

Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos*

Penal protection of the intellectual propriety and the services of radio diffusion and interactive: excesses and mistakes

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Profesor Titular de Derecho Penal
Coordinador del Grupo de Investigación Reconocido
sobre Derecho de las Nuevas Tecnologías y Delincuencia Informática
Universidad de Valladolid. e-mail: rimata@der.uva.es

I. En la regulación legal de la propiedad intelectual sobre los programas informáticos y para las obras en general, así como para los distintos servicios de radiodifusión se detecta preocupación y una gran actividad por los retos que las nuevas tecnologías traen.

1. Como se sabe estamos en los albores de la llamada sociedad de la información. Esta representa sin duda un cambio de modelo respecto a contextos sociales precedentes. En la sociedad mercantil de la que venimos y en la que todavía nos encontramos, la propiedad sobre bienes materiales constituye el concepto clave desde el punto de vista económico y jurídico. Sin embargo en la sociedad de la información en la que nos adentramos la perspectiva es otra, de manera que este tipo de propiedad pierde esa posición preeminente de la que gozaba, pues deja de resultar decisiva en los procesos económicos. Será la información – o si se prefiere, desde un punto de vista jurídico, la propiedad intangible- la que se convierta en el bien económico determinante. De esta manera los conceptos, ideas, representaciones e informaciones alcanzan el papel de nuevos medios de producción¹. La sociedad de la información y los medios tecnológicos a ella asociados producen la aparición de un nuevo mercado de naturaleza electrónica². Esta peculiar naturaleza produce en primer lugar la desmaterialización de los contenidos circulantes en ese mercado, con la consiguiente facilitación de su reproducción, almacenamiento y transmisión, pero a costa de un menor control sobre los mismos y dificultades para la

* El presente trabajo se corresponde con otro más amplio en fase de realización. La reducción del mismo se ajusta a los requisitos de edición de la obra.

¹ BOEHME-NESSLER, V. *Cyberlaw. Lehrbuch zum Internet-Recht*. München 2001.

² En este sentido BERCOVITZ, A. “Riesgos de las nuevas tecnologías en la protección de los derechos intelectuales. La quiebra de los conceptos tradicionales del derecho de propiedad intelectual. Soluciones jurídicas”. *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Madrid 1996, p. 91-2.

identificación de contenidos digitalizados ya no perceptibles por los sentidos. Además se produce una mundialización de este mercado no sujeto ya a las fronteras geográficas tradicionales.

En este contexto de nuevo modelo social en el que la información por si misma y por su capacidad y potencialidad para alcanzar nuevos desarrollos tecnológicos se coloca en un lugar privilegiado como fuente esencial de productividad, la propiedad intelectual también ve relanzado su papel económico y social en cuanto institución jurídica reguladora de las creaciones del ingenio humano y por lo tanto también de la información³. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, que se encarga de promover y desarrollar los instrumentos jurídicos que proporciona este recurso jurídico, no deja de señalar la influencia que el mejor aprovechamiento de las posibilidades que ofrece la propiedad intelectual para el desarrollo económico y social de los países, especialmente los ahora conocidos como Países Menos Desarrollados. En una reciente reunión internacional se adoptó una Declaración en la que se reconoció que la creación, protección, gestión y uso de los derechos de P.I. contribuirán al desarrollo económico facilitando la transferencia de tecnología, propiciando mayores niveles de empleo y creando riqueza. En la misma Declaración se reafirmó la vital importancia y conveniencia de aumentar el marco institucional y político de la modernización y el desarrollo de los sistemas e instituciones de Propiedad Intelectual. en los Países Menos Adelantados⁴. Esta conexión se plasma igualmente en la firma de un Acuerdo entre la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organización Mundial del Comercio en 1995⁵. Vinculado a la concepción amplia de la noción de Propiedad Intelectual se han desarrollado trabajos y Convenciones para la tutela de los derechos de productores de fonogramas y entidades de radiodifusión.

2. La concepción tradicional de los derechos de autor se asocia a la tecnología analógica que llevaba a cabo reproducciones materiales de la obra tutelada de una menor calidad al producto original, relación a la que se supeditaba el precio⁶. La digitalización permite la obtención de copias completamente idénticas a la obra original sin pérdida de calidad, facilitando a su vez la reproducción, distribución y circulación de la obra de forma inmaterial. Debido a estos elevados precios para los potenciales ad-

³ Cfr. MIRO LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson 2003, p. 27 y ss, y 122 y ss.

⁴ Ministros de países menos adelantados (PMA) reunidos bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Seúl, del 25 al 27 de octubre de 2004, convinieron en la importancia de la propiedad intelectual (P.I.) como instrumento para el desarrollo y reafirmaron su intención de crear instituciones de P.I. para alcanzar sus objetivos de desarrollo. Véase <http://www.wipo.int/pressroom/es/>.

⁵ <http://www.wipo.int/clea/docs/es/wo/wo030es.htm>

⁶ GOMEZ SEGADE, J. A. "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright". *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Madrid 1996, passim.

quirentes y la gran facilidad y rapidez con las que se pueden obtener copias perfectas de los programas, ha provocado la proliferación masiva y comercialización de copias no autorizadas de programas informáticos⁷. Por ello la piratería de software, que puede ofrecer idénticos productos con gran facilidad, rapidez y escasísimo coste, se ha convertido en un negocio extraordinariamente lucrativo⁸. De manera que las modernas tecnologías de la información han conducido también hacia una forma completamente nueva de "Delincuencia de alta tecnología"⁹.

La evolución técnica ha obligado a la matización y complementación de muchas categorías de los derechos de autor para armonizarlas con los nuevos medios electrónicos inmatrimales y a formular nuevas medidas jurídicas de protección, incluidas las penales, por las mayores posibilidades de acceso no autorizado a las obras tuteladas.

Respecto a las nuevas realidades tecnológicas las legislaciones han ido sucesivamente adaptándose a los hechos y todavía persistirá la necesidad de contemplar en la normativa los nuevos medios de difusión de las obras protegidas. Hasta ahora los distintos medios de la sociedad de la información funcionan aisladamente como el sistema telefónico, emisiones de radio y televisión inalámbricas y por cable, comunicaciones por satélite o redes informáticas. Fase en la que nos encontramos actualmente y que ha obligado a cambios en las categorías de la propiedad intelectual y también en su proyección en el terreno penal al que nos hemos referido. Pero nuevas perspectivas se abrirán con la operatividad integrada del conjunto de los medios electrónicos ya hoy actuantes y nuevas modalidades que puedan aparecer, lo que hará necesario un nuevo ajuste de la regulación con los medios tecnológicos disponibles. Se atisba en el horizonte una interminable carrera entre las innovaciones tecnológicas y las posibilidades de tutela efectiva de los derechos de autor.

Los derechos de autor poseen el sentido no sólo de compensar al creador por sus obras, sino también el de favorecer la innovación y creación de todo género de obras. Sin embargo, junto a la regulación de las nuevas realidades tecnológicas en el sistema de propiedad intelectual, éste ha ido derivando hacia un mayor control de la difusión de las obras y una mayor extensión de los derechos de explotación, generalmente en manos de intermediarios. Al miedo ante los nuevos avances técnicos que facilitan la reproducción de las obras, tanto las de carácter lícito como las ilícitas, se ha reaccionado en algunos casos tratando de asegurar la tutela de los derechos de explotación de las obras frente a las nuevas tecnologías. Pero al mismo tiempo se ha producido

⁷ Véase GOMEZ SEGAGE, J.A. "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright", *El derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Ministerio de Cultura, Madrid 1996, p. 131 y ss y 136 y ss. GOMEZ MARTÍN, V. "La protección penal de los derechos de autor sobre programas informáticos". Poder Judicial 66/2002, p. 146. También SÁNCHEZ LOPEZ, V. "La tutela penale del software nel diritto spagnolo", *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia* 1,2 (1997), p. 29.

⁸ THIELE, M. *Dimension und Bekämpfung*. Marburg, 2001.

⁹ THIELE, M. *Dimension und Bekämpfung*. Marburg, 2001.

una gran confusión, situada entre lo irracional y lo interesado, sobre los límites de estos derechos sobre las obras tuteladas.

3. Sobre la necesidad de establecer complementarios campos de punición es preciso atender a las nuevas realidades tecnológicas y las emergentes posibilidades de contravención de los derechos de autor. Sin embargo lo que no resulta acertado es la mera inclusión en el sistema penal de todas las nuevas modalidades técnicas vinculadas a la conculcación de los derechos sobre las obras sin diferenciarlas de los ilícitos puramente civiles y sin atender a los principios fundamentales del derecho punitivo como lo son los de lesividad e intervención mínima. En este terreno para dar cabida a las actuales necesidades político criminales de tutela de la propiedad intelectual así como de las entidades de radiodifusión y audiovisión es necesario lograr un equilibrio entre los distintos intereses puestos en juego – los del autor, los relativos a los derechos de explotación que suelen estar en manos de empresas editoras o productoras y el interés general relativo al acceso del público a la información¹⁰– llevando a cabo la concreta incriminación respetando los límites y la finalidad del *ius puniendi*. Curiosamente, en el actual modo de regular esta materia y de establecer infracciones de índole penal, el interés que en la práctica se ve en mayor medida reforzado no es el de los creadores ni el general a facilitar mayores posibilidades de acceso a la información, sino el de los intermediarios que poseen la titularidad de los derechos de explotación de las obras.

En un detallado estudio de la evolución legislativa en la tutela penal de la propiedad intelectual en el ámbito Norteamericano, se detectan los intensos esfuerzos de los grupos de presión y de la industria para influir en la regulación establecida¹¹. De forma que es posible afirmar que los legisladores como representantes del interés público en el desarrollo de la normativa de derechos de autor han abandonado esta responsabilidad en el reciente desarrollo de las infracciones a los derechos de autor¹². El balance final de esta regulación proporciona un resultado desfavorable a los intereses de los usuarios, contrario al mandato constitucional¹³. Lo cierto es que desde muy distintos puntos de vista se señalan los riesgos y excesos de esta tendencia. Desde el ángulo de la libertad de acceso a la cultura se vislumbran los riesgos de una mercantilización de la cultura, con base en el reforzamiento de los derechos de explotación de las obras, abandonando los intereses generales de la sociedad, de manera que la revisión que las nuevas tecnologías propician en el campo de los derechos de autor consistan únicamente en encontrar soluciones técnicas para garantizar el pago por el acto de

¹⁰ Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1705.

¹¹ Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1709.

¹² Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1720.

¹³ Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, n.º 2 (1999), p. 1722.

leer¹⁴. En una orientación semejante González Barahona¹⁵ señala el cambio cualitativo que prácticamente nos ha llevado de la imprenta hasta Internet, cambio en el que la actual tecnología permite efectuar copias de casi cualquier tipo de información en gran cantidad, de gran calidad y colocarlas en cualquier parte del mundo de forma inmediata. Frente a ello, sin embargo, la tendencia es la imposición de múltiples restricciones en la práctica las legislaciones otorgan el control sobre las obras a los editores, con lo que la pérdida real se produce para consumidores y la misma sociedad.

Pero también desde la observación de la influencia de este tipo de medidas en el desarrollo económico se llama la atención sobre esta tendencia ferrea a controlar la información y el acceso a las obras. En un reciente informe del *Digital Connections Council of the Committee for Economic Development* (conocido grupo de Estudios económicos en el ámbito Norteamericano), sobre *Promoting innovation and economic growth: the special problem of digital intellectual property*¹⁵ se señalan los inconvenientes para los intereses económicos generales derivados de los sistemas de propiedad intelectual cerrados. Se estima que, pese a lo cierto de los problemas introducidos por las técnicas digitales, los sistemas que acentúan la exclusividad de los derechos en el entorno digital dificultan la necesaria capacidad de innovación que requiere el sistema económico para su crecimiento. Y ello cuando precisamente la existencia de los derechos de autor se fundamentan en la tutela del ingenio y de la capacidad de innovación del ser humano.

En la presente situación, y no sólo para el caso español, se aprecia una tendencia a acudir a la sanción penal en la tutela de la propiedad intelectual, particularmente respecto a los programas de ordenador, que no se acomoda a los criterios expuestos. La misma se ha acentuado con la reciente reforma del Código Penal de 25.11.04, cuyas incoherencias más destacadas con el papel propio de un moderno sistema penal pasamos a exponer.

II. Estos excesos en el recurso a la vía penal se detectan en la legislación española desde distintos ángulos.

1. La regulación legal de la protección penal de la propiedad intelectual en España se sitúa en un apartado del Código penal que posee independencia sistemática (sección 1ª del capítulo XI), dentro del grupo de delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico (Título XIII). En la concreta regulación se contiene un tipo básico (art. 270), unos tipos agravados (art. 271), así como referencias a aspectos relativos a la responsabilidad civil y la publicidad de la sentencia condenatoria (art. 272).

2. El art. 270, en su número tercero, incluye una particular modalidad de comportamiento punible vinculada a la exportación, importación y almacenaje de las obras sin la

¹⁴ LE CROSNIER, H. "Repensar los derechos de autor. Defensa de la lectura social frente a los nuevos peajes de la cultura", *Archipiélago* 55/2003. Trad. Marisa Pérez Colina, especialmente pp. 9 y 10.

¹⁵ Puede consultarse en http://ced.org/docs/report/report_dc.pdf.

necesaria autorización, el código ya incriminaba las mismas y la reforma de 2003 re-fuerza esta nueva zona objeto de sanción criminal y que tiene mucho que ver con el fenómeno ya habitual desde hace años de importación de fonogramas adquiridos legalmente en diversos países como algunos orientales (Malasia, Hong Kong) o de Iberoamérica (México) que son traídos a España para su comercialización pero sin que cuenten con la conformidad del licenciataria para nuestro país¹⁶.

Se trata de los únicos comportamientos punibles sin correspondencia inmediata y expresa –lo cual no significa que no puedan ser abarcadas también - con la regulación del TRLPI y que la mayoría de la doctrina penal o de otras disciplinas jurídicas vincula con el derecho/infracción de distribución¹⁷. Uno de los derechos de explotación de las obras reconocidas en la regulación de la propiedad intelectual es el de distribución, como se acaba de indicar para la modalidad de comportamiento punible inmediatamente anterior, de forma que únicamente quien goza de licencia de distribución de una determinada obra puede realizarla lícitamente pues es una actividad sometida a autorización del autor o del titular de los derechos.

De manera que estos supuestos de importación, exportación y almacenamiento hacen referencia a estas actividades comerciales de carácter internacional sobre obras tuteladas, en las cuales el sujeto posee los derechos de distribución pero se produce un exceso en cuanto al ámbito territorial de validez de los mismos¹⁸. En estas llamadas “importaciones paralelas” se lleva a cabo una conducta no sobre copias ilícitas, pues se trata de ejemplares adquiridos a quien tenía el derecho de reproducción, pero las mismas son distribuidas (importadas) sin autorización del titular de los derechos de distribución¹⁹. En realidad se estima que si la copia es ilícita ya en el país de origen la acción sería ya punible en relación a la modalidad de reproducción²⁰. El Código lo que hace entonces es incriminar incluso las operaciones comerciales referidas a copias legales en origen, e introducidas en España, – mediante Internet o mediante copias físicas, pues

¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, p. 223.

¹⁷ Por todos, SERRANO GOMEZ, E. *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*. Civitas, Madrid 2000, p. 137.

¹⁸ Cfr. LOPEZ MORENO, J.; FERNÁNDEZ GARCIA, E.M. “La World Wide Web como vehículo de delincuencia”, *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial X* (2001), p. 429.

¹⁹ Así MIRO LLINARES, F. *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson 2003, p. 409.

²⁰ “la compra del producto y su posterior importación sería ya punible para el importador”. GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”. *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, p. 227. Autor que en realidad estima que “no sólo el legislador civil, sino también el penal protege el derecho del titular y de sus cesionarios a explotar pacíficamente la obra dentro del territorio en el cual tiene derechos exclusivos, y por ello, castiga, mencionándola expresamente, la conducta de quien “importare... ejemplares de dichas obras o producciones... sin la referida autorización” (p. 226).

nada específica el supuesto y no cabe establecer limitaciones al respecto – al no estar cubierto el nuevo ámbito geográfico por los derechos de autor.

Para el caso de la importación la conducta resultaba punible con independencia del origen lícito o ilícito de los productos en su país de procedencia. Consecuencia que ahora únicamente sigue manteniendo para el caso de productos procedentes del exterior de la Unión Europea, debido a la existencia de una regulación armonizada de la propiedad intelectual en el marco de la Unión Europea. Extensión de las conductas prohibidas en el terreno de la importación que probablemente constituye un exceso de punición por parte del legislador.

Ya hemos visto que los supuestos de importación no aparecen en la regulación privada de esa materia y, además, en realidad en estos casos existe un producto amparado legítimamente por el titular de los derechos de propiedad intelectual, pero que al cambiar de situación geográfica – por el paso de fronteras- se produce una colisión con el titular de los derechos – ahora distinto – en el país de recepción. Se trata de un problema de colisión internacional de derechos que debería solucionarse desde el ámbito de las normas de derecho privado, único competente en la materia. El derecho penal no tiene la función de solucionar los posibles conflictos de derechos en una actividad comercial, ya sea en el ámbito nacional como internacional. Frente a esta extensión del ámbito propio del Derecho Penal se había orientado el Tribunal Supremo a la hora de interpretar y aplicar el art. 270. En la Sentencia de 2 de abril de 2001 El Tribunal Supremo había mantenido como punibles exclusivamente la importación de obras usurpadas, mientras que la importación de obras lícitamente adquiridas al precio fijado en el mercado resultaría atípica, de manera que el párrafo segundo del art. 270 – en el que se incriminan estas conductas – no vendría a establecer una alternativa típica autónoma respecto a las del primer párrafo. El titular de los derechos contaría todavía con la posibilidad de salvaguardar sus intereses, de considerarlos perjudicados, mediante el recurso a las medidas cautelares y el sistema de responsabilidad de la legislación sobre Propiedad Intelectual²¹. Como bien indica Quintero²², si esos derechos han sido salvaguardados en el Estado no Comunitario no hay razón alguna para hablar de posible delito. Sin embargo, como se ha visto, el sentido de la reforma ha sido exclusivamente facilitar la atipicidad de los hechos realizados en el interior de la Unión Europea – por las dificultades especiales que producía en un contexto de derechos armonizados-, lo que en realidad reafirma la punibilidad del resto de casos pero a la vez revela la incoherencia y falta de simetría para los dos casos de la regulación.

²¹ Cfr. Código Penal Comentado (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Director). Bosch 2004, p. 843-4.

²² Comentarios al Nuevo Código Penal (QUINTERO OLIVARES, Director). Thomson/Aranzadi 2004, p. 1349. Autor que indica cómo la modificación legal de la prohibición responde a los problemas suscitados por algunas compañías discográficas. Con ello sus importaciones procedentes de los países miembros de la Unión no plantean problemas de punibilidad pero si se podrán presentar para los casos de importaciones de otros puntos del planeta. El propio Quintero Olivares había advertido que para la doctrina penal la intervención del legislador penal resulta excesiva en muchos puntos. “Internet y propiedad intelectual”, *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial X (2001)*, p. 381.

Moreno y Bravo ha analizado detenidamente el problema surgido ante la incriminación de las importaciones paralelas, especialmente en el caso de los fonogramas pero en realidad con un alcance general. Este autor, con la doctrina mayoritaria considera que únicamente puede tomarse como objeto de tutela penal para el caso de las conductas del párrafo segundo del art. 270 los ejemplares ilícitos de una obra, es decir, aquellas obras reproducidas sin autorización²³. Esta conclusión la extraería en primer lugar de la dicción literal del precepto indicado, que hace necesaria que la lesión de la propiedad intelectual se produzca sin la autorización de los titulares de los derechos. Por otra parte si los intereses lesionado se corresponden con los derechos de explotación sobre las obras, en estos casos en realidad sería preciso identificar la lesión patrimonial con el que produce la competencia comercial que tiene su causa en los precios que el productor de fonogramas ha fijado en un mercado (el extracomunitario) y los establecidos para España y la Unión Europea. Es decir el daño patrimonial exigido por el tipo vendría integrado por el que reciben los distribuidores exclusivos para España ante la concurrencia de un tercero en este mercado²⁴.

Pero también se excluye la punición de las conductas con base en obras lícitamente adquiridas con base en el principio de proporcionalidad y por consideraciones relativas a la posibilidad de consentimiento del titular de los derechos. El principio de proporcionalidad vendría a exigir diferencias entre conductas de diferente gravedad. “no tiene idéntico contenido criminal la importación intencionada de fonogramas piratas que la distribución de fonogramas adquiridos lícitamente en un mercado extracomunitario”. También desde el ángulo del principio de proporcionalidad pues la existencia de medidas no penales que permiten dar solución la conflicto de intereses en juego. Tales normas de la regulación civil que pueden dar una solución satisfactoria al conflicto obligarían nuevamente a distinguir entre la importación de obras lícitas en origen de las obras ilícitamente puestas en el mercado.

En definitiva se trata de dos situaciones bien diferenciadas con un desvalor no equiparable y que por tanto merecen un tratamiento jurídico-penal radicalmente opuesto pues en el caso de las copias piratas el importador lo que hace es continuar las consecuencia ilícitas de la acción previa mientras que cuando las obras son de origen lícito únicamente se vale de las leyes del mercado: en el primer caso “el importador perpetúa los efectos de la acción delictiva, mientras que el importador de fonogramas lícitos sólo se vale de las leyes de la oferta y de la demanda, lo que hace que la respuesta no deba ser nunca proveniente del ordenamiento jurídico penal”²⁵. La delimitación del objeto jurídico de protección en el art. 270, correspondiéndose con los derechos de exclusividad de explotación de una determinada obra y sus reproducciones en el mar-

²³ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, p. 2.

²⁴ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, p. 3.

²⁵ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 484/2001, p. 3.

co de una concurrencia leal de mercado, “impide la criminalización de las importaciones obtenidas lícitamente en un mercado paralelo, pues ello supondría el empleo del Derecho penal *no como última ratio, sino como prima ratio de la política social*”²⁶.

3. En el párrafo tercero del art. 270 CP se recogen como distintas conductas relativas a medios destinados a facilitar la supresión e neutralizar los dispositivos técnicos de protección de los programas de ordenador. Ahora, tras la reforma de noviembre de 2003, las conductas de fabricación, puesta en circulación o tenencia de estos medios que podían dirigirse sobre los dispositivos de protección de los programas de ordenador, se extienden a la misma situación respecto a cualquier otra obra tutelada por los derechos de autor. Nueva prolongación de la punibilidad que tiene aplicación inmediata con relación a los dispositivos de protección recientemente implantados en los CD musicales y que generará situaciones de conflicto con el derecho de copia para uso privado como ya se ha indicado anteriormente.

El mencionado párrafo tercero del art. 270 castiga un supuesto peculiar: la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador. Constituyen así un hecho delictivo esta serie de conductas previas a la lesión misma de la propiedad intelectual sobre programas de ordenador y cuyo objeto material de ataque inmediato en realidad se refiere a los dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador. En el mercado aparecen dispositivos y programas de supresión de la protección anticopia de juegos de ordenador y que en principio no se ofrecen para realizar copias ilícitas, sino para otro tipo de acciones como las copias de seguridad, pero en realidad esta pretensión no deja de ser aparente en muchos casos²⁷.

El origen de la incriminación de esta conducta resulta también peculiar. Esta conducta, incluida en el texto del Código Penal durante la tramitación parlamentaria del mismo, tiene su base en la pretensión de las instancias Comunitarias de dotar de especial protección a los elementos lógicos de los sistemas informáticos, proponiéndose la sanción de estas conductas a los países miembros en la Directiva Comunitaria de 14 de mayo de 1991 (91/250/CEE)²⁸. Pese a ello es necesario advertir que la especial protección de la que se quiere dotar a estos elementos no hacía precisa su conversión en con-

²⁶ MORENO y BRAVO, E. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 484/2001, p. 4. El subrayado es del original. En contra de las orientaciones expuestas y recogidas en el texto se manifestó ya antes del vigente Código Penal GIMBERNAT ORDEIG, E. “Los delitos contra la propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 1995, p. 223 y ss.

²⁷ Cfr. LOPEZ MORENO, J.; FERNÁNDEZ GARCIA, E. M. “La World Wide Web como vehículo de delincuencia”. *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial X* (2001), p. 434.

²⁸ Véase también PICA, G. *Diritto penale delle Technologie informatiche*, Utet, Torino 1999p. 194.

ducta delictiva pues, como ha advertido Mestre²⁹, las previsiones de la mencionada Directiva no obligaban a que la infracción tuviera carácter penal.

Esta orientación ha trascendido las fronteras europeas, de forma que en EEUU la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 (DMCA) ha incluido como infracción la neutralización de las medidas técnicas que protegen la obra equiparando la simple difusión de informaciones o de productos a la efectiva neutralización³⁰. En realidad en la mencionada *Digital Millenium Copyright Act* la elusión de medidas anticopia por parte de los usuarios no queda prohibida. Y ello pues se trata de permitir que el público pueda realizar copias en circunstancias que quedan cubiertas por la doctrina del *fair use* (copias de uso privado)³¹. No sucede lo mismo con el mero acceso, que no se considera cubierto por los derechos de autor y por tanto tampoco son aplicables las limitaciones a los mismos. En Europa, la Directiva sobre armonización de derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información, no prevé en su articulado casos en los que resulte lícito la elusión de estas medidas tecnológicas, pero puede entenderse que, resultando lícita la copia privada de una obra tutelada por los derechos de autor y protegida mediante alguna medida tecnológica, pueda también realizarse lícitamente la elusión de tales medidas desde la perspectiva de la copia de uso personal³². Sin embargo, para el caso de los programas de ordenador sabemos que no cuentan con la posibilidad de copias lícitas para uso personal – salvo las de seguridad y otras de carácter puramente técnico – por lo que no cabe plantear de la misma manera la hipótesis de elusión de las medidas tecnológicas.

Este hecho delictivo representa por distintos motivos una modalidad de comportamiento punible de carácter excepcional. En primer lugar pues supone el adelantamiento de la protección penal a conductas que no se refieren siquiera al empleo o

²⁹ Señala expresamente este autor que “La Directiva no especifica qué naturaleza jurídica (civil, administrativa o penal) han de tener estas que denomina medidas adecuadas” (p. 69). “La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España: estado de la cuestión tras la Directiva de 14 de mayo de 1991, del Consejo C.C.E.”, *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1621, de 25 de diciembre de 1991. También el mismo autor en Derecho Penal, Parte Especial (LAMARCA PEREZ. Coordinadora). Colex 2004, p. 336.

³⁰ REIDENBERG, J.R. “L’encadrement juridique de l’internet aux États-Unis”, *L’Internet et le Droit*. 2001.

³¹ XALABADER PLANTADA, R. “Infracciones de propiedad intelectual. La *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la Sociedad de la Información”. *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial IX* (2002), p. 154. Algunos aspectos de interés sobre el reciente desarrollo de la legislación penal en materia de derechos de autor en Norteamérica en Notes. “The criminalization of copyright infringement in the digital era”, *Harvard Law Review* v. 117, nº 2 (1999), p. 1719 y ss.

³² En el sentido señalado XALABADER PLANTADA, R. “Infracciones de propiedad intelectual. La *Digital Millenium Copyright Act* de 1998 y la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, sobre derechos de autor en la Sociedad de la Información”. *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. Cuadernos de Derecho Judicial IX* (2002), p. 159.

utilización de estos mecanismos, sino a su mera fabricación, puesta en circulación o tenencia, es decir a momentos siempre previos a lesión alguna de la propiedad intelectual. Se trataría de una modalidad que constituye únicamente un peligro abstracto para la tutela penal de propiedad intelectual, difícil de justificar desde el ángulo del principio de lesividad que preside la construcción del Derecho Penal³³. Por otra parte, se señala cómo esta modalidad tan específica rompe con la sistemática interna de la regulación al referirse a un concreto objeto en las condiciones antes señaladas³⁴. En realidad ahora el legislador ya no toma como objeto material una obra literaria, artística o científica sino tales dispositivos técnicos de protección de la obra. Y sin embargo no es posible identificar la acción dirigida sobre estos dispositivos con una infracción de los derechos de autor. Además con la reforma el legislador ha ampliado el radio de acción del supuesto al añadir las conductas de importación, al parecer pretendiendo así armonizar este tercer apartado del art. 270 con los dos precedentes³⁵. Por eso mismo se suscita la incompreensión respecto a la regulación establecida por la no inclusión de la conducta de exportación que también se recoge anteriormente, salvo que se estuviera dispensando protección a la industria audiovisual local, por lo que ya no tendría tanto interés castigar las mismas conductas pero en el sentido de la exportación. En todo caso no parece que el instrumento jurídico adecuado para proteger estos intereses, por legítimos que en ocasiones puedan resultar, sea el Derecho Penal.

Finalmente es preciso indicar que esta prohibición posee una mayor amplitud que el ilícito civil (art. 102 letra c LPI), lo que resulta incoherente con la relación característica entre ambos tipos de ilícitos³⁶. No resulta acertada la regulación penal superando el radio de acción del ilícito civil al abarcar tanto tenencia como puesta en circulación y fabricación (este último supuesto no previsto en la regulación del TRLPI) de este tipo de desprotectores, cuando además el tipo penal no reclama el fin comercial que debe guiar al autor de los hechos que se exigen en la legislación civil, con el consiguiente ensanchamiento de la zona punible. La infracción privada exige expresamente que la puesta en circulación o tenencia de estos instrumentos lo sea “con fines comerciales”, como lo hace la más reciente Directiva comunitaria 2001/29/CE sobre armonización de

³³ En este sentido se ha señalado que el legislador ha llevado demasiado lejos la intervención penal. GONZALEZ RUS, J. J. “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *Derecho informático y de las nuevas tecnologías*, Boletín nº 5, enero 2003, p. 14, en <http://edec.iespana.es/edec/derinfor/216.htm>

³⁴ Así GONZALEZ GOMEZ, A. *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*. Tecnos, Madrid 1998, p. 204.

³⁵ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 551.

³⁶ En este sentido también JORGE BARREIRO, A. *Comentarios al Código Penal*, Civitas 1997, p. 775. La coincidencia con el ilícito civil, su innecesaridad así como la colisión con el principio de proporcionalidad que manifiesta Miro Llinares, llevan a este autor a señalar la inconstitucionalidad del mencionado párrafo. “La protección de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* 13 (2004), p. 100.

los derechos de autor y conexos en la Sociedad de la Información (art. 6). Resulta incongruente elevar el nivel de exigencia para la infracción más leve (ilícito privado) e imponer menores requisitos en el ámbito sancionatorio más grave (derecho penal)³⁷.

En todo caso sí parece exigible para la aplicación del supuesto, conforme a lo previsto en el párrafo tercero del art. 270 CP, que el medio técnico desprotector de programas posea como única y exclusiva finalidad la de eliminar o evitar los dispositivos de seguridad del programa. Como consecuencia de esta exigencia típica, deberán excluirse de los comportamientos abarcados por la conminación penal aquellos que, además, posean otras funciones o aplicaciones³⁸. En realidad no se trata, como en ocasiones se apunta, de realizar una interpretación restrictiva del tipo, a la vista de los múltiples reparos jurídicos que presenta, sino que lo que se está haciendo es aplicar – como no puede ser de otra manera – la finalidad que expresamente exige el tipo. La no toma en consideración de esta particular, y no otra, finalidad del dispositivo, si que constituiría una infracción de lo previsto en la ley.

III. La reforma ya varias veces aludida incluye nuevas conductas punibles relativas a programas de ordenador pero ahora en el marco de los delitos relativos al mercado y a los consumidores” (sección 3ª, capítulo XI). Ya la exposición de motivos se refiere a estos nuevos hechos incriminados al indicar que “se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica”. Como fundamento de esta pretendida incriminación se cita la “respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales”.

Ya la decisión legislativa sobre la ubicación sistemática de las conductas prohibidas produce cierta perplejidad. Resulta que el tipo de hechos incriminados, como los

³⁷ El art. 102 TRLPI establece que cometen conducta infractora “Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”.

³⁸ GONZALEZ GOMEZ, A. *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*. Tecnos, Madrid 1998, p. 203. Antes las críticas que propicia esta regulación y dada esta expresa exigencia legal, la doctrina señala la facilidad con la que puede llevarse a la inaplicabilidad del supuesto si se añaden al programa copiador otras instrucciones destinadas a realizar funciones diversas a las previstas para el supuesto. Cfr. MIRO LLINARES, F. “La protección de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* 13 (2004), p. 100. Para Gonzalez Rus también son exigibles los elementos generales del tipo básico como el ánimo de lucro o la actuación en perjuicio de tercero, lo que serviría para limitar el contenido del supuesto de la mera tenencia. “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, *Derecho informático y de las nuevas tecnologías*, Boletín nº 5, enero 2003, p. 14, en <http://edec.iespana.es/edec/derinfor/216.htm>? En sentido semejante al entender aplicables los elementos generales del tipo básico MIRO LLINARES, F. “La protección de los derechos de explotación exclusiva sobre el software”, *Revista Penal* 13 (2004), p. 101. d.

accesos fraudulentos por particulares a los servicios de televisión por pago o a Internet, de acuerdo a su colocación en la organización del Código debemos considerarlos como “delitos relativos al mercado y a los consumidores”, es decir, delitos contra los intereses de los consumidores. La doctrina, pese a lo reciente de la reforma, ya ha tenido ocasión de identificar los bienes realmente protegidos. Así se alude a los intereses de las empresas concesionarias³⁹, los intereses económicos de las entidades que prestan servicios de radiodifusión o interactivos⁴⁰, o los intereses económicos de los prestadores de servicios⁴¹. Por ello Martínez-Bujan ha señalado la incorrecta ubicación sistemática de estas conductas incriminadas, especialmente por considerar que la naturaleza de los intereses tutelados resulta exclusivamente patrimonial individual, mientras que lo propio de los delitos contra los consumidores y singularmente contra el libre mercado y la libre competencia es tutelar un bien jurídico supraindividual. Pero es que además resulta notorio que las conductas castigadas se dirigen desde el consumidor hacia las empresas suministradoras de servicios, y sin embargo lo propio de los delitos contra los consumidores es que la dirección de las conductas sea del empresario hacia el consumidor.

Pese a que se ha intentado el encaje de estas conductas entre los hechos delictivos contra la propiedad intelectual – pues lo cierto es que se atacan los derechos de explotación de las entidades de radiodifusión –, en realidad la tipificación del art. 286 desborda con mucho el contenido. No sólo porque no exista en principio una obra tutelada por los derechos de autor sobre la que se dirija la conducta, sino porque además tales conductas están situadas en momentos previos a la posible lesión de las facultades propias de la propiedad intelectual y por tanto en ningún momento la redacción típica llega a exigir afectación alguna de las mismas. “la mayoría de las conductas tipificadas en el art. 286 (salvo la del apdo. 4) serían simples actos preparatorios de las citadas conductas del art. 270-1... Ahora bien, el delito del art. 286 posee una órbita de aplicación mucho mayor (tanto en lo que atañe a las acciones típicas como al objeto material), cuyo injusto, si bien englobará en la práctica la vulneración de derechos conexos de propiedad intelectual en el conjunto de servicios que presta, no exige conceptualmente tal afectación”⁴².

Con ello la amplificación de las conductas punibles que implica el art. 286 se hace notorio, no exclusivamente respecto a la tutela penal de la propiedad intelectual sino al conjunto de la legislación penal. “El art. 286 incorpora una nueva apuesta de intervención penal, cifrada en la represión de los precursores (tenencia o conductas

³⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. Parte Especial, Tirant lo Blanch 2004, p. 523.

⁴⁰ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 588-9.

⁴¹ MORALES PRATS/MORON LERMA. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Thomson/ Aranzadi 2004, p. 1427. Estos autores entienden que la tutela de estos intereses económicos de estos operadores, en cuanto resultarían indispensables para el acceso a Internet, adquiere una dimensión supraindividual.

⁴² MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 588.

periféricas a la propia tenencia tendentes a facilitar la posterior comisión de un ilícito) destinada a proteger el nuevo interés colectivo antes indicado. Con dicha medida legislativa, se supera la anterior línea de política-legislativa en la que el castigo de los precursores se limitaba al ámbito de la propiedad intelectual (art. 270.3 CP) y al de las falsedades documentales (art. 400 CP)”⁴³.

La explicación de la decisión de llevar estas conductas al ámbito de los delitos relativos al mercado y a los consumidores vendría dada por la constatación de la imposibilidad de considerar algunos de los supuestos recogidos como auténticos delitos contra la propiedad intelectual y, por el contrario, su admisión como delitos de descubrimiento y revelación de secretos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2002⁴⁴, en la que se plantea la calificación penal de las conductas de fabricación, venta y distribución de tarjetas aptas para la decodificación de la señal de televisión, lo que permitía acceder a los canales difundidos y a los programas de “pago por visión” sin el abono de las correspondientes cuotas, efectúa consideraciones dignas de mención. En un interesante desarrollo la mencionada Sentencia determina la imposibilidad de calificar los hechos como defraudación de telecomunicaciones, del art. 255 CP, la inexistencia de delito contra la propiedad intelectual, del art. 270, pero admite finalmente la presencia de un hecho punible relativo al descubrimiento y revelación de secretos empresariales del art. 280. La defraudación de las telecomunicaciones del art. 255 no es posible apreciarla pues la fabricación y venta de tarjetas decodificadoras no puede verse sino como un acto previo a la conexión fraudulenta y directa que exigiría el tipo penal. Tampoco cabía incluir los hechos señalados entre los delitos contra la propiedad intelectual pues ni la señal ni las tarjetas resultan obras tuteladas por tales derechos, ni las conductas de fabricación y venta de las tarjetas representan un acto de comunicación pública propio de estos hechos punibles. De este modo al sí aplicarse un delito de descubrimiento y revelación de secretos, incluidos entre el mencionado grupo relativo al mercado y a los consumidores, parece que aconsejó finalmente incluir estas conductas en el mismo.

El legislador en una regulación realmente prolija, compleja y confusa pretende abarcar todos los posible supuestos de facilitación del acceso mismo a los servicios de radiodifusión e interactivos, facilitación de los equipos alterados que permitan tal acceso fraudulento, o facilitación de información que permitan la posibilidad de acceso. Hasta aquí conductas de tercero, en relación a quien en realidad va a hacer uso del servicio. Pero en un último apartado igualmente se penaliza la utilización de los equipos que permitan el deseado acceso in consentido a este tipo de servicios, ahora, se entiende, por el propio usuario del mismo.

En el apartado primero del precepto –art. 286–, se incriminan las conductas de quienes faciliten el acceso condicional o no a algún servicio de radiodifusión (sonora o

⁴³ MORALES PRATS/MORON LERMA. *Comentarios al nuevo Código Penal*. Thomson/Aranzadi 2004, p. 1429.

⁴⁴ ARP 2003/221, Sentencia 1036/2002 (Sección 8ª) de 4 de noviembre de 2002. A este respecto la mencionada resolución indica la imposible aplicación de las defraudaciones del art. 255.

televisiva) o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica. La conducta resulta punible siempre que para la misma se empleen equipos o programas informáticos no autorizados en la Unión Europea (fabricación, importación, distribución, puesta a disposición, venta alquiler o mera posesión de los mismos). También si los equipos o programas señalados se instalan, mantienen o se sustituyen. En todo caso se requiere que la conducta se realice sin el consentimiento del prestador de los servicios defraudados, así como que el autor dirija subjetivamente sus conductas hacia finalidades comerciales. Como la regulación se refiere a conductas de fabricación, importación o puesta a disposición de programas o equipos, algún autor entiende que se recogen conductas previas a la instalación de los mismos e incluso a su venta que únicamente puede constituir un peligro abstracto para los intereses tutelados⁴⁵.

En el apartado segundo se castiga con la misma pena la alteración (o duplicación) de la identificación de un equipo de telecomunicaciones o bien el que el autor se limite a comercializar los equipos previamente alterados en su identificación, siempre que concurra ánimo de lucro en la conducta. Al parecer esta concreta incriminación se dirige a perseguir la utilización fraudulenta de teléfonos móviles sustraídos⁴⁶. El apartado tercero prevé la realización de conductas de comunicación pública de la información necesaria para sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a algunos de los servicios de radiodifusión o interactivos mencionados, siempre que conlleve una incitación a lograr tal objetivo. De forma que es necesario que la información proporcionada sea idónea para establecer el acceso, se dirija – al menos potencialmente – a una pluralidad de personas y que la misma implique una incitación a llevar a cabo los procedimientos de los que se da noticia. Para Muñoz Conde la exigencia de incitación amplía las posibilidades de expansión del tipo a conductas muy alejadas del bien jurídico⁴⁷. Pero quizás el aspecto que mayor expansión dota a la conducta es la no exigencia de ánimo de lucro. Parece que el legislador constató la no presencia de tal elemento en muchos casos de quienes facilitaban por Internet u otras publicaciones los códigos de acceso y otras informaciones, por lo que suprimió tal requisito para facilitar su persecución penal⁴⁸. De forma que el legislador lo que ha realizado ha sido una incriminación en la que omite un requisito exigido en las conductas anteriores y sin cuya presen-

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch 2004, p. 523.

⁴⁶ Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C (Director). *Código Penal Comentado*, T. I, Bosch 2004, p. 873.

⁴⁷ *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch 2004, p. 523. Sin embargo en algún caso jurisprudencial reciente la toma en consideración de la necesidad de incitación hizo imposible, junto con otros extremos, el castigo de los hechos. En el suceso decidido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 28 de enero de 2003 (ARP 2003/274), el autor había escrito un artículo publicado en una revista en el que facilitaba la información necesaria para elaborar tarjetas que permitían la recepción no autorizada de la señal de televisión por satélite. En el artículo, sin embargo se hacían continuas advertencias sobre la ilicitud de la práctica real de la decodificación y del interés puramente educativo y de experimentación del artículo. La acusación pretendía la imputación de una provocación a un delito de estafa.

⁴⁸ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, en AAVV, *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch 2004, p. 589.

cia estas conductas del art. 286 1 y 2 no se pueden considerar lo suficientemente graves como para constituir un hecho delictivo. De forma que el legislador da cabida a estas acciones sin interrogarse suficientemente si la nueva incriminación abarca hechos cuyo injusto alcance el mínimo para resultar penalmente significativas. Téngase en cuenta que ya hemos dicho que las conductas del art. 286 representan por su contenido actos preparatorios en dirección a una hipotética lesión posterior de la propiedad intelectual. Si resulta que los ataques a la propiedad intelectual requieren en todo caso el que el autor obre animado por el ánimo de lucro para que la conducta resulte típica no puede dejar de considerarse paradójico que las acciones previas, mucho más alejadas de la posible afección al bien jurídico exijan menores requisitos. Es más en realidad la presencia del ánimo de lucro ha resultado el único elemento que permite distinguir estos hechos punibles de los meros ilícitos privados. De otra forma se produce un solapamiento de ilícitos contrario a los principios básicos del Derecho penal. En el mismo apartado se equipara la conducta prevista en el primero de ellos de facilitación del acceso a los servicios de radiodifusión e interactivos cuando se realice sin ánimo de lucro. Respecto esta concreta modalidad se pueden plantear las mismas dudas que acabamos de señalar anteriormente con base en la ausencia de elemento del ánimo de lucro.

Finalmente el cuarto y último de los números del art. 286 convierte en hecho punible la utilización de los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación. La pena en este se remite a la prevista en el art. 255, lo que permite entender que el propio legislador admite su semejanza con las conductas de defraudación allí contenidas⁴⁹. Sin embargo, a diferencia de lo establecido en el art. 255, aquí no se impone una cuantía mínima defraudada con requisito para la existencia del delito, sino que expresamente se indica la presencia del hecho delictivo “con independencia de la cuantía de la defraudación”. La doctrina llama la atención sobre esta ausencia de cuantía mínima en la defraudación pese a la remisión al art. 255 en el que sí se condiciona la punición a la producción de una defraudación superior a los 400 euros⁵⁰. No sería descabellado pensar en la posible influencia de la constatación de que la exigencia de una cantidad semejante como defraudación lleva, en la mayoría de los casos, a considerarlos mera falta y no delitos en sentido estricto, como ya ha sucedido en la práctica⁵¹. De esta forma no se proporcionan razones suficientes para la valoración de este hecho como más grave y la consiguiente aplicación de una pena superior, máxime si al mismo tiempo se admite el para-

⁴⁹ Cfr. MESTRE DELGADO, E., en *Derecho Penal, Parte Especial* (LAMARCA PEREZ. Coordinadora). Colex 2004, p.369.

⁵⁰ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C., en AAVV, *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch 2004, p. 590.

⁵¹ En el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 12 de marzo de 2004 (JUR 2004/134367), un abonado de televisión por cable deja de recibir el servicio ante el impago de las cuotas, de forma que lo que hace es conectarse directamente del repartidor de señal del edificio. Teniendo en cuenta las cantidades defraudadas se le condena como autor de una falta de defraudación del art. 623.

lismo de los casos, como lo demuestra la remisión punitiva que el propio legislador efectúa. La realización de este tipo de hechos delictivos conlleva, de acuerdo a las previsiones de la ley para los dos primeros apartados mencionados, penas de prisión y de multa acumulativamente establecidas, pudiendo llegar la privación de libertad hasta los dos años. En el caso de los dos últimos apartados la pena es de multa (seis a veinticuatro meses y tres a doce meses, respectivamente).

V. Esta tendencia legislativa es sin duda expresión de la preocupación en el orden internacional por la protección de las obras tuteladas, especialmente las que se difunden por medios tecnológicos, respecto a una eficiente tutela legal. Los Tratados de la OMPI de 1996 (WCT y WPPT)⁵² se dirigen principalmente a la aplicación de los derechos de autor en el entorno digital. Estos textos requieren a los países para que proporcionen una protección jurídica adecuada y prevean recursos contra la elusión de las medidas tecnológicas utilizadas para la protección de las obras. Pese a los términos en los que se plantea la necesidad de tutela y las presiones dirigidas a las instituciones para obtener el respaldo penal a la tutela de los medios telemáticos de difusión de obras puede suceder que la recepción, en muchos casos mimética, de los ilícitos privados en la regulación penal resulte improcedente en ocasiones por exceso y en otras por inadecuado para conseguir los fines que se persigue. La preocupación por los cambios tecnológicos va acompañada de la de los que temen que la revolución digital debilite su posición en el mercado. Preocupación empresarial legítima y normal pero para la defensa de esos intereses se deberán poner en marcha novedosas estrategias empresariales y técnicas pero no acudir al Derecho Penal a modo de herramienta de control del mercado.

Un asunto relevante y singular se presenta respecto a las copias privadas de programas de ordenador y su posible sanción penal. Problema sobre el que ya hemos fundamentado en otro trabajo la exclusión de su relevancia penal. No faltan, sin embargo, opiniones y legislaciones que avalan la ampliación de la punición en este terreno. Aspecto este de las copias para uso privado de programas de ordenador que legislativamente no está resuelto en nuestro país y que sin embargo se presenta con asiduidad en la práctica de los usuarios de sistemas informáticos y cuya solución podría deparar una nueva extralimitación.

De la manera como se aborden la inclusión de estos y otros supuestos en el campo penal dependerá que se logre el equilibrio de intereses en juego antes mencionado. El automatismo en trasladar a la normativa penal los nuevos supuestos de infracciones a los derechos de autor, introduce el “riesgo de transformar el instrumento penal de un justo medio de salvaguardia del progreso tecnológico-informativo en irracional forma de garantía de posiciones privilegiadas en el mercado”⁵³.

⁵² WCT en vigor desde el 6 de marzo de 2002, relativo a la protección de las obras literarias y artísticas, como escritos, programas informáticos, bases de datos, obras musicales, audiovisuales, obras de arte y fotografía. El Tratado WPPT, en vigor desde el 20 de mayo de 2002, se ocupa de la interpretación, ejecución y fonogramas.

⁵³ ANGELINI, M. “Riflessi penalistici della duplicazione privata del software”, *La Giustizia penale* 10 (2000), p. 608.