

EL DELITO DE FABRICACIÓN, PUESTA EN CIRCULACIÓN Y TENENCIA DE MEDIOS DESTINADOS A LA NEUTRALIZACIÓN DE DISPOSITIVOS PROTECTORES DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS (ART. 270, PÁRR. 3º CP)

A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995 (*)

Víctor Gómez Martín

Ayudante de Derecho penal. Universidad de Barcelona

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2002, núm. 04-16, p. 16:1-16:46. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 04-16 (2002), 22 oct]

RESUMEN: El artículo se divide en seis apartados. El apartado I consiste en una introducción general a la creciente preocupación jurídica, tanto nacional como internacional, por la protección de los programas informáticos. En el apartado II se exponen las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP, tomándose partido en favor de la idea de que se trata de un delito de naturaleza mixta. El apartado III tiene por objeto la exposición de la tesis de que el delito de tenencia de medios vulneradores de dispositivos de protección de programas informáticos es un delito de emprendimiento o preparación, así como una breve descripción

general de esta clase de delitos. El apartado IV está dedicado al estudio de la relación concursal entre el señalado delito de tenencia de medios y el delito de reproducción ilegal de programas (art. 270, párr. 1º CP), estrechamente vinculada a la cuestión de la “dependencia” o “autonomía” del primer delito respecto del segundo. En el apartado V se formulan algunas consideraciones *de lege ferenda* sobre si las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP son, o no, merecedoras de pena. Y en el último apartado del artículo, el VI, se analizan algunas de las propuestas de interpretación restrictiva del tipo previsto en el art. 270, párr. 3º CP que han sido sugeridas por la doctrina.

PALABRAS CLAVES: Propiedad intelectual, programas de ordenador, delincuencia informática, delitos de emprendimiento o preparación, *delictum sui generis*, concursos, derecho penal, política criminal.

Fecha de recepción: 20 septiembre 2002

Fecha de publicación: 22 octubre 2002

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza jurídica del delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP. Estado de la cuestión en la doctrina y toma de postura. 1. Estado de la cuestión en la doctrina. 2. Toma de postura: tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección

de programas de ordenador como delito de emprendimiento (posición diferenciadora) III. El delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP como delito parcialmente de emprendimiento o preparación. 1. Concepto de delito de emprendimiento o preparación. 2. La tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP) como delito de emprendimiento o preparación. IV. Relación concursal entre el delito de tenencia de medios (art. 270, párr. 3º CP) y el delito de reproducción ilegal de programas (art. 270, párr. 1º CP). La cuestión de la “dependencia” o “autonomía” del primero respecto del segundo. 1. La dependencia o autonomía del delito del art. 270, párr. 3º CP según la teoría del “delictum sui generis”. Exposición y valoración crítica. 2. La dependencia o autonomía del delito del art. 270, párr. 3º CP según la teoría del concurso de delitos y el concurso de leyes. Exposición y valoración crítica. V. Consideraciones “de lege ferenda”: ¿deben ser objeto de incriminación las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP? 1. El argumento de la escasa peligrosidad para el bien jurídico protegido de las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP 95 2. El argumento de la identidad de penas de las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP con las del art. 270, párr. 1º CP. VI. Consideraciones “de lege lata”. Algunas propuestas interpretativo-restrictivas del art. 270, párr. 3º CP: exposición y valoración crítica. 1. Primera propuesta interpretativa: interpretación restrictiva del tipo limitando el “medio” sobre el que recaen las conductas típicas de “fabricación, puesta en circulación y tenencia” únicamente a aquellos instrumentos cuyo único uso sea el de “facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de dispositivos técnicos utilizados para proteger un programa de ordenador”. Exposición y valoración crítica. 2. Segunda propuesta interpretativa: interpretación restrictiva del tipo extendiendo los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” a todas las conductas del art. 270, párr. 3º CP. Exposición y valoración crítica. 3. Tercera propuesta interpretativa: interpretación restrictiva del tipo exigiendo la “puesta en circulación” como requisito adicional para la tipicidad de la tenencia. Exposición y valoración.

I. Introducción

La incidencia de la informática en la sociedad de nuestros días es enorme. Algunos autores han descrito esta circunstancia aludiendo al llamado fenómeno de la “masificación informática”, en referencia al cada vez más masivo uso de ordenadores y programas de ordenador.¹ La creciente relevancia social adquirida por estos últimos como vehículo de expresión de datos e información de la más diversa índole tiene su lógica correspondencia en una preocupación por la protección de los derechos de autor sobre ellos también cada vez mayor. Esta preocupación afecta, en primer lugar, a los propios fabricantes de programas de ordenador, que dotan a los programas de dispositivos técnicos destina-

(*) La realización de este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación BJU2201-3381 (Ministerio de Ciencia y Tecnología), coordinado por el Prof. Santiago Mir Puig.

Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad penal; BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia; BOE: Boletín Oficial del Estado; C: Circular; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; CEE: Comunidad Económica Europea; coord: Coordinador; CP: Código penal; D: Directiva; dtor: director; ed.: editor; E. de M: Exposición de Motivos; EPC: Estudios de Política Criminal; FGE: Fiscalía General del Estado; JuS: Juristische Schulung; L: Ley; LH: Libro-Homenaje; LO: Ley Orgánica; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; párr.: párrafo; PG: Parte General; PE: Parte Especial; RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; RDL: Real Decreto Legislativo; RDM: Revista de Derecho Mercantil; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; REFDUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; SSTSJCE: Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea; StGB: Strafgesetzbuch; UE: Unión Europea; ZakDR: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

¹ Vid. REYNA ALFARO, “La criminalidad informática: cuestiones para una reflexión inicial”, AP 2002, pp. 537 s.

dos a evitar su reproducción ilícita. Sin embargo, puesto que la realidad se encarga de demostrar día a día que los dispositivos de protección de los programas de ordenador, lejos de disuadir a los “piratas informáticos”, constituyen para ellos incluso un estímulo intelectual, las medidas de autoprotección adoptadas por los fabricantes informáticos devienen completamente insuficientes. En la actualidad, puede decirse que prácticamente no existe dispositivo de protección de programas de ordenador que no tenga ya su correspondiente “antídoto”. Por este motivo, la inquietud por evitar las conductas consistentes en la vulneración de los dispositivos técnicos de protección de los programas informáticos, conocidas globalmente bajo la denominación “cracking”,² empezó a alcanzar a principios de los años 90 al ámbito legislativo de la actual UE.

Una de las primeras manifestaciones de esta preocupación legislativa fue el art. 7.1 c) de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.³ Según este precepto, “los estados miembros, de conformidad con sus legislaciones nacionales, deberán adoptar medidas adecuadas contra las personas que cometan (...): la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador”.

² En el argot informático se emplea el término “*cracking*” para aludir al conjunto de técnicas que persiguen la modificación de un programa mediante la eliminación de pantallas introductorias o de protecciones, o la obtención de nuevos “*passwords*” o contraseñas de acceso a sistemas en ciertos programas de comunicaciones, con la finalidad de desproteger programas de ordenador, utilizarlos sin pagar las correspondientes licencias, o emplear una copia de modo no autorizado simultáneamente en múltiples lugares diferentes. Por lo demás, y en contra de lo que en ocasiones sucede, el “*cracking*” no debe ser confundido con otra de las innumerables clases de prácticas que tienen lugar en relación con los sistemas informáticos: el “*hacking*”. Esta última técnica consiste, esencialmente, en acceder de forma ilegal a un sistema a fin de obtener información, sin la destrucción de datos ni la instalación de virus. En un sentido más amplio también se alude al “*hacking*” para hacer referencia a la realización de cualquier acción encaminada a penetrar sin consentimiento en sistemas informáticos ajenos, tanto virtual como físicamente. En este sentido laxo, el “*hacking*” comprende muy diversas prácticas, entre las que destacan el “*radio-hacking*” (utilización de la radio para obtener información de acceso restringido, incluyendo el escaneo de frecuencias) o el “*sniffing*” o “*pinchado de líneas*” (obtención de información que circula por una red mediante la grabación de comunicaciones o “*taping*”). Las prácticas de “*cracking*” y “*hacking*” confluyen en dos supuestos: a) “*hacking* indirecto”; y b) “*cracking* malicioso”. Por lo que respecta al primero de estos dos fenómenos, algunos autores se refieren al “*hacking*” indirecto para aludir al acceso in consentido a un sistema informático o redes de comunicación electrónica de datos con el fin de cometer un delito (por ejemplo, alguna modalidad de “*cracking*”). A diferencia del “*hacking* directo”, o mero intrusismo informático, que consistiría en el acceso y permanencia perpetradas con el único fin de vulnerar un “*password*” o una puerta lógica que permite acceder a sistemas informáticos o redes de comunicación electrónica de datos (la finalidad del “*hacker* blanco” —nombre con el que se designa al sujeto que practica “*hacking*” directo— es la de franquear la puerta de entrada, acceder al sistema y salir del mismo, demostrando, de este modo, el defecto de seguridad del que adolece), la intrusión que representa el “*hacking*” indirecto constituiría un medio necesario para cometer un delito. En cuanto a la práctica del “*cracking* malicioso”, comprende, por su parte, el “*carding*” (uso ilegal de tarjetas de crédito), el “*trashing*” o “*diving*” (“recogida de basura”, física o electrónica, con el objeto de encontrar información útil para el “*hacking*” en sentido estricto, tal como números de tarjetas de crédito, contraseñas, recibos, directorios, archivos, ficheros borrados recuperables, ficheros de “*spooling*” de impresoras, etc.), o el “*phreaking*” o “*foning*” (uso ilegal de las redes telefónicas), etc. Sobre los conceptos de “*cracking*” y “*hacking*” y su delimitación vid. en línea: www.cfnavarra.es/cultura/video/textos; UNDERHACK, “*Faq underground*”, en *Hacking & phreaking* (en línea: www.members.tripod.com); GARCÍA NOGUERA, “La legislación española frente a los delitos informáticos” (en línea: www.delitosinformaticos.com). Sobre otras modalidades de la piratería informática, vid. SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid 2000, pp. 118 s.

³ Vid. sobre esta Directiva GARCÍA RIVAS, CDJ 1995, p. 218, y también nota 21, aunque refiriéndose erróneamente a la Directiva 99/250/CEE, probablemente inducido por el error en que también incurre la enmienda nº 382, del Grupo Parlamentario Popular, citada por el autor.

Con la publicación de la Directiva 91/250/CEE, los Estados miembros de la Unión quedaban comprometidos a la adopción de medidas jurídicas de protección de los programas de ordenador con adecuación a los principios de proporcionalidad y eficacia.⁴ La Directiva 91/250/CEE nada decía, sin embargo, sobre cuál debía ser la naturaleza jurídica de dichas “medidas adecuadas” de protección de los programas de ordenador. La Directiva dejaba a criterio de cada uno de los Estados miembros de la entonces CEE, ahora UE, la decisión sobre si aquellas “medidas adecuadas” debían consistir en normas de Derecho civil, de Derecho fiscal, de Derecho administrativo o de Derecho penal.

¿Mediante qué clase de normas intenta evitar el legislador español la vulneración de dispositivos de protección de programas de ordenador a la vista de la Directiva 91/250/CEE? El ordenamiento jurídico español protege los programas de ordenador de la vulneración de dispositivos de protección por medio del Derecho civil, por una parte; y, del Derecho penal, por otra. Por lo que respecta al Derecho civil, la referida protección jurídica se encuentra contemplada en el art. 102 c) del RDL 1/1996. De conformidad con este precepto, que representa la incorporación al RDL 1/1996 del art. 8 c) L 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la Directiva 91/250/CEE,⁵ “tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, (...) ponga 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”.⁶ En cuanto al Derecho penal, el art. 270, párr. 3º CP dispone que “será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”.

Sin perjuicio de alguna referencia obligada al apuntado art. 102 c) RDL 1/1996, el presente trabajo tiene por objeto realizar un estudio crítico del art. 270, párr. 3º CP. Este estudio consta de dos partes. La primera consistirá en un análisis dogmático del art. 270, párr. 3º CP. Este análisis se ocupará especialmente de dos cuestiones relativas al precepto que nos ocupa: la naturaleza jurídica del delito y la delimitación de los supuestos en que resultará aplicable el tipo. La segunda parte del trabajo pretende constituir una aportación al debate político-criminal sobre si las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP son merecedoras de ser castigadas con pena o no.

⁴ Vid. MESTRE DELGADO, “La protección jurídica de la propiedad intelectual sobre el software en España”, BIMJ 1991 (1621), p. 69.

⁵ Según este precepto “a efectos de la presente Ley (...) tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art. 4 y, en particular: (...) quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier medio cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”. Se refieren a este precepto JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid 1997, p. 775; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Curso de Derecho penal*, PE, I, Madrid 1996, p. 780.

⁶ Sobre este precepto vid. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 775; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, PE, 3ª ed., Barcelona 1996, p. 422; JORDANA DE POZAS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid 1997, p. 2949.

II. Naturaleza jurídica del delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP. Estado de la cuestión en la doctrina y toma de postura

1. Estado de la cuestión en la doctrina

Entre los escasos penalistas que se han pronunciado sobre el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP circulan dos clases de ideas en lo que a la naturaleza jurídica del delito se refiere: 1) todas o algunas de las conductas típicas previstas en el art. 270, párr. 3º CP constituyen actos preparatorios de las conductas típicas del art. 270, párr. 1º CP; y 2) todas las conductas típicas previstas en el art. 270, párr. 3º CP dan lugar a delitos de peligro abstracto.

1.1. Todas o algunas de las conductas típicas previstas en el art. 270, párr. 3º CP constituyen actos preparatorios de las conductas típicas del art. 270, párr. 1º CP

Para un primer sector doctrinal, la conducta típica prevista en el art. 270, párr. 3º CP consiste, en todas o alguna de sus modalidades, en un acto preparatorio de alguna de las conductas típicas del art. 270, párr. 1º CP. Este sector doctrinal se divide en dos grupos: los autores que creen que *todas* las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP, esto es, la fabricación, la puesta en circulación y la tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección, son actos preparatorios; y los que consideran que ello sólo puede predicarse para la tenencia de aquellos medios. Pertenecen al grupo de autores que defiende una solución unitaria para las conductas del art. 270, párr. 3º CP como constitutivas todas ellas de delitos “de emprendimiento” —cuyo concepto será expuesto *infra*—, esto es, integrados por actos preparatorios de otras conductas, MUÑOZ CONDE,⁷ QUINTERO OLIVARES⁸ y JORDANA DE POZAS.⁹ Defiende un punto de vista diferenciador, en cambio, JORGE BARREIRO para quien la naturaleza de acto preparatorio sólo es propia de la conducta de *tenencia* de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de programas de ordenador, no pudiendo ser calificadas las restantes conductas como constitutivas de delitos “de emprendimiento”.¹⁰

1.2. Todas las conductas típicas previstas en el art. 270, párr. 3º CP dan lugar a delitos de peligro abstracto

También se encuentra generalizada en la doctrina la idea de que el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP representa, en todas las modalidades de la conducta típica, un delito de peligro abstracto. En opinión de CALDERÓN CERESO/CHOCLÁN MONTALVO¹¹ y

⁷ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, PE*, 13ª ed., Valencia 2001, p. 472.

⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dtor.) / MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., Pamplona 2001, p. 612.

⁹ Vid. JORDANA DE POZAS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal* cit., p. 2949.

¹⁰ Vid. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 775.

¹¹ Vid. CALDERÓN CERESO / CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal, PE*, 2ª ed., Barcelona 2001, p. 860.

MATA y MARTÍN,¹² con la tipificación de las conductas que nos ocupan, el legislador ha querido adelantar las barreras de protección de la propiedad intelectual, castigando conductas que sólo constituyen un peligro estadístico para el bien jurídico protegido.

2. Toma de postura: tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador como delito de emprendimiento (posición diferenciadora)

Comparto la tesis de quienes consideran que el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP consiste en un delito de emprendimiento o preparación. De las dos distintas posiciones defendidas por la doctrina en relación con la calificación de todas o alguna de las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP como actos materialmente preparatorios de otras conductas, sólo considero que merece ser plenamente aceptada la posición defendida por JORGE BARREIRO. En efecto, no todas las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP consisten en actos materialmente preparatorios de la conducta de reproducción ilícita de programas de ordenador, sino sólo la tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección de aquéllos. En el presente trabajo no se defiende, por tanto, una posición unitaria sobre la naturaleza jurídica del delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP, sino un punto de vista *diferenciador*. De conformidad con esta concepción, el art. 270, párr. 3º CP consistiría en un delito *parcialmente* de emprendimiento.

En contra de lo que consideran CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO y MATA y MARTÍN, no me parece oportuno, en cambio, calificar el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP como un delito de peligro abstracto. Un sector cada vez más amplio de la doctrina penal es de la opinión de que en los delitos de peligro abstracto, el bien jurídico protegido debe consistir en un interés supraindividual.¹³ A partir de esta idea, suele afirmarse que los delitos de peligro abstracto se dividen en dos clases de delitos: los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales con referente individual y los delitos contra bienes jurídicos intermedios “espiritualizados” o “representativos”.¹⁴ En la primera categoría de delitos, el legislador pretende proteger la seguridad de los individuos, a fin de que puedan conseguir el pleno desarrollo de su libertad individual.¹⁵ Son delitos contra bienes jurídicos supraindividuales con referente individual los delitos contra la seguridad colectiva, esto es, los delitos contra la salud pública, la seguridad en el tráfico, el equilibrio de los ecosistemas, la ordenación del territorio, etc. Los delitos contra los bienes jurídicos intermedios “espiritualizados” o “representativos” consisten, por su parte, en

¹² Vid. MATA y MARTÍN, *Delincuencia informática y Derecho penal*, Madrid 2001, p. 100.

¹³ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, *passim*; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Madrid 2001, p. 53, en cuya opinión los delitos contra bienes jurídicos intermedios “espiritualizados” o “representativos” sin un sustrato material manifiesto sólo pueden ser tipificados mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto. Sobre los delitos contra esta última clase de bienes jurídicos vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt 1989, p. 310. Sobre todo lo anterior vid. GÓMEZ MARTÍN, “El tratamiento jurídico-penal de la suelta de animales potencialmente peligrosos”, en prensa, pp. 31 y 33 ss.

¹⁴ Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 304 ss.

¹⁵ Vid. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro ...*, cit., *passim*.

infracciones contra intereses sin un sustrato material manifiesto. Se trata de conductas que pueden afectar al funcionamiento sin riesgos de ciertas instituciones que cumplen funciones positivas para todos los individuos. Son delitos contra bienes jurídicos intermedios “espiritualizados” o “representativos” los delitos contra la Administración Pública o los delitos contra la Administración de Justicia. A la vista de lo acabado de exponer, difícilmente cabe calificar el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP como un delito de peligro abstracto. El delito que nos ocupa ni es un delito contra bienes jurídicos supraindividuales con referente individual, ni puede ser considerado un delito contra bienes jurídicos intermedios “espiritualizados” o “representativos”. El bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa, los derechos de explotación sobre una obra intelectual (un programa de ordenador), no constituye un bien jurídico colectivo, sino un interés de naturaleza individual. En relación con este bien jurídico individual, no cabe duda de que la tipificación como delito de la mera tenencia de un medio preordenado a su lesión representa un adelantamiento de la protección penal de la propiedad intelectual, castigando conductas que sólo constituyen un peligro para el bien jurídico protegido. No obstante, ello no significa todavía que nos encontremos ante un delito de peligro abstracto. De lo contrario, sería obligado afirmar la presencia de un delito de esta clase en todos aquellos supuestos en que se ponga en peligro un bien jurídico individual sin que se produzca resultado de lesión o de peligro alguno. Y salta a la vista que esto último no puede ser, sin embargo, admitido, ya que, entonces, la tentativa y los actos preparatorios punibles deberían ser considerados delitos de peligro abstracto, cuando parece evidente que esta calificación no es correcta. La tesis de que los delitos de preparación no son delitos de peligro es defendida por VIVES ANTÓN¹⁶ y —aunque según entiendo con argumentos discutibles— por la STC 105/1988, de 8 de junio, que se pronunció sobre la naturaleza jurídica del delito previsto en el art. 509 CP de 1973.

A continuación interesa abundar en la idea de que el art. 270, párr. 3º CP constituye un delito parcialmente de emprendimiento, así como comparar cuáles son las consecuencias de esta solución mixta diferenciadora con las consecuencias a que conduciría la posición unitaria defendida por MUÑOZ CONDE, QUINTERO OLIVARES y JORDANA DE POZAS. Para ello conviene analizar con detenimiento en qué consisten los delitos de emprendimiento o preparación y por qué se afirma aquí que el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP constituye, sólo *parcialmente*, un delito preparatorio o de emprendimiento.

III. El delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP como delito parcialmente de emprendimiento o preparación

1. Concepto de delito de emprendimiento o preparación

Pese a constituir una categoría cuya aceptación no se encuentra completamente

¹⁶ Vid. VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL (dctor.) / CARBONELL MATEU (coord.), *Derecho penal, PE*, Valencia 1990, pp. 858 s.

exenta de controversia,¹⁷ un sector de la doctrina alemana¹⁸ y española¹⁹ ha aludido a los “delitos de emprendimiento” (“*Unternehmensdelikte*”), también conocidos como “delitos de preparación” (“*Vorbereitungsdelikte*”), para referirse a aquellos tipos que se caracterizan por que, en ellos, la realización de la conducta típica representa el inicio de un “*iter criminis*” global cuya fase ejecutiva tendría lugar con la realización de la conducta típica de otro tipo. O dicho de otro modo: la conducta típica de los delitos de preparación constituye materialmente un acto preparatorio de la ejecución del “*ciclo total*” en que consisten algunos atentados contra ciertos bienes jurídicos. La conducta típica de los delitos de emprendimiento o de preparación se encuentra preordenada o dirigida a la de otros tipos “principales”. La primera clase de tipos se distingue de la segunda en el grado de ejecución alcanzado en el “*iter criminis*” por la conducta típica. Desde un punto de vista *formal*, la conducta típica de los delitos de emprendimiento constituye un “*iter criminis*” completo.

2. La tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP) como delito de emprendimiento o preparación

Desde un punto de vista fenomenológico, en los supuestos que consistan en la reproducción ilícita de un programa de ordenador dotado de un dispositivo de protección, la fabricación, la puesta en circulación y la tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos de protección pueden ser contemplados como actos preparatorios de la reproducción ilegal. Es cierto —como dice BACIGALUPO ZAPATER²⁰— que en Derecho penal ni los «actos preparatorios» ni los «actos de ejecución» existen

¹⁷ Según BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª ed., Madrid 1997, pp. 335 s., “es frecuente afirmar que «excepcionalmente» la ley castiga también actos preparatorios. Tal afirmación es, por lo menos, superflua y quizás errónea. Preparación y ejecución son dos conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. En consecuencia, no hay «actos preparatorios» en sí, ni «actos de ejecución» en sí. (...) La afirmación de que son punibles «sólo por especiales motivos político-criminales» con que aquella conclusión suele ir acompañada, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues todos los delitos del código están incriminados por especiales motivos de política criminal”. La opinión de BACIGALUPO contradice la de JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG (traducción de la 2ª ed. alemana y adiciones de Derecho penal español a cargo de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE), Barcelona 1981, pp. 712 s., quien distingue dos distintos grupos de delitos en los que aquellos especiales motivos político-criminales podrían concurrir: a) supuestos en los que se produce la extensión no autónoma de ciertos tipos cuya cualidad requiere una intervención especialmente temprana, ya que de lo contrario la pena carecería de toda eficacia [por ejemplo, el delito de preparación de falsificación de moneda (§ 149 StGB) y la venta de medios abortivos (§ 219 c StGB)]; y b) actos preparatorios de típica fisonomía y alta peligrosidad que son castigados como delitos autónomos sin que sea preciso que el autor tenga proyectado un delito totalmente determinado [por ejemplos, los delitos de preparación de alta traición (§ 83 StGB) o de espionaje para revelar secretos de estado (§ 96 I StGB)].

¹⁸ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, Berlín 1920, pp. 12 ss., 22, 27 s., 40 s. y passim; NAGLER, “Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation”, en ZakDR, 1940, p. 365; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., pp. 712 s.

¹⁹ Vid. CUELLO CONTRERAS, “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»”, en ADPCP 1978, pp. 45 ss. Afirma en abstracto la posibilidad de que determinados actos preparatorios hayan sido elevados por la propia ley al rango de «*delicta sui generis*» RODRÍGUEZ MOURULLO, “La punición de los actos preparatorios”, ADPCP 1968, pp. 276 y 299.

²⁰ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª ed., cit., pp. 335 s.

en sí o en abstracto, sino sólo en relación con tipos penales concretos. Por este motivo, las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP son actos ejecutivos a los efectos del tipo del que forman parte. La realización de alguna de estas conductas dará lugar —en caso de que se produzca la concurrencia de los restantes elementos del tipo objetivo— a la consumación del delito del art. 270, párr. 3º CP. Pero no lo es menos que en muchas ocasiones, la tenencia de medios podrá ser contemplada no sólo como un “*iter criminis*” en sí mismo, sino como parte de un “*iter criminis*” más amplio que se agotará con la reproducción ilícita del programa. Aunque resulta evidente que desde un punto de vista *formal* la consumación del delito del art. 270, párr. 3º CP no exige la reproducción ilícita del programa, sino sólo la tenencia del medio idóneo para ello, también parece razonable considerar que, desde una más amplia perspectiva *material*, dicha reproducción puede constituir precisamente la culminación, el *agotamiento* del mismo ciclo o “*iter criminis*” global iniciado con la tenencia del precursor.

Que las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP no sólo pertenecen a una fase del “*iter criminis*” global anterior a la consumación (reproducción ilegal del programa), sino a un estadio también previo a la tentativa (inicio de la reproducción) es algo que no cabe dudar a la vista de la teoría general de la tentativa. Ni desde el concepto más amplio de tentativa punible cabría entender razonablemente que con la “fabricación, puesta en circulación y 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” ya se está dando “principio a la ejecución” de la reproducción ilícita o el plagio de un programa de ordenador “practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado” (art. 16 CP). Según la concepción sobre el comienzo de la tentativa que aquí se considera preferible, una conducta “da principio a la ejecución del delito directamente” cuando se encuentra directamente conectada a la realización típica, “de suerte que aparezca como parte de ésta (...) en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de alguno de los elementos del tipo proyectado”, contemplada la acción “en sus distintos momentos dotados de unidad de significado”.²¹ Parece claro que esta conexión directa entre la tenencia de medio adecuado para la neutralización y la “estricta realización de alguno de los elementos del tipo proyectado”, esto es, de la reproducción ilícita del programa, difícilmente puede ser afirmada. Según el art. 18 RDL 1/1996, se entiende por reproducción la “fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella”. Cuando la reproducción se refiera a programas informáticos, ésta se producirá con la realización de “toda operación de la que se siga una fijación del programa o de parte del mismo que permita su uso fuera del elemento del “*hardware*” en el que opera”,²² o incluso con “el arranque del programa, o más exactamente, la copia producida al traspassarlo de la memoria masiva a la memoria operativa, y la lectura del

²¹ Se trata de la concepción defendida por MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., Barcelona 1998, 13/58. En similares términos se expresa JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 708.

²² Vid. MESSAGUER FUENTES, “La adaptación de la Ley de propiedad intelectual a la Directiva CEE relativa a la protección jurídica de los programas de ordenador”, RDM 1991, p. 51.

programa en la memoria operativa (...)", produciendo "la introducción del programa de ordenador en el sistema del ordenador (...) una copia, puesto que tras el proceso de lectura se conserva el soporte de datos original".²³ Así las cosas, es obvio que entre la estricta realización de la reproducción del programa y la "fabricación, puesta en circulación y tenencia" del medio necesario para la neutralización del dispositivo que lo protege cabe imaginar fácilmente la realización de actos que integrarían una fase intermedia. Este sería el caso de actos tales como, por ejemplo, la mera instalación en el sistema informático de programas destinados a la copia de otros programas (conocidos vulgarmente como "copiones") o su utilización para un simple volcado en el ordenador de la información contenida por el programa.²⁴

En los delitos de emprendimiento o preparación, la conducta típica suele ir acompañada de la preposición "para", o alguna expresión similar que se refiera a la *finalidad* que aquélla persigue. Dicha finalidad consiste en estos delitos en la realización de la conducta típica de un segundo delito, de la que la conducta del delito de emprendimiento constituye una especie de acto preparatorio o primer paso. El art. 270, párr. 3º CP, que sanciona la "fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio *específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador*",²⁵ no representa una excepción a este planteamiento. Con todo, la redacción del art. 270, párr. 3º CP no es precisamente clara en relación con esta materia. De una primera lectura de este precepto parece desprenderse que la expresión "específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador" hace referencia a la "tenencia". Parece obvio que si aquella finalidad no sólo debiera acompañar a la "tenencia", sino también a la "fabricación" y la "puesta en circulación", el legislador debería haber empleado el plural "destinadas" en lugar del singular "destinada". No obstante, esta interpretación carece de toda lógica, porque si ni la fabricación ni la puesta en circulación de medios persiguiera la finalidad de neutralizar dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador, entonces no se entendería dónde podría residir la antijuricidad material de aquellas conductas. Así las cosas, la —no precisamente depurada— técnica empleada por el legislador en la tipificación del art. 270, párr. 3º CP conduce a que la única interpretación del tipo que cabe realizar respetando su literalidad deje completamente vacías de contenido las conductas de "fabricación" y "puesta en circulación" de medios. Debido a ello, es más recomendable interpretar el art. 270, párr. 3º CP de modo que la concurrencia del tipo sólo pueda ser apreciada cuando la conducta consista en la fabricación, puesta en circulación o tenencia de medios que sólo sirvan para la supresión o la neutralización de dispositivos técnicos de protección de programas informáticos.²⁶

²³ Vid. BUSCH, *La Protección Penal de los Derechos de Autor en España y Alemania. Análisis de Derecho Comparado. Perspectiva Comunitaria de la Lucha contra la Piratería Intelectual*, Barcelona 1995, p. 173.

²⁴ De esta opinión BUSCH, *La Protección Penal...*, cit., p. 132; GARCÍA RIVAS, CDJ 1995, pp. 234 s.

²⁵ Cursiva añadida.

²⁶ En el apartado VII del presente trabajo («Consideraciones "de lege lata": algunas propuestas interpretativo-restrictivas del art. 270, párr. 3º CP») se recuperará esta interpretación del precepto que nos ocupa, dominante en

IV. Relación concursal entre el delito de tenencia de medios (art. 270, párr. 3º CP) y el delito de reproducción ilegal de programas (art. 270, párr. 1º CP). La cuestión de la “dependencia” o “autonomía” del primero respecto del segundo

De mayores consecuencias prácticas que la discusión sobre si el delito previsto en el art. 270, párr. 3º CP es, o no, un delito de emprendimiento o de preparación es la que tiene por objeto conocer la clase de relación concursal entre el delito de tenencia de medios (art. 270, párr. 3º CP) y el delito de reproducción ilegal de programas (art. 270, párr. 1º CP). O lo que es lo mismo: la cuestión de si el tipo del art. 270, párr. 3º CP depende del tipo de reproducción ilegal de programas de ordenador del art. 270, párr. 1º CP, o bien goza de autonomía con respecto a éste. De entenderse que el delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador es dependiente del delito de reproducción ilegal, debería admitirse la existencia de un concurso de leyes entre ambos preceptos, a resolver a favor del segundo en aplicación del principio de subsidiariedad tácita o del principio de consunción. Así, si un sujeto fabricase, pusiera en circulación o tuviese en su poder algún medio específicamente destinado a la neutralización de dispositivos de protección de un programa de ordenador (art. 270, párr. 3º CP) y, posteriormente, utilizase ese mismo medio para reproducir ilegalmente o plagiar un programa informático (art. 270, párr. 1º CP), debería ser castigado únicamente por esta segunda conducta, al ser el acto preparatorio subsidiario del acto ejecutivo (principio de subsidiariedad tácita), o entenderse que lo acompaña normalmente (principio de consunción). En caso de que se considere preferible, en cambio, creer que en el supuesto planteado el delito del art. 270, párr. 3º CP goza de plena autonomía con respecto al delito previsto en el art. 270, párr. 1º CP, entonces se entenderá que cuando un sujeto fabrique, ponga en circulación o tenga en su poder algún medio específicamente destinado a la neutralización de dispositivos de protección de un programa de ordenador (art. 270, párr. 3º CP) y, posteriormente, lo use para reproducir ilegalmente o plagiar un programa informático (art. 270, párr. 1º CP), deberá apreciarse un concurso ideal de delitos entre el previsto en el art. 270, párr. 1º CP y el del art. 270, párr. 3º CP.

Como regla general, cuando el legislador penal de 1995 tipifica como punibles ciertos actos preparatorios de determinadas conductas, lo hace mediante la creación de tipos *dependientes* de otros tipos “principales” con “actos ejecutivos”. Tal es el caso, por ejemplo, del art. 141 CP, que recoge la “provocación, la conspiración y la proposición” para cometer un homicidio. Lo mismo sucede con la provocación, conspiración y provocación para cometer lesiones (art. 151 CP), detenciones ilegales y secuestros (art. 168 CP), o robo, extorsión, estafa o apropiación indebida (art. 269 CP), entre otros delitos. En todos estos delitos, la referida dependencia con un tipo principal que representa el inicio de la tentativa se encuentra expresamente recogida en el tipo. Así, el art. 141 CP tipifica como delito actos preparatorios “para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes” (homicidio —art. 138 CP—, asesinato —art. 139 CP— y asesinato cualifi-

la doctrina, y se analizará con detalle los cinco argumentos que pueden ser invocados en su favor. Vid. *infra*, pp. 41 ss.

cado —art. 140 CP—); el art. 151 CP se refiere a actos preparatorios “para cometer los delitos previstos en los artículos precedentes de este Título” (tipo básico —art. 147.1 CP—, tipo privilegiado —art. 147.2 CP— y tipos cualificados —arts. 148, 149 y 150 CP— del delito de lesiones); el art. 168 CP tipifica la provocación, conspiración y proposición “para cometer los delitos previstos en este capítulo” (tipo básico —art. 163.1 CP—, tipos privilegiados —arts. 163.2 y 4 CP— y tipos cualificados —arts. 163.3 y 164-167 CP— del delito de detenciones ilegales); y el art. 269 CP se refiere, por último, a la provocación, conspiración o provocación para cometer “los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida”. Los tipos previstos en los arts. 141, 151, 168 y 269 CP constituyen tipos dependientes de los tipos “principales” a los que se refieren.²⁷ Se trata de “formas previas de codelinuencia”: así, por ejemplo, la conspiración puede verse como una “coautoría anticipada”, y la proposición como una “inducción frustrada”.²⁸ Así, por ejemplo, cuando varios sujetos “se conciertan para la ejecución” de un homicidio y no sólo resuelven ejecutarlo, sino que “empiezan a matar”, los actos hasta entonces ejecutados realizan dos distintos tipos penales: el tipo correspondiente al acto preparatorio punible (art. 141 CP) y el correspondiente a la tentativa (art. 138 en relación con art. 16 CP). Sin embargo, sólo uno de los dos tipos en juego deberá ser aplicado, porque la relación en que se encuentran aquellos dos tipos no es la propia de un concurso ideal de delitos, sino la de un concurso de leyes. En el ejemplo propuesto, los “conspiradores” deberán ser castigados como coautores de una tentativa de homicidio, ya que el concurso de leyes existente entre los dos preceptos aplicables al caso debe ser resuelto en favor del tipo de la tentativa de conformidad con el principio de subsidiariedad tácita. En efecto, los actos preparatorios punibles, al ser actos correspondientes a una fase delictiva anterior a aquélla en que se enmarcan los actos de tentativa, son subsidiarios de estos últimos, del mismo modo que lo son los actos correspondientes a la tentativa con respecto a la fase de consumación.²⁹

¿Participa el tipo previsto en el art. 270, párr. 3º CP de la naturaleza jurídica *dependiente* de los actos preparatorios de los arts. 17 y 18 CP, o bien merece la consideración, en cambio, de tipo autónomo? A lo largo de la historia de la teoría jurídica del delito, la doctrina ha tratado de proponer criterios de resolución de la cuestión planteada —o mejor: de la más amplia relativa a la naturaleza jurídica de los delitos de emprendimiento o preparación en general— a partir, sobre todo, de dos procedimientos: 1) la teoría del “*delictum sui generis*”; y 2) la teoría del concurso de delitos y el concurso de leyes.

1. La dependencia o autonomía del delito del art. 270, párr. 3º CP según la teoría del “*delictum sui generis*”. Exposición y valoración crítica

1.1. Exposición

La teoría —mejor: doctrina— del “*delictum sui generis*” representó una importante

²⁷ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 13/32.

²⁸ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 13/31.

²⁹ Así MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/72.

construcción doctrinal, desarrollada esencialmente en Alemania desde el s. XVIII hasta los años 70 del siglo XX, que tuvo por objeto la elaboración de criterios jurídicos para la determinación de cuándo: a) un delito (A) debe ser considerado un delito “distinto” de otro delito (B), o bien simplemente una mera “derivación” del mismo (tipo privilegiado —B₁— o tipo cualificado —B¹—); y b) un delito (A) merece ser calificado como un delito autónomo o dependiente con respecto a otro delito “distinto” (B). La denominación “*delictum sui generis*” comenzó a ser utilizada por la doctrina alemana en la primera mitad del s. XVIII en referencia a los acciones de preparación, tentativas, complot y favorecimiento previstas especialmente en la ley que no representaban la agravación o atenuación de la pena de otros tipos.³⁰ Pero hasta principios del s. XX y, sobre todo, hasta la segunda mitad del s. XX, ni la designación de un delito como “*sui generis*” tuvo consecuencia dogmática alguna, ni fueron elaborados criterios para la determinación de la sustantividad de los delitos. Ello ocurrió en 1920 como consecuencia del trabajo de SELIGMANN,³¹ y, especialmente, a partir de 1940 y hasta los años 70, gracias a la aparición de un gran número de tesis doctorales³² y de diversos trabajos monográficos dedicados al desarrollo de la doctrina del “*delictum sui generis*”, entre los que cabe destacar los realizados por NAGLER,³³ MAURACH,³⁴ SCHNEIDER,³⁵ HILLEBRAND,³⁶ HAFFKE³⁷ y Völker HASSEMER.³⁸ En esta segunda etapa de la construcción doctrinal que nos ocupa, los autores que la representan se encargaron de destacar la importancia de la calificación de un delito como “*delictum sui generis*” en materia de autoría y participación o concursal y de elaborar criterios que permitieran conocer cuándo un delito tenía sustantividad y autonomía con respecto a otro. En relación con lo primero, la doctrina destacó que una de las consecuencias de calificar un delito A como “*sui generis*” con respecto a otro B consistía en que la relación existente entre A y B no era de concurso de leyes, sino de concurso de delitos. Por lo que se refiere al segundo aspecto, la doctrina consideró que la condición de “*sui generis*” de un delito podría ser conocida a partir de una serie de “indicios” o “indicadores”. A juicio de la doctrina de los “*delicta sui generis*”, estos indicadores serían los cinco siguientes:³⁹ 1) Que el delito tenga un “*nomen iuris*” propio;⁴⁰ 2) que la consecuencia jurídica del delito esté prevista como una pena nueva, no como una pena

³⁰ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 21.

³¹ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, 1920.

³² Vid. HEIL, *Delicta sui generis*, 1951 (tesis de Heidelberg); HILLEBRAND, *Delictum sui generis oder Verbrechenfall?*, 1955 (tesis de Colonia); FRÜHAUF, *Eigenhändige Delikte*, 1959 (tesis de Frankfurt).

³³ Vid. NAGLER, “Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechenqualifikation”, *ZakDR* 1940; *el mismo*, “Die Struktur des par. 4 der Verordnung gegen Volksschädlinge”, *ZakDR* 1940.

³⁴ Vid. MAURACH, “Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda”, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954.

³⁵ Vid. SCHNEIDER, “Das eigenständige Verbrechen—ein überflüssiger Begriff”, *NJW* 1956.

³⁶ Vid. HILLEBRAND, “Nochmals: Das eigenständige Verbrechen — ein überflüssiger Begriff?”, *NJW* 1956.

³⁷ Vid. HAFFKE, “*Delictum sui generis* und Begriffsjurisprudenz”, *JuS* 1973.

³⁸ Vid. HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1974.

³⁹ Vid. CUELLO CONTRERAS, *ADPCP* 1978, p. 40; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid 1995, p. 292.

⁴⁰ En Alemania defendió la validez de este criterio SELIGMANN, *Delictum sui generis*, pp. 31 s., 40 y 167, aunque en un sentido distinto, en cierto modo incluso opuesto.

dependiente o derivada de otro marco penal;⁴¹ 3) que el tipo se encuentre ubicado en un Capítulo del Código penal distinto a aquél en que se encuentra el tipo respecto del que se discute su condición de “distinto”;⁴² 4) que el delito se refiera a un tipo de autor;⁴³ y 5) que el delito lesione o ponga en peligro un bien jurídico distinto.⁴⁴

A la vista de los indicadores de sustantividad elaborados por los autores que defienden la doctrina del “*delictum sui generis*”, el delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de precursores para neutralizar dispositivos de protección de programas de ordenador previsto en el art. 270, párr. 3º CP debería ser calificado como un delito dependiente del delito de reproducción ilegal de programa de ordenador del art. 270, párr. 1º CP. En efecto, el delito del art. 270, párr. 3º CP no tiene un “*homen iuris delicti*” propio (1); su pena se establece por remisión a la pena prevista para el delito del art. 270, párr. 1º CP (2); no sólo no está recogido en un capítulo distinto, sino que ni siquiera se encuentra en un artículo distinto, ya que ambos delitos pertenecen al art. 270 CP (3); la ley no hace referencia a “tipo de autor” alguno (4); y, por último, tampoco representa la lesión de un bien jurídico distinto (5), ya que la “*ratio legis*” de aquel delito debe verse, precisamente, en la voluntad de proteger en mayor medida los derechos de propiedad intelectual de los programas de ordenador.

1.2. Valoración crítica

Algunos autores han reconocido a la doctrina de los “*delicta sui generis*” la virtud de haber elaborado criterios que han contribuido a aumentar el grado de seguridad jurídica en torno a la determinación de la autonomía o dependencia de un tipo con respecto a otro.⁴⁵ No obstante, en la actualidad ya nadie considera que aquella doctrina pueda constituir un instrumento idóneo para resolver de forma satisfactoria la cuestión concerniente a si el delito del art. 270, párr. 3º CP consiste en un delito autónomo del delito de reproducción ilegal de programas de ordenador o bien depende de este último. La doctrina penal moderna contempla la teoría del “*delictum sui generis*” como una construcción completamente insostenible. Autores como BLEI, ROXIN o JAKOBS, entre otros, se han pronunciado en este sentido. Así, BLEI considera que los conceptos de “tipo básico”, “derivación típica dependiente” y “*delictum sui generis*” son conceptos que poco o nada pueden aportar a la Dogmática jurídico-penal. Ello se debe, según BLEI, a que aquellos conceptos se presentan como el resultado de argumentaciones que únicamente sirven para abreviar el proceso interpretativo de los tipos metodológi-

⁴¹ Vid. NAGLER, ZakDR 1940, p. 367; MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., p. 254.

⁴² Vid. NAGLER, ZakDR 1940, p. 367 (“*de lege lata*”); SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 31 s., 40 (*de lege lata*), 129 y 169 (“*de lege ferenda*”).

⁴³ Vid. COBO DEL ROSAL / CARBONELL MATEU, en VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal*, PE, 3ª ed., Valencia 1990, p. 520, en relación con el ya derogado delito de parricidio.

⁴⁴ Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 31 s. y 118 (en relación con los delitos impropios de funcionario); NAGLER, ZakDR 1940, p. 367; MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., p. 254; HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, cit., p. 50, nota 137, citando también a HEIL y HILLEBRAND como defensores de este criterio.

⁴⁵ Vid. HASSEMER, *Delicta sui generis*, cit., p. 17; CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, p. 42; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias* ..., cit., p. 293, notas 202 y 203.

camente correcto y para elaborar deducciones arbitrarias con premisas igualmente arbitrarias que pretenden llegar a un resultado normalmente ya presupuesto “*a priori*”.⁴⁶ Por su parte, ROXIN opina que la crítica al concepto de delito autónomo “está justificada en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y delitos cualificados y que de la aceptación de la autonomía no se pueden deducir sin más consecuencias jurídicas determinadas al modo de la jurisprudencia de los conceptos, sino que, cuando se trata de la relación de dos tipos entre sí, siempre hay que volver a averiguar de nuevo, por medio de una interpretación orientada teleológicamente, si y en qué relaciones son autónomos o dependientes entre sí. (...)”.⁴⁷ Para JAKOBS, por último, el concepto de “*delictum sui generis*” debe ser rechazado, por cuanto “carece de apoyatura legal y sacrifica la técnica legal de los tipos en aras de ideas prejurídicas y poco claras acerca del tipo de delito”.⁴⁸

A mi juicio, la valoración negativa que BLEI, ROXIN y JAKOBS formulan en relación con la doctrina del “*Delictum sui generis*” es plenamente compartible. Ciertamente, resulta no sólo lícito, sino incluso necesario a determinados efectos, preguntarse si el delito A es el mismo delito que el delito B con el que se encuentra emparentado, o bien es, por el contrario, un delito distinto. O dicho con otros términos: si el tipo de injusto del delito A es el mismo que el del delito B, o bien se trata de un tipo de injusto distinto. Sin embargo, la doctrina del “*Delictum sui generis*” no constituye un instrumento adecuado para resolver esta cuestión de modo satisfactorio. Aunque múltiples son las razones que pueden servir de base a esta afirmación, en lo que aquí interesa conviene profundizar únicamente en dos de ellas: 1) la doctrina del “*delictum sui generis*” confunde los conceptos “delito *distinto*” y “delito *autónomo*”; y 2) la doctrina del “*delictum sui generis*” emplea de la metodología lógico-formal propia de la “Jurisprudencia de conceptos”.

1.2.1. La doctrina del “*delictum sui generis*” confunde los conceptos “delito *distinto*” y “delito *autónomo*”

Se ha afirmado, con razón, que algunos de los autores alemanes que emplearon o emplean la expresión “*delictum sui generis*” confunden este concepto, en su sentido de “delito *distinto*”, con la de “delito *autónomo*”. Este es el caso, por ejemplo, de SCHNEIDER,⁴⁹ MAURACH,⁵⁰ Völker HASSEMER,⁵¹ BLEI⁵² y JAKOBS.⁵³ Ello demuestra que la doctrina del “*delictum sui generis*” confunde dos conceptos que nada

⁴⁶ Vid. BLEI, *Strafrecht*, AT, 18ª ed., Munich 1983, p. 82.

⁴⁷ Vid. ROXIN, *Derecho penal*, PG, I, *Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (traducción y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid 1997, § 10/135.

⁴⁸ Vid. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, *Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2ª ed., Madrid 1995, 6/98.

⁴⁹ Vid. SCHNEIDER, NJW 1956, p. 702.

⁵⁰ Vid. MAURACH, *Materialien* ..., I, cit., p. 249.

⁵¹ Vid. HASSEMER, *Delictum sui generis*, cit., pp. 2 s.

⁵² Vid. BLEI, *Strafrecht*, AT, 18ª ed., cit., p. 84.

⁵³ Vid. JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., cit., 6/98.

tienen que ver entre sí. No todos los delitos distintos son autónomos. No existe ningún inconveniente para que un delito A sea "distinto" a otro, y que, sin embargo, "dependa" de él.⁵⁴ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con los tipos de participación o los tipos de los actos preparatorios punibles. Así, los tipos de inducción, cooperación necesaria y complicidad son tipos "distintos" de los tipos de autoría; pero los primeros "dependen" de los segundos, porque, según el principio de la accesoriidad de la participación, los tipos de participación sólo pueden ser aplicados cuando existe un hecho principal constitutivo de un tipo de autoría.⁵⁵ Del mismo modo, los tipos de provocación, conspiración y proposición para delinquir son delitos "distintos", pero, al ser formas previas a la codelinuencia, devienen también tipos no autónomos o dependientes de los tipos de autoría y participación de los que representan formas previas.⁵⁶ En suma: la ambivalencia con que la doctrina se refiere a los "*delicta sui generis*" pone de manifiesto que nos encontramos ante un concepto cuyo contenido dista mucho de ser inequívoco.⁵⁷

⁵⁴ De esta opinión SELIGMAN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 36 s. Este autor distinguió entre dos grandes grupos de delitos: a) delitos principales o básicos; y b) delitos derivados, accesorios, o subcasos de concretos delitos individuales. SELIGMANN parece identificar los delitos principales o básicos (a) con los delitos "*sui generis*". Son delitos principales, en su opinión, aquellos delitos históricamente consolidados a los que el legislador ha designado en la mayor parte de las ocasiones con un determinado "*nomen iuris delicti*" conocido (así, por ejemplo, los delitos de hurto, injurias, lesión corporal, estafa, etc.). Permanecen completamente autónomos entre sí, sin relación alguna. En la mayor parte de las ocasiones cada uno de ellos se encuentra en un Capítulo distinto del Código. Se diferencian por la naturaleza del objeto de ataque, del bien jurídico penalmente protegido. Frente a estos delitos principales o básicos estarían para SELIGMANN los delitos derivados, accesorios, o subcasos de concretos delitos principales a los que se añaden. Estos delitos estarían necesitados de un complemento, ya que no podrían existir partiendo exclusivamente de sí mismos. Por una parte presentan todos los criterios esenciales del delito partiendo del cual se constituyen, por otra parte no son completamente congruentes con éste, sino que se diferencian por medio de presupuestos más limitados o más amplios. Se encuentran en una relación valorativa con el delito principal: o bien son más, o bien son menos. SELIGMANN indica que BELING habla de una *relación de más-menos (Plus-Minus-Verhältnis)*. SELIGMANN divide los delitos derivados o accesorios en dos grandes grupos: a) los tipos derivados dependientes (subtipos); b) los delitos derivados independientes (tipos propios). SELIGMANN considera posible esta clasificación de los delitos accesorios en sus dos modalidades. Esto se admite en general para los supuestos de modificación de la pena (p. 38). Los tipos propios son aquellos que debe y puede definirse en relación al supraconcepto *delito* como "*delictum sui generis*". Por una parte no son tan autónomos como los tipos básicos, porque siempre se adhieren a un tal delito, por otro lado no son tan dependientes como los subtipos, porque no son meras modalidades de su forma primitiva, sino que están separados de ésta y equiparados valorativamente a ésta al margen de ciertas limitaciones (p. 39). Por todo lo anterior mente expuesto, SELIGMANN considera que es incorrecto designar a los delitos *sui generis* con el término "delitos autónomos", ya que ésta última es una denominación a la que cabría acudir en relación con los delitos básicos, pero no para los delitos accesorios dependientes. A juicio de SELIGMANN, el término "delito autónomo" pone el acento tan solo en el único aspecto de la esencia del *delictum sui generis*: su diferencia de los delitos derivados dependientes. Nada dice, sin embargo, sobre la delimitación de los delitos derivados con respecto a los delitos principales. SELIGMANN no estima adecuado definir los delitos *sui generis* como delitos autónomos. En opinión de este autor, los delitos *sui generis* son, en realidad, *tipos accesorios independientes (unabhängige Nebentatbestände)*. Vid. SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., p. 40.

⁵⁵ Se refiere a los tipos de participación como tipos "*no autónomos*" MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 15/28 y 13/32.

⁵⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 13/32.

⁵⁷ Esta equívocidad se ha visto favorecida, sin duda, por la siguiente circunstancia: para referirse al "*delictum sui generis*" en su sentido —el único que esta expresión debería tener— de delito "distinto", la doctrina alemana ha empleado indistintamente expresiones de significados completamente heterogéneos que poco o nada tienen que ver con aquél. Algunas de estas expresiones son, por ejemplo, la de "delito especial" ("*sonderbares, besonderes Delikt*", "*Sonderdelikt*"), "delito autónomo" ("*selbständiges Verbrechen*"), "delito particular" ("*eigenartiges Verbrechen*"), "delito propio" ("*Delictum proprium*", "*eigentümliches Verbrechen*"), "delito que es punible en sí" ("*Delikt, das an sich strafbar ist*") o "delito con forma propia" ("*eigenartiges Verbrechen*"). Vid., como muestra

1.2.2. La doctrina del “*delictum sui generis*” emplea la metodología lógico-formal propia de la “Jurisprudencia de conceptos”

Según una de las críticas más generalizadas contra la doctrina de los “*delicta sui generis*”, esta construcción adolece del defecto de desarrollarse a partir de una metodología completamente superada: la metodología lógico-formal de la “Jurisprudencia de conceptos”.⁵⁸ En el marco de la historia de la metodología jurídica, la «Jurisprudencia de conceptos» representó un sistema conceptual⁵⁹ que trataba de derivar de conceptos jurídicos generales, a través de un método lógico-formal, nuevas normas jurídicas no expresadas en la ley.⁶⁰ La metodología lógico-formal y racionalista propia de la “Jurisprudencia de conceptos” que estaba en la base de la doctrina del “*delictum sui generis*” ejerció una influencia decisiva en el formalismo jurídico que dominó las resoluciones de los tribunales alemanes a lo largo de casi todo el siglo XIX.⁶¹ Pero ya en la segunda mitad del s. XIX y, sobre todo, a principios del siglo XX, aquella contemplación lógico-formal de la ley dejó paso a otra más pragmática orientada a los fines y los intereses reales y prácticos del derecho.⁶² Esta nueva orientación estuvo representada para el Derecho civil por la “Jurisprudencia de intereses” de HECK,⁶³ y para el Derecho penal por el neokantismo de la Escuela sudoccidental alemana.⁶⁴ Pero además de corresponder a una orientación metodológica —la “Jurisprudencia de conceptos”— ya superada, el método lógico-formal de la doctrina del “*delictum sui generis*” la convirtió en una construcción que resolvió de un modo reduccionista y, por tanto, insatisfactorio, la cuestión relativa a la “dependencia” o “autonomía” de los delitos de emprendimiento o preparación. Ello sucedió, principalmente, debido a dos motivos. El primer motivo consiste en que la doctrina que ahora se critica se propuso establecer, sin éxito, criterios lógicos comunes para una gran diversidad de delitos de naturaleza jurídica completamente heterogénea (así, por ejemplo, para los delitos de emprendimiento, los delitos de participación, los delitos especiales impropios, o tipos privilegiados o cualificados por razón de la conducta o el resultado). El segundo motivo debe verse en que la doctrina del “*delictum sui generis*” se empeñó en hacer extensivas a aquellas distintas clases de delitos, pese a su ya referida heterogeneidad, unas consecuencias dogmáticas unitarias en materia de participación y concursos.

de esta confusión terminológica, SELIGMANN, *Delictum sui generis*, cit., pp. 12 s. y 25 ss.; MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, (traducción y notas a cargo de Juan CÓRDOBA RODA), Barcelona 1954, p. 281.

⁵⁸ De esta opinión HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, cit., p. 17, nota 32; CUELLO CONTRERAS, ADPCP 1978, pp. 42 s.; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias ...*, cit., p. 293, notas 202 y 203.

⁵⁹ LARENZ entiende por “sistema conceptual” aquella construcción de una pirámide de conceptos en la que, partiendo de un concepto base (fundamental), se produce una derivación sucesiva de conceptos de acuerdo con un método. Vid. LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho* (traducción y revisión de RODRÍGUEZ MOLINERO), Madrid 1994, p. 40.

⁶⁰ Vid. LARENZ, *Metodología ...*, cit., p. 40.

⁶¹ Vid. LARENZ, *Metodología ...*, cit., p. 44.

⁶² Vid. LARENZ, *Metodología ...*, cit., pp. 68 s.

⁶³ Vid. LARENZ, *Metodología ...*, cit., pp. 71, 73, 77 y 78. Sobre la transición de la jurisprudencia de conceptos a la jurisprudencia de intereses vid. también BALDÓ LAVILLA, “Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito”, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, LH-Roxin, Barcelona 1997, p. 359.

⁶⁴ Vid. LARENZ, *Metodología ...*, cit., p. 381.

2. La dependencia o autonomía del delito del art. 270, párr. 3º CP según la teoría del concurso de delitos y el concurso de leyes. Exposición y valoración crítica

2.1. Exposición

Según la teoría de los concursos, cuando una conducta realiza dos o más tipos penales, deberá valorarse de qué modo debe ser calificada la conducta para que la calificación consiga aprehender el desvalor completo del hecho. Así las cosas, si de entre todos los tipos penales en juego la aplicación de uno de ellos resulta suficiente para aprehender todo el contenido de injusto del hecho, entonces nos encontraremos ante un concurso de leyes. Por el contrario, si para comprender todo el desvalor de la conducta no basta con la aplicación de uno de los tipos penales en juego, sino que se precisa de la aplicación de más de uno de estos tipos, nos encontraremos ante un concurso de delitos.⁶⁵ En relación con el problema referente a la dependencia o autonomía del delito de fabricación, puesta en circulación o tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador (art. 270, párr. 3º CP) con respecto al delito de reproducción ilegal del programa (art. 270, párr. 1º CP), permitiría clasificar las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP en dos distintos grupos: la tenencia de medios, por una parte; y la fabricación y puesta en circulación de aquéllos, por otra. Por lo que respecta a la primera conducta, deberá apreciarse un *concurso de leyes*, que deberá ser resuelto a favor de la reproducción ilegal (art. 270, párr. 1º CP) por aplicación del principio de consunción (art. 8. 2º CP). En cuanto a las conductas de fabricación o puesta en circulación de medios orientados a la reproducción ilícita, aunque la cuestión no es completamente indiscutible, la teoría de los concursos podría aconsejar que en los casos en que un sujeto realiza alguna de estas conductas y la de reproducción ilícita se aprecie un *concurso real de delitos*.

2.2. Valoración crítica

En mi opinión, y en contra de lo que ocurre con la doctrina del delito “*sui generis*”, considero la teoría de los concursos sí constituye un instrumento adecuado para la resolución del problema que nos ocupa. Según mi parecer, el modo más razonable de conseguirlo pasa, en efecto, por cuestionarse si en los supuestos que nos ocupan, la aplicación del art. 270, párr. 1º CP basta para aprehender el completo desvalor del hecho, o bien esto último sólo puede ser conseguido mediante la aplicación de aquel precepto y la del art. 270, párr. 3º CP en concurso de delitos.

De acuerdo con este planteamiento, resultaría sin duda excesivo castigar a quien copiase ilegalmente un programa de ordenador neutralizando el dispositivo de protección incorporado a éste mediante la utilización de un medio que tenía previamente en su poder por la reproducción ilegal del art. 270, párr. 1º CP en concurso real de delitos con la “tenencia” del medio del art. 270, párr. 3º CP. Porque, por lo general, quien reproduzca ilegalmente un programa de ordenador dotado de dispositivos de protección

⁶⁵ Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/63.

habrá neutralizado personalmente aquellos dispositivos con anterioridad. Y del mismo modo, puede decirse que quien neutralice dichos dispositivos, lo hará normalmente empleando algún medio que ya tenía en su poder antes de ejecutar la neutralización. Así las cosas, las conductas de reproducción ilegal del art. 270, párr. 1º CP y de tenencia de medios idóneos para la reproducción ilegal se encontrarán en efecto, en una relación de *consunción*.⁶⁶ Normalmente, la realización de la primera conducta conllevará la realización de la segunda. No existe entre ambas conductas, en cambio, una relación lógica de especialidad o inclusión,⁶⁷ ya que la reproducción no presupondrá lógicamente la tenencia de los precursores, porque, como ya se ha apuntado *supra*, ésta segunda no tiene por qué producirse *siempre*. Ni tampoco una relación de subsidiariedad tácita, ya que, a diferencia de lo que sucede con la tentativa y la consumación,⁶⁸ puede ocurrir —por las razones apuntadas *supra*— que quien alcanza la fase de la reproducción ilegal del programa protegido no haya pasado *personalmente* por el estadio previo de la neutralización o la tenencia del medio.

De modo inverso, considero posible afirmar que castigar a quien copie ilegalmente un programa informático neutralizando el dispositivo de protección incorporado a éste mediante la utilización de un medio que él mismo ha fabricado o se ha encargado de poner en circulación únicamente como autor de un delito de reproducción ilegal del art. 270, párr. 1º CP tampoco resultaría correcto. En mi opinión la fabricación y la puesta en circulación (por ejemplo, mediante su comercialización en tiendas de informática o de compraventa de productos multimedia) de medios preordenados a la supresión de mecanismos de protección entrañará, por lo general, un “plus” de antijuricidad que no se encuentra abarcado por el art. 270, párr. 1º CP. Este “plus” de antijuricidad reside en una mayor peligrosidad *ex ante* de la conducta, ya que tanto la fabricación —salvo algún caso excepcional⁶⁹— como la puesta en circulación de aquellos medios favorecerán, sin duda, la posibilidad de que terceras personas reproduzcan ilegalmente programas informáticos. En caso de que en estos supuestos se aplicase únicamente el art. 270, párr. 3º CP, se estaría equiparando valorativamente de modo injustificado dos conductas —la reproduc-

⁶⁶ En mi opinión, no constituye un obstáculo insalvable para ello que el delito del art. 270, párr. 3º CP tenga prevista “la misma pena” que el delito del art. 270, párr. 1º CP. Suele afirmarse, con razón, que cuando dos tipos se encuentran en una relación de “consunción”, la pena del delito “consumente” acostumbra a ser esencialmente más grave que la del delito “consumido”. No obstante, comparto con MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/76, la tesis de que entre dos tipos puede existir esta clase de relación sin que la pena prevista para uno de ellos sea sensiblemente superior a la del otro. En mi opinión, es incluso posible que exista esta relación de consunción entre tipos cuyas penas sean *idénticas*. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la reproducción ilegal del art. 270, párr. 1º CP y la tenencia de medios prevista en el art. 270, párr. 3º CP. La circunstancia de que el tipo de la reproducción ilegal “consume” a otro, el de la tenencia de medios, sin tener una pena superior a la de éste, debe ser contemplada como un error del legislador en la determinación de los marcos penales en juego. Resulta sin duda desproporcionado equiparar penológicamente la mera tenencia de los medios necesarios para la reproducción ilegal de programas no sólo con la reproducción ilegal misma (art. 270, párr. 1º CP), sino incluso con la fabricación o puesta en circulación de aquellos medios (art. 270, párr. 3º CP).

⁶⁷ Destacan la naturaleza lógica de la especialidad como principio de solución del concurso de leyes SCHMITT, “Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht”, en ZStW 1963 (75), p. 49, y MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/69 y nota 53.

⁶⁸ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 27/72.

⁶⁹ Por ejemplo: un sujeto, aficionado a la informática, elabora en su taller un instrumento que le permite neutralizar el dispositivo de protección incorporado al programa, siendo este instrumento el único elaborado al efecto, sin que existan, por tanto, otros de similares características que puedan ser difundidos a terceras personas.

ción ilegal de un programa informático con favorecimiento de la difusión a terceras personas del material necesario para ello, por una parte, y la simple reproducción ilegal sin aquel favorecimiento, por otra— con distinto contenido de injusto en términos de puesta en peligro de la propiedad intelectual de los programas de ordenador.⁷⁰

Las dos soluciones acabadas de proponer son coherentes, por lo demás, con la tesis —defendida *supra*— de que el delito de tenencia de medios previsto en el art. 270, párr. 3º CP es un delito de emprendimiento o preparatorio, y no un delito de peligro abstracto. Ya que en el negado supuesto de que el delito que nos ocupa perteneciera a esta segunda clase de delitos, sería obligado apreciar un concurso de delitos entre los delitos previstos en los párr. 1º y 3º del art. 270 CP en virtud del principio general según el cual, cuando como consecuencia de la comisión de un delito de peligro abstracto se produce la lesión del bien jurídico, el único modo de comprender el contenido de injusto completo del hecho consiste en apreciar un concurso de delitos entre ambos.⁷¹

V. Consideraciones ‘*de lege ferenda*’: ¿deben ser objeto de incriminación las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP?

Como se ha puesto de relieve en el presente estudio,⁷² la creciente preocupación por los derechos de autor y los derechos conexos sobre los programas informáticos en el

⁷⁰ Emplea el criterio de la difusión incontrolada a un círculo abierto de personas de las obras ilegalmente o su permanencia en un círculo privado la SAP Valladolid 19 abril 2000 (Ar. 2302). Según esta sentencia, es atípica la copia de un CD musical cobrando 500 ptas. por el soporte y otras 500 por el trabajo, habiendo encargado la copia un tercero, ignorando quien realizó la copia si el segundo pretendían dar a la copia un uso privado o colectivo, y no estando referido el lucro obtenido al lucro que pudiera obtener con la utilización de las copias, sino al inherente a la utilización del aparato reproductor y el soporte. El razonamiento que acaba de ser expuesto en el texto principal también es extensible a algunos de los supuestos que pueden plantearse en el marco de otros delitos de emprendimiento contenidos en el CP de 1995. Tal es el caso, por ejemplo, de los supuestos de falsificación empleando útiles que han sido fabricados o se encontraban en poder del propio sujeto activo. De esta opinión QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., cit., pp. 555 s., quien defiende en esta constelación de casos la solución del concurso de leyes resuelto a favor del tipo de la falsificación. Bajo la vigencia del CP de 1973 consideraban que en los supuestos en que un sujeto cometía un delito de robo con fuerza en las cosas (art. 504 CP de 1973) empleando un medio fabricado por él o que se hallaba en su poder (art. 509 CP de 1973) debía aplicarse sólo el primero de los dos preceptos en juego, por encontrarse ambos en una relación de concurso de leyes a resolver por aplicación del principio de consunción BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal, PE*, II, 2ª ed., Madrid 1993, p. 177; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, III, 2ª ed. (puesta al día por GARCÍA VALDÉS), Madrid 1978, p. 350; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal Español, PE*, 10ª ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ), Madrid 1987, p. 412. En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, aunque “*de lege ferenda*” tanto los supuestos de fabricación como los de tenencia de medio posteriormente empleado para cometer robo con fuerza eran político-criminalmente merecedores de ser tratados según las reglas del concurso de leyes (a resolver a favor del segundo), de acuerdo con el CP de 1973 —esto es, “*de lege lata*”— debía admitirse que el CP de 1973 sólo permitía esta solución para los casos de fabricación. Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Addenda al Derecho penal español, PE*, II (puesta al día cerrada a 30-6-1988), Barcelona 1988, p. 15; el mismo, *Derecho penal español, PE*, 2ª ed., Barcelona 1992, pp. 286.

⁷¹ Sobre el contenido de este principio, vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 27/72; GÓMEZ MARTÍN, “El tratamiento jurídico-penal de la suelta de animales potencialmente peligrosos”, en prensa, p. 50.

⁷² Así como en GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995”, en prensa, pp. 1 ss.

marco de la UE ha tenido su lógico reflejo en un progresivo endurecimiento de las legislaciones sobre propiedad intelectual de sus países miembros. El ordenamiento jurídico español no ha escapado a esta tendencia político-criminal. Una clara muestra de ello, quizá la más significativa, es la incriminación en el art. 270, párr. 3º CP de la fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios orientados a la supresión o neutralización de dispositivos técnicos previstos para la protección de programas de ordenador. No cabe duda de que con la tipificación de estas conductas, en especial de la tenencia de medios, el legislador penal de 1995 —que se corresponde con el art. 102 c) del RDL 1/1996, que incorpora a la LPI el art. 8 c) L 16/1993, de 23 de diciembre, de transposición al derecho español de la Directiva 91/250/CEE— ha pretendido dar un paso más en la lucha legal contra la delincuencia informática, cuyos efectos económicos son cada vez más importantes. No obstante, algunos penalistas, como QUERALT JIMÉNEZ,⁷³ GONZÁLEZ RUS⁷⁴ y JORGE BARREIRO,⁷⁵ defienden la tesis de que esta incriminación resulta, desde un punto de vista político-criminal, cuando menos discutible. Estos autores fundamentan su escepticismo en dos razones: 1) las conductas tipificadas en el art. 270, párr. 3º CP no son merecedoras de pena, porque la escasa afectación del bien jurídico protegido por parte de los comportamientos preparatorios objeto de análisis, ya que se encuentran demasiado alejadas de la lesión o puesta en peligro típicamente relevante del mismo como para resultar penalmente relevantes;⁷⁶ y 2) resulta inadmisibles que las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP estén castigadas con la misma pena (prisión de 6 meses a 2 años, o multa de 6 a 24 meses) prevista para las conductas del art. 270, párr. 1º CP.⁷⁷

Las líneas que siguen tienen el doble objetivo de analizar si estos dos argumentos son, o no, atendibles, y de intentar aportar al debate alguna idea que pueda contribuir a conocer si las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP son, o no, merecedoras de pena.

1. *El argumento de la escasa peligrosidad para el bien jurídico protegido de las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP 95*

Como ya ha quedado sobradamente demostrado a lo largo del presente trabajo, la fabricación, puesta en circulación y tenencia de los medios descritos en el art. 270, párr. 3º CP constituyen comportamientos que tienen lugar en un estadio anterior al inicio de la realización de las conductas previstas en el tipo básico (art. 270, párr. 1º CP). Esto es, en un momento previo a la lesión de los derechos de explotación de propiedad intelectual. Desde un punto de vista político-criminal, la tipificación de las

⁷³ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., cit., pp. 422 s.

⁷⁴ Vid. GONZÁLEZ RUS, en COBO del ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español, PE*, I, cit., pp. 780 s.; el mismo, "Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos", RECPC 1999 (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc).

⁷⁵ Vid. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 775.

⁷⁶ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., cit., pp. 414 y 422.

⁷⁷ Vid. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 775.

conductas del art. 270, párr. 3º CP —singularmente de la tenencia— representaría, de hecho, un doble adelantamiento de la barrera de protección penal de la propiedad intelectual. La razón de ello debe verse en que dichas conductas tienen lugar con anterioridad al inicio de la ejecución de los actos del tipo básico, cuya consumación no exige la producción de un perjuicio económico efectivo.⁷⁸ Este doble adelantamiento de la intervención penal en materia de propiedad intelectual representa una excepción al tratamiento previsto en el CP para los actos preparatorios. En las líneas que siguen se tratará de comprobar por qué ello es así, así como de analizar si este tratamiento excepcional se encuentra o no político-criminalmente justificado.

1.1. *El delito del art. 270, párr. 3º CP como excepción al tratamiento previsto en el CP para los actos preparatorios*

El CP de 1995 parte de la regla general de que los actos preparatorios de un delito son impunes. Según esta regla, un acto, para ser merecedor de pena, debería ser uno de aquéllos que integran la llamada “fase ejecutiva del delito”. Esto es, un acto ejecutivo, o un acto inmediatamente conectado a uno de ellos. En suma: cuando un acto forma parte de la fase preparatoria de un delito, la regla general es la impunidad; cuando puede decirse que se ha dado inicio a la ejecución lo normal es, en cambio, la punibilidad.⁷⁹ Sin embargo, la regla general según la cual los actos preparatorios son impunes no está exenta de excepciones. El legislador penal de 1995 ha decidido castigar con pena algunos actos preparatorios. Se trata de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, además de la apología como forma de provocación. Los arts. 17. 3 y 18. 2 CP establecen un sistema de “*numerus clausus*”, de acuerdo con el cual aquellos actos preparatorios sólo serán castigados en los casos previstos por la Parte Especial del Código. El fundamento de la punibilidad en el CP de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir reside en su especial peligrosidad para el bien jurídico. Esta especial peligrosidad consiste en que mediante la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir se consigue la implicación de una pluralidad de personas en el proyecto criminal.⁸⁰ Así, el art. 17. 1 CP define la conspiración como aquella situación que se da “cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”; según el art. 17. 2 CP, “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a

⁷⁸ Sobre este extremo vid. GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995”, en prensa, p. 46.

⁷⁹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 13/29; RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, pp. 276 y 293.

⁸⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 13/30. Debe ser rechazada, en cambio, la tesis de que los actos preparatorios son meros signos probatorios de la resolución delictiva del sujeto, que sería, en realidad, el auténtico objeto de punición. Críticamente contra esta concepción subjetivista de los actos preparatorios punibles que, defendida en su momento por SILVELA, se encuentra estrechamente conectada a la idea del “Derecho penal de la voluntad” se expresa RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, pp. 287 ss., quien también se muestra crítico, sin embargo, con la idea de que el fundamento de la punibilidad de ciertos actos preparatorios debe verse en la supuesta pérdida del dominio del hecho que implica la captación de terceros para el plan criminal (pp. 292 ss.).

ejecutarlo”; y se da provocación, por último, “cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito” (art. 18. 1 CP).

Pese a la regulación de los actos preparatorios punibles prevista en la Parte General del CP, los preceptos de la Parte Especial que tipifican especialmente la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir⁸¹ no son, sin embargo, los únicos actos preparatorios punibles existentes en el CP de 1995. Como ya ha sido expuesto extensamente a lo largo del presente trabajo, en el CP vigente existen varios ejemplos de delitos de emprendimiento o preparación. Entre estos delitos se encuentra, como ya es sabido, la tenencia de medios prevista en el art. 270, párr. 3º CP, así como algunas de las conductas típicas previstas en los arts. 371 (tráfico de drogas)⁸² y 400 (falsedades) CP.⁸³

No obstante, parece evidente las conductas de emprendimiento o preparación acabadas de referir no sólo no consisten en actos de conspiración, preparación o provocación para delinquir, sino que tampoco participan del fundamento de la punibilidad de estas tres clases de actos preparatorios. En efecto, la punición de las conductas previstas en los arts. 270, párr. 3º, 371 y 400 CP no puede tener como fundamento una supuesta implicación de terceras personas en el delito, porque no resulta difícil imaginar supuestos en que dichos comportamientos puedan ser realizados por un único sujeto.

De todo lo anterior se deduce que cuando el legislador de 1995 ha tipificado conductas preparatorias o de emprendimiento en los arts. 270, párr. 3º, 371 y 400 CP se ha apartado de la “*ratio legis*” que subyace a la regulación de los actos preparatorios punibles prevista en los arts. 17 y 18 CP. Sin embargo, ello no significa todavía que la incriminación en el CP de las conductas que nos ocupan carezca de toda justificación. Especiales razones de oportunidad político-criminal podrían haber hecho aconsejable someter algunas conductas preparatorias distintas a la conspiración, la proposición y la provocación a un tratamiento diferenciado del previsto para los actos preparatorios punibles de los arts. 17 y 18 CP. A continuación serán apuntadas algunas ideas para conocer si esas excepcionales razones político-criminales concurren en las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP.

1.2. *La cuestión relativa a la justificación político-criminal de la incriminación de la tenencia de medios del art. 270, párr. 3º CP*

Existen algunos ciclos delictivos, como el ciclo del pirateo de creaciones intelectua-

⁸¹ Entre los cuales se encuentran, recordemos, los arts. 141 (homicidio y asesinato), 151 (lesiones), 168 (detenciones ilegales y secuestros) y 269 (robo, extorsión, estafa o apropiación indebida) CP.

⁸² Destacan la naturaleza preparatoria de estas conductas QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., p. 812; críticamente VALLE MUÑOZ / MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.) / VALLE MUÑOZ (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., p. 1025; REY HUIDOBRO, “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas”, LL 1996, pp. 1327 s.

⁸³ De acuerdo con el carácter preparatorio de los actos tipificados en el art. 400 CP LASCURAIN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1077; críticamente MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Curso de Derecho penal español, PE, I*, cit., p. 249; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., cit., p. 555.

les, el relativo al tráfico de drogas, o el de las falsificaciones, que se caracterizan, por lo general, por constituir procesos altamente fragmentados en numerosas fases y por concitar la participación de numerosos intervinientes. Cuando el legislador penal se enfrenta a estos ciclos, probablemente tenga la impresión de encontrarse ante procesos difícilmente controlables; ante dinámicas que, cuando se ponen en marcha, difícilmente pueden ser detenidas. En términos de eficacia, no cabe duda de que en ciclos delictivos de estas características, lo más aconsejable sería tratar de atajar el proceso desde el principio, ya que, de lo contrario, después podría ser demasiado tarde. No obstante, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no debe consistir en eficacia ciega. Un tal derecho debe ser auténticamente “social” y “democrático”. En mi opinión, existen razones para creer que el adelantamiento de la protección penal de la propiedad intelectual que representa la incriminación de las conductas previstas en el art. 270, párr. 3º CP puede no ser propio de un Derecho penal “social”.

En un Estado social y democrático de derecho el Derecho penal, para ser “social”, debe tratar de ser, ciertamente, eficaz en la evitación de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Ello no significa, sin embargo, que deba ser eficaz a cualquier precio. Un Derecho penal comprometido con la protección de la sociedad no debe tratar de proteger todos los intereses que tengan algún contenido social, por mínimo que este sea, sino sólo aquellos cuya lesión o puesta en peligro pueda comprometer de forma seria el funcionamiento del sistema social.⁸⁴ Únicamente estos intereses podrán ser calificados de “bienes jurídico-penales”. Para merecer dicha consideración, a aquellos intereses les será exigible la concurrencia de una doble condición: A) suficiente importancia social; y B) necesidad de protección por el Derecho penal.⁸⁵

A) En cuanto a la suficiente importancia social del bien jurídico-penal, no cabe duda de que los derechos de explotación sobre una creación intelectual no pertenecen al grupo de los que podría considerarse bienes jurídico-penales “fundamentales”, como la vida, la salud individual, la libertad ambulatoria o la propiedad. Los delitos contra la propiedad intelectual no forman parte del llamado Derecho penal “nuclear”, sino del Derecho penal “accesorio o complementario”.⁸⁶ No obstante, ello no significa todavía que la importancia social de la propiedad intelectual sea insuficiente para considerar que su lesión o puesta en peligro justifica la intervención del Derecho penal. MIR PUIG entiende que esto último no sucede cuando se trata de intereses que no revisten carácter fundamental para la vida social, y que la valoración jurídico-penal de los bienes jurídicos debe tener carácter autónomo, debiendo rechazarse una concepción del Derecho penal como “instrumento meramente sancionador de valores y normas no penales”.⁸⁷ A pesar de que no es posible ser absolutamente categórico al respecto, parece razonable dudar que la relevancia social de los intereses económicos implicados

⁸⁴ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 4/55.

⁸⁵ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 4/47; *el mismo*, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, en el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona 1994, p. 162 [= EPC 1991 (XIV)].

⁸⁶ Sobre estos dos conceptos vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., 4/47 ss.; *el mismo*, *El Derecho penal* ..., cit., p. 154.

⁸⁷ Vid. MIR PUIG, *El Derecho penal* ..., cit., pp. 162 s.

en los derechos de autor, esto es, los derechos de explotación sobre creaciones intelectuales sea —no desde una valoración en abstracto, sino desde una concreta que pondere la entidad que en cada caso revista la afectación de los mismos como realidad de carácter graduable—⁸⁸ tal que justifique un adelantamiento de la protección penal como el previsto en el art. 270, párr. 3º CP; así como que la norma primaria que está en la base de este último precepto es de naturaleza penal, ya que bien podría defenderse que la norma secundaria expresamente prevista en el art. 270, párr. 3º CP tipifica la *sanción penal* de la infracción de una norma primaria de naturaleza civil. Esta tesis parece confirmarla la circunstancia de que el texto del precepto que nos ocupa coincide, de forma prácticamente literal, con la infracción civil prevista en el art. 102 c) RDL 1/1996. De conformidad con este precepto, recuérdese, “(...) tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art. 99 (*scil.* “Contenido de los derechos de explotación”) y en particular: (...) 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”. Es más: de una interpretación literal del art. 270, párr. 3º CP es posible deducir que el ámbito de aplicación del art. 270, párr. 3º CP es más amplio que el del art. 102 c) RDL 1/1996. En efecto, mientras que el art. 270, párr. 3º CP no exige que la fabricación, puesta en circulación o tenencia de cualquiera de los medios previstos en aquel precepto sea realizada “con fines comerciales”, para que estas conductas constituyan la infracción civil prevista en el art. 102.c) RDL 1/1996 es necesario, en cambio, que la conducta se realice con aquella finalidad. De este modo, según esta interpretación literal, la mera fabricación, puesta en circulación o tenencia de alguno de aquellos medios sin aquella intención debería ser castigada como delito a pesar de no ser lo suficientemente grave como para merecer la consideración de infracción civil de acuerdo con el RDL 1/1996. Esta circunstancia podría representar una aparente inconsecuencia valorativa, así como una vulneración de la regla según la cual las consecuencias jurídico-penales previstas en el CP deben tener como presupuesto normas primarias de idéntica naturaleza como manifestación del principio de intervención mínima del Derecho penal.⁸⁹

B) Por lo que respecta a la necesidad de protección por el Derecho penal, también ésta se encuentra en el caso que nos ocupa lejos de presentarse como algo evidente. Algún autor es del parecer de que la proliferación de atentados contra la propiedad intelectual, la creciente trascendencia económica de los derechos de autor y la supuesta ineficacia de los instrumentos propios del derecho civil hacen necesaria la intervención penal en relación con las conductas que nos ocupan.⁹⁰ Sin embargo, esta posición es merecedora de algunas observaciones.

En primer lugar, sorprende que el legislador penal de 1995 sólo haya tipificado en

⁸⁸ Vid. MIR PUIG, *El Derecho penal ...*, cit., p. 166.

⁸⁹ Vid. MIR PUIG, “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal”, en *El Derecho penal ...*, cit., p. 155 (= REFUG 1987 [12], pp. 243 ss.).

⁹⁰ Es el caso de GARCÍA RIVAS, CDJ 1995, p. 207.

el art. 270, párr. 3º CP la fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios preordenados para la supresión o neutralización de programas de ordenador; y no, en cambio, de medios orientados a suprimir o neutralizar otras creaciones intelectuales, como los libros, los videos o los fonogramas. Una de las razones que podrían explicar la discriminación operada por el legislador podría verse en una de las especificidades del pirateo de programas de ordenador: la importante diferencia económica que puede existir en el mercado entre el precio de un programa informático original y el de una copia ilegal, probablemente no apreciable en idéntica medida cuando la obra pirateada consiste en un vídeo o un fonograma.⁹¹ Esta circunstancia podría producir en el sector informático unas pérdidas económicas superiores a las padecidas por el resto de sectores afectados por la piratería. Sin embargo, que esto último ocurra no es algo que esté fuera de toda duda. Pese a las millonarias pérdidas económicas que el sector económico arrastra año tras año como consecuencia de las infracciones contra los derechos de autor, las estadísticas demuestran que el sector informático no siempre ha sido el más perjudicado por la llamada “cultura del pirateo”. Así, por ejemplo, durante el año 2000, las industrias peor paradas fueron la editorial y la discográfica.⁹² Teniendo en cuenta este dato, resulta difícil justificar la incriminación de las conductas del art. 270, párr. 3º CP en términos de necesidad de protección penal de los programas de ordenador como obras de propiedad intelectual; ya que entonces no se comprende por qué razón no están tipificadas las correspondientes conductas que recaigan sobre objetos relativos a libros, videos o fonogramas, obras éstas necesitadas de protección en idéntica medida —cuando no superior— que los programas informáticos.

Frente a la idea de que el art. 270, párr. 3º CP es necesario para proteger los programas de ordenador como obras de propiedad intelectual puede oponerse, en segundo lugar, que el Derecho civil probablemente brinda ya una protección jurídica suficiente. En efecto, el art. 134 RDL 1/1996 contiene un arsenal de medidas cautelares de protección urgente de obras intelectuales en caso de infracciones contra los derechos de autor que nada tiene que envidiar a las medidas que pueden ser adoptadas en un procedimiento penal.⁹³ Algunas de estas medidas son las siguientes: a) cese de la actividad ilícita, que comprende la suspensión de la explotación infractora, la prohibición al infractor de reanudarla, la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, la inutilización por destrucción de los medios utilizados para la reproducción y neutralización ilícitas de dispositivos de protección, la remoción o el precinto de los aparatos utilizados para la comunicación pública no autorizada; b) la destrucción o inutilización de los referidos ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades; y c) la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste.

⁹¹ Vid. GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995”, en prensa, p. 3.

⁹² Vid. GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995”, en prensa, pp. 3 s.

⁹³ De esta opinión HEREDERO HIGUERAS, RCDI 1987, p. 1043. Aparentemente en contra MESTRE DELGADO, BIMJ 1991, p. 6897.

2. El argumento de la identidad de penas de las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP con las del art. 270, párr. 1º CP

No cabe duda de que las conductas típicas del art. 270, párr. 3º CP, son, por encontrarse más alejadas de la consumación del delito, menos peligrosas para el bien jurídico protegido —la propiedad intelectual— que las conductas previstas en el art. 270, párr. 1º CP. Sin embargo, el legislador penal de 1995 ha decidido castigar unas y otras conductas con la misma pena: prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.⁹⁴ Por medio de esta equiparación penológica, el delito del art. 270, párr. 3º CP no sólo parece contradecir el principio de proporcionalidad de las penas, según el cual la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido;⁹⁵ sino que se aparta, además, de la regla de determinación de la pena prevista para los actos preparatorios punibles en los tipos de la Parte Especial en que aquéllos se encuentran especialmente previstos, así como de la regulación prevista para otros delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995 (art. 371) y en el CP de 1973 (art. 509).

2.1. El art. 270, párr. 3º CP se aparta de la regla de determinación de la pena prevista para los actos preparatorios punibles en los tipos de la Parte Especial en que aquéllos se encuentran especialmente previstos

Como ya se expuso *supra*, el actual CP dispone un sistema de incriminación de “*numerus clausus*” de los actos preparatorios, según el cual sólo serán punibles la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir en los casos especialmente previstos en la Parte Especial del Código. Algunos de estos casos son, por ejemplo, el del delito de homicidio o sus formas (art. 141 CP), el de las lesiones (art. 151 CP), el de las detenciones ilegales y secuestros (art. 168 CP), el del robo, extorsión, estafa o apropiación indebida (art. 269 CP) o el de los delitos de tráfico de drogas (art. 373 CP), entre otros. La razón político-criminal que inspira la incriminación de la conspiración, la proposición y la provocación en estos casos reside en que los delitos respecto de los que aquellos actos son preparatorios constituyen delitos singularmente indicados por su gravedad o naturaleza.⁹⁶ En todos estos casos, la pena de los actos preparatorios

⁹⁴ Esto no sólo sucede en el delito del art. 270, párr. 3º CP, sino también en el previsto en el art. 400 CP, relativo a la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de cualquiera de los delitos de falsedades. Según este precepto, quienes realicen alguna de las conductas típicas responderán con “la pena señalada en cada caso para los autores” de alguno de los delitos “descritos en los capítulos anteriores”, pertenecientes al Título XVIII (“De las falsedades”).

⁹⁵ Con motivo del análisis del art. 534 bis a) del anterior CP, GIMBERNAT ORDEIG criticó al legislador penal de 1973 por haber dispuesto una “sanción unitaria para todas las fases del proceso”. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, EPC 1992 (XV), p. 103. Sobre el principio de proporcionalidad como uno de los principios limitadores del “*ius puniendi*” en un Estado democrático vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, cit., 4/73; el mismo, *El Derecho penal...*, cit., p. 154.

⁹⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 13/30.

punibles deberá ser determinada del mismo modo: calculando la pena inferior en uno o dos grados al del delito correspondiente.⁹⁷

2.2. *El art. 270, párr. 3º CP se aparta de la regulación prevista para otros delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995 (art. 371) y en el CP de 1973 (art. 509)*

En la mayor parte de las escasas ocasiones en que el legislador penal ha tipificado conductas de emprendimiento o preparación, éste ha tenido en consideración para la determinación de la pena que esta clase de conductas se encuentran más alejadas de la lesión del bien jurídico que las conductas posteriores a las que están referidas. Ello ocurre, por ejemplo, en el art. 371 CP de 1995 y el art. 509 CP de 1973. Así, el primero de estos dos preceptos dispone para el delito de tráfico de precursores una pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos que constituyen el objeto de tráfico. Esta pena es inferior a la que corresponde, por ejemplo, al tipo básico del delito de tráfico de drogas (art. 368 CP) cuando se tratare de sustancias o productos que causaren grave daño a la salud (“prisión de tres a nueve meses y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito”). Lo mismo ocurría en el ya derogado CP de 1973 con el art. 509, cuya pena (arresto mayor o prisión menor para el caso de fabricación por cerrajero) era inferior a la del robo con fuerza del art. 505 CP de 1973 (nunca inferior al arresto mayor y que podía alcanzar la prisión menor en grado máximo).

VI. Consideraciones “*de lege lata*”. Algunas propuestas interpretativo-restrictivas del art. 270, párr. 3º CP: exposición y valoración crítica

A la vista de los argumentos acabados de exponer, resulta comprensible que algún autor vea con buenos ojos una reforma legal conforme a la cual el art. 270, párr. 3º CP quedase derogado. No obstante, lo cierto es que, hoy por hoy, el art. 270, párr. 3º CP

⁹⁷ No se trata de una de las “reglas generales para la aplicación de las penas” previstas en la Parte General del CP (Sección 1ª, Capítulo II, Título I), sino que cada tipo de la Parte Especial contiene su propia regla particular de determinación de la pena, dándose la circunstancia de que en todos los preceptos del Título II que tipifican actos preparatorios punibles, la pena debe ser determinada del mismo modo. Es evidente que esto último no puede ser contemplado como algo casual, sino que se trata de un efecto unitario dispuesto voluntariamente por el legislador para todos los actos preparatorios punibles. Sin embargo, ello no significa que la no inclusión de la regla de determinación de la pena que nos ocupa entre las reglas generales contenidas en los arts. 61-72 CP no deba tener ninguna consecuencia. En mi opinión estas consecuencias pueden ser, al menos, dos. La primera consiste en que si el legislador decidiera en un futuro incorporar a la Parte Especial del Código nuevos tipos de conspiración, proposición o provocación como actos preparatorios de otros delitos, podría disponer para ellos, en atención a excepcionales razones de política criminal, marcos penales distintos a los previstos en la actualidad para los delitos de los arts. 141, 151, 161, 269 y 373 CP, ya que no existiría el límite de una regla general de determinación de la pena. La segunda consecuencia de la técnica legislativa empleada por el actual CP en materia de actos preparatorios punibles es la siguiente: puesto que según la regla de determinación de la pena contenida en los arts. 141, 151, 161, 269 y 373 CP, la pena puede ser la inferior en uno o dos grados, en ausencia de una regla general que establezca algún criterio para la determinación judicial de la pena, ésta deberá llevarse a cabo a partir de la función preventivo-general y especial de la pena y de los límites al “*ius puniendi*” que se derivan del Estado social y democrático de derecho. En este sentido MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., 31/42 ss.

está en vigor, debiendo ser, por ello, interpretado en algún sentido que permita su aplicación. La doctrina penal, consciente de esta circunstancia, ha sugerido ya algunas interpretaciones restrictivas del precepto, que pretenden reducir el ámbito de aplicación del art. 270, párr. 3º CP, como mínimo, hasta los límites del ilícito civil.⁹⁸

De estas propuestas interpretativas cabe destacar tres: 1) interpretación restrictiva del tipo limitando el “medio“ sobre el que recaen las conductas típicas de “fabricación, puesta en circulación y tenencia” únicamente a aquellos instrumentos cuyo único uso sea el de “facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de dispositivos técnicos utilizados para proteger un programa de ordenador”; 2) interpretación restrictiva del tipo extendiendo los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” a todas las conductas del art. 270, párr. 3º CP; y 3) interpretación restrictiva del tipo exigiendo la “puesta en circulación” como requisito adicional para la tipicidad de la tenencia. Las líneas que desde este punto siguen hasta el final del presente trabajo tienen por objeto la exposición y análisis crítica de estas tres propuestas interpretativas, dedicándose una especial atención a la primera de ellas.

1. Primera propuesta interpretativa: interpretación restrictiva del tipo limitando el “medio” sobre el que recaen las conductas típicas de “fabricación, puesta en circulación y tenencia” únicamente a aquellos instrumentos cuyo único uso sea el de “facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de dispositivos técnicos utilizados para proteger un programa de ordenador”. Exposición y valoración crítica

1.1. Exposición

Como ya se apuntó en otro lugar del presente trabajo,⁹⁹ en opinión de la mayor parte de los penalistas que se han pronunciado sobre el art. 270, párr. 3º CP, pese a que una interpretación literal de este precepto parece conducir a lo contrario —el art. 270 CP, recuérdese, dispone que “será castigada también con la misma pena (*scil.* prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses) la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio *específicamente destinada* a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”—,¹⁰⁰ lo que debe estar específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador no es la conducta típica de “tenencia”, sino el medio sobre el que recae la misma. Defienden esta interpretación restrictiva del art. 270, párr. 3º CP QUERALT JIMÉNEZ,¹⁰¹ GONZÁLEZ RUS,¹⁰² JORDANA DE POZAS¹⁰³ y JORGE BARREIRO.¹⁰⁴

⁹⁸ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, 3ª ed., cit., pp. 422 s.; JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 775 s.; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Curso de Derecho penal*, PE, I, cit., pp. 780 s.

⁹⁹ Vid. *supra* pp. 13 s.

¹⁰⁰ Cursiva añadida.

¹⁰¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, 3ª ed., cit., p. 422.

¹⁰² Vid. GONZÁLEZ RUS, en COBO del ROSAL (dtor.), *Curso de Derecho penal español*, PE, I, cit., pp.

1.2. Valoración crítica

En mi opinión, esta primera propuesta interpretativa del tipo previsto en el art. 270, párr. 3º CP es merecedora de ser ampliamente compartida. Ello es así, esencialmente, por cinco razones: A) realidad criminológica del delito; B) antecedentes legislativos del art. 270, párr. 3º CP; C) sentido lingüístico del adverbio “específicamente”; D) interpretación sistemática del tipo en relación con arts. 400 CP 1995 y 509 CP 1973; y E) dificultades probatorias de la preordenación delictiva de la conducta del art. 270, párr. 3º CP en los supuestos de tenencia de medios con diversas utilidades.

A) Realidad criminológica del delito

La interpretación restrictiva del tipo previsto en el art. 270, párr. 3º CP según la cual el delito sólo será apreciable en aquellos supuestos en que la tenencia recaiga sobre un instrumento específicamente destinado a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador es la que mejor se adapta a la realidad criminológica del delito que nos ocupa. En efecto, aunque no todos los medios que pueden ser utilizados para neutralizar los dispositivos de protección que llevan incorporados algunos programas de ordenador se encuentran específicamente destinados a la consecución de dicho objetivo, ello ocurre, sin embargo, con gran frecuencia. En algunas ocasiones, los medios empleados para la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador pueden tener otras utilidades. Por ejemplo, algunos programas informáticos utilizables para la averiguación de códigos de acceso o modificación del número de instalaciones permitidas por un programa que permiten tanto el acceso al mismo como su reproducción también pueden ser empleados para la compresión o descompresión de ficheros, la encriptación o desencriptación, la comparación o ciertos formateos especiales.¹⁰⁵ Sin embargo, esto no es lo más habitual. En las líneas que siguen se procederá a una breve descripción de los mecanismos de protección de programas informáticos más utilizados en la práctica (a), así como un análisis de los medios que los “*crackers*” suelen emplear para su neutralización (b). Este doble análisis permitirá llegar a la conclusión de que la única utilidad de la mayor parte de los medios que se utilizan en la práctica para facilitar la neutralización o supresión de dispositivos técnicos utilizados para proteger programas de ordenador consiste, precisamente, en la eliminación de aquellas barreras de protección (c).

a) Dispositivos técnicos “para proteger programas de ordenador”

A pesar de que no es habitual que los programas informáticos se encuentren provis-

780 s.; el mismo, RECPC 1999 (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc).

¹⁰³ Vid. JORDANA DE POZAS, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dtor.), *Código Penal* cit., p. 2949.

¹⁰⁴ Vid. JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 775 s.

¹⁰⁵ Vid. GONZÁLEZ RUS, en COBO del ROSAL (dtor.), *Curso de Derecho penal español*, PE, I, cit., pp. 780 s.; el mismo, RECPC 1999 (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc).

tos de dispositivos de protección en el momento de su adquisición,¹⁰⁶ entre los especialistas en informática son numerosas las voces que aconsejan al usuario la posterior adopción de alguna de aquellas medidas.¹⁰⁷ Por este motivo, cada vez son más los programas de ordenador que van acompañados de algún mecanismo protector ante posibles copias ilegales.¹⁰⁸ Estos mecanismos de protección pueden ser, principalmente, de tres clases: a.1) dispositivos “*software*”; a.2) dispositivos “*software-hardware*”; y a.3) dispositivos “*hardware*”.

¹⁰⁶ Señalan BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN que, por defecto, en los ordenadores personales no se utilizan mecanismos de control de accesos, así como que sistemas operativos como el MS-DOS o el Windows tampoco los proporcionan. En opinión de estos autores, ello obedece a un doble motivo: a) la creencia de que los sistemas informáticos se encuentran específicamente destinados al uso personal de modo que es competencia de cada usuario la adopción de las medidas de protección de los datos que en su opinión correspondan; y b) la voluntad de los fabricantes informáticos de presentar los ordenadores y los programas informáticos como elementos de fácil utilización y de diseño de entornos amigables, eliminándose todo aquello que pueda dificultar su uso. Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN, “Seguridad en Ordenadores Personales”, Tema 4 del programa de la asignatura “Seguridad y protección de la información”, 3er. curso de Ingeniería Técnica en Informática de Gestión, Curso 1997/98 (en línea: www.uji.es).

¹⁰⁷ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es), que fundamentan esta recomendación, principalmente, en dos razones: a) la rápida transformación de los hábitos de uso de los ordenadores personales, motivada por el incremento de su potencia y capacidad de cálculo y almacenamiento, el uso de sistemas multiusuario —como el “*Windows NT*” o el “*Linux*”—, y la conexión a red del ordenador mediante modem, de tal modo que el número de personas que pueden utilizar un sistema informático o acceder a él aumenta considerablemente; y b) los programas de ordenador, lejos de ser fiables, son, por lo general, altamente vulnerables, porque suelen adolecer de defectos o errores de diseño (“*bugs*”, “*holes*” o “agujeros”) que permiten a los “*crackers*” introducirse en ordenadores ajenos. Sobre este segundo argumento vid. también UNDERHACK (en línea: www.members.tripod.com).

¹⁰⁸ En mi opinión, no puede ser considerados dispositivos técnicos utilizados “para proteger programas de ordenador” a los efectos del art. 270, párr. 3º CP aquellos que no hayan sido incorporados al programa con la finalidad de evitar la reproducción (operatividad “*ex ante*”), sino para probarla (operatividad “*ex post*”). Como pone de manifiesto RAMOS SUÁREZ, “Protección de los derechos de autor en Internet”, (en línea: www.legalia.com, una de las mayores dificultades que podrían presentarse en un proceso por reproducción ilegal de programas informáticos es la de demostrar que la autoría del programa corresponde al “copiado” y no al “copiador”. Para evitar este problema, RAMOS SUÁREZ recomienda la adopción de una medida de protección consistente en la incorporación al programa de un código que, además de inocuo para la ejecución del programa, sea innecesario e ilógico, de modo que nadie podría llegar mediante procedimientos lógicos a un resultado similar, así como el levantamiento de un acta notarial en la que se dejase constancia de que en fecha X se ha producido la referida incorporación del código al programa. Desde mi punto de vista, si un sujeto fuese detenido teniendo en su poder un instrumento cuya única utilidad fuese conseguir que la copia de un tal programa no llevase consigo aquel código, debería ser absuelto sobre la base de un doble fundamento. Podría afirmarse, en primer lugar, que un código como el descrito no puede constituir un “dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”. No consiste en un mecanismo para evitar la reproducción, sino que su única función reside en facilitar la prueba de aquella en el proceso. Este argumento no es, sin embargo, definitivo. En un sentido amplio —o quizá no tan amplio— podría afirmarse que sirve para proteger jurídicamente a un programa de ordenador todo aquello que, tanto “*ex ante*” como “*ex post*”, impida o dificulte la explotación ilegal de un programa. A mi juicio, es merecedor de ser compartido en mayor medida un segundo argumento. Si el sujeto que tiene en su poder un medio específicamente destinado a la función antes descrita llegase a realizar la copia ilegal, sin duda consideraríamos aquella tenencia un acto copenado, porque es comprensible que el autor de un delito haga todo lo posible por que el delito cometido no llegue a ser descubierto. Pues bien: desde este punto de vista, la mera tenencia de aquel medio no seguida de reproducción debería ser contemplada como un acto preparatorio, también lógicamente impune, de aquel comportamiento copenado. Sobre los actos copenados como uno de los dos grupos de casos de concurso de leyes a resolver por aplicación del principio de consunción vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 5ª ed., 25/76.

a.1) *Dispositivos “software”*

Por lo que respecta a los mecanismos “*software*”, es preciso indicar que son escasos los programas informáticos que se encuentran protegidos exclusivamente por otros programas de ordenador. Ello se debe a que estas barreras de protección resultan, por lo general, fácilmente vulnerables.¹⁰⁹ Con todo, algunos de los dispositivos “*software*” de protección que en ocasiones se incorporan a los programas informáticos son los siguientes: 1) creación de sector débil con información contradictoria que puede causar problemas en la sincronización con el aparato empleado para la reproducción o generar copias inservibles;¹¹⁰ 2) programas informáticos que incorporan códigos o números de serie activables por Internet o telefónicamente que limitan el número de usuarios del programa restringiendo el acceso al programa o el número de veces en que puede ser ejecutado el programa de instalación;¹¹¹ 3) señales de identificación propias del programa (sistema “*Macrovisión Safedisc*”);¹¹² 4) codificadores o encriptadores, que consisten en programas de encriptación, codificación y autenticación de la información;¹¹³ 5) ocultación de información en sectores de los disquetes originales de la aplicación que normalmente no se utilizan;¹¹⁴ y 6) realización de marcas provocando daños en el medio físico del disquete, de modo que el programa sólo funciona si detecta la presencia de un disquete con las zonas adecuadas “dañadas”.¹¹⁵

a.2) *Dispositivos “software-hardware”*

El mecanismo de protección de programas de ordenador resultante de la combinación de “*software*” y “*hardware*” más empleado en la práctica es el de la llave electrónica, comúnmente conocida con el nombre de “mochila”. La “mochila” consiste en un dispositivo que se distribuye junto al programa y que debe ser colocado en alguno de los puertos del ordenador para permitir el funcionamiento de determinadas aplicaciones. Al ponerse

¹⁰⁹ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

¹¹⁰ Vid. Javier PRIETO (en línea: www.inforpc.com); BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es), que explican gráficamente el funcionamiento técnico de este mecanismo de protección. Señalan estos autores que todos los disquetes incorporan al final de cada sector un espacio conteniendo el “*checksum*” del contenido del sector, que informa sobre la validez de la información copiada. Si se detecta algún error en el “*checksum*” se reintenta la copia un número determinado de veces y, en caso de fallo, se descarta, o se copia una versión corregida. El sistema de protección que ahora nos ocupa consistiría en que los disquetes originales de la aplicación tengan información incorrecta en algunos sectores, de modo que el “*checksum*” obtenido no sea el correcto. Así se consigue que las aplicaciones de copia se vean entonces imposibilitadas de duplicar todos los sectores.

¹¹¹ Vid. Javier PRIETO (en línea: www.inforpc.com). De estos sistemas de protección, los más conocidos son el “Cortafuego”, el “*Firewall*” y el “Bastion”. El funcionamiento de estos tres sistemas es, en esencia, el siguiente: una computadora registra todos los paquetes de información que entran en una compañía para, una vez verificados, derivarlos a otra que tiene conexión interna y no recibe archivos que no provengan de aquella. Vid. también UNDERHACK (en línea: www.members.tripod.com); BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

¹¹² Vid. Javier PRIETO (en línea: www.inforpc.com), quien hace referencia a este sistema como el más utilizado para la protección del “*software*” comercial.

¹¹³ Vid. Javier PRIETO (en línea: www.inforpc.com), que apunta la existencia en el mercado de sistemas anticopia por encriptación o autenticación que personalizables a las necesidades de cada uno de los desarrolladores y publicadores de *software*, permitiendo a cada uno de ellos elegir el nivel de protección. Vid. también UNDERHACK (en línea: www.members.tripod.com); BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

¹¹⁴ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

¹¹⁵ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

en marcha la aplicación, ésta detecta la presencia de la mochila y tan solo funciona en caso de que la mochila se encuentre efectivamente instalada. Además, con el fin de evitar que la mochila sirva tan solo para arrancar la aplicación, ésta chequea periódicamente la presencia de la misma durante su funcionamiento, de modo que si no puede establecerse la pertinente conexión entre el programa y la mochila, no cabrá seguir ejecutando el programa.¹¹⁶ Un ejemplo de programa informático protegido por llave electrónica o mochila son los juegos en formato CD ROM diseñados para las consolas “Playstation”, distribuidos en España por la multinacional *Sony*. Los referidos juegos son comercializados con una llave electrónica, que impide a una consola española la ejecución de un juego adquirido en un país externo a la UE¹¹⁷ (por ejemplo, en Japón). Mediante este sistema, además de controlarse las llamadas “importaciones paralelas”,¹¹⁸ se pretende

¹¹⁶ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

¹¹⁷ En los supuestos de obras importadas de países comunitarios se entiende que la “primera venta” agota la exclusividad de los derechos de distribución (art. 8.2 L 43/1994, que incorporó al derecho nacional la Directiva CEE 92/100). Vid., además, las SSAP Barcelona 26 octubre 1999 (Ar. 4621) y 7 enero 2000 (Ar. 400); y las SSTJCE 31 octubre 1974 (asunto *Centrafarm* contra *Sterling Drug*); 16 julio 1998 (asunto C-355/96, *Silhouette International* contra *Hartlauer*).

¹¹⁸ Excede del objeto del presente trabajo el análisis del interesante problema de las “importaciones paralelas”, que por su creciente importancia probablemente merecería un tratamiento monográfico. No obstante, interesa aquí dejar al menos planteada la problemática que esta cuestión suscita. El problema es el siguiente: se trata de decidir si quien adquiere una obra original en un país ajeno a la UE y la importa directamente a España, esto es, al margen de la empresa encargada de su distribución exclusiva en nuestro país, para ponerla directamente en circulación realiza o no el tipo previsto en el art. 270, párr. 2º CP. De conformidad con este precepto, “la misma pena (scilicet prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses) se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización”. Existen argumentos a favor y en contra de ambas posiciones. Una amplia exposición de unos y otros argumentos se encuentra en la STS 2 abril 2001 (Ar. 2926), que se ocupó del asunto relativo a la importación paralela de fonogramas por parte de un establecimiento mercantil barcelonés dedicado a la venta de productos fonográficos. Según el relato de hechos probados de esta sentencia, el administrador único del referido establecimiento importó a través de los servicios de Aduanas de Barcelona, para su comercialización, un número indeterminado de fonogramas originales, muy superior a los 2.500, adquiridos a la compañía *Japan et American Record Co. Inc.*, domiciliada en California (EE.UU), al margen de *Warner Music Spain, Dro East West, SA, Polygram Ibérica, SA, Hispavox, SA, Emi-Odeon, SA, Sony Music Entertainment (Spain), SA* y *BMG Ariola, SA*, compañías éstas que ostentaban los derechos de distribución exclusiva de aquellos. La operación permitió al señalado establecimiento comercializar en España la mercancía importada a un precio reducido. En la resolución que ahora nos ocupa, el TS absuelve al procesado al considerar que el derecho a la explotación de la distribución de fonogramas que el art. 117 LPI reconoce a su productor no es merecedor de protección penal en todos los casos. En opinión del TS, del mismo modo que el CP no castiga como delitos todos los atentados contra la propiedad intelectual, sino sólo los que son capaces de producir un mayor perjuicio económico, tampoco contempla toda importación no autorizada por la titular del derecho de distribución exclusiva como constitutiva del delito del art. 270, párr. 2º CP, sino sólo las de mayor entidad: las importaciones de copias ilegales. Ello parece desprenderse, según el Alto Tribunal, de una interpretación literal del precepto en cuestión, que describe el objeto material de las conductas típicas de importación, exportación o almacenamiento con la expresión “dichas obras o producciones o ejecuciones”, en inequívoca referencia a las obras, producciones o ejecuciones previstas en el art. 270, párr. 1º CP [en idéntico sentido SAP Barcelona 16 septiembre 1998 (Ar. 5041)]. En opinión de BACIGALUPO ZAPATER, ponente de la sentencia citada, no debe hacerse responsable del perjuicio patrimonial que la importación paralela de fonogramas originales representa para las productoras-distribuidoras al importador de los fonogramas, sino a sus respectivas distribuidoras, ya que si los precios de los fonogramas no varían de un país a otro, carecería de todo sentido económico su importación paralela, pues ésta no podría dar lugar entonces al margen de ganancias que en la actualidad permite. Y puesto que son las propias productoras las encargadas de determinar el precio de los fonogramas en cada mercado, el TS entiende que también en su mano se encuentra —mediante la referida igualación de precios— la evitación del lucro cesante que le ocasiona en la actualidad las importaciones paralelas. En defecto de la adopción de esta medida de autoprotección del propio patrimonio, es altamente dudoso —concluye la STS 2 abril 2001— que ésta deba ser suplida por el Derecho penal. Frente a estos argumentos, el AAP

impedir que las consolas españolas utilicen juegos piratas o copias ilícitas de estos juegos.

a.3) *Dispositivos “hardware”*

Los dispositivos “*hardware*” de protección de programas informáticos más utilizados en la práctica son dos: 1) tarjetas de seguridad con número de serie único; y 2) cifrado de ficheros de la aplicación con una clave asociada al ordenador. Por lo que respecta al primer sistema de protección, las aplicaciones a proteger se personalizan de modo que sólo funcionen en una máquina con un determinado número de serie. Aunque se hagan copias de la misma, la aplicación no funcionará en ningún otro ordenador. Por lo que respecta al segundo sistema, la aplicación sólo será instalable y operativa en el ordenador cuya clave permita descifrar los ficheros.¹¹⁹

b) *Medios para “facilitar la supresión no autorizada o la neutralización” de aquellos dispositivos*

Puede afirmarse que los medios más empleados en la práctica para “facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador” consisten en mecanismos específicamente diseñados para contrarrestar sistemas de protección preexistentes. Se trata, en suma, de “antídotos” de dispositivos de protección concretos cuya única razón de ser no es otra que la de conseguir, precisamente, la inoperatividad de éstos últimos. Así, prácticamente cada uno de los dispositivos de protección antes descritos encuentra su contrapartida en un medio de neutralización o supresión.

b.1) *Medios específicamente destinados a la neutralización o supresión de dispositivos “software”*

En cuanto a los dispositivos “*software*” de protección de programas informáticos, ya fue apuntado *supra* que cuatro de los sistemas más utilizados son: 1) los programas informáticos que incorporan códigos o números de serie activables por Internet o telefónicamente que limitan el número de usuarios del programa restringiendo el acceso al programa o el número de veces en que puede ser ejecutado el programa de instalación;¹²⁰ 2) los programas de encriptación, codificación y autenticación de la

Barcelona 4 mayo 1995 (Ar. 682) defendió la tesis de que ni el art. 117. 3 LPI ni el art. 270, párr. 2º CP especifican si se refieren únicamente a las obras ilegales o bien a toda clase de obras (originales y copias ilegales), por lo que carece de fundamento interpretar restrictivamente el tipo en el sentido antes apuntado. Teniendo en cuenta esta circunstancia, así como el importante perjuicio económico que estos casos suelen entrañar en la práctica, debe entenderse —argumenta el AAP Barcelona 4 mayo 1995, citando la C 2/1989 de la FGE— que el legislador penal habría elevado a la condición de delito del art. 270, párr. 2º CP este ilícito civil de especial gravedad. En mi opinión, resultan atendibles en mayor medida los argumentos defendidos por la STS 2 abril 2001, por lo que resulta preferible entender que las importaciones paralelas de obras originales son, con arreglo al actual CP, atípicas.

¹¹⁹ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

¹²⁰ Vid. Javier PRIETO (en línea: www.inforpc.com); UNDERHACK (en línea: www.members.tripod.com); BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.uji.es).

información; 3) sistema *“Macrovision Safedisc”*; y 4) creación de sector débil con información contradictoria que puede causar problemas en la sincronización con el aparato empleado para la reproducción o generar copias inservibles. Para cada uno de estos mecanismos, los *“crackers”* han elaborado su correspondiente “antídoto”, que constituye, por tanto, un medio específicamente destinado a la consecución de la inoperatividad de aquellos sistemas de protección.

b.1.1) *Medios específicamente destinados a la neutralización o supresión de programas informáticos que incorporan códigos o números de serie activables por Internet o telefónicamente que limitan el número de usuarios del programa restringiendo el acceso al programa o el número de veces en que puede ser ejecutado el programa de instalación*

Existe un programa informático, denominado comúnmente “Caballo de Troya”, cuya única finalidad consiste en conseguir facilitar la información que se encuentra asociada a un determinado sistema informático, por ejemplo, la relativa al “login” y al “password” del usuario. El funcionamiento del “Caballo de Troya” es el siguiente: el “cracker” deja el programa en el sistema informático preparado para ser ejecutado cuando alguien acceda a él, ejecutándose en lugar del proceso de “login” e imitando la pantalla verdadera. El usuario, que no advierte nada extraño, teclea como siempre el “login” y el “password”, pero estos no son comprobados, sino que se guardan en un archivo de texto y se simula un “password incorrecto”. En este momento, el “Caballo de Troya” llama al proceso de “login” y “password” real y el usuario, al creer haber marcado incorrectamente el “login” y el “password”, vuelve a intentarlo, consiguiendo en esta ocasión acceder al sistema y no dando la menor importancia a lo ocurrido. Como consecuencia de todo ello, el “login” y el “password” habrán pasado a un archivo de texto propiedad del “cracker”.¹²¹

b.1.2) *Medios específicamente destinados a la neutralización o supresión de programas de encriptación, codificación y autentificación de la información*

Por lo que respecta a los primeros, los piratas informáticos o “crackers” han diseñado, para contrarrestar a estos programas, otros programas informáticos, conocidos bajo las denominaciones “crackeadores” o “desencriptadores de claves”. Estos programas son utilizados para averiguar cuáles son los “passwords” encriptados de los archivos de “passwords”, bien desencriptándolos, cuando ello resulta posible, o bien probando múltiples combinaciones hasta hallar la combinación correcta.¹²²

b.1.3) *Medios específicamente destinados a la neutralización o supresión del sistema “Macrovision Safedisc”*

En cuanto al sistema “Macrovision Safedisc”, en la actualidad existen una gran can-

¹²¹ Vid. BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en línea: www.tuji.es).

¹²² Vid. Javier PRIETO (en línea: www.inforpc.com); UNDERHACK (en línea: www.members.tripod.com).

tividad de unidades grabadoras dotadas de lectura RAW, disponibles en el mercado, y de programas de grabaci3n, disponibles en el mercado y en Internet, que permiten neutralizar esta aquella protecci3n.¹²³

b.1.4) *Medios espećficamente destinados a la neutralizaci3n o supresi3n de la creaci3n de sector d3bil con informaci3n contradictoria*

Por ulti3mo, en relaci3n con la creaci3n de sector d3bil con informaci3n contradictoria, existen algunos programas de clonaci3n, como el “Clone CD”, “Clony XXL”, y otras muchas variantes de 3stos, que son empleados habitualmente por los “crackers” para vulnerar aquella barrera de protecci3n creando copias id3nticas a bajo nivel, sector a sector.¹²⁴

b.2) *Medios espećficamente destinados a la neutralizaci3n o supresi3n de dispositivos “software-hardware”*

Frente a las llaves electr3nicas o “mochilas”, existen unos peque1os dispositivos t3cnicos, llamados “chips multimedia”, que son distribuidos o incluso instalados en el ordenador, como elementos de “hardware” del mismo, por establecimientos especializados en la venta de productos inform3ticos, que permiten que los sistemas inform3ticos ejecuten esos programas de juegos il3citamente importados y reproducidos.

b.3) *Medios espećficamente destinados a la neutralizaci3n o supresi3n de dispositivos “hardware”*

Los dispositivos “hardware” de protecci3n de programas inform3ticos protegen el programa inform3tico, esencialmente, por medio de la utilizaci3n de elementos que crean claves asociadas al ordenador. Como puede imaginarse f3cilmente por lo apuntado hasta ahora, este sistema de protecci3n tambi3n puede ser burlado por medio del antes referido programa del “Caballo de Troya”.

c) *Conclusi3n: la mayor parte de los medios que sirven para facilitar la neutralizaci3n o supresi3n de dispositivos t3cnicos utilizados para proteger programas de ordenador se encuentran espećficamente destinados a ello*

La realidad criminol3gica del delito previsto en el art. 270, p3rr. 3º CP demuestra que la ley, en lugar de emplear la expresi3n “espećficamente destinada”, probablemente debera3 haberse referido al medio “espećficamente destinado” a facilitar la supresi3n o la neutralizaci3n de dispositivos t3cnicos de protecci3n de programas de ordenador. En efecto, como ya se ha demostrado *supra* y puede advertirse a la vista del cuadro que a continuaci3n se muestra, la mayor parte de los medios que se emplean en la pr3ctica para aquellos fines no s3lo carecen de cualquier otra utilidad, sino que son

¹²³ Vid. Javier PRIETO (en lnea: www.inforpc.com); UNDERHACK (en lnea: www.members.tripod.com).

¹²⁴ Vid. Javier PRIETO (en lnea: www.inforpc.com); UNDERHACK (en lnea: www.members.tripod.com); BADÍA CONTELLES / COLTELL SIMÓN (en lnea: www.uji.es).

diseñados a partir del análisis de la configuración técnica de los dispositivos de protección que se pretende neutralizar.

Medios más empleados en la práctica para la supresión o la neutralización de dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador	Dispositivos técnicos de protección de programas de ordenador para cuya supresión o neutralización han sido diseñados aquellos medios	
Programa “Caballo de Troya”	<ul style="list-style-type: none"> Programas informáticos que incorporan códigos o números de serie activables por Internet o telefónicamente que imitan el número de usuarios del programa restringiendo el acceso al programa o el número de veces en que puede ser ejecutado el programa de instalación 	Clase de dispositivos
Programas “crackeadores” o “desencriptadores de claves”	<ul style="list-style-type: none"> Programas de encriptación, codificación y autenticación de la información 	Dispositivos de “software”
Programas de grabación y unidades grabadoras dotadas de lectura RAW	<ul style="list-style-type: none"> Sistema “<i>Macrovision Safedisc</i>” 	
Programas de clonación, como el “ <i>Clone CD</i> ”, “ <i>Clony XXL</i> ”, y otras muchas variantes de éstos, empleados para crear copias idénticas a bajo nivel, sector a sector	<ul style="list-style-type: none"> Creación de sector débil con información contradictoria que puede causar problemas en la sincronización con el aparato empleado para la reproducción o generar copias inservibles 	
“Chips multimedia”	<ul style="list-style-type: none"> Llaves electrónicas o “mochilas 	
Programa “Caballo de Troya”	<ul style="list-style-type: none"> Elementos que crean claves asociadas al ordenador 	Dispositivos de “hardware”

B) *Antecedentes legislativos del art. 270, párr. 3º CP*

También de los antecedentes legislativos del art. 270, párr. 3º CP parece deducirse que la voluntad del legislador penal de 1995 bien podría haber sido la de referir la expresión “específicamente destinada” al medio empleado, y no a la conducta típica. Ello se desprende de la regulación contenida en los siguientes preceptos: a) art. 7.1 c) D 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, citado por la enmienda de adición nº 382 al art. 248 Proyecto de Ley CP 1995; b) art. 8 c) L 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la D 91/250/CEE; y c) art. 102 c) RDL 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la LPI.

a) *Art. 7.1 c) D 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, citado por la Enmienda de Adición nº 382 al art. 248 Proyecto de Ley CP 1995*

a.1) *Art. 7.1 c) D 91/250/CEE*

Como ya se apuntó *supra*, el art. 270, párr. 3º CP, que no se corresponde con precepto alguno del CP de 1973, tiene sus orígenes en la preocupación del ordenamiento comunitario por la protección jurídica de los programas de ordenador. Esta preocupación culminó en 1991 con la aprobación de la D 91/250/CEE, de 14 de mayo, relativa a la protección jurídica de programas de ordenador. Esta preocupación por la protección de los programas informáticos trae causa, en palabras de la E. de M. de la referida Directiva, del “papel de creciente importancia desempeñado por los programas de ordenador en una amplia gama de sectores y la capital importancia de la tecnología informática como de capital importancia para el desarrollo industrial de la Comunidad”. A la vista de estos extremos, no debe extrañar que el art. 7.1 c) D 91/250/CEE disponga entre las medidas especiales de protección que “los estados miembros deberán adoptar (...) contra las personas que cometan (...): la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales de cualquier medio cuyo único propósito sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador”.¹²⁵

A pesar de que ello no resulta completamente indiscutible, parece que cabe afirmar que el art. 7.1 c) D 91/250/CEE emplea la expresión “cuyo único propósito” en referencia al “medio”, y no a la “puesta en circulación o tenencia”. En caso contrario, al exigir el precepto que la “tenencia” se realice “con fines comerciales”, difícilmente podría afirmarse que el favorecimiento de “la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger un programa de ordenador”, consistiría en su “único” propósito.¹²⁶

¹²⁵ Cursiva añadida.

¹²⁶ Podría replicarse que existe una posible interpretación del art. 7.1 c) D 91/250/CEE que evitaría esta contradicción. De acuerdo con esta interpretación, cabría entender los términos “fin” y “propósito” del precepto que ahora se analiza de modo que no fueran términos necesariamente sinónimos. Así, el primero se referiría a la

a.2) *Enmienda de Adición nº 382 al art. 248 Proyecto de Ley CP 1995*

El art. 270, párr. 3º CP tiene su origen inmediato en la aprobación parcial en el último tramo de la discusión parlamentaria del Proyecto de Ley CP en el Congreso de los Diputados de una Enmienda de Adición (nº 382) presentada por el Grupo Parlamentario Popular al art. 248 del referido proyecto, consistente en la introducción de un tercer párrafo cuyo tenor literal rezase del siguiente modo: “Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio *cuyo propósito* sea facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hubiere utilizado para proteger programas de ordenador”.¹²⁷ El portavoz del referido grupo en la discusión parlamentaria, Sr. SANZ ESCALERA justificó dicha enmienda en que la conveniencia de “castigar la tenencia de programas copiadorees viene dada por el artículo 7 de la D 99/250/CEE (*sic.*), de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador”.¹²⁸ El texto de la Enmienda de Adición nº 382 finalmente no se correspondió con el texto del art. 270, párr. 3º LO 10/1995 de 23 de noviembre (BOE 281, de 24 de noviembre de 1995) definitivamente aprobado.¹²⁹ Así, el artículo en cuestión sustituye la expresión “cuyo propósito sea” (análoga a la expresión “cuyo único propósito sea” empleada por el art. 7.1 c) D 91/250/CEE)¹³⁰ por la ya conocida “específicamente destinada a”, literalmente referida a la conducta de tenencia. La Sra. DEL CAMPO CASASUS, portavoz del grupo socialista, justificó en el debate parlamentario de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular anterior a su aprobación parcial la preferencia de su grupo por la fórmula finalmente aprobada a la propuesta por la enmienda en un discutible entendimiento de la jurisprudencia constitucional en materia de tenencia de útiles para el robo.¹³¹

b) *Art. 8 c) L 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al derecho español de la D 91/250/CEE*

Según el art.8 c) L 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho espa-

finalidad (lucrativa) perseguida por la tenencia; el segundo, en cambio, al *modo* en que aquella finalidad debe ser satisfecha. No obstante, también esta interpretación de compromiso está lejos de resultar enteramente incuestionable.

¹²⁷ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, V Legislatura, 1995, 5 de junio, nº 511, p. 15.549 (cursiva añadida).

¹²⁸ Vid. Trabajos parlamentarios, 6 de marzo de 1995, Serie A núm. 77-6, p. 213. Resulta curioso comprobar, con todo, que el tenor literal de la enmienda de referencia parecía extenderse más allá de lo que pretendía el propio grupo parlamentario que la presentaba. Esto es, al menos, lo que se desprende de las siguientes palabras, pronunciadas por el Sr. Sanz Escalera en el debate parlamentario: “La neutralización o la supresión de estos mecanismos de cautela están contemplados en nuestra enmienda tipificando las conductas ilícitas que así lo hagan”. Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, V Legislatura, 1995, 5 de junio, nº 511, p. 15.547.

¹²⁹ Aunque sí con el del art. 248 del Informe de la Ponencia, que a su vez traía causa del art.272 del Dictamen de la Comisión, aprobado posteriormente por el Pleno. Vid. también GARCÍA RIVAS, CDJ 1995, p. 218, nota 21.

¹³⁰ Por lo que las observaciones formuladas *supra* en relación con este último precepto pueden hacerse extensivas a la Enmienda que ahora nos ocupa.

¹³¹ Vid. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. V Legislatura, 1995, 5 de junio, nº 511, p. 15.549. Vid. también GARCÍA RIVAS, CDJ 1995, p. 218, nota 21 y, en especial, notas 89-91.

ñol de la D 91/250/CEE, de 14 mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, relativo a la infracción de los derechos sobre los programas, “a efectos de la presente Ley, y sin perjuicio de lo establecido en los arts. 5³² y 6³³ de la misma, tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art. 4³⁴ y, en particular: (...) Quienes pongan en circulación o tengan con fines comerciales cualquier medio *cuyo único uso* sea facilitar la supresión o neutralización no autorizada de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador”.¹³⁵ Como puede advertirse, el legislador español sustituyó el término “propósito”, utilizado por la D 91/250/CEE por la más objetiva expresión “único uso”, refiriéndolo inequívocamente al medio objeto de las conductas de puesta en circulación y tenencia, y no a estas conductas.

c) *Art. 102 c) RDL 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el texto refundido de la LPI*

De acuerdo con el art. 102 c) RDL 1/1996, “a efectos del presente Título y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 100¹³⁶ tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art.99 (scil. “Contenido de los derechos de explotación”) y en particular: (...) 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”.¹³⁷ Este precepto citado respeta escrupulosamente, con la única sustitución del término “medio” por el sinónimo “instrumento”, el tenor literal del art. 8 c) L 16/93, refiriendo también la utilidad restringida, por tanto, al objeto sobre el que recae la puesta en circulación o tenencia con fines comerciales y no a estas últimas como actividades.¹³⁸

C) *Sentido lingüístico del adverbio “específicamente”*

En castellano, el adverbio “específicamente” equivale exactamente a la expresión “de forma específica”; y lo “específico” es aquello que pertenece a la especie. De este modo, el nombre específico de un animal consiste en aquél que sirve para designar a la especie a la que pertenece; y cuando se alude al carácter específico de un objeto, se está haciendo referencia a las características que lo definen como integrante de una especie. Por este motivo, habría resultado lingüísticamente preferible que el legislador penal de 1995, al redactar el art. 270, párr. 3º CP, hubiera empleado el adverbio “específicamente” en referencia al “medio”, y no a la “tenencia”. Porque lo lógico es que lo que deba

¹³² “Excepciones a los actos sujetos a restricciones”.

¹³³ “Descompilación”.

¹³⁴ “Actos sujetos a restricciones”.

¹³⁵ *Cursiva añadida.*

¹³⁶ “Límites a los derechos de explotación”.

¹³⁷ *Cursiva añadida.*

¹³⁸ Sobre esto vid. lo expuesto *supra* en relación con el art. 8 c) L 16/93.

pertenecer a una “clase” o “especie” destinada a la neutralización de dispositivos de protección de programas no sea la “tenencia”, sino el “medio”.

D) *Interpretación sistemática del tipo en relación con arts. 400 CP 1995 y 509 CP 1973*

Como ya ha sido apuntado *supra*, la tenencia de medios orientados a la neutralización de barreras de protección de programas de ordenador, prevista en el art. 270, párr. 3º CP, constituye un delito de emprendimiento o preparación. No se trata, sin embargo, del único delito de esta clase existente en el actual CP. En las líneas que siguen se demostrará no sólo que en el CP de 1995 existen diversos delitos de emprendimiento (a), sino que en la mayoría de las ocasiones en que el legislador ha empleado la expresión “específicamente destinada/o” con motivo de la tipificación de alguno de estos delitos lo ha hecho en referencia al objeto sobre el que recae la conducta, y no en relación a esta última (b).

a) *Existencia de otros delitos de emprendimiento en el CP de 1995 y en el CP de 1973*

Como acaba de ser avanzado, la tenencia de medios preordenados a la neutralización de dispositivos de protección de programas de ordenador no es el único delito de emprendimiento contenido en el CP. El legislador penal de 1995 también ha empleado esta técnica legislativa con motivo de la tipificación de los delitos contra la salud pública (art. 371 CP) y los delitos de falsedades (art. 400 CP). Por lo que respecta a los delitos contra la salud pública, el art. 371 CP dispone que “el que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en los Cuadros I y II de la Convención de Viena, de 20 diciembre 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otro productos adicionados al mismo convenio o que se incluyan en otros Convenio de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos”.¹³⁹ En cuanto a los delitos de falsedades, el art. 400 CP prevé, como “Disposición general” para todas las conductas contenidas en el Título XVIII (“De las falsedades”), que “la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los artículos anteriores, se castigarán en cada caso con la pena señalada en cada caso para los autores”.¹⁴⁰

¹³⁹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., cit., p. 812; críticamente VALLE MUÑOZ / MORALES GARCÍA, en QUINTERO OLIVARES (dtor.) / VALLE MUNIZ (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996, cit., p. 1025; REY HUIDOBRO, “La nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas”, LL 1996, pp. 1327 s.

¹⁴⁰ Vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 1077; críticamente MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dtor.),

También en el CP de 1973 el legislador penal empleó la técnica legislativa de los delitos de emprendimiento o preparación en relación con el delito de robo con fuerza en las cosas. Ello ocurría en el delito previsto en el art. 509 CP de 1973, de cuya conformidad “el que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo será castigado con la pena de arresto mayor. En igual pena incurrirán los que fabricaren dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros se les aplicará la pena de prisión menor”. En opinión de un sector de la doctrina dominante, este delito —en la actualidad derogado— constituía un claro ejemplo de delito de emprendimiento o preparación.¹⁴¹

b) *Referencia habitual de la expresión “específicamente destinada/o” al objeto sobre el que recae la conducta, y no a la conducta misma*

A la vista del tenor literal de los preceptos del actual CP que tipifican como delito conductas de preparación o emprendimiento, puede advertirse que cuando el legislador de 1995 ha empleado la referida técnica legislativa lo ha hecho refiriendo la especificidad al medio empleado, y no a la conducta típica. Claro ejemplo de esta técnica legislativa lo constituye el art. 400 CP exige que los “útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos” objeto de “fabricación o tenencia” deben estar “específicamente destinados”¹⁴² a la comisión de los delitos de falsedades. Idéntica técnica legislativa empleó el legislador de 1973 para la tipificación del hoy derogado art. 509 CP 73, según el cual las “ganzúas o otros instrumentos” objeto de tenencia debían estar “destinados especialmente”¹⁴³ a ejecutar el delito de robo, siendo impune, en cambio, la posesión preordenada al robo de instrumentos no especialmente destinados a tal fin.

E) *Dificultades probatorias de la preordenación delictiva de la conducta del art. 270, párr. 3º CP en los supuestos de tenencia de medios con diversas utilidades*

¿Puede afirmarse que el empleo en el art. 400 CP de la expresión “específicamente destinados”,¹⁴⁴ o la interpretación restrictiva del tipo del art. 270, párr. 3º CP aquí propuesta, o, por último, el término “destinados especialmente”¹⁴⁵ del art. 509 CP 73, obedecen a razones valorativas? ¿Tiene mayor contenido de injusto, o es más peligrosa para el bien jurídico protegido, la tenencia de un medio con diversas utilidades para reproducir ilegalmente un programa de ordenador que la tenencia de un instrumento

Curso de Derecho penal español, PE, I, cit., p. 249; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español, PE, 3ª ed., cit., p. 555.

¹⁴¹ En este sentido se pronunciaban BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *Manual de Derecho penal, PE, II, 2ª ed., 1993, cit., p. 176; RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal Español, PE, 10ª ed., cit., p. 412. De otra opinión QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de la Parte Especial del Derecho penal, 2ª ed., cit., p. 349 s.; VIVES ANTÓN en VIVES ANTÓN (dtor.) / ORTS BERENGUER (coord.), *Compendio de Derecho Penal, PE, Valencia 1994, p. 464; VIVES ANTÓN, en COBO DEL ROSAL (dtor.) / CARBONELL MATEU (coord.), Derecho penal, PE, Valencia 1990, pp. 858 s.**

¹⁴² Cursiva añadida.

¹⁴³ Cursiva añadida.

¹⁴⁴ Cursiva añadida.

¹⁴⁵ Cursiva añadida.

“específicamente destinado” a aquella finalidad? Desde un punto de vista general, estadístico o abstracto podría admitirse que la segunda conducta es más peligrosa que la primera. En efecto, si un sujeto tiene en su poder un instrumento con una única función, no cabe duda de que su tenencia perseguirá, con toda seguridad, la utilización del medio para la consecución de aquel objetivo. Si el instrumento objeto de la tenencia tiene otras utilidades, ello ya no podrá asegurarse. Tiene pleno sentido afirmar que desde el referido punto de vista abstracto, el Derecho penal está más interesado en la evitación de la primera conducta que en la de la segunda. Distinta es la cuestión, sin embargo, desde una perspectiva concreta. Desde este segundo punto de vista, si se demostrase que un sujeto posee un instrumento con la finalidad de utilizarlo para copiar ilegalmente un programa informático, sería irrelevante, en términos de contenido de injusto de la conducta o de peligrosidad para el bien jurídico protegido, si el instrumento en cuestión tiene una o varias utilidades. No obstante, puesto que en los casos de instrumento con varias utilidades podría resultar difícil demostrar en el proceso si el sujeto actuó con una u otra finalidad, resulta razonable, en términos de eficacia procesal, interpretar el tipo previsto en el art. 270, párr. 3º CP de modo que sólo sean constitutivas de delito aquellas conductas que puedan ser probadas en juicio con menor dificultad.

2. Segunda propuesta interpretativa: interpretación restrictiva del tipo extendiendo los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” a todas las conductas del art. 270, párr. 3º CP. Exposición y valoración crítica

2.1. Exposición

Como ya se mencionó *supra*,¹⁴⁶ el art. 102 c) RDL 1/1996 dispone que “(...) tendrán la consideración de infractores de los derechos de autor quienes, sin autorización del titular de los mismos, realicen los actos previstos en el art.99 (*scil.* “Contenido de los derechos de explotación”) y en particular: (...) 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”.¹⁴⁷ Puesto que el art. 270, párr. 3º CP no exige, en cambio, que la fabricación, la puesta en circulación y la tenencia sean realizadas “con fines comerciales”, opina algún autor que el ámbito de aplicación del art. 270, párr. 3º CP sería, entonces, más amplio que el del art. 102 c) RDL 1/1996, lo cual podría representar una vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal.¹⁴⁸ En opinión de este sector doctrinal, dicha insatisfactoria consecuencia podría ser evitada interpretando el art. 270, párr. 3º CP de tal modo que el delito sólo sea apreciable cuando la conducta típica sea realizada, en cualquiera de sus modalidades, “con ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”. De este modo, estos dos elementos, que sólo aparecen expresamente en el tipo básico del art. 270, párr. 1º CP,¹⁴⁹

¹⁴⁶ Vid. p. 35.

¹⁴⁷ Cursiva añadida.

¹⁴⁸ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, PG, 3ª ed., cit., p. 422.

¹⁴⁹ Sobre el significado de los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” como elementos del tipo

también deberían concurrir cuando la conducta enjuiciada fuera alguna de las que aparecen en el art. 270, párr. 3º CP, pese a que este último tipo no lo exige formalmente. Defienden este punto de vista GONZÁLEZ RUS¹⁵⁰ y JORGE BARREIRO.¹⁵¹

2.2. Valoración crítica

A mi juicio, la interpretación restrictiva sugerida por GONZÁLEZ RUS y JORGE BARREIRO encuentra dos dificultades para prosperar. En primer lugar, los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” no son exactamente coincidente con la expresión “con fines comerciales” presente en el art. 102 c) RDL 1/1996. De este modo, mediante la interpretación propuesta por aquellos autores no podría conseguirse el pretendido objetivo de reducir el ámbito de aplicación del art. 270, párr. 3º CP por debajo del que corresponde al art. 102 c) RDL 1/1996. La segunda objeción que debe salvar la interpretación que ahora se critica es la siguiente: los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” no pueden ser considerados elementos inherentes a todas las conductas del art. 270, párr. 3º CP, sino sólo a la “fabricación” y a la “puesta en circulación”. En efecto, resulta perfectamente razonable imaginar supuestos de tenencia de medios con finalidades distintas a la de obtener un beneficio económico.¹⁵²

3. Tercera propuesta interpretativa: interpretación restrictiva del tipo exigiendo la “puesta en circulación” como requisito adicional para la tipicidad de la tenencia. Exposición y valoración

3.1. Exposición

En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, una interpretación literal de los párrafos 1º y 3º del art. 270 CP podría conducir a que la tenencia de un “copión” es constitutiva de delito según el art. 270, párr. 3º CP, mientras que, de acuerdo con el párr. 1º, la tenencia de la copia ilícita sólo lo es cuando posteriormente es “distribuida”. Según QUERALT, esta consecuencia debe ser evitada, ya que, de lo contrario, sería obligado admitir que el art. 270, párr. 3º CP contraviene el principio de intervención mínima del

básico del delito contra la propiedad intelectual vid. GÓMEZ MARTÍN, “La protección penal de los derechos de autor sobre los programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995”, en prensa, pp. 35 ss.

¹⁵⁰ Vid. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.) / GONZÁLEZ RUS (coord.), *Comentarios al Código penal*, PE, I, cit., p. 781.

¹⁵¹ Vid. JORGE BARREIRO, en COBO DEL ROSAL (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, I, cit., pp. 775 s.

¹⁵² Ello es reconocido por los propios GONZÁLEZ RUS y JORGE BARREIRO. En opinión del primero, son imaginables supuestos de tenencia en que no concurren los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero” pese a lo cual sigue considerando practicable la interpretación que ahora se critica. Vid. GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Comentarios al Código penal*, PE, I, cit., p. 781. En términos muy parecidos a los de este último autor se expresa JORGE BARREIRO, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.) / JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, cit., p. 776. Vid., además, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, PE, 3ª ed., cit., p. 422, quien atribuye a las conductas de fabricación y puesta en circulación finalidad predominantemente comercial, aunque no de un modo absolutamente excluyente de otras posibles finalidades.

Derecho penal. Para ello, este autor propone para el precepto que nos ocupa una interpretación sistemática que lo ponga en relación con el delito del párrafo 1º. Según esta interpretación sistemática, la mera tenencia de “copiones” o medios análogos carecerá de toda relevancia típica siempre que no vaya seguida de posterior “puesta en circulación”.¹⁵³

3.2. Valoración crítica

Desde mi punto de vista, la interpretación restrictiva del art. 270, párr. 3º CP propuesta por QUERALT no puede ser considerada una reducción teleológica del tipo, sino una reducción contraria al plan del legislador. Ello obedece, según entiendo, a que la exigencia de tenencia “con distribución” en el primer párrafo del art. 270 CP y la no exigencia de aquel elemento en el tercero es coherente con la distinta “*ratio legis*” que está en la base de ambos preceptos.

En el art. 270, párr. 1º CP, si el legislador ha decidido no castigar la mera tenencia de copias ilegales, esto es, sin posterior distribución, ello se debe a que, sin puesta en circulación de las copias, puede resultar complicado demostrar que el uso que el sujeto tenía previsto dar a aquéllas no era exclusivamente privado. Como es sabido, cuando una obra ya divulgada es reproducida para uso privado del copista no se requiere autorización del titular de los derechos de autor o derechos conexos sobre la creación, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa (art. 31. 2 LPI). Según esto último, hasta que la copia ilegal no desborda la esfera privada del copista para empezar a circular entre terceras personas, alcanzando una cierta difusión, no es posible afirmar que la propiedad intelectual empieza a ser lesionada. Esta idea ha sido defendida —en mi opinión correctamente— bajo la vigencia del CP de 1973 por GIMBERNAT ORDEIG,¹⁵⁴ y en bajo la del CP de 1995 por la SAP Madrid 13 septiembre 1999,¹⁵⁵ entre otras sentencias.

Distinto es, sin embargo, el caso de la tenencia de medios preordenados a la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de programas informáticos del art. 270, párr. 3º CP. Parece claro que ni la tenencia de estos medios ni su puesta en circulación pueden ser consideradas todavía “lesiones” de la propiedad intelectual. La razón —discutible— de que el legislador haya decidido castigar estas conductas debe verse en la potencial peligrosidad que el uso incontrolado de esos medios podría representar

¹⁵³ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal, PE*, 3ª ed., cit., pp. 422 s.

¹⁵⁴ A juicio de este autor el ciclo delictivo contra la propiedad intelectual consta de dos fases: una primera preparatoria en sentido amplio, y una segunda ejecutiva. La primera fase estaría compuesta —según GIMBERNAT— por actos preparatorios en sentido estricto (almacenamiento, importación, exportación) y actos ejecutivos de un delito de peligro abstracto (reproducción, plagio). Estos actos todavía no lesionarían el bien jurídico protegido. La segunda fase del ciclo, integrada por las conductas de distribución y comunicación pública, se encontraría orientada, en cambio, a poner el punto y final al ciclo criminal, por representar una auténtica lesión de los derechos de explotación de la obra. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, EPC 1992 (XV), pp. 102 s., 111 s. y 117. En opinión de GIMBERNAT, la reproducción ilícita y el plagio constituyen delitos de peligro abstracto (p. 102); la distribución y la comunicación pública ilícitas, en cambio, delitos de lesión (pp. 116 s.).

¹⁵⁵ Ar. 4630. Según esta resolución, la obtención de copias ilegales sin venta posterior de las mismas no da lugar a responsabilidad civil derivada de delito, al no generar un daño económico concreto, sino un lucro cesante hipotético.

para la propiedad. Su tenencia, su utilizaci3n o su puesta en circulaci3n no la lesionan, sino que s3lo la ponen en peligro. Y, en t3rminos de puesta en peligro, lo esencial no es, en mi opini3n, si el medio simplemente se tiene en posesi3n o ha sido puesto en circulaci3n, sino su mayor o menor capacidad neutralizadora.