

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 638/2015

*RECURSO CASACION N°:*909/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Procedencia: Audiencia Nacional. Sección Segunda.

Fecha Sentencia: 27/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AMV

***Delito contra la propiedad intelectual. Propiedad intelectual. Comunicación pública como acto de divulgación de contenidos dirigidos a un "público nuevo". Sentencia TJUE 13 de febrero de 2014, "Caso Svensson".**

Nº: 909/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 20/10/2015

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 638/2015

Excmos. Sres.:

D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Manuel Maza Martín
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 veintisiete de Octubre de dos mil quince.

En el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación de **D.XXX**, **R XXX**

y la acusación particular de **LA ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE)**, contra sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección Segunda, que le condenó 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 D.XX representado por la Procuradora Sra. Pereda Gil; R. XXX representado por la Procuradora Sra. Caro Bonilla; la acusación particular de la ASOCIACIÓN DE EDITORES DE DIARIOS ESPAÑOLES (AEDE) representada por la Procuradora Sra. Juliá Corujo; y como recurrido CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS representado por la Procuradora Sra. Blanco Martínez.

I. ANTECEDENTES

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, instruyó Procedimiento Abreviado 180/2011 contra **D.XXX** y **R.XXX** 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 marzo de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** PRIMERO.- Los acusados D.XXX, R.XXX, y al

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

SEGUNDO.- Para ello crearon con fecha de 15 de septiembre de 2008 la página *www.youkioske.com* mediante la cual ofrecían la posibilidad de leer on line las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedente de los usuarios, si bien los acusados y sus colaboradores se lucraban a través de la publicidad existente en dicha página. Las publicaciones se hallaban alojadas en servidores virtuales como *isuu.com* (Virginia-EEUU), *Youpublisher* (California-EEUU) o *calameo.com* (Paris) y eran reproducidas tras seleccionadas en *www.youkioske.com* a través de un menú en el que se podía seleccionar la revista, periódico o libro, y una vez visualizado desplazarse por sus páginas, ampliar o reducir textos o imágenes y en general acceder a la obra sin ninguna restricción. El funcionamiento de la Página *WWW.youkioske.com* se realizaba on line desde la propia Web mediante la técnica llamada "Streaming", que consistía un medio tecnológico avanzado de comunicación que permite visualizar contenidos multimedia en tiempo real, sin necesidad de que se descarguen en el dicho duro del usuario.

TERCERO.- La página *www.youkioske.com* se encontraba alojada en la dirección I.P. 72.55.171.158 que se corresponde con un servidor de la empresa *Blitware Technology INC, Victoria (CANADA).*

Dicho dominio fue registrado a nombre de la sociedad MILPORMIL LIMITED domiciliada en la suit 102, Group Floor, Blake Building, Comer of Eyre and Hutson Street, Belize City (BELIZE), de la que eran directores R. XXX y D.XXX. 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. O. XXX y

R. XXX fueron nombrados administradores solidarios

de la compañía cuyas 3.010 participaciones de la sociedad correspondían a los acusados con la siguiente distribución:

<i>R.XXX</i>	<i>1.505 participaciones</i>	<i>1.505 euros</i>
<i>O.XXX</i>	<i>1.504 participaciones</i>	<i>1.504 euros</i>
<i>D.XXX</i>	<i>1 participación</i>	<i>1 euro</i>

Los distintos miembros de grupo se distribuían las funciones en orden a la realización de las conductas descritas. R.XXX y D.XXX 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 O.XXX. También R.XXX y D.XXX eran los encargados de gestionar la página www.youkioske.com, así como de decidir las publicaciones que se subían a los contenedores virtuales. Por su parte los ucranianos eran los encargados de realizar las copias y subir las publicaciones a dichos contenedores, organizando turnos de cinco personas los días laborables y al

menos dos personas los fines de semana, siguiendo siempre las instrucciones que recibían de D.XXX sobre las publicaciones a incorporar a la página y la forma y momento de hacerlo.

De esta forma el número de publicaciones a las que se podía acceder a través de www.youkioske.com superaba los 17.000 ejemplares, existiendo además de publicaciones españolas, otras alemanas, italianas, francesas, inglesas, portuguesas, rusas y holandesas. A dichas publicaciones se llegaba a través de un menú en el que se distinguía entre prensa, magazines, clasificando a su vez estas entre diversas categorías como revistas femeninas, masculinas, de motor, deportivas, caza y pesca, golf, fitness, acuáticos, nieve, ciencia, salud, ocio, viajes, economía, historia, música, adultos, etc. Por su parte los libros se dividían en cocina, bienestar, autores, manualidades, idiomas, etc. También estaba a disposición de los usuarios comics de distintos tipos y en general cualquier tipo de publicación. Entre las que eran objeto de publicación reiterada a través de la citada página de Internet se encontraban diarios El Mundo, Marca, El País, El economista, Diario As, Público o Expansión y las revistas Año Cero, Enigmas, Historia de Iberia Vieja, Gigantes del Básquet, el Mundo del Gato o Playboy, cuyos representantes formularon enuncias en distintas instancia tanto administrativas como judiciales o fiscales.

CUATRO.- Por lo que respecta a la explotación económica de la página a través de publicidad, se realizaba, por sistemas, a través de "banners" o de "videos pre roll". Los "banners" son o espacios publicitarios de los que la Web dispone para cederlos a anunciantes que alojan publicidad de sus productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Los "videos pre roll" contenían un anuncio publicitario que mediante un reproductor flash ocupaba la pantalla antes de la visualización de la publicación elegida. Los banners eran gestionados por Google Inc. y los videos publicitarios por EYEWONDER. En YOUKIOSKE existían banners

publicitarios localizados permanentemente en los laterales y parte superior de la página Web. Además mediante el sistema de "videos pre roll" se proyectan anuncios en el centro de la página Web momentos antes de la exhibición del contenido seleccionado por el usuario. En ambos casos "pinchando" en el banner publicitario o el video el usuario era redirigido a la página Web del anunciante.

QUINTO.- En definitiva, los acusados D.XXX y R.XXX se concertaron para crear y mantener la página YouKioske por tiempo indefinido con el fin de utilizar las facultades de los titulares de los derechos de explotación de las publicaciones y repartirse beneficios obtenidos, y ello sin que contasen con el consentimiento de los titulares afectados, quedando demostrado que estos les comunicaron en múltiples ocasiones lo contrario, requiriéndoles reiteradamente de que no usaran más los contenidos objeto de explotación por parte de estos legítimos titulares. Para ello se valían de unos terceros situados en Ucrania no identificados, con los que contactaban asiduamente mediante comunicaciones al número 380879349264 y a los correos electrónicos naz101@ukr.net y Kwinto83@hotmail.com, las cuales proporcionaban y preparaban las publicaciones y las preparaban para su difusión en la página. Estos terceros percibían unas cantidades prefijadas por el trabajo realizado, recibiendo órdenes de los dos anteriores. Los dos acusados referidos llevaban a cabo gestiones de administración y control de la Web, subiendo y controlando los contenidos de las web a través de cuentas de usuario creadas con tal fin, y como se ha dicho, realizaban los contratos de publicidad, aportaban conexiones IPS para operar, y cuentas bancarias para cobrar.

Juntos a estos contenidos cuyo derecho de explotación los ostentaban titulares que no habían prestado su consentimiento y se habían opuesto a su divulgación, otros titulares de derechos de explotación de derechos de propiedad intelectual en general compartían estas contenidos de forma

voluntaria en la página web, si bien eran en su prácticamente totalidad muy poco conocidos, utilizando la plataforma precisamente para darse a conocer.

SEXO.-Las cantidades procedentes de las empresas que se anunciaban, se abonaban en la cuenta de Bancaja n° 2077 XXX de la que era titular R.XXX así como, tras la constitución de NETWORKS BABILONTEC S.L., en la cuenta de Nova Caixa Galicia n° 2091XXX cuya titularidad correspondía a la citada compañía figurando como autorizados R.XXX, O.XXX y D.XXX. 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 J.XXX (empresa Thinkin-in Media) sumando un total de 4.655,10 euros y otros de la empresa Matomy Media Lld por un total de 4.655,10 euros. En total, se abonaron en esta cuenta un total de 76.725,46 euros en poco menos de un año. Por otro lado, existen también ingresos bajo el concepto de "Remesa Efectos que suman un total de 66.699,77 euros. En consecuencia, la suma total de los ingresos producidos en las cuentas corrientes controladas por los acusados y que procedían de su ilícita actividad han ascendido a 196.280,71 euros.

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

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

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

"FALLAMOS: Primero.- Que debemos absolver y absolvemos a O.XXX 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 D.XXX

Y A R.XXX

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 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 la representación de **D.XXX , R.XXX**

y la acusación particular de la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE), 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, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

La representación de D.XXX:

PRIMERO.- Al amparo del art. 852 de la LECRim., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Infracción de Ley al amparo del art. 849.2º LECRim.

TERCERO.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1.2 y 3 de la LECrim.

La representación de R.XXX:

PRIMERO.- Al amparo del rt. 849.2º por error en la valoración de la prueba documental que cita.

SEGUNDO.- Quebrantamiento de forma de los números 1 y 3 del art. 851 de la LECRim.

TERCERO.- Por vía del art. 852 de la Ley Procesal denuncia vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un proceso con garantías del art. 24 de la CE.

La representación de la Asociación de Editores de Diarios Españoles (AEDE):

PRIMERO.- Al amparo del art. 849.1º por infracción del art. 301.1 del C.P.

SEGUNDO.- Por igual vía, denuncia inaplicación del art. 570 bis 1 Código Penal.

TERCERO.- Al amparo del art. 849.1º LECRim., por inaplicación del art. 570 bis 2 c) del Código Penal en relación a la utilización de medios avanzados de comunicación para la impunidad o facilitar el delito.

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.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de septiembre de 2015.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia objeto de la presente censura casacional condena a los recurrentes como autores de un delito contra la propiedad intelectual, al tiempo que son absueltos del delito de blanqueo de dinero. Esa absolución es, también, objeto de la impugnación por la acusación particular, la asociación de editores de diarios españoles (AEDE).

El relato fáctico es escueto en su redacción, pese a la complejidad de los hechos en lo referente a la modalidad comisiva del hecho objeto de acusación. Esa ausencia de determinación del hecho es causal a una relación

de hechos de la acusación igualmente indeterminada en la delimitación del hecho objeto de acusación. Refiere que los dos condenados, junto a otras personas no identificadas radicadas en Ucrania, "comunicaron públicamente a través de Internet publicaciones periódicas y libros sin autorización de los titulares de los derechos de dichas obras". Para ello, continua el relato fáctico, "crearon la página www.youkioske.com mediante la que ofrecían la posibilidad de leer las más variadas publicaciones sin contraprestación alguna procedentes de los usuarios". Refiere que se accedía a las publicaciones y libros a través de un menú. También se declara probado que los acusados formaron una sociedad para la explotación económica de la página que obtenía ingresos a través de la publicidad que generaba. El número de publicaciones a las que se podría visitar a través de la página superaban las 17.000, de distintos países, y permitía acudir a distintas publicaciones que ofertaban en distintas categorías. "Entre las que eran objeto de publicación reiterada a través de la citada página se encontraban los diarios El Mundo, Marca, El País, El Economista, Diario As, Público o Expansión, o 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". Finalmente, se expresa como hecho probado, que crearon la página de Internet para explotar los derechos derivados de la publicación de los periódicos y revistas que se relacionan, respecto a las que no tenían permiso para esa explotación, aunque sí respecto de otras que, se afirma eran poco importantes.

La argumentación es extensa. Respecto a la prueba señala la sentencia que "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", lo que es objeto de un posterior desarrollo. También es prolija la sentencia en la motivación sobre el acceso de contenidos a Internet, hasta el

punto de que en los recursos se cuestiona esa argumentación, no tanto por su contenido, como por su inadecuación al caso, al expresar una explicación sobre el acceso a contenidos de Internet ajenos a la dinámica comisiva del hecho concreto objeto de la acusación.

Los recurrentes plantean en la impugnación varias argumentaciones. En primer lugar, la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia en el que reprochan la actuación de la policía, siguiendo instrucciones del Fiscal, que cerró la página en Internet; lo que ha impedido acreditar la realidad de la conducta objeto de la acusación, la forma de acceso y que resultara acreditada la ilicitud y tipicidad. En otro orden de argumentos, cuestiona el apoyo que la sentencia impugnada encuentra en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 13 de febrero de 2014, "caso Svensson", que interpreta la Directiva 2000/29/CE, referida a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor. Afirman los recurrentes que la Sentencia del TJUE dice lo contrario de lo que la sentencia impugnada afirma, pues el Tribunal de Justicia Europeo lo que afirma es que no es un acto de comunicación pública, modalidad en la que la sentencia impugnada ancla la responsabilidad penal, "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". La sentencia impugnada realiza, con apoyo en la STJUE, una interpretación "contrario sensu" de su doctrina de la que resulta que cuando el acceso no pueda realizarse libremente a otra página de Internet, sí es un acto de comunicación pública. En otro orden de argumentación cuestionan que la sentencia impugnada haya realizado una interpretación retroactiva de la reforma del art. 270, párrafo segundo, tras la LO 1/2015 que entró en vigor el pasado día 1 de julio del presente año, al referir junto a las conductas típicas del párrafo primero la siguiente conducta: "la misma pena se impondrá a quien, en la prestación de servicios de la sociedad de

información, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto, y en perjuicio de tercero, facilite de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento meramente técnico, el acceso o la localización en Internet de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos o de sus cesionarios, en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados de enlaces a las obras y contenidos referidos anteriormente, aunque dichos enlaces hubiesen sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios". Entiende que la modalidad del nuevo precepto penal es la que se ajusta a la descrita en el hecho probado, facilitar el acceso a contenidos protegidos a través de enlaces, sin autorización de los titulares, conducta que no estaba vigente al tiempo de los hechos y que su aplicación en la impugnada lesiona la irretroactividad de la norma penal.

Otro aspecto cuestionado de la sentencia impugnada es el del objeto de protección previsto por el tipo penal del art. 270 del Código penal, sobre el que la sentencia nada dice y cuyo análisis debe presidir la interpretación de la norma y su aplicación al caso concreto.

También se denuncia el empleo de la expresión "comunicación pública" predeterminando el fallo y dándole un contenido distinto al que resulta de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión.

Con las anteriores premisas abordamos el análisis del recurso interpuesto. Anticipamos lo que será la conclusión final: estimamos el motivo formalizado por quebrantamiento de forma, que ponemos en relación con los formalizados por error de derecho y vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues el relato fáctico no es preciso en la determinación de lo imputado. Concretamente, en la explicación de los requisitos de la tipicidad y

en lo referente al contenido preciso de la expresión "comunicar públicamente" que emplea el hecho probado y que ha de ser rellenado en su comprensión con la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, caso Svensson, sobre cuya interpretación se ha producido discrepancia sobre su entendimiento; además de ciertas omisiones en la motivación, como la referida a la nulidad de la prueba denunciada y el análisis de la tipicidad desde el carácter fragmentario del Derecho penal.

SEGUNDO.- El artículo 270 del Código penal protege la propiedad intelectual sobre tres manifestaciones concretas, la propiedad intelectual, científica y artística. Su reconocimiento como tal propiedad no ha sido aceptado de forma generalizada pues sabido es que, durante mucho tiempo, los avances de la sociedad se asentaron sobre las copias que desde los monasterios se realizaban de los avances en técnicas y de las formas de ordenación social como presupuesto sobre el que avanzar las nuevas generaciones. Evidentemente, los tiempos han cambiado y hoy se reconoce a la propiedad intelectual su valor jurídico y la necesidad de protección penal. Hasta tal punto es así que nuestro país, nuestro ordenamiento, ha visto cómo en los últimos años y tras sucesivas reformas, la propiedad intelectual ha pasado de un mero reconocimiento a una efectiva protección. Nuestro país ha dejado de pertenecer a la lista de países poco respetuosos con el derecho objeto de la tutela y en pocos años hemos pasado de una legislación escasa a otra más comprometida con las exigencias de la propiedad intelectual. Quizás no sea todavía suficiente y sean precisos nuevos instrumentos de control, no solamente penales. Buena prueba de lo anterior es el Real Decreto legislativo 1/1996, modificado por la Ley de 5 de noviembre de 2014, que prevé la existencia de una función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital a desarrollar por la denominada Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, a la que corresponde la salvaguarda de los derechos de

propiedad intelectual frente a vulneraciones por los responsables de los servicios de la sociedad de información. Entre sus 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 (art. 158 ter).

Con la creación de esta Sección Segunda se hace efectiva la vigencia de uno de los principios básicos del sistema penal, el carácter fragmentario que lo informa, reservando la actuación del Derecho penal a los ataques mas graves al bien jurídico, a los mas intolerables al régimen de la propiedad intelectual; en tanto que la represión de conductas contrarias al Derecho menos graves serán corregidas por medio del Derecho civil, reclamaciones sobre el contenido patrimonial del derecho, y el Derecho administrativo sancionador, en cuanto comprometan la prestación de un servicio público.

En la interpretación del tipo penal debemos tener en cuenta, en consecuencia, una primera limitación en la aplicación del tipo penal, según resulta del carácter fragmentario del Derecho penal reservando la actuación de este sistema de represión a los ataques mas graves al bien jurídico.

Por lo tanto, 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.

Un segundo aspecto a tener en cuenta es el objeto de la protección del delito contra la propiedad intelectual. El art. 270 CP castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

En el supuesto de esta casación es patente que los periódicos y revistas sobre los que se actúa sólo pueden ser encajados en la propiedad intelectual. El concepto y lo que comprenda esa expresión han de ser analizados desde la legislación de la propiedad intelectual. Se trata de un elemento normativo que se rellena a partir de la normativa específica. El art. 10 de Ley de propiedad intelectual no es muy preciso y la relación que expresa ha de ser entendida como una relación de *numerus apertus*, abierta a cualquier obra documentada que sea creación del espíritu con un contenido original. En la relación del art. 10 aparecen los libros, folletos, epistolarios, escritos discursos y alocuciones, conferencia, informes forenses, explicaciones de cátedra, etc. No hay referencia expresa a los medios de comunicación social, pero es notorio que esos 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, por reunir las características que la delimitan. La ambigüedad de la norma respecto a su contenido nos lleva a ahondar más en la ley y descubrir en la misma preceptos de singular relevancia en la interpretación que nos ocupa. Así el art. 32.1.2 de la Ley de propiedad intelectual refiere el supuesto de los denominados agregadores: "prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos en sitios web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de la opinión pública o de entretenimiento", para los que se dispone que no requerirán autorización, sin perjuicio del derecho del editor o de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. No es un supuesto plenamente aplicable al caso de nuestra casación, en la medida en que se refiere a fragmentos de contenidos, pero da idea del distinto tratamiento que merecen los contenidos de la propiedad intelectual, como creación del espíritu con un contenido original, respecto de la mera publicación de noticias.

La sentencia deberá analizar, consecuentemente, el contenido de la propiedad intelectual agredido. En otros términos, si se afirma que se han comunicado públicamente libros deberá señalarse qué libros han sido objeto de un acto lesivo; si de revistas, cuáles e, igualmente, de periódicos, especificando sí, en concreto, sus contenidos de propiedad intelectual, habían sido, o no, divulgados en Internet por sus titulares.

En el análisis de la tipicidad ha de repararse en los verbos que delimitan la conducta típica, los verbos nucleares de la acción. Las conductas típicas son las de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente. De estas la que, *prima facie*, se ajusta al relato fáctico es la de comunicar públicamente y a ella se refiere expresamente el hecho probado. Esa utilización del término previsto en la tipicidad predetermina el fallo e impide una concreta actuación de la defensa. Además, en la interpretación de lo que sea comunicación pública hemos de tener en cuenta la que de ese término realizó la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, a la que antes nos referimos, STJUE de 13 de febrero de 2014, Caso Svensson, de la que destacamos la siguiente doctrina: "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". La Sentencia interpreta la Directiva 2000/29/CE, referida a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y es de especial relevancia en

la interpretación de nuestra norma penal, al contenido en la expresión "comunicación pública" requerida por el tipo penal.

Esta Sentencia, caso Svensson, se pronuncia sobre un aspecto que guarda relación con el caso que nos ocupa y nos servirá para dar un significado preciso a la conducta típica cuya modalidad ha sido objeto de la condena: comunicar públicamente. El tema sometido a la consideración del Tribunal era el de si la inserción de enlaces en una página web que permiten acceder a obras protegidas por derechos de autor, ubicadas en otros lugares de Internet, supone un acto de comunicación pública que deba ser autorizado por los titulares de derechos sobre la obra enlazada.

La interpretación del TJUE parte de una concepción amplia de lo que es un acto de comunicación pública y puesta a disposición del público. Un enlace sí es un acto de comunicación pública en la modalidad de puesta a disposición del público. Ahora bien, 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 requieran la autorización de los titulares de derechos, salvo que se dirijan a un público nuevo, no contemplado por los titulares de derechos en el momento de autorizar la comunicación inicial. No existe un 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"*.

El relato fáctico, como se ha dicho anteriormente, es escueto en su redacción y la misma aparece comprometida por el escrito de acusación también parco en la expresión del hecho. Aunque refiere que los autores imputados por la conducta incorporaron a la página web libros, no se refiere ningún título, ni por lo tanto, un perjudicado por esa conducta. Por otra parte,

aunque señala que fueron 17.000 las revistas y diarios a los que se podía acceder, algunos habían prestado su consentimiento a compartir sus contenidos, en tanto que otros no, los que se relacionan como publicaciones más visitadas (diarios El Mundo, El País, Marca...), que habían denunciado la conducta objeto de la acusación. Sin embargo, conocemos, porque es un hecho notorio, que esas publicaciones, al menos al tiempo de los hechos, comunican sus contenidos a partir de sus ediciones digitales. Se trata de contenidos ya comunicados por el titular del derecho, por lo que desde el relato fáctico no es posible conocer si la comunicación de ese contenido se dirige a lo que la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia denomina "público nuevo", como elemento necesario para la catalogación de comunicación pública que hace típica la conducta. Aunque es cierto que, en ocasiones, los contenidos impresos y digitales de una publicación no son coincidentes, en el relato fáctico no hay referencia alguna a ese extremo y esa falta de concreción no permite la catalogación de hecho como destinado al público nuevo, que caracteriza la comunicación pública; y esa comprobación deberá realizarse al tiempo de los hechos, pues si ahora no coinciden los contenidos impresos y digitales, al tiempo de los hechos sí existía esa coincidencia.

Por lo tanto, el relato fáctico de la sentencia, debe ser más explícito en la redacción del hecho y desde ahí realizar la subsunción. El redactado no relaciona libros sobre los que se haya realizado la conducta típica del delito, ni señala los objetos de la propiedad intelectual transgredidos, en los términos que resultan de la Sentencia del TJUE, caso Svensson, y que debe explicitarse en qué medida, al tiempo de los hechos, las publicaciones en la página web "youkioske" no habían sido previamente comunicadas en las ediciones digitales de los mismos titulares. Habrá de examinarse las periciales

realizadas en la causa, en su caso, y declarar que el contenido de lo publicado en youkioske estaba protegido porque no había sido publicado anteriormente.

También deberá motivarse sobre la queja planteada, en la instancia y en casación, sobre la regularidad de la clausura de la página y en qué medida esa actuación policial ha impedido la acreditación de los hechos o el planteamiento de una defensa adecuada a la imputación del hecho.

También si el acto realizado puede ser considerado como un acto de comunicación pública en la medida en que los contenidos objeto de protección penal ya habían sido comunicados por los titulares del derecho. Esa falta de determinación del hecho, junto al empleo de un término predeterminante del fallo, "comunicaron públicamente", puesto en relación con la fundamentación de la sentencia que expresa la existencia de una abrumadora prueba sobre el hecho de la acusación, hace preciso la anulación de la sentencia para que se dicte otra, la que teniendo en cuenta lo anteriormente argumentado, la prueba practicada y evitando definir con el empleo de la locución del tipo penal, se redacte un nuevo hecho que, en su caso, permita la subsunción en la norma objeto de la acusación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** por quebrantamiento de forma interpuesto por las representaciones de **D.XXX** y **R.XXX**, contra la sentencia dictada el día 5 de marzo de 2015 por la **Audiencia Nacional, Sección Segunda**, en la causa seguida contra ellos mismos y otro no recurrente, por delito contra la propiedad

intelectual, que anulamos. Retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia. Declarando de oficio el pago de las costas causadas correspondientes a sus recursos. 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

José Manuel Maza Martín

Francisco Monterde Ferrer

Alberto Jorge Barreiro

Juan Saavedra Ruíz

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

PUBLICACION.- Leida 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 Secretario certifico.