



Roj: **STS 1223/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1223**

Id Cendoj: **28079120012023100177**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2023**

Nº de Recurso: **1347/2021**

Nº de Resolución: **190/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LE 260/2021,**
STS 1223/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 190/2023

Fecha de sentencia: 15/03/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1347/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/03/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1347/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 190/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto los recursos de casación por infracción de Ley e infracción de precepto constitucional interpuestos, respectivamente, por la representación legal de la acusación particular, **ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)**, y del acusado **DON Cesar**, ambos contra la Sentencia núm. 42/2021, dictada el 1 de febrero, por la Audiencia Provincial de León, sección tercera, por la que se condenó a Cesar como autor penalmente responsable de un delito contra el mercado y los consumidores, en grado de tentativa; y se le absolvió, en cambio, del delito contra la propiedad intelectual que también se le imputaba. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento, como recurrentes, la acusación particular, **ENTIDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES (EGEDA)**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Téllez Andrea y bajo la asistencia técnica de la Letrada doña María de la O Suárez Pliego; y el condenado, **DON Cesar**, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Berta Fernández Díez y asistido por el Letrado don Fernando Rodríguez Santocildes. Como parte recurrida la entidad **D.T.S. - DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL S.A.-**, representada por el Procurador de los Tribunales don Jacobo Borja Rayón y, ejerciendo la acción pública el **MINISTERIO FISCAL**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de León, incoó procedimiento abreviado núm. 2415/2014, por presunto delito continuado contra la propiedad intelectual y contra el mercado y los consumidores, contra don Cesar. Una vez concluidas las actuaciones las remitió para su enjuiciamiento a la Sección tercera de la Audiencia Provincial de León, que incoó PA núm. 32/2020 y con fecha 1 de febrero de 2021, dictó Sentencia núm. 42 que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"De la apreciación de las pruebas practicadas **RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA** que, desde el 7 de abril de 2014 y hasta el 1 de junio de 2015 el acusado Cesar, con DNI NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, desde su domicilio en la C/ ALAMEDA000 nº NUM001 de León, administraba el blog <http://cinecone.blogspot.com.es> ponía a disposición del público sin la autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual unas 300 obras audiovisuales, en su mayoría largometrajes cinematográficos, de forma estructurada y ordenada, para su visionado en streaming -vidspot.net-, o para su descarga directa -uploaded.net- mediante enlaces a otras páginas web colocados en dicho blog. El acusado había creado un perfil en Facebook desde el que se podía acceder a la página <http://cinecone.blogspot.com> y enlazar con los contenidos puestos a disposición en la misma. En la misma página se animaba a los usuarios a reportar posibles errores en los enlaces puestos a disposición para acceder a un sorteo semanal de un terminal descodificador que permitiese visionar gratis los canales de Digital+.

El acusado Cesar administraba, al menos desde el 17 de octubre de 2013 y hasta el 1 de junio de 2015, otro blog, <http://ligaencasa.blogspot.com.es>, en donde ponía a disposición del público diferentes señales de TV, tanto en abierto como de canales de TV con contenidos premium de acceso condicionado al pago (Canal+) y que, una vez descodificadas, eran retransmitidas en streaming a través del mencionado blog, todo ello sin la autorización de los titulares de los derechos. En <http://ligaencasa.blogspot.com.es> existía un apartado titulado "cómo ver todos los canales digitales gratis" que, al pinchar en el mismo, ofrecía una gran variedad de canales de televisión en abierto y de pago. Asimismo, el acusado anunciaba para su comercialización terminales decodificadores con el firmware modificado, cuya finalidad era el acceso libre a todos los canales y contenidos emitidos por la plataforma satelital de TV de acceso condicionado al pago Canal+ a un precio de 130 euros y, además, el acusado también ofrecía sus servicios para la reparación y mantenimiento de equipos informáticos. En diferentes apartados de la página <http://ligaencasa.blogspot.com.es> facilitaba como forma de contacto el número de teléfono NUM002 y el email ventatodo@hotmail.com.

No se ha practicado actuación alguna en el procedimiento desde la diligencia de 2 de mayo de 2018 hasta la providencia de 10 de abril de 2019".

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

"Que debemos condenar y condenamos a Cesar como responsable en concepto de autor de un delito contra el mercado y los consumidores en grado de tentativa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias



modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE TRES MESES con una cuota diaria de seis euros (en total, 540 euros), con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, delito por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular de la entidad DTS (DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL).

Que debemos absolver y absolvemos a Cesar del delito contra el mercado y los consumidores por el que de modo alternativo venía siendo acusado por DTS (DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL) y

Que debemos absolver y absolvemos a Cesar del delito contra la propiedad intelectual por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal DTS (DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL) y EGEDA (ENTIDAD DE GESTION DE DERECHOS DE LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES).

El acusado indemnizará a DTS (DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL) en la cantidad de 300 euros por daño moral.

Se imponen expresamente la mitad de las costas al acusado, incluidas las de las Acusaciones Particulares, declarando el resto de oficio.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de casación previa preparación dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia, en los términos a que se refiere el artículo 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Una vez firme la presente resolución, se acuerda la publicación de la presente resolución en un periódico oficial.

Notifíquese esta sentencia en legal forma".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal de la acusación particular, EGEDA, y del condenado anunciaron su propósito de interponer recursos de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional y por quebrantamiento de forma, recursos que se tuvieron por preparados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formalizado por la Entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales (EGEDA) se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del artículo 270.1 del Código Penal, en relación con el delito contra la propiedad intelectual, en su redacción vigente a la fecha de comisión de los hechos enjuiciados y por error en la calificación jurídica de los hechos declarados probados.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 852 de la LECrim., por vulneración de los apartados primero y tercero del artículo 9, en relación con el apartado primero del artículo 25 de la Constitución española. Se queja de incorrecta interpretación de los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad de la norma penal desfavorable y taxatividad penal.

El recurso de casación formalizado por don Cesar se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 286.1 del Código Penal.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española y el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de 12 de abril de 2021, se da traslado para instrucción al Ministerio Fiscal, a las partes recurrentes entre sí y a la parte recurrida de los recursos interpuestos. La representación procesal de la acusación particular y del condenado se oponen a los recursos de casación interpuestos de contrario en sendos escritos de 26 y 27 de abril siguientes.

Instruido el Ministerio Fiscal de ambos recursos formalizados estimó procedente su decisión sin celebración de vista, e interesó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los dos, conforme a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 12 de mayo de 2021.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de enero de 2023 se señala el presente recurso para deliberación y fallo el próximo día 14 de marzo de 2023.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de Cesar .-

PRIMERO.- 1.- Resultó condenado quien ahora recurre como autor de un delito contra el mercado y los consumidores, de los previstos en el artículo 286.1.1º del Código Penal, en grado de tentativa, siéndole impuestas las penas de tres meses de prisión y tres meses de multa, con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago.

2.- El recurso de casación que interpone se conforma por dos motivos de queja, que deberán ser abordados alterando el orden en el que fueron propuestos. Nos ocuparemos primero de la queja referida a la denunciada vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia; para, si así procede, analizar posteriormente si los hechos que se declaran probados en la sentencia impugnada resultaron calificados correctamente.

SEGUNDO.- 1.- Se queja, en síntesis, quien ahora recurre, después de exponer una muestra de la doctrina jurisprudencial relativa a las funciones que a este Tribunal competen cuando es lo invocado la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y de reproducir los hechos que la sentencia recurrida considera probados, de que la defensa impugnó la prueba documental aportada por las acusaciones, en cuanto se trataba de meras capturas de pantalla y/o listados, cuyo contenido (quiere decir, cuya autenticidad) consideraba no había sido suficientemente justificada.

Por otra parte, y con relación al anuncio de los decodificadores incorporado en el blog, el mismo no era, según el recurrente explica, más que una mera *"remisión a la página del portal de ventas de Amazon, sin que se haya desplegado prueba alguna que permita concluir que el seguimiento de tal anuncio posibilitaría la efectiva adquisición del dispositivo"*.

Finalmente, invoca quien ahora recurre el resultado de la prueba pericial realizada a iniciativa de la defensa, censurando que la sentencia impugnada otorgase mayor valor a la practicada a propuesta de las acusaciones, siendo que aquélla habría puesto de manifiesto que el acusado *"no vende decodificadores ni los suministra sino que únicamente se limitó a copiar un link del portal Amazon"*, sin que se haya acreditado, a su juicio, de manera suficiente que el anuncio que el acusado incorporaba en su blog permitiese *"de alguna manera el resultado final que no es otro que la adquisición del codificador, extremo este no acreditado por ninguno de los medios de prueba practicados"*.

2.- Recuerda, por todas, nuestra sentencia número 67/2022, de 4 de noviembre que: <<Como se explica en numerosas resoluciones de esta Sala, (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque solo a éste corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal 'a quo' contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la intermediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (art. 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio 'nemo tenetur' (STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba



utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de intermediación">>.

3.- En el caso, la sentencia impugnada considera que los hechos que declara probados en el segundo párrafo del factum, –es decir, los relativos al blog <http://ligaencasa.blogspot.com.es>, que el propio acusado reconoce que fue abierto y era utilizado por él–, constituyen un delito contra el mercado y los consumidores, en grado de tentativa, previsto en el art. 286.1, 1º, en relación con los arts. 16.1 y 62 del Código Penal. Dicho precepto sanciona a quien sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante: la fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

Se explica en la resolución impugnada que la actividad del acusado a través del blog hacía *"más viable y asequible el acceso de una pluralidad de personas al contenido de los programas de televisión de "Canal+", todo ello a través del decodificador y el programa, cuya localización e instrucciones para la instalación, facilitaba por internet"*, destacando, además, que *"el acusado puso a disposición de las personas en su blog información de programas que, una vez instalados en el decodificador, posibilitaban el acceso a los programas de televisión protegidos"*, y añadiendo que el acusado permitía el acceso a la compilación de programas protegidos, previo pago de una cantidad de dinero a cambio del decodificador que ofertaba y del firmware para su modificación ilegal. Sin embargo, al no haberse acreditado que llegara a materializar ninguna de las ventas proyectadas, se castiga el delito en grado de tentativa.

Es en el primero de sus fundamentos jurídicos en el que la sentencia impugnada procede a la valoración de la prueba, explicando las razones que determinaron su pronunciamiento condenatorio respecto a este ilícito penal. Así, pondera que el propio acusado reconoció que anunciaba en su blog la venta de decodificadores, aunque observando que remitía a los compradores a Amazon. Al mismo tiempo, señaló también el acusado que los tutoriales para la instalación del firmware no los confeccionó él, sino que los había encontrado en internet, reconociendo igualmente su titularidad con respecto al número de teléfono y a la cuenta de correo de la que dejaba constancia en su blog. Admite también que anunció, en beneficio de las personas que interactuaran con él, el sorteo de un decodificador, aunque añade que eso lo hizo *"por bobadas, para subir las visitas al blog que eran pocas"*.

Seguidamente, la sentencia impugnada deja constancia del desarrollo de los diferentes elementos que ha tomado en cuenta para asentar sus conclusiones probatorias: el acusado es, efectivamente, el autor y responsable del blog; desde el mismo se retransmitían señales de canales de televisión de acceso condicionado al pago previo, como atestiguaron los agentes de policía que en la sentencia impugnada se citan y los testigos don Antonio y don Aureliano ; además, junto al anuncio de los decodificadores *"ya preparados para ver todo el fútbol y películas"*, indicando los precios del decodificador y de la parabólica, se añadía *"referencia a la instalación en casa (este servicio se hace cuando hay que instalar la parabólica) en otro caso no hace falta ya que el aparato está preparado para funcionar"*. Este último extremo, ciertamente, se pone en cuestión por quien aquí recurre para señalar que el documento (pantallazo) que aportaron las acusaciones expresivo de la oferta de tales servicios resultó impugnado por la defensa, frente a lo que se afirma en la sentencia recurrida. Mas lo cierto es que dicha impugnación, genérica, en absoluto desmiente que, más allá de cualquier duda al respecto, el acusado, en su perfil de Facebook, ofrecía también sus servicios para la reparación y mantenimiento de equipos informáticos, *"anuncio que él mismo admitió en el plenario"*.

Por otra parte, se pondera también en la sentencia impugnada la existencia de un correo electrónico, aportado por una de las acusaciones y procedente de la dirección de correo que el acusado reconoció de su titularidad, en el que se impartían instrucciones para instalar el firmware, indicando al destinatario que si no lograba instalarlo le llamara, para irlo haciendo juntos; documento que también pretende inhabilitar en su valor probatorio la defensa del acusado, con una simple y genérica impugnación de todos los aportados por las acusaciones.

Se pondera también el sorteo semanal de un decodificador que se ofertaba en el blog, así como la circunstancia de que en el registro que se efectuó en la vivienda del acusado, le fueron ocupados al mismo *"dos ordenadores, una Tablet, un descodificador, parabólica y dos memorias USB"*, siendo que, al tiempo de practicarse dicha diligencia, el equipo estaba funcionando *"emitiéndose un partido en la televisión de un canal de pago (Canal+), según indicaron los agentes mencionados y también la agente Policía Nacional NUM003 que realizó el reportaje fotográfico unido al atestado (fs. 544 y siguientes)"*.

Así pues, incluso prescindiendo de la discrepancia existente entre los peritos propuestos por acusación y defensa, respecto a la capacidad de los equipos de los que el acusado disponía para emitir desde ellos los

programas protegidos que también ofertaba, y por más que el Tribunal explique, de forma suficientemente argumentada, las razones por las que otorga mayor valor de persuasión al realizado por las acusaciones, lo cierto es que ha existido prueba de cargo bastante para considerar que desde el referido blog se ofertaba la adquisición de los mencionados decodificadores, con el apoyo y asistencia técnica necesaria para burlar con ellos las protecciones legalmente establecidas.

Existió prueba de cargo, válidamente obtenida, regularmente practicada, y que se alcanza, con suficiencia, para excluir cualquier otra alternativa, igual o parecidamente válida desde el punto de vista epistemológico.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 1.- También considera este recurrente que, en cualquier caso, y ahora por el cauce que ofrece el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se habría aplicado indebidamente el artículo 286.1 del Código Penal.

2.- Explica, en este sentido y en síntesis, que el acusado se limitaba a ofrecer en su blog un enlace que remitía al portal de compras de Amazon donde los terceros podrían adquirir los mencionados decodificadores, siendo, asegura el recurrente, enteramente ajeno el acusado a dicho proceso de comercialización, sin que, además, se incluyera en el blog ninguna otra información adicional, *"lo cual no puede entenderse en los términos que deben revestir el término facilitar del artículo 286.1 del Código Penal"*.

Seguidamente, el recurrente explica: *"En los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida no se recoge un acto que permita facilitar, en sentido estricto, el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica; mi representado no ha fabricado, ni ha importado ni distribuido, ni ha puesto a disposición por vía electrónica, no ha vendido ni alquilado ningún equipo o programa informático para hacer posible dicho acceso y por lo tanto no ha realizado la conducta típica del artículo 26.1.1º del Código Penal por el que venía condenado"*.

2.- Lo cierto es que el recurrente bordea, en unos casos, y extravasa claramente en otros, lo que al respecto se deja establecido en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada que, indudablemente, no se limita a describir, desde el blog del que el acusado era titular y gestionaba, un mero reenvío al portal de compras de Amazon para la eventual adquisición de decodificadores. Importa recordar aquí lo que, con respecto a este concreto blog, se consigna en el factum: *"El acusado Cesar administraba, al menos desde el 17 de octubre de 2013 y hasta el 1 de junio de 2015, otro blog, <http://ligaencasa.blogspot.com.es>, en donde ponía a disposición del público diferentes señales de TV, tanto en abierto como de canales de TV con contenidos premium de acceso condicionado al pago (Canal+) y que, una vez descodificadas, eran retransmitidas en streaming a través del mencionado blog, todo ello sin la autorización de los titulares de los derechos. En <http://ligaencasa.blogspot.com.es> existía un apartado titulado "cómo ver todos los canales digitales gratis" que, al pinchar en el mismo, ofrecía una gran variedad de canales de televisión en abierto y de pago. Asimismo, el acusado anunciaba para su comercialización terminales decodificadores con el firmware modificado, cuya finalidad era el acceso libre a todos los canales y contenidos emitidos por la plataforma satelital de TV de acceso condicionado al pago Canal+ a un precio de 130 euros y, además, el acusado también ofrecía sus servicios para la reparación y mantenimiento de equipos informáticos. En diferentes apartados de la página <http://ligaencasa.blogspot.com.es> facilitaba como forma de contacto el número de teléfono NUM002 y el email ventatodo@hotmail.com <<mailto:ventatodo@hotmail.com>>".* Ello, además de haber señalado previamente que, en otro blog de este mismo acusado: *"se animaba a los usuarios a reportar posibles errores en los enlaces puestos a disposición para acceder a un sorteo semanal de un terminal descodificador que permitiese visionar gratis los canales de Digital+"*.

3.- Importa tener en cuenta al respecto que, como recuerda, por ejemplo, nuestra sentencia número 665/2022, de 30 de junio: <<Es claro que el recurso aparece defectuosamente articulado, en la medida en que se aparta del relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, desatendiendo las exigencias derivadas del motivo de impugnación escogido. En innumerables ocasiones hemos recordado que, cuando lo que se cuestiona es el denominado juicio de subsunción (artículo 849.1), resulta indispensable tomar como referencia el sustrato fáctico sobre el que aquel opera ("dados los hechos que se declaran probados"), habida cuenta de que una eventual modificación en éstos, dejaría aquel desprovisto de todo sentido>>.

Se desestima el motivo y, con él, la totalidad del recurso.

Recurso de entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales (EGEDA).-

CUARTO.- 1.- Dos son los motivos de impugnación que estructuran el presente recurso, aunque, como se explicará, el segundo carece de sustantividad probatoria, resultando, un mero epifenómeno del anterior.



El recurso se dirige contra el pronunciamiento absolutorio que se contiene en la sentencia impugnada con relación al delito contra la propiedad intelectual, al considerar primeramente la parte quejosa que en la misma se habrían dejado de aplicar indebidamente las previsiones contenidas en el artículo 270.1 del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos enjuiciados. En segundo lugar, y ahora por la vía que autoriza el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, considera el recurrente vulnerados los apartados primero y tercero del artículo 9 de la Constitución, así como el artículo 25 de la misma por *"incorrecta interpretación de los principios constitucionales de legalidad, irretroactividad de la norma penal desfavorable y taxatividad penal"*. Es evidente, sin embargo, que este segundo motivo de queja, como la propia parte recurrente viene a reconocer, únicamente cobraría sentido para el caso de entender que la inaplicación efectivamente realizada en la sentencia recurrida del artículo 270.1 del Código Penal, hubiera resultado indebida, vulnerándose de ese modo el principio de legalidad por incorrecta aplicación del de irretroactividad de las normas penales desfavorables. Así, expresa la recurrente que, *"partiendo de todos los argumentos esgrimidos"* en el motivo anterior, se habría ignorado el principio de primacía del derecho de la Unión y el principio de legalidad, por considerar indebidamente la sentencia recurrida que la jurisprudencia del TJUE (particularmente, la resultante de la resolución Svensson, a la que luego aludiremos) no podía resultar retroactivamente aplicada. Ambos motivos de impugnación habrán de abordarse, pues, conjuntamente.

2.- Identifica de forma inobjetable quien ahora recurre las dos razones sustanciales por las que la sentencia impugnada viene a absolver al acusado del ilícito penal que se le atribuía (delito contra la propiedad intelectual, previsto y penado en el artículo 270.1 del Código Penal).

Por una parte, la resolución recurrida considera, --fundamento jurídico segundo--, partiendo de que los hechos que se declaran probados tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, actuando el acusado a través de la colocación en uno de sus blogs de sendos enlaces para acceder a páginas terceras, que dicha conducta resulta atípica, teniendo, tras la entrada en vigor de dicha ley, encaje en las previsiones ahora contempladas en el artículo 270.2 del Código Penal. Se apoya para así concluirlo en una serie de decisiones adoptadas por diferentes Tribunales de España (Audiencia Provincial de León o de Madrid, entre otros). Explica la sentencia impugnada que, a su parecer, tales conductas no colmaban las exigencias típicas prevenidas conforme a la legislación entonces aplicable, sin que pudieran reputarse comunicación pública. La sentencia impugnada no omite considerar la decisión adoptada por el TJUE, en el referido caso Svensson, mas entiende que, pese a la existencia de dicha resolución, el legislador español siguió adelante con la modificación legal, incorporando el nuevo artículo 270.2 lo que, de algún modo, venía a expresar que aún la consideraba precisa. Observa entonces la Audiencia Provincial que resulta *"problemática, a la luz del principio de legalidad, la aplicación retroactiva de la interpretación jurisprudencial del TJUE"* a hechos acaecidos con anterioridad. Todo ello, para terminar considerando, expuestos naturalmente sus razonamientos, en síntesis, que sin perjuicio del principio de primacía del derecho comunitario, el principio de legalidad *"impide calificar ex post facto como delitos acciones no previamente tipificadas, con lo que se considera que la interpretación (en una cuestión dudosa en el marco del derecho privado) por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no puede considerarse por respeto a los principios básicos del derecho penal, una tipificación de conductas no castigadas previamente"*. En este sentido, observa también que así lo entendió igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, en su sentencia de fecha 13 de febrero de 2020, inadmitiéndose el recurso de casación intentado frente a ella por nuestro auto de fecha 26 de noviembre de ese mismo año, en el que se señalaba: *"Por otra parte, la Sala de apelación razona y justifica, acertadamente, el pronunciamiento absolutorio en que los hechos probados de la sentencia de primera instancia sostienen en afirmación indiscutida que el Addon o plugin desarrollado por uno de los acusados, ..., a través del cual se posibilitaba a los usuarios el acceso gratuito a contenidos audiovisuales, estuvo operativo desde el mes de enero de 2014 hasta, aproximadamente, el mes de enero de 2015, por lo que no cabe aplicarles una norma cuya vigencia es posterior"*.

Por otro lado, la sentencia impugnada considera, como segunda objeción insalvable para reputar típica la conducta desarrollada por el acusado, que la redacción del artículo 270.1 del Código Penal, vigente a la fecha de producirse los hechos, exigía la presencia en el sujeto activo de "ánimo de lucro", --siendo modificado el texto en la L.O. de 2015, para conformarse ahora con que actúe con el "ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto"--, lo que, al parecer de la Audiencia Provincial, no tuvo lugar aquí, ya que quedarían excluidos de aquel concepto los beneficios indirectos (publicidad en el blog u otra clase de ventajas) que el acusado pudiera haber perseguido con su conducta, sin que conste que se beneficiara económicamente, ni pretendiera hacerlo, con motivo de hacer uso los visitantes del blog de los enlaces que en el mismo se ofrecían.

3.- Considera quien ahora recurre que ninguna de las dos objeciones puede ser atendida y que, en consecuencia, debió ser dictada, y así lo interesa de nosotros, una sentencia por cuya virtud se condene al acusado, Cesar, como autor del delito previsto en el artículo 270.1 del Código Penal, conforme a la redacción



vigente a la fecha de producirse los hechos, en los términos que dejó interesados en sus conclusiones definitivas.

Considera así quien ahora recurre que: *"la conducta realizada por el acusado, consistente, en lo que a este recurso concierne, en poner a disposición del público formado por los usuarios de internet, obras y grabaciones audiovisuales (películas cinematográficas y series de televisión) protegidas por derechos de propiedad intelectual, sin contar con la correspondiente autorización de los legítimos titulares de derechos y con el único objeto de obtener un beneficio económico, concurren los elementos objetivos y subjetivos previstos para el delito contra la propiedad intelectual tipificado en el artículo 270 del Código Penal en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo"*.

Respecto a la primera de las cuestiones referidas por la sentencia impugnada, también expresados sus razonamientos en sustancia, opone el recurrente que la sentencia Svensson, dictada por el TJUE el 13 de febrero de 2014, en desarrollo o como colofón de otros pronunciamientos judiciales anteriores, vino a determinar *"que la actividad de enlazar a contenido protegido por los derechos de propiedad intelectual constituye, en sí mismo, un acto de comunicación pública definido en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001"*, de tal manera que, explica quien recurre: *"el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de "puesta a disposición" y, en consecuencia, de "acto de comunicación"*".

Observa también la recurrente que no existe resolución alguna de este Tribunal Supremo, --únicas aptas para conformar jurisprudencia--, que se opusiera o mantuviese un criterio discordante con el sostenido por el TJUE en la referida sentencia Svensson y, de hecho, ninguna es invocada ni en la propia resolución recurrida ni por la defensa del acusado. Se alude, además, por el recurrente al criterio expresado en resoluciones de otros Tribunales (Audiencia Provincial de Murcia, entre ellos), contrario al sostenido en la aquí impugnada. Y, en todo caso, concluye que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino que interpreta el Derecho, no a partir de la fecha en que la sentencia se dicta, sino con aplicación desde el momento mismo en que la norma entró en vigor, sin que pudiéramos hablar aquí, con razón, de *"aplicación retroactiva"* de la jurisprudencia. En cualquier caso, concluye la recurrente, el principio de legalidad no garantiza, --citando expresiones contenidas en alguna sentencia de este mismo Tribunal Supremo--, *"la irretroactividad de la jurisprudencia, sino de las leyes, por lo que no resulta prohibida la aplicación de criterios desfavorables derivados de cambios jurisprudenciales razonados y fundamentados"*.

Como colofón a sus razonamientos en este punto, la parte que ahora recurre explica que: *"en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos"*.

Por lo que respecta a la pretendida ausencia de ánimo de lucro en la conducta del acusado, opone la recurrente que la sentencia impugnada confunde las exigencias que de éste derivan y los matices que, en el ámbito de los delitos contra la propiedad intelectual, ha merecido. Explica que: *"la discusión en relación con la concurrencia del elemento subjetivo de ánimo de lucro, se centraba en determinar si era necesario acreditar la existencia de algún tipo de beneficio económico, entendido como ingresos derivados de la actividad, o si bastaba con acreditar que se hubiera obtenido cualquier ventaja económica sin necesidad de haber percibido ingresos... Tras la reforma de los delitos contra la propiedad intelectual operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en contra de lo argumentado en la Sentencia recurrida, la sustitución del término "ánimo de lucro" por "beneficio directo o indirecto" no supone que, antes de la reforma el ánimo de lucro requiriese necesariamente que la ganancia se obtuviese a través de una contraprestación económica abonada por el usuario en atención al acceso a la obra obtenida ilícitamente, sino que se refería a la existencia de un lucro comercial"*, perfectamente compatible, este último, con que los beneficios económicos fueran el resultado de los ingresos generados en el blog como consecuencia de la publicidad que el mismo ofrecía. Lo único que quedaba excluido en la regulación anterior, vigente a la fecha de producirse los hechos, eran aquellos beneficios que, aun pudiendo comportar para el sujeto activo algún tipo de ventaja, incluso económica (elusión de gastos), no viniera referida al ámbito estrictamente económico o comercial (mero entretenimiento o beneficio contemplativo, por ejemplo). Observa el recurrente, citando las palabras de una resolución que considera aquí aplicable, que: *"el concepto de ánimo de lucro exigido en el tipo penal integra tanto los beneficios directos o indirectos, contemplados éstos como "lucro comercial o a escala comercial", pues la actividad descrita en los actos de comunicación pública sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual es precisamente la obtención de ingresos económicos derivados de la publicidad aparecida en las páginas webs en forma de pop-up (ventana emergente) y banners, principalmente, publicidad que podía ser vista por los usuarios que accedían a las páginas, las cuales tenían gran afluencia de visitas por su atractiva configuración y funcionalidades"*. Todo lo anterior para



acabar señalando: *"En consecuencia, de acuerdo con toda esta interpretación jurisprudencial queda claro que en el concepto de ánimo de lucro que contenía la versión del Código Penal vigente tras la reforma de 2003 y antes de la de 2015, cabe perfectamente la obtención de ingresos derivados de la publicidad insertada en este tipo de páginas web, que es lo que la sentencia define como beneficio indirecto, sin ser necesario que los ingresos provengan directamente de la actividad de comunicación pública...la reforma de 2015 no introduce un concepto nuevo de ánimo de lucro...las páginas web utilizan distintos procedimientos para cubrir los gastos de su actividad y obtener beneficios de la misma. Una de las fórmulas empleadas consiste en insertar publicidad no gratuita en las páginas web a través de banners (pancartas publicitarias), pop-ups (ventanas emergentes), pop-under (ventana emergente que aparece tras la ventana en uso), o videos pre-roll (videos que deben ser vistos obligatoriamente antes de acceder al contenido). Igualmente se pueden obtener cuantiosos ingresos mediante la venta de los datos personales que en ocasiones se exigen a los usuarios -generalmente cuenta de correo electrónico y número de teléfono- para tener acceso a los contenidos ilícitos, datos que posteriormente son clasificados y vendidos a otras empresas. En uno y otro caso los ingresos que pueden obtenerse están en relación con las visitas que recibe la página, de tal forma que a mayor número de visitas mayores ganancias económicas, por lo que, en definitiva, cuanto mayor sea el volumen de material al que una página de enlaces puede conducir a sus usuarios, mayores son los beneficios susceptibles de obtenerse como consecuencia de esta actividad"*.

QUINTO.- 1.- El artículo 270.1 del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de producirse los hechos, establecía: *"Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios"*.

Radica aquí la cuestión en determinar el alcance de la expresión "comunicación pública", descartado que la conducta del acusado pudiera albergarse en cualquiera otra de las descritas en el tipo penal. Al respecto, el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual determina: *"Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas"*.

No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo".

Seguidamente, en el número 2 de ese mismo precepto se ofrece un listado normativo, ad exemplum, de un conjunto de actos que el legislador considera, especial aunque no únicamente, actos de comunicación pública. Entre ellos, y por lo que aquí interesa, en la letra i) se consigna: *"La puesta a disposición del público de obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que elija"*.

La controversia que la recurrente mantiene con la sentencia ahora impugnada se centra de ese modo en determinar si puede reputarse comunicación pública, y en consecuencia conducta típica del artículo 270.1 del Código Penal en la redacción vigente a la fecha de los hechos, la protagonizada por Cesar ofreciendo en su blog (en este caso, <http://cinecone.blogspot.com.es>), sendos enlaces o vínculos a páginas terceras (vidspot.net y uploaded.net), desde las cuales era posible acceder a unas trescientas obras audiovisuales, en su mayoría largometrajes cinematográficos, que el acusado ordenaba, para su visionado en streaming o para su descarga directa.

2.- Importa tener en cuenta que ni en la sentencia impugnada, ni en el presente recurso de casación, como tampoco en las impugnaciones del mismo, se identifica resolución alguna de este Tribunal que expresamente tuviera por objeto abordar esta cuestión. Sí existieron, en cambio, pronunciamientos de otros Tribunales, no coincidentes en su sentido, que la enfrentaron.

Es verdad, como recuerda la sentencia impugnada, que en nuestro auto número 834/2020, de 26 de noviembre, --por el que se inadmitía un recurso de casación frente a sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León--, dejábamos dicho que éste "acertadamente" había considerado *"que no era posible aplicar una norma cuya vigencia es posterior"*. Se trata, sin embargo, de un pronunciamiento genérico, y además de los denominados obiter dicta, en la medida en que el recurso se inadmitía al sustanciarse, como motivo único, en una cuestión fáctica, a la luz de las prevenciones que autoriza el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

También nuestra sentencia número 638/2015, de 27 de octubre, se ocupa de la cuestión, aunque de algún modo tangencialmente, toda vez que termina declarando la nulidad de la resolución entonces recurrida por considerar que en la misma no se describía, con la mínima precisión exigible, la conducta del acusado que se consideraba probada. En todo caso, señalábamos entonces, por lo que ahora importa, que: <<[E]n 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... 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... 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>>.

En definitiva, no creemos que pueda hablarse aquí de la existencia de una suerte de jurisprudencia sobrevenida, –en el caso, la sentencia Svensson dictada por el TJUE–, que, modificando otra línea preexistente, hubiera venido a ensanchar el ámbito de aplicación de un determinado precepto penal (el artículo 270.1) o a endurecer de cualquier manera su aplicación, lo que nos enfrentaría con el problema de si la eventual modificación en la doctrina jurisprudencial resultaba o no razonablemente previsible o si vulneraba alguna clase de legítima expectativa del acusado.

No es este el caso. En efecto, en ausencia de cualquier pronunciamiento previo respecto a lo que debiera entenderse como acto de comunicación pública en el marco de aplicación del artículo 270.1 del Código Penal, fijado como línea jurisprudencial por este Tribunal Supremo, el TJUE, en el desarrollo de sus propias competencias, vino a sentar criterio, –que ya podía intuirse en alguna resolución anterior–, acerca de la cuestión y en relación, naturalmente, a las exigencias impuestas por las Directivas que en aquel momento regulaban la protección de los derechos de la propiedad intelectual. Se trata de la, tantas veces ya citada, sentencia Svensson, por la que se resolvían sendas cuestiones prejudiciales, de fecha 13 de febrero de 2014.

3.- No obstante, antes de adentrarnos en el contenido de dicha resolución, debe quedar sentado que no necesariamente cualquier lesión o puesta en peligro de los derechos que protegen la propiedad intelectual habrá de ser reputado indefectiblemente como delictivo. Así, el vigente artículo 195 de la Ley de Propiedad Intelectual determina la existencia de un procedimiento administrativo tendente a sancionar también este tipo de conductas. El organismo público competente para implementarlo, –al que corresponde la potestad sancionadora–, es la Sección segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual. Y al respecto dicho precepto establece que solamente podrá iniciarse el procedimiento administrativo sancionador cuando el nivel de audiencia en España y el número de obras o prestaciones afectadas sea considerable. Por eso, un caracterizado sector de nuestra doctrina científica ha venido observando que, en atención a los principios de fragmentariedad y última ratio del derecho penal, el umbral de relevancia penal no debería fijarse por debajo de aquellos límites.

4.- Cumple, en cualquier caso, analizar el contenido de la sentencia Svensson, (cuyos criterios han venido a consolidarse en la posterior, de 7 de agosto de 2018, caso Land Nordrhein-Westfalen). La sentencia del TJUE tenía por objeto, en el marco de la interpretación del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, resolver varias cuestiones prejudiciales, planteadas con el siguiente enunciado:

1.- Si una persona distinta del titular del derecho de propiedad intelectual de una determinada obra ofrece en su página de Internet un enlace sobre el que se puede pulsar y que conduce a esa obra, ¿realiza una comunicación al público de esa obra en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva?

2.- ¿Influye en la apreciación de la primera cuestión que la obra a la que conduce el enlace se encuentre en una página de Internet a la que puede acceder cualquier persona sin restricciones o cuyo acceso esté limitado de algún modo?

3.- A la hora de apreciar la primera cuestión, ¿debe realizarse una distinción según que la obra, una vez que el usuario ha pulsado sobre el enlace, se presente en otra página de Internet o se presente de modo que parezca que se encuentra en la misma página de Internet?

4.- ¿Están facultados los Estados miembros para otorgar al autor una protección más amplia de su derecho exclusivo permitiendo que la comunicación al público comprenda más actos que los derivados del artículo 3, apartado 1, de la Directiva [2001/29]?



No interesa en este momento, en cuanto excede el objeto del presente recurso, la respuesta que ofrece el TJUE a la última de las cuestiones. Las tres primeras procede a examinarlas el Tribunal conjuntamente en sus párrafos 15 y siguientes. Y dice así:

"15.- A este respecto, del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 se deriva que todo acto de comunicación al público de una obra debe ser autorizado por el titular de los derechos de autor.

16.- De este modo, de dicha disposición resulta que el concepto de comunicación al público asocia dos elementos acumulativos: "un acto de comunicación" de una obra y la comunicación de ésta a un "público" (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2013, ITV Broadcasting y otros, C-607/11, apartados 21 y 31).

17.- Por lo que se refiere al primero de estos elementos, es decir, la existencia de un "acto de comunicación", debe señalarse que este concepto debe interpretarse de modo amplio (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083, apartado 193), con el fin de garantizar, como establecen los considerandos 4 y 9 de la Directiva 2001/29, un elevado grado de protección de los titulares de derechos de autor.

18.- En el presente asunto debe señalarse que el hecho de facilitar en una página de Internet enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas publicadas sin ninguna restricción de acceso en otra página de Internet ofrece a los usuarios de la primera página un acceso directo a dichas obras.

19.- Pues bien, como se deriva del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, para que exista un "acto de comunicación" basta con que la obra se ponga a disposición de un público de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella, sin que sea decisivo que dichas personas utilicen o no esa posibilidad (véase, por analogía, la sentencia de 7 de diciembre de 2006, SGAE, C-306/05, Rec. p. I-11519, apartado 43).

20.- De lo anterior se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, el hecho de facilitar enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas debe calificarse de "puesta a disposición" y, en consecuencia, de "acto de comunicación" en el sentido de la referida disposición.

21.- Por lo que se refiere al segundo de los elementos antes mencionados, es decir, que la obra protegida debe ser comunicada efectivamente a un "público", a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, el término público se refiere a un número indeterminado de destinatarios potenciales e implica, por lo demás, un número considerable de personas (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, SGAE, apartados 37 y 38, y ITV Broadcasting, apartado 32).

22.- Pues bien, un acto de comunicación como el realizado por el gestor de una página de Internet mediante enlaces sobre los que se puede pulsar se dirige al conjunto de usuarios potenciales de la página que dicha persona gestiona, es decir, a un número indeterminado y considerable de destinatarios.

23.- En estas circunstancias, debe considerarse que dicho gestor realiza una comunicación a un público.

24.- Aclarado este punto, tal como se deriva de reiterada jurisprudencia, para poder ser incluida en el concepto de "comunicación al público", en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, también es necesario que una comunicación como la controvertida en el litigio principal -que se refiere a las mismas obras que la comunicación inicial y que ha sido realizada a través de Internet como la comunicación inicial, es decir, con la misma técnica,- se dirija a un público nuevo, a saber, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial al público (véanse, por analogía, la sentencia SGAE, antes citada, apartados 40 y 42; el auto de 18 de marzo de 2010, Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon Kai Optikoakoustikon Ergon, C-136/09, apartado 38, y la sentencia ITV Broadcasting y otros, antes citada, apartado 39).

25.- En el presente asunto debe señalarse que una puesta a disposición de obras, mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, como la controvertida en el litigio principal no conduce a comunicar dichas obras a un público nuevo.

26.- En efecto, el público destinatario de la comunicación inicial era el conjunto de los usuarios potenciales de la página en la que se realizó, porque, sabiendo que el acceso a las obras en esa página no estaba sujeta a ninguna medida restrictiva, todos los internautas podían consultarla libremente.

27.- En estas circunstancias procede hacer constar que, cuando el conjunto de los usuarios de otra página, a los que se han comunicado las obras de que se trata mediante un enlace sobre el que se puede pulsar, podía acceder directamente a esas obras en la página en la que éstas fueron comunicadas inicialmente, sin intervención del gestor de esa otra página, debe estimarse que los usuarios de la página gestionada por este



último son destinatarios potenciales de la comunicación inicial y forman, por tanto, parte del público tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando éstos autorizaron la comunicación inicial.

28.- En consecuencia, dado que no existe un público nuevo, no es necesario que los titulares de los derechos de autor autoricen una comunicación al público como la del litigio principal>>.

5.- Habida cuenta del motivo de impugnación escogido por el recurrente, --infracción de ley, artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal--, resulta indispensable partir, como base intangible de nuestra resolución, de lo establecido en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada. Y el mismo, a partir de la doctrina expresada, no presta fundamento para la condena por el delito contra la propiedad intelectual que la recurrente persigue.

En efecto, en dicho relato se establece que el acusado, dentro de uno de los blogs de los que era titular y gestor, ofrecía, ordenados y estructurados, acceso, a través de un enlace a otras (dos) páginas, el visionado en streaming o la descarga directa, a unas trescientas obras audiovisuales (la mayoría largometrajes cinematográficos), *"sin la debida autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual"*. Parece describirse de ese modo que las páginas a las que dichos enlaces remitían (vidspot.net y uploaded.net) permitían a quienes ingresaran en ellas visionar de forma directa esas obras (y tal vez, otras) en streaming o descargarlas. El modo en que el relato de hechos probados aparece redactado no permite conocer, con la indispensable certeza, si dichas páginas disponían o no de la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, no expresándose con la necesaria claridad si quien carecía de dicha autorización, que se califica como "debida", era solo el acusado o todos ellos. Por otro lado, los enlaces que se reflejaban en el blog del acusado, siempre según se consigna en el relato de hechos probados de la sentencia impugnada, se limitaban a facilitar un acceso alternativo a dichas páginas de destino que, igualmente, podían ser consultadas por cualquier internauta acudiendo directamente a ellas, sin que tampoco el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada determine si dichas páginas de destino estaban sujetas a alguna clase de limitación o restricción para acceder a sus contenidos, por lo que tampoco podría sostenerse aquí, que se procedía a la captación de un público nuevo (un público que, no teniendo acceso a los contenidos de la página de destino, lograba el mismo a través del enlace ofrecido en la suya por el acusado). Ni siquiera el modo en que el *factum* de la resolución impugnada aparece redactado permite considerar, con la indispensable certeza, que la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual, de la que indudablemente carecía el acusado, había sido o no obtenida por los responsables de la página de destino.

SEXTO.- 1.- Sea como fuere y aunque dicho obstáculo pudiera considerarse salvable, --y partiendo también, como no podría ser de otra manera a la vista del motivo de impugnación escogido por la recurrente--, consideramos que no podría tampoco predicarse en el caso, que la conducta del acusado se realizase con ánimo de lucro.

2.- Compartimos, sin embargo, plenamente los razonamientos, docta y precisamente expuestos por quien ahora recurre, acerca del alcance del ánimo de lucro en el marco del delito previsto en el artículo 270.1 del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de producirse los hechos enjuiciados (ánimo de lucro que se sustituye, en el texto hoy vigente, por la expresión: ánimo de obtener un beneficio económico, directo o indirecto). Y, por lo mismo, no participamos del punto de vista expresado en la resolución recurrida respecto a que los ingresos económicos que pudieran perseguirse por el acusado solo colmarían las exigencias (subjetivas) del tipo, cuando los mismos se produjeran directamente con ocasión del empleo por los usuarios los referidos enlaces y no cuando trajeran causa de otra clase distinta de beneficios comerciales (singularmente, de los ingresos por publicidad que pudiera reportarle el blog). Unos y otros colmarían las exigencias típicas. Actúa con ánimo de lucro tanto quien aspira a obtener beneficios directamente vinculados al uso de los enlaces que proporciona, como quien los pretende conseguir como consecuencia de los ingresos que la publicidad insertada en su dominio le procura, precisamente en atención al contenido de su blog (y, por tanto, de los enlaces que en él facilita).

La cuestión entonces debatida, tal y como certeramente señala el recurrente, se refería a la necesidad de modular el tradicional contenido del ánimo de lucro, en el marco de estos delitos contra la propiedad intelectual, para excluir del mismo otros posibles beneficios (no económicos a escala comercial) que el autor pudiera perseguir (tal como el meramente contemplativo). Todo ello con el designio de impedir que, en el marco de regulación entonces vigente, pudiera considerarse sujeto activo del delito al consumidor final del producto (que no actuaría, en este sentido, con ánimo de lucro).

Por ello, compartimos con el recurrente que el concepto de ánimo de lucro exigido en el tipo penal entonces vigente *"integra tanto los beneficios directos o indirectos, contemplados éstos como "lucro comercial o a escala comercial", pues la actividad descrita en los actos de comunicación pública sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual es precisamente la obtención de ingresos económicos derivados de la*



publicidad aparecida en las páginas webs en forma de pop-up (ventana emergente) y banners, principalmente, publicidad que podía ser vista por los usuarios que accedían a las páginas, las cuales tenían gran afluencia de visitas por su atractiva configuración y funcionalidades".

Lo que sucede, sin embargo, es que el relato de hechos probados que se contiene en la resolución recurrida ninguna referencia efectúa a la existencia de esos ingresos (o a la persecución de los mismos). No es solo que no se afirme en el factum que el acusado obtenía (o pretendía obtener) beneficio económico ninguno cada vez que sus potenciales usuarios clicaran sobre los enlaces dispuestos en su blog; sino que tampoco se contiene referencia alguna a que en dicho blog se insertara cualquiera clase de publicidad, apta para proporcionar alguna clase de ingresos económicos al acusado o que éste los obtuviera o persiguiese por otros medios.

El recurso se desestima.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo prevenido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se imponen las costas de cada recurso a la parte que lo interpuso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Desestimar los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por la representación legal de Cesar y de la entidad de gestión de derechos de los productores audiovisuales (EGEDA) contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León número 42/2021, de 1 de febrero.

2.- Se imponen las costas de cada recurso a la parte que lo interpuso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento del órgano jurisdiccional del que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.