En definitiva, los dos condenados gestionaban la página y ordenaban sus contenidos, en tanto que los "ucranianos" hacen las copias y las introducen en la página. Desde esa perspectiva, la pluralidad de personas y el reparto de funciones dirigidas a la actividad típica, permiten, en principio, la subsunción.

Sin embargo en el relato fáctico no hay ninguna otra mención que haga referencia a la idea de pertenencia de "los ucranianos" a un grupo, ni de una comunidad de intereses dirigidos a una finalidad delictiva. Se ignora si los "ucranianos" percibían un sueldo, si se consideraba a empleados de los dos gestores y si sus servicios eran controlados o asumidos para la realización del tipo penal. No se sabe nada de ellos ni de su pertenencia a un grupo con visos de estabilidad superadora de la mera concurrencia en la acción de varias personas. Es cierto que los "ucranianos" subían los contenidos de publicación impresa, pero se ignora, porque no se refleja en el hecho, la pertenencia al grupo con las características señaladas o su condición de meros instrumentos para la ejecución, sin pertenencia al grupo.

Desde la perspectiva del relato fáctico lo que existe es un reparto de funciones pero no es posible determinar una aportación, desde distintos niveles, a las finalidades perseguidas con la creación del grupo.

Una interpretación como la realizada en la sentencia permite entender que todo supuesto de codelincuencia, cuando sean más de tres personas, supone la tipicidad en la organización criminal, y ese automatismo, además de vulnerar las exigencias de la determinación de la responsabilidad penal, es ajena a la configuración del delito de organización para el que hemos declarado como elemento característico del tipo penal la realización del delito a través de un entramado social que vaya más allá de la suma de las personas individuales que la conforman, para constituir una empresa criminal para la realización de delitos. Del hecho probado resulta que dos personas acometen una aventura delictiva y se valen de otros para la realización de actos materiales del delito sin asumir por éstas últimas, porque no resulta del hecho, una finalidad común para la realización del delito.



Andrés Martínez Arrieta

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ