

EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ANTE LA PIRATERÍA DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN

Prof. Dr. Alfonso GALÁN MUÑOZ

Profesor Titular de la Universidad
Pablo de Olavide

Resumen: Para hacer frente a la “piratería de servicios de radiodifusión”, se reformó el Código penal sancionándose como verdaderos delitos conductas que bordean los límites del mero ilícito civil y que deberían ser consideradas todo lo más, como meras faltas penales. La experiencia pone de manifiesto que si bien los intereses colectivos han de ser necesariamente protegidos, esto debe siempre someterse a un estrecho control. Así, procede reafirmar la vigencia de los tal vez viejos, pero en modo alguno obsoletos, principios limitadores del Derecho penal, que son los únicos capaces de impedir los excesos represores y que son los que llevan a proponer la inmediata reforma del artículo 286 CP.

Laburpena: Irratidufusioko zerbitzuen pirateriaren kontra egiteko Zigor Kodea berritu zen, delitu bezala zigortuz, zibil arloko zilegitasun ezaren ertzetik ateratzen dena eta falta penal moduan kontsideratu beharko lirarteke. Nahiz eta esperientziak azaldu nahitaezkoa dela interes kolektiboak Zuzenbide Estatuak babestea, kontrol zorrotzarean pean egitekoa da. Aitortu beharrekoa da Zuzenbide Penalaren printzipio mugatzaileen indarraldia, printzipio zaharrak baina ez zaharkituak, hauek baitira gehiegizko errepresioa galarazteko bakarrak eta honen bidez proposatzen bait da ZK 286 artikulua berehalako aldaketa.

Résumé: Pour faire face à “la piraterie de services de radiodiffusion”, on a réformé le Code pénal en sanctionnant ces faits comme de véritables infractions pénales. Cependant, ces conduites touchent les limites de ce qui est une simple faute civil et devraient être considérées et traitées, le cas échéant, comme des simples contraventions. L’expérience met en évidence que, bien que les intérêts collectifs doivent nécessairement être protégés, ceci doit toujours être soumis à un contrôle étroit. Ainsi, il faut réaffirmer les peut-être vieux, mais en aucune façon obsolètes, principes limitatifs du Droit pénal, qui sont les seuls qui peuvent empêcher une répression excessive et qui obligent à proposer la réforme immédiate de l’article 286 CP.

Summary: Penal Code was reformed to face the “broadcasting piracy”, penalizing as a crime some behaviours not very serious, that could be considered just as civil illicit or simple misdemeanours. The experience shows that although the collective interests have to be necessarily protected, all this must be always subjected to a strict control. Thus, it is appropriate to reaffirm the relevance of the penal Law principles, perhaps old principles but in any way obsolete, as the unique way to prevent the repressive excesses, principles that lead to propose the immediate reform of article 286 CP.

Palabras clave: Derecho penal, piratería de los servicios de radiodifusión, principios del Derecho penal, intervención penal.

(Nota): Contribución a la Jornada sobre “Protección penal de la propiedad intelectual sobre derechos digitales”, Leioa, 28 noviembre 2007 (subvencionada por el Proyecto DITSESEC del programa SAIOTEK, Dpto. de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco).

Gako hitzak: Zigor zuzenbidea, irratidifusioko zerbitzuen pirateria, Zigor zuzenbidearen printzipioak, eskuhartze penala.

Mots clef: Droit pénal, piraterie de services de radiodiffusion, principes du Droit pénal, Intervention pénale.

Key words: Penal Law, Broadcasting piracy, Penal Law principles, Penal intervention.

1. INTRODUCCIÓN

La imparable implantación de nuevos y modernos instrumentos informáticos ha supuesto una auténtica revolución en nuestras vidas, ya que todos o casi todos utilizamos en el devenir de nuestra vida cotidiana algún mecanismo o instrumento fruto del imparable avance tecnológico que nos rodea.

Todos o casi todos llamamos utilizando teléfonos móviles e incluso nos sorprendemos si por uno de esos azares del destino, nos encontramos en algún recóndito paraje de nuestra geografía en el que la cobertura que nos brindan los satélites y antenas de telefonía no nos permite hacerlo.

Todos o casi todos usamos esa ya no tan nueva autopista de la información que es internet tanto para mantenernos en contacto con nuestros conocidos, como para conocer a personas que se encuentran en lugares muy alejados de aquel en el que vivimos. Del mismo modo, que todos o casi todos comprobamos los resultados deportivos del equipo de nuestros amores o nos enteramos de las últimas noticias de nuestro siempre animado panorama político leyendo lo que de ellos dicen los periódicos digitales.

Pero si hay algo que todos, absolutamente todos, hacemos es ver en algún momento de nuestra vida ese receptor de señales, que hasta hace no mucho era considerado como uno de los ejemplos más claros de la revolución tecnológica que nos rodea, pero que a día de hoy ya casi nadie tiene en mente cuando habla de avances tecnológicos o de la sociedad de la información: La televisión.

Pese a lo que nos pueda parecer tampoco este medio de comunicación de masas ha permanecido inerte a la influencia de la revolución informática.

En un principio, la televisión comenzó a utilizar la informática como un instrumento de edición de sus propios contenidos. Luego el desarrollo tecnológico dio lugar a que nuestro receptor nos permitiese acceder a algunos servicios que acercaban este medio de comunicación a otros más tradicionales como los periódicos, apareciendo el ya casi olvidado sistema de teletexto.

Sin embargo, tal vez la novedad más importante en el imparable desarrollo de este medio de comunicación se ha derivado precisamente del hecho de que la utilización de sistemas informáticos ha permitido crear unos nuevos sistemas de compresión y codificación de su señal que hacen posible que su emisor pueda no sólo transmitir un volumen de información cada vez mayor, sino también, y lo que es posiblemente más importante a los efectos que nos ocupan, que tenga la capacidad de codificarla y controlarla de tal forma que podrá decidir quién puede acceder a la misma de forma inteligible y qué condiciones habrá de cumplir para poder hacerlo.

Esta última evolución técnica es la que ha permitido que los prestadores de servicios televisivos puedan encriptar su señal, haciendo que sólo resulte inteligible mediante

el uso de unos códigos que sólo se entregarán o comunicarán a aquellos usuarios que le paguen un determinado importe por los mismos y es la que ha dado lugar al nacimiento del denominado sistema de “*pay per view*” o pago por visión.

Las posibilidades económicas que otorga este nuevo sistema de emisión a los propietarios de las cadenas de televisión son enormes. Ya no tendrán que financiar sus empresas acudiendo casi en exclusiva al muy competitivo mundo de la publicidad, lo que ha provocado que la implantación de estos sistemas se haya extendido rápidamente por todo el mundo, llegando también a nuestro país, aunque de una forma notablemente más limitada a como lo ha hecho en otros países de nuestro entorno cultural, como podrían ser los Estados Unidos de América.

Ahora bien, la emisión de estas primeras señales de pago por visión en nuestro país también ha traído consigo la aparición de ciertas actuaciones mediante las cuales sus potenciales receptores tratan de decodificar la señal emitida sin tener que pagar por ello. Unas conductas que se presentaban de muy diversas maneras y formas, pero que, pese a ello, han tratado de ser agrupadas utilizando la genérica denominación, no demasiado jurídica, pero sí muy extendida, de “piratería de servicios de radiodifusión”.

2. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DE LA DENOMINADA “PIRATERÍA DE SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN”

Como acabamos de señalar, hablar de piratería en este campo es hablar de una serie de conductas que sólo tienen en común el objeto material sobre el que todas ellas van a recaer. Todas son conductas en las que se intenta y, en muchas ocasiones, se consigue vulnerar los sistemas de codificación que establece un determinado proveedor de una señal condicional de televisión, para acceder a la misma de forma inteligible sin abonar los derechos que dicho proveedor exige por hacerlo.

El daño que producen estas actuaciones sobre el patrimonio del prestador de este tipo de servicios es evidente. El prestador deja de recibir aquella compensación económica a la que tenía derecho por sus servicios, lo que indudablemente le ocasiona una merma patrimonial.

Sin embargo, las formas o vías por las que se puede ocasionar dicho perjuicio son muy diversas y eso dio lugar a que la doctrina y la jurisprudencia anterior a la reforma de 2003, encontrase serios problemas para incardinarlas todas en alguno de los tipos delictivos que estaban vigentes en aquel momento.

Por una parte, parecía estar fuera de toda duda el hecho de que todo sujeto que decodificase de forma no autorizada la señal de uno de estos servicios condicionales y la difundiese posteriormente a una pluralidad de personas fuera del ámbito estrictamente doméstico¹, estaría realizando un acto de comunicación pública que podría ser

1. Así se desprende de lo establecido por el art. 20.1 de la ley de Propiedad intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia) donde se establece que “Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.”, pero inmediatamente a

...

constitutivo del delito contra la propiedad intelectual, contemplado por el art. 270.1 CP, siempre y cuando:

- a) La emisión decodificada estuviese amparada por los derechos derivados de la propiedad intelectual
- b) Se hubiese realizado con ánimo de lucro

Esta inicial protección penal de los legítimos intereses patrimoniales del emisor televisivo se vio, sin embargo, rápidamente desbordada por la realidad de los hechos, ya que no todas las conductas decodificadoras de sus señales reunían los elementos configuradores de dicho injusto típico.

De hecho, la inmensa mayoría de ellas no lo hacía.

Así, por ejemplo, se daba la circunstancia de que muchos de los contenidos que se solían transmitir a través de este tipo de servicios no son susceptibles de ser considerados como obras literarias, artísticas o científicas de las que contempla y protege el art. 10 de la LPI², con lo que difícilmente su decodificación podía ser sancionada por los delitos que las protegen en el ámbito penal.

Tampoco era nada infrecuente que en la decodificación y posterior distribución pública de los contenidos emitidos por un sistema de acceso condicional –incluso de los susceptibles de ser amparados por los derechos de propiedad intelectual–, se realizase de una forma completamente “altruista”³ sin intención alguna de recibir remuneración o pago por su prestación, lo que impedía apreciar en su realización el ánimo de lucro que conforma y delimita el injusto del citado delito.

Pero es que, además, si había una actuación que estaba generando pérdidas a los empresarios de servicios condicionales televisivos, ésta era aquella que se efectuaba en

... continuación se afirma que “...*No se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo*”, lo que, como bien señala MATA Y MARTÍN, R. M. restringirá notablemente el ámbito típico de esta conducta *Delincuencia informática y Derecho penal*. Ed. Edisofer. Madrid, 2001. Pg. 98, provocando, por ejemplo, como afirman DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F. que se mantengan al margen del mismo actividades como las realizadas por los videos comunitarios que realmente fuesen tales, es decir, que realmente fuesen comunitarios y se limitasen a realizar comunicaciones de obras protegidas por los derechos de propiedad intelectual dentro del ámbito estricto de una comunidad de vecinos, lo que, evidentemente no quiere decir que no se pueda “... *sancionar a quienes efectuasen comunicaciones que trascendiesen dicho ámbito, difundiendo en domicilios sin relación alguna entre sí*”. “Artículo 270” en *Comentarios al Código penal. Tomo VIII*. Edersa. Madrid. 2005. Pg. 893, o aquellos otros, comentados por FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. en que se utilicen las modernas autopistas de la información, como Internet, para transmitir la obra, haciéndola visible al destinatario sin obligarle a descargarla al disco duro “Streaming”. *Ciberdelitos cometidos a través de internet*. Ed. CCC. 2007. Pg. 96.

2. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos” en *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson. Madrid, 2005. Pg. 631, téngase en cuenta que la emisión de una señal audio visual en sí misma no puede ser considerada como una obra artística, como acertadamente señalan, MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pg. 311 o DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F., op cit. ant., pg. 872, sobre todo en su nota al pie 79

3. Este hecho lleva a SEMINARA, S. a hablar de la existencia del “pirata altruista”. “La piratería su internet e il diritto penale”, en *Rivista trimestrale di Diritto penale dell’economia*, n° 1-2. 1997. Pg. 90.

la intimidad del hogar de miles de personas, quienes utilizando una simple tarjeta, un controlador PIC, una memoria EEPROM y un programador para la misma, o incluso realizando determinadas combinaciones de teclas con su mando a distancia, insertaban en el receptor de señal de televisión codificada aquella clave o código que les iba a permitir acceder en forma inteligible al contenido transmitido, sin tener que abonar retribución alguna por ello⁴.

Este fenómeno se extendió con tal rapidez en nuestro país que ya en el año 2001 se calculaba que había entre 100.000 y 300.000 hogares en toda España que disponían de las célebres “tarjetas piratas” para acceder a dichos servicios⁵.

En estas conductas no se producía ninguna conducta de comunicación pública de las contempladas en el art. 20 LPI, lo que hacía absolutamente inviable que se pudiese imputar a sus autores el delito del art. 270.1 CP y llevó a que tanto los abogados de las grandes compañías televisivas, como la propia Fiscalía buscasen otras vías jurídicas que pudiesen servir para controlar la rápida proliferación de estas actuaciones y para perseguir y castigar no tanto a aquellas personas que las efectuaban materialmente, como a aquellos otros que más las favorecían, los que suministraban los aparatos receptores de las señales, las tarjetas y, sobre todo, los códigos y los programas que permitían decodificar la señal de estos servicios sin tener que pagar por ellos⁶.

4. FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “La world wide web como vehículo de delincuencia: Supuestos frecuentes”, en *Internet y Derecho penal*. CDJ X-2001. Ed. CGPJ. Madrid, 2001. Pg. 452.

5. FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Op. cit. ant. Pg. 451.

6. Se debe destacar a este respecto la opinión sostenida por MIRÓ LLINARES, F., quien señalaba que al haber incardinado la Directiva 2001/29/CE, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a la sociedad de la información (DDASI), el derecho a la puesta a disposición del público en Internet dentro del derecho de explotación pública que corresponde al autor de la obra comunicada, cabría considerar que dicha actividad, la simple puesta a disposición, también podría ser tenida por una de aquellas comunicaciones públicas que castiga el artículo 270 CP, hecho que le llevaba a entender que se había ampliado el ámbito típico de esta modalidad comisiva hasta tal punto que se podría incluir en su seno no sólo a las conductas de *uploading* no autorizado de obras protegidas por estos derechos, sino también a aquellas otras en las que se procediese simplemente a distribuir en la red las licencias de programas que permitirían a utilizar las copias que terceros tuviesen de los mismos. En *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Ed. Fundación Autor. Madrid, 2005. Pg. 154 y 155. En el mismo sentido DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F. Op cit. ant. Pg. 894. Esta interpretación, por lo que a nosotros nos afecta también podría permitir entender que, una vez transpuesta dicha directiva a nuestro ordenamiento por la ley 23/2006 de 7 de julio, se puedan considerar como actos de comunicación pública la difusión de aquellos códigos que permitirían a quienes los conociesen acceder de forma no autorizada a los contenidos ofertados por los empresarios de señales de pago por visión que estuviesen protegidos por los derechos de propiedad intelectual (p. ej. una película de taquilla); hecho que indudablemente ampliará el ámbito típico del art. 270.1 CP y lo convertirían en un precepto con una enorme trascendencia práctica en la persecución de dichas actuaciones, ya que podría sancionar penalmente la difusión lucrativa de tales códigos. Sin embargo, no puede olvidarse que quien distribuye dichos códigos o quien comunica las licencias de programas en Internet no pone realmente a disposición del público las obras de propiedad intelectual a que los mismos permiten acceder. Lo que realmente hace es facilitar que los destinatarios de sus informaciones puedan tener acceso y utilizar tales contenidos cuando ya los tuviesen en su poder o cuando pudiesen acceder a ellos, precisamente, porque los mismos se habían puesto a su disposición en otro lugar y generalmente por otro sujeto, lo que demuestra que quienes distribuyen dichas informaciones no son verdaderos autores, sino todo lo más cooperadores, del acto de comunicación pública producida, con lo que el artículo 270 CP continuará, a pesar de la ampliación típica comentada, siendo un precepto con una muy limitada incidencia en la persecución penal de dichas conductas.

Empezaron así a proliferar los procedimientos penales contra los creadores y distribuidores de los medios técnicos o de las informaciones que permitían decodificar las señales de pago; procedimientos en los que se les trataron de imputar delitos muy diversos.

Así, por ejemplo, se afirmó que las conductas realizadas por estos sujetos podrían constituir por sí mismas un ataque contra la propiedad intelectual o industrial del emisor televisivo, ya que, a juicio de algunos autores, en ellas se reproducían de forma no autorizada la topografía de ciertos productos semiconductores protegidos por el art. 273.3 CP o se distribuían, de la misma forma, los programas que dichos empresarios utilizaban para crear e introducir los códigos en las tarjetas; programas que eran objeto de los derechos propios de la propiedad intelectual y que consecuentemente podrían ser objeto material de los delitos que atentan contra los mismos⁷.

El primero de estos caminos quedó rápidamente descartado al constatarse que los productos utilizados en la creación de las tarjetas, e incluso las tarjetas en sí mismas, podían adquirirse legalmente en cualquier tienda especializada en electrónica, lo que suponía que quienes las adquirían o las creaban no generaban ninguna merma económica a aquellos sujetos que ostentaban el correspondiente derecho de patente sobre sus respectivas concretas topografías y que, en consecuencia, su actuación no podía insertarse en ninguno de los tipos delictivos protectores de la propiedad industrial.

Algo parecido sucedió con la segunda posible vía de imputación de responsabilidad, la referida a la posible realización de un delito contra la propiedad intelectual; vía que quedó completamente cerrada cuando se constató que la mayoría de los programas utilizados para introducir los datos en las tarjetas no eran copias ilegítimas de los que utilizaban las compañías emisoras para hacerlo, sino que eran programas creados por los mismos sujetos que los utilizaban o por otros que los habían distribuido en la red sin exigir pago alguno por su uso o reproducción (p. ej. icprog).

Tampoco parecía que fuese aceptable considerar que esta conducta constituía un delito de defraudación de telecomunicaciones del art. 255 CP, ya que, por una parte, la creación y distribución de estos “precursores informáticos” (tarjetas, códigos, programas, etc.) se solía producir en un momento muy anterior a aquel en el que efectivamente se utilizaban para acceder de forma inteligible a la señal emitida, lo que impedía considerar a sus autores como dominadores de dicha actuación defraudadora⁸; mientras que, por otra, al no realizar el usuario final de tales instrumentos ninguna maniobra fraudulenta que tendiese a recibir unas señales de telecomunicaciones a las que no tuviese derecho, como exigía el tipo delictivo comentado, sino una simplemente tendente a decodificar la señal que ya recibía⁹, difícilmente se le podía imputar dicho

7. En este sentido, FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Op. cit. ant. Pg. 450 y ss. Respecto a la inclusión de los programas como posible objeto de propiedad intelectual, véase, DEL ROSAL BLASCO/ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. ant. Pg. 869 y MIRÓ LLINARES, F. “La protección penal de los derechos de explotación sobre el software” RP nº 13, 2004, pg. 85 y ss.

8. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 631.

9. A favor de la aplicación de este delito a los usuarios de estos sistemas de decodificación se mostraban, sin embargo, FERNÁN-LÓPEZ MORENO, J. / FERNÁNDEZ GARCÍA, E. Op. cit. ant. Pg. 452 y MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pg. 447 CRUZ DE PABLO, J. A. *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptación a la reforma operada en el Código penal por la ley 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*. Ed. Difusión jurídica. Madrid, 2006. Pg. 195.

delito, con lo que tampoco se podía considerar a aquel sujeto que le había ayudado a hacerlo partícipe del mismo¹⁰.

Incluso se intentó y se llegó a lograr que en algunos casos se sancionase la actuación de quienes suministran los códigos de acceso a las comentadas señales televisivas por considerarla como constitutiva de un delito de revelación de secretos empresariales del art. 280 CP¹¹, calificación típica que, a nuestro juicio, fuerza hasta el extremo el concepto de secreto empresarial, ya que en ningún caso se puede entender que dichos códigos, suministrados a todos los usuarios de dichos servicios y que les resulta fácilmente accesibles, tengan aquel nivel de confidencialidad, ni el valor económico competitivo propio que debe caracterizar a cualquier dato o documento electrónico que pretenda ser tenido como un verdadero secreto de empresa a efectos de los delitos de los artículos 278 y siguientes de nuestro Código penal¹².

Como se puede comprobar muchas y muy variadas fueron las posibles calificaciones típicas que se trataron de aplicar a estas conductas sin que, sin embargo, ninguna de ellas llegase a resultar plenamente satisfactoria.

Esta situación de evidente inseguridad jurídica, unida a la existencia de algunas Directivas comunitarias que –como la 98/84/CE, referida a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional–, parecían exigir un mayor y más efectivo nivel de protección de este tipo de servicios, fueron determinantes para que el legislador decidiese otorgar un nuevo contenido al art. 286 de nuestro Código penal en la reforma realizada por la LO 15/2003, contenido que estaría directamente destinado a proteger penalmente al prestador de esta clase de servicios.

3. LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS SERVICIOS CONDICIONALES DE RADIODIFUSIÓN TRAS LA REFORMA DE LA LO 15/2003

Como ya hemos señalado, la entrada en vigor el 1 de Octubre de 2004 de la LO 15/2003 ha supuesto un verdadero hito en el tratamiento jurídico del problema de la piratería de servicios de radiodifusión, ya que ha sido esta reforma legislativa la que ha introducido una serie de figuras delictivas en nuestro Código penal, que tratan de solucionar definitivamente los problemas de protección e inseguridad jurídica que padecían los servicios condicionales de radiodifusión frente a algunos de los ataques que más frecuentemente se realizan contra los mismos.

Pese a lo que pudiese creerse, la reforma legislativa realizada por la LO 15/2003 no ha tratado simplemente de acomodar en este ámbito nuestra legislación a lo esta-

10. En contra, de esta postura se manifiesta CRUZ DE PABLO, J. A., quien consideraba que las actuaciones de estos sujetos deberían ser consideradas como verdaderos actos de cooperación necesaria en el delito del art. 255 CP que habría cometido como autor el usuario final de los instrumentos por ellos le habían suministrado. Op. cit. ant. Pg. 196.

11. ST Audiencia provincial de Barcelona de 4-11-2002 (ARP 2003/221). Comparte esta postura CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 198.

12. No es una información que pueda ser transmitida con independencia de la entidad a la que se vincula, teniendo un valor económico competitivo por sí sola, hecho que ha de impedir que se pueda la pueda considerar como verdadero secreto de empresa a efectos de los comentados artículos. Sobre el concepto de secreto industrial véase de modo general lo manifestado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op cit. ant. Pg. 215.

blecido por la ya citada Directiva 1998/84/CE¹³. En realidad, esta ley orgánica ha ido mucho más allá de lo que el texto comunitario exigía, como lo demuestra el hecho de que haya prohibido y sancionado más conductas de las que éste obligaba a prohibir a sus Estados miembros y, lo que es más importante, que lo haya hecho mediante la imposición de verdaderas sanciones penales, pese a que la norma comunitaria tan sólo exigía la imposición de sanciones “...eficaces, disuasorias y proporcionadas al efecto potencial” de las actividades infractoras en ella contempladas, sin mencionar, ni exigir en modo alguno que hubiesen de tener carácter penal.

La decisión de utilizar el Derecho penal como instrumento represor de este tipo de conductas es, por tanto, exclusivamente atribuible al legislador nacional, como también lo es, el más que cuestionable modo en que se ha utilizado dicho instrumento jurídico para hacerlo.

Entrando ya en el estudio del concreto contenido que ha establecido el art. 286 CP, hemos de señalar que este precepto contiene en sus apartados 1, 3 y 4 una serie de figuras delictivas que pretenden abarcar todo el ciclo de posibles actuaciones que podrían llevar hasta la consecución del acceso no autorizado al servicio condicional y con ello, hasta la efectiva lesión del bien jurídico protegido por sus prescripciones.

Es posiblemente esta finalidad omnicomprendensiva la que ha llevado al legislador a utilizar en este ámbito una técnica de tipificación prolija, compleja, confusa¹⁴ y en muchos casos reiterativa, que adelanta de forma más que cuestionable las barreras de intervención penal¹⁵, provocando así que se planteen múltiples problemas técnicos e interpretativos a la hora de delimitar los injustos de cada uno de sus delitos.

Así, nos encontramos con que el art. 386 CP diferencia:

1º El suministro o el facilitamiento de acceso no autorizado a servicios condicionales, efectuado con fines comerciales y con determinados instrumentos (286.1 CP).

2º El facilitamiento del acceso a terceros realizado sin ánimo de lucro (art. 286.3 CP).

3º La utilización de los instrumentos técnicos que permiten acceder a estos servicios de forma no autorizada (art. 286.4 CP).

Analicemos cada una de estas modalidades comisivas de forma breve y por separado, comenzando por la última.

4. LA UTILIZACIÓN DE INSTRUMENTOS QUE PERMITEN EL ACCESO A SERVICIOS DE ACCESO CONDICIONAL

El art. 286.4 CP establece que “A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación”.

13. Véase a este respecto, CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 187 y ss

14. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 631.

15. MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 312.

Éste es un delito que trata de castigar el uso de aquellos instrumentos, mecanismos o programas que permiten acceder de modo inteligible a un medio de radiodifusión de acceso condicional, sin tener que abonar previamente el pago que el emisor exige por la prestación de tal servicio.

Su contenido material de injusto se sustenta, por tanto, en la defraudación de la legítima expectativa de cobro que tenía el prestador de estos servicios de cobrar por ellos; prestador que sufre como consecuencia de esta actuación una merma antijurídica de su patrimonio que presenta no pocas semejanzas con aquella otra que sufriría el suministrador de corriente eléctrica, el de agua o el de una red de telecomunicaciones, víctima del delito de defraudación de fluidos del art. 255 CP, lo que incluso ha llevado al legislador a asimilar a efectos punitivos ambos delitos¹⁶.

En efecto, quien accede de forma no autorizada al servicio de acceso condicional otorgado por otro sujeto, no realiza una conducta que lesione, ni pueda llegar a lesionar la libre competencia en este sector, ni ningún otro interés de naturaleza socioeconómica. Lo que hace es lesionar el interés patrimonial que tenía el prestador en poder cobrar por sus servicios y es por ello, por lo que entendemos que este delito, pese a estar incardinado entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, protege en realidad, al igual que el resto de los que se contienen en el art. 286 CP, los derechos de explotación que se derivan de la prestación de servicios condicionales por parte de ciertas empresas de radiodifusión¹⁷, con lo que tienen una naturaleza indiscutiblemente patrimonial-individual que, en modo alguno, se puede rechazar, atendiendo al simple y formal argumento derivado de su concreta ubicación sistemática¹⁸.

Sin embargo, esta naturaleza no ha impedido que el legislador trate de configurar su injusto típico de una forma más cercana a las que caracterizan a los delitos de peligro que a las que son propias de los de lesión, como lo demuestra el hecho de que haya centrado todo su juicio de desvalor en la realización de su conducta típica (la utilización no autorizada de los equipos que permitan el acceso) relegando a un completo segundo plano al desvalor de resultado que se derivaría de la efectiva lesión patrimonial que se podría derivar de dicha actuación; resultado cuya magnitud, por expresa exigencia legal, no podrá tener incidencia alguna en la concreta pena que se deberá aplicar al autor de este delito.

¿Cómo se puede entender esto? ¿Cómo es posible que un delito tan similar al de defraudación de fluidos, a diferencia de éste, no tenga en cuenta para nada la concreta lesión del bien jurídico que trata de proteger?

16. Así lo señala acertadamente, a nuestro juicio. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313.

17. Entendemos en tal sentido que no sólo tratan de proteger los derechos de explotación de las entidades de radiodifusión que podrían ser considerados como derechos conexos o anejos a los derechos de autor, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 311, por cuanto, también amparará otros derechos patrimoniales directamente derivados de la emisión o reproducción de actividades que no podrían tener dicha consideración, al no recaer ni sobre ni obras artísticas, ni literarias ni científicas como podrían ser, por ejemplo, los derechos derivados de la retransmisión de espectáculos deportivos y otros eventos.

18. CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 184 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 312, MATA Y MARTÍN, R. M. "Protección penal de la propiedad intelectual..." cit. Pg. 630, MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. Pg. 513.

En principio, tenemos que decir que la creación de este concreto tipo delictivo se incardina perfectamente en las tendencias político-criminales que parecen dominar las reformas penales de los últimos tiempos en toda Europa. Unas tendencias que en su empeño por conseguir una máxima prevención delictiva y, sobre todo, en generar una mayor sensación de seguridad en sus ciudadanos han ido relegando a un segundo plano el papel del desvalor del resultado del injusto penal en favor del que le corresponde al desvalor de acción, lo que ha fomentado la aparición de un número cada vez mayor de delitos de peligro, que además protegen una serie de bienes jurídicos supuestamente de naturaleza colectiva, que cada vez se encuentran más alejados de los concretos intereses de los concretos individuos¹⁹.

Esto es lo que sucede con los delitos que venimos analizando. Unos delitos que supuestamente protegen los intereses del mercado o de los consumidores y que, precisamente por ello, según algunos, castigan a los autores de aquellas conductas que al atentar contra los intereses de los agentes que gestionan la prestación de estos servicios, realizan un ataque que trasciende la mera ofensa a sus intereses puramente individuales para adquirir una verdadera dimensión supraindividual²⁰.

Podría pensarse, por tanto, que lo que dichos delitos protegen es la concreta función social que estos operadores desarrollan en la sociedad de la información; concepción que podría legitimar el adelantamiento de la intervención penal que los mismos realizan y que justificaría también, en cierta medida, la completa postergación que sus injustos efectúan respecto a la concreta afectación de los intereses patrimoniales-individuales que se podrían derivar de su ejecución.

Sin embargo, esta posible interpretación sustentadora y legitimadora de la anticipación de las barreras de intervención penal que realizan los diferentes tipos delictivos contenidos en el art. 286 CP y que los convertiría en figuras protectoras de un bien jurídico intermedio, supuestamente común a todos los delitos informáticos²¹, no resulta sostenible a nuestro juicio por varias razones.

En primer lugar, porque la misma no se ajusta en modo alguno a lo establecido por la Directiva 98/84/CE en la que supuestamente encuentra su origen la creación de este delito, ya que, según dispone el art. 2 de dicha Directiva, sólo se podrá considerar por servicio protegido a sus efectos aquellos servicios de acceso condicional “que se

19. Sobre este fenómeno y las diferentes posturas que la doctrina ha adoptado frente al mismo véanse de modo general HASSEMER, W. “Crisis y características del moderno Derecho penal” AP nº 43, 1993. HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F. *La responsabilidad por el producto*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal de la sociedad del riesgo*. Ed. Civitas. Madrid, 2001. SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas. Madrid, 2001 o GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, entre otros.

20. Así lo entiende MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. *Comentarios al nuevo Código penal*. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2005. Pg. 1455.

21. A este respecto, véase, por ejemplo ROVIRA DEL CANTO, E. quien otorga consideración de bien jurídico común a todos los delitos informáticos a la información contenida y procesada por los ordenadores. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. Ed. Comares. Granada, 2002. Pg. 187, entre otros.

presten a cambio de remuneración”, lo que denota el marcado carácter patrimonial que presenta dicha protección.

Tampoco parece que avale dicha interpretación el papel que jugará el consentimiento del prestador de estos servicios a la hora de valorar los accesos realizados utilizando estos medios prohibidos; consentimiento que, aunque el art. 286.4 CP no lo diga expresamente, parece evidente que convertirá la utilización de dichos aparatos en autorizada y consecuentemente en completamente ajena al tipo de injusto contemplado en dicho precepto.

Pero además, tampoco parece ajustarse a lo expresamente establecido por el tipo delictivo que venimos comentando. Un tipo que, si bien es cierto impone la pena del art. 255 CP a quien utilice los instrumentos de acceso indebido a servicios de acceso condicional con total independencia de la cuantía de la defraudación que dicho uso hubiese producido, al hacerlo también exige para su imposición la producción de dicho resultado, la producción de una verdadera defraudación patrimonial, lo que, a nuestro juicio, demuestra que se necesita generar una efectiva lesión patrimonial, por mínima que sea, para completar y consumir el injusto típico de este delito y deja a las claras su naturaleza de delito de resultado-lesión.

Así pues, el delito comentado sólo castigará los usos no autorizados de servicios de acceso condicional y remunerado, lo que lo convierte en un delito eminentemente patrimonial y de lesión, que más que adelantar las barreras de intervención penal propias de los delitos patrimoniales tradicional, lo que hace es intensificarla, ya que, al castigar las lesiones dolosas de los patrimonios de estos proveedores de servicios con la misma pena con la que castiga a las previstas en el 255 CP, pero hacerlo sin exigir, como éste hacía, que dichas lesiones superen los 400 €, no castiga antes de lo que lo hacía este delito, sino que lo hace de una forma más severa, ya que, sanciona como delitos algunas afecciones patrimoniales que, conforme a los parámetros valorativos del referido tipo delictivo tradicional, sólo deberían ser consideradas y sancionadas como meras faltas.

Nada, absolutamente nada justifica este hecho y es por ello, por lo que consideramos, al igual que otros autores, que este artículo atenta contra el principio de proporcionalidad²² y se nos presenta como uno de los mejores ejemplos que se pueden encontrar en nuestro Código penal, de cómo la aparente y, a nuestro juicio, en ocasiones necesaria modernización del Derecho penal, pueda ser utilizada como excusa para efectuar una injustificable e ilegítima intensificación de la intervención penal en el ámbito de las nuevas tecnologías, si no se lleva a cabo partiendo de los cada vez más cuestionados postulados sustentadores del denominado, de forma incluso despectiva por algunos, “Derecho penal liberal”²³.

22. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313. En contra MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. Op. cit. ant. Pg. 1456, que califican de proporcionada la pena prevista por este delito.

23. A este respecto, véase con mayor extensión GALÁN MUÑOZ, A. “Expansión e intensificación del derecho penal de las nuevas tecnologías: un análisis crítico de las últimas reformas legislativas en materia de criminalidad informática”. RdPP nº 15. 2006. Pg. 13 y ss.

5. EL FACILITAMIENTO Y EL SUMINISTRO DEL ACCESO A SERVICIOS CONDICIONALES, REALIZADOS CON FINES COMERCIALES (ART. 286. 1 CP)

El primer apartado del art. 286 CP castiga con penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses al que “*sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:*

1º *La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.*

2º *La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1º.”*

Un importante sector de nuestra doctrina ha entendido que este precepto, al igual que el contenido en el apartado 3 del mismo artículo, ha convertido en figuras delictivas autónomas, actuaciones que, en principio, sólo podrían ser consideradas como meros actos preparatorios, generalmente impunes, del delito contra la propiedad intelectual del art. 270.1 CP²⁴, o como meras formas de participación intentada en dicho delito, similares a las que se contemplan y sancionan en el apartado 3 del mismo artículo²⁵.

Sin embargo, parece evidente que el legislador penal protege los intereses económicos de dichos prestadores con independencia de si los mismos están protegidos o no por los derechos de la propiedad intelectual²⁶, hecho que ha llevado a otro sector de la doctrina a considerar que la creación de esta nueva figura delictiva había venido, en realidad, a extender la política de persecución de los precursores tecnológicos que nuestro Código penal ya había iniciado en el ámbito de la propiedad intelectual, al campo mucho más amplio y genérico de la prestación de estos nuevos servicios televisivos²⁷.

Así parece indicarlo el hecho de que este precepto castigue conductas tan alejadas de la efectiva lesión patrimonial del prestador de estos servicios como podrían ser las de fabricar, importar, distribuir, alquilar, instalar, mantener, sustituir o simplemente poseer algún equipo o programa informático no autorizado en la UE y que estuviese destinado o adaptado para hacer posible dicho acceso, y también el que en ningún momento se aluda o se exija en el mismo que los servicios disfrutados indebidamente tuviesen que estar protegidos por los derechos de autor o sus derechos anexos.

24. MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 630.

25. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. quien señala que se castigan como autoría conductas que son simples participaciones y como hechos consumados actos que son meras tentativas o actos preparatorios. Op. cit. ant. Pg. 312.

26. MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 312.

27. MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. Op. cit. ant. Pg. 1455.

Sin embargo, la abigarrada redacción típica de este precepto, tal vez haya ocultado a gran parte de estos autores el hecho de que todas estas actuaciones sólo serán típicas conforme al art. 286.1 CP en la medida en que se realicen para conseguir efectuar dos actuaciones que son las que realmente definen y delimitan el desvalor de su injusto²⁸.

Por una parte, el citado precepto castiga el suministrar el acceso condicional a los servicios ofrecidos por un tercero, de una forma tal, que pareciese un suministro de servicios condicionales independiente de aquél; mientras que, por otra, se castiga el simple facilitar el acceso inteligible a dichos servicios

Ambas actuaciones tienen que ser efectuadas mediante la ejecución de alguna de las actividades contempladas en los apartados 1º y 2º que acabamos de citar, sin el consentimiento del prestador de los servicios afectados y con fines comerciales, pero no pueden, ni deben, pese a ello, confundirse o asimilarse entre sí.

En la primera, su sujeto activo suministra directamente el acceso al servicio ajeno y lo hace, además, condicionando su inteligibilidad a requisitos y exigencias propias, como podría ser por ejemplo, el pago de una determinada cuota, con lo que domina completamente la producción de la merma patrimonial que le supone al prestador legítimo de estos servicios que los mismos se distribuyan por un tercero, que no sólo no le abona nada por hacerlo, sino que además se enriquece gracias a ello.

En la segunda simplemente se facilita, esto es, se hace más viable y asequible, que un tercero pueda llegar a acceder de forma inteligible a dichos servicios, lo que deja completamente en manos de este último sujeto el que se lleguen a vulnerar o no los dispositivos de servicio condicional establecidos por su proveedor y, consecuentemente, el que se le llegue a ocasionar o no aquella merma patrimonial que se derivaría del impago del precio correspondiente a su prestación.

Como se puede comprobar, pese a la existencia de elementos típicos comunes, ambas actuaciones presentan un desvalor de injusto muy diferente, ya que, mientras la primera castiga conductas de verdadera autoría en la producción de una lesión patrimonial, la segunda sanciona actuaciones peligrosas para dicho bien jurídico²⁹, que sólo podrán llegar realmente a lesionarlo mediante una posible y autónoma intervención posterior de un tercero; intervención que, además, no tiene por qué darse, y que si lo hace desbordará los contornos típicos de este delito, pudiendo dar lugar a la apreciación de otros tipos delictivos de lesión como podrían ser los contenidos en los artículos. 286.4 o 270.1 de nuestro Código Penal³⁰.

28. No así a MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. que sí las diferencian en Op. cit. ant. Pg. 1456.

29. La efectiva lesión del patrimonio del prestador de servicios se encuentra tan significativamente alejada de su actuación, que MUÑOZ CONDE ha considerado que en este delito se castigan actuaciones que generarían, todo lo más, un peligro abstracto para los intereses tutelados por el mismo. Op. cit. ant. Pg.513.

30. Estos delitos podrán entrar de modo frecuente en concurso de leyes, como sucederá cuando el contenido transmitido se encuentre tutelado o protegido por alguno de los derechos de la propiedad industrial, como acertadamente ha señalado MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C., quien considera, en relación al delito del art. 286.1 CP que el mismo entrará en no pocas ocasiones con el del 270.3 CP, delito con el que estará en una relación de concurso de leyes que solo se podrá resolver, a su juicio, atendiendo al principio de alternatividad. Op. cit. ant. Pg. 312 y 313, aunque a mi modo de ver lo mejor sería solventar dicho concurso atendiendo al principio de especialidad y no al de alternatividad, principio que otorgaría preferente aplicación a los delitos protectores de la propiedad intelectual, al contemplar estos delitos de forma más especial que aquellos la concreta naturaleza jurídica del contenido transmitido vulnerado.

La asimilación punitiva que se efectúa entre ambas conductas no puede ser, por tanto, más equivocada, hecho que pone una vez más de manifiesto como el legislador, en su ansia por evitar posibles lagunas de punibilidad derivadas de la implantación y el uso de las nuevas tecnologías, suele optar por crear delitos lo más amplios posibles, en los que mezcla en un totum revolutum conductas dotadas de un desvalor tan diferente que su simple existencia supone una clara infracción del principio básico de proporcionalidad penal.

Ahora bien, para que cualquiera de estas conductas llegue a ser realmente típica ha de efectuarse, como ya señalamos, sin el consentimiento del empresario emisor y con fines comerciales.

La primera de estas exigencias típicas, la referida a la ausencia del consentimiento, demuestra por sí misma el marcado carácter individual del bien jurídico protegido por este delito.

Sólo entendiendo que este delito protege directamente los intereses patrimoniales de un concreto proveedor y no el interés colectivo que todos tendrían en mantener el secreto de sus instrumentos de codificación, se puede entender por qué razón conductas tales como la introducción o venta de aparatos decodificadores no autorizados por ningún Estado miembro de la Unión europea, que faciliten el acceso inteligible a un determinado servicio de radiodifusión sonora o televisiva, habrán de permanecer en el ámbito de lo atípico, por el mero hecho de haber sido realizadas con el consentimiento del prestador de aquellos servicios que se podría decodificar con dichos aparatos.

Pero no es este elemento típico el único que denota el marcado carácter patrimonial al injusto de este delito. También la exigencia de la persecución de unos fines comerciales por parte de su autor lo hace³¹, ya que introduce un elemento subjetivo de claro contenido económico en la delimitación de su injusto, que presenta no pocas similitudes con aquel otro que configura el injusto propio de los delitos tradicionales de enriquecimiento patrimonial, el ánimo de lucro.

Pese a ello, no puede olvidarse que lo que este nuevo delito exige es que se actúe, no con un simple ánimo de lucro, sino que se haga con “fines comerciales”, expresión con la que, a nuestro juicio, se pretende abarcar en su tipo de injusto tan sólo a aquellas actuaciones que están dirigidas a obtener un beneficio económico directamente derivado de aquella prestación o aquel facilitamiento del servicio que se realice con una pretensión comercial, esto es, con la intención de dirigirse a un grupo numeroso e indeterminado de posibles consumidores o usuarios.

En esta línea, debe destacarse que es el propio precepto el que señala que para que una venta de estos precursoras tecnológicos sea típica conforme al mismo, habrá de realizarse “con fines comerciales”, lo que, a nuestro modo de ver, pone de manifiesto el hecho de que no cualquier venta, sino sólo aquella que se dirija a una indeterminada masa de posibles consumidores, podrá ser considerada como realizada con dichos fines y tendrá, por tanto, cabida en el tipo delictivo que venimos analizando.

El fin comercial, así entendido, resulta un elemento subjetivo de injusto más restrictivo que el ánimo de lucro, ya que al exigir que el beneficio perseguido tenga que

31. MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. ant. Pg. 513.

proceder de una actividad efectuada con pretensiones comerciales y no meramente patrimoniales individuales, impide que se pueda tener por típicas a sus efectos, aquellas actuaciones que se realicen con una pretensión de enriquecimiento puramente puntual, limitada y no masiva, como podrían ser las realizadas por quien fabricase aparato o diseñase un programa que permitiese decodificar una de estas señales, para usarlo él mismo³² o la de aquel otro que lo hiciese con la única intención de vendérselo a su vecino o a algún otro tercero.

A nadie escapará que las conductas realizadas por estos últimos sujetos y las efectuadas por quienes realmente se dedican a fabricar o distribuir con fines comerciales estos “precursores” informáticos no afectan del mismo modo ni, sobre todo, con la misma intensidad a los prestadores de los servicios de radiodifusión y es por ello, por lo que entendemos que sólo la interpretación del elemento subjetivo del injusto “fin comercial” aquí sostenida, podrá evitar que este precepto pueda volver a asimilar a efectos punitivos, actuaciones que presentan un desvalor de injusto tan ciertamente dispar como las comentadas, al tiempo que legitimará, en cierta medida, que persiga conductas tan alejadas de la efectiva lesión de un bien jurídico, como las castigadas por el art. 286.1 CP, y que además, las sancione con una pena significativamente superior (prisión frente a multa) a la establecida para las conductas realmente lesivas de dicho bien jurídico.

Nos encontraríamos, por tanto, ante un delito que contempla y castiga la generación de un peligro ciertamente alejado de la efectiva lesión o de la simple puesta en peligro del bien jurídico. Pero también ante uno que sólo castiga la generación de un peligro hipotético, de una magnitud y amplitud tal para el patrimonio de los empresarios televisivos, que nunca se podrá absorber de forma completa por la lesión o lesiones penalmente antijurídicas de dicho bien jurídico que ocasionasen los usuarios finales de los citados precursores informáticos, hecho que provocará que el delito de peligro que venimos comentando, siempre deba entrar en concurso de delitos y no de leyes con aquellos que valorasen y sancionasen la concreta participación que habría tenido su autor en la producción de dichas lesiones.

6. EL FACILITAMIENTO DEL ACCESO REALIZADO SIN ÁNIMO DE LUCRO (ART. 286.3 CP)

La concepción que anteriormente hemos defendido respecto a la delimitación típica del art. 286.1 CP y, sobre todo, de su elemento subjetivo (fines comerciales) va a ser la que nos permita delimitar en sus justos términos y de una forma coherente, lo establecido por el art. 286.3 CP, precepto cuyo tenor literal determina que:

“A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista”.

32. Así MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E., quienes afirman que será esta configuración la que permitirá que la órbita de incriminación de este delito no llegue a los consumidores, esto es a los usuarios de los sistemas decodificadores, receptores finales de la señal decodificada. Op. cit. ant. Pg. 1456.

De nuevo nos encontramos con un tipo delictivo que contiene dos posibles modalidades comisivas alternativas; modalidades que, sin embargo, son consideradas por el legislador como significativamente menos graves que las anteriores, como lo demuestra el hecho de que sólo estén sancionadas con penas de multa y no de prisión como sucedía con aquéllas.

Por una parte, se sanciona el facilitar el acceso a terceros a dichos servicios sin ánimo de lucro alguno; mientras que, por otra, se considera delictivo suministrar información sobre el modo de conseguir dicho acceso a una pluralidad de personas, utilizando un medio de comunicación pública, comercial o no.

La primera de las citadas conductas resulta muy similar a una de las que castigaba el apartado 1 del mismo artículo, pero se diferencia de ella en un elemento fundamental. La actuación de facilitación del acceso descrita en este precepto debe realizarse, por expresa prescripción legal, “*sin ánimo de lucro*”, referencia legislativa que, a nuestro juicio, ha de ser muy tenida en cuenta a la hora de delimitar esta conducta típica.

Ahora bien, el hecho de que el comentado precepto delimite su conducta típica señalando que la misma tiene que dar lugar a los accesos descritos en el apartado 1, podría plantear algunas dudas.

Por ejemplo, ¿habrá de entenderse que, dado que el apartado 3 del art. 286 CP no alude en modo alguno a la ausencia de consentimiento como elemento configurador de su tipo de injusto, también los actos de facilitación realizados sin ánimo de lucro pero con dicho consentimiento son susceptibles de incluirse en el mismo? Pero, por otra parte, el hecho de que el citado precepto no determine de forma alguna cuál habría de ser el modo en que se debería facilitar el acceso a los terceros, para cometer su injusto, ¿debe ser entendido como muestra de la intención legislativa de convertir a este delito en una figura tan amplia que permitirá castigar cualquier clase de facilitamiento realizado sin ánimo de lucro, con total independencia de si se efectuó o no mediante alguna de las modalidades comisivas expresamente delimitadas por el apartado 1 del mismo artículo?

A nuestro modo de ver, se ha de responder negativamente a ambas cuestiones. Ni las conductas autorizadas o consentidas por el empresario emisor puede ser consideradas como típicas a efectos de este precepto, ni cualquier facilitamiento diferente de los realizados mediante alguna de las conductas sancionadas en el art. 286.1 CP puede ser incluida en el tipo de injusto del apartado 3 del mismo artículo.

Así, y por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas hemos de señalar que, dado que también este delito protege sólo el patrimonio individual de los distintos empresarios de telecomunicaciones y no un valor o interés supraindividual que lo trascienda, bastará con que concurra el consentimiento del titular de dicho bien jurídico netamente disponible, para que su posible afección deba permanecer en el ámbito de la más absoluta atipicidad³³.

33. No le falta razón a MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. cuando señala que carecería de sentido la referencia al consentimiento del sujeto pasivo en cada uno de los tipos delictivos que venimos comentando, ya que su presencia es causa por sí sola de la exclusión del tipo indiciario de dichos delitos. Op. cit. ant. Pg. 313 en relación a lo que afirmado en la página 161.

Más dudas podría generar, sin embargo, la segunda de las cuestiones planteadas, aunque a nuestro modo de ver, también ha de ser respondida de forma negativa, ya que lo contrario, esto es, incluir en este tipo delictivo cualquier posible ayuda o favorecimiento a terceros del acceso a los citados servicios y no sólo aquellas que aparecen descritas en el apartado 1 del 286 CP, no sólo vendría a dotar a esta modalidad típica de una enorme amplitud incriminadora, difícilmente compatible con las exigencias del principio de intervención mínima y de legalidad, sino que también haría que la segunda modalidad comisiva de dicho precepto –la referida a la difusión masiva de información sobre el modo de conseguir el acceso–, resultase redundante e inútil, ya que, su conducta típica siempre sería subsumible en el tipo de aquella otra que la precedía.

Pero es que, además, una concepción tan amplia de la primera modalidad comisiva del art. 286.3 CP daría lugar a la aparición de injustificables lagunas de punición, ya que, si bien permitiría que el art. 286.3 CP pudiese castigar cualquier acto de favorecimiento realizado sin ánimo de lucro, también mantendría en la más absoluta impunidad aquellas otras conductas facilitadoras más graves que al haberse efectuado con ánimo de lucro, no podrían ser sancionadas por este precepto, pero que al haberse realizado, además, sin utilizar ninguno de los medios comisivos a los que alude el art. 286.1 CP, tampoco podrían serlo por éste.

Es por ello que consideramos que cuando el art. 286.3 CP castiga el “*facilitar los accesos descritos en el apartado 1 del mismo artículo*”, no sólo trata de incluir en su tipo delictivo a los servicios allí contemplados, sino que también pretende repetir en este precepto todos los elementos que configuran los facilitamientos sancionados por el apartado al que se remite; hecho que nos ha llevado a entender que, en realidad, su tipo de injusto sólo abarcará aquellos actos de favorecimiento que habiendo sido realizados sin ánimo de lucro y sin el consentimiento del titular de los servicios afectados por dicha actuación, se hubiesen efectuado también mediante alguna de las conductas que contemplan los números 1º y 2º del apartado que le precede (fabricación, venta de equipos o programas que permitan dicho acceso, mantenimiento de los mismos etc.).

Habrà de entenderse, por tanto, que el elemento delimitador fundamental entre este delito y aquel otro, mucho más grave, que le precede no será de índole objetiva, sino que tendrá un carácter netamente subjetivo y nos vendrá dado por el hecho de que mientras éste último exige que se actúe con fines comerciales para castigar el ataque patrimonial realizado, el que estamos comentando ahora permitirá castigar dicho ataque aun cuando se hubiese realizado sin ningún fin comercial o incluso sin ánimo de lucro alguno.

¿Cómo afectará esta diferencia típica al injusto de este tipo delictivo?

Como bien señalan MORALES PRATS y MORÓN LERMA el hecho de que este precepto aluda a la ausencia del ánimo de lucro y no a la de los fines comerciales genera una evidente asimetría subjetiva con el precepto que le precede³⁴; asimetría que dejaría de darse si ambos conceptos fuesen tenidos por equivalentes.

Sin embargo, resulta absurdo pensar que nuestro legislador utilice uno u otro término (el de ánimo de lucro y el de fin comercial), de forma arbitraria y sin intención diferenciadora alguna.

34. MORALES PRATS, F/ MORÓN LERMA, E. Op. cit. ant. Pg. 1456 y 1457.

En realidad, y a nuestro juicio, el legislador distingue muy claramente ambas posibles finalidades delictivas.

Cuando alude a los fines comerciales en el artículo 286.1 CP hace referencia a la pretensión que tendrá aquel sujeto activo que trate de obtener un enriquecimiento derivado de una actividad propia del tráfico negocial masivo y no de una meramente puntual; mientras que cuando exige la presencia o la ausencia del ánimo de lucro para apreciar un injusto típico, se refiere a la intención de obtener cualquier enriquecimiento patrimonial directamente derivado de la actuación delictiva, sin exigir en modo alguno que éste haya de tener su origen necesariamente en una actividad realizada con fines masivos, es decir, de una actividad propiamente comercial.

Esta concepción del elemento típico fines comerciales fue la que nos llevó a considerar anteriormente, que sólo podría apreciarse el injusto típico del art. 286.1 CP cuando se realizase alguna de sus actividades típicas (p. ej. la venta o el mantenimiento de un decodificador) con una finalidad de enriquecimiento y, sobre todo, con intención de obtenerlo mediante una actividad dirigida a un grupo numeroso y más o menos indeterminado de posibles beneficiarios o usuarios; exigencia típica, ésta última, que delimita significativamente el ámbito típico de este delito y que, a nuestro juicio, también se encuentra recogida en el tipo delictivo del art. 286.3 CP, ya que, al exigir el mismo la ausencia del ánimo de lucro en su autor y no la de la finalidad comercial, sólo estará negando la necesidad de que su autor deba actuar con una finalidad de enriquecimiento patrimonial, pero no que deba hacerlo con la pretensión de favorecer a un grupo más o menos amplio de terceros, como parece exigir el propio tenor literal del artículo comentado cuando establece que los facilitamientos por él sancionados habrán de estar dirigidos a “terceros”, expresión que, a nuestro modo de ver, obliga a castigar tan sólo los actos de auxilio dirigidos a un número más o menos indeterminado de sujetos e impide, por tanto, que se puedan incluir en el seno de este delito aquellos otros realizados en favor de un único beneficiario, es decir, a favor de un único tercero.

Así pues, consideramos que la asimetría subjetiva existente entre los tipos delictivos de los apartados 1 y 3 del art. 286 CP encuentra su razón de ser en la necesidad que tenía el legislador de delimitar dos actuaciones que si bien se diferencian en su concreta configuración típica subjetiva (una realizada con intención de enriquecimiento, otra sin él), se asemejan en el hecho de que ambas han de estar dirigidas a facilitar el acceso a un grupo más o menos numeroso de personas, hecho que las dota de una especial peligrosidad para el bien jurídico protegido y que es el que permite que se puedan llegar a castigar actuaciones tan lejanas a su efectiva lesión, como podría ser, por ejemplo, la de la mera fabricación de aquellos instrumentos (p. ej. decodificadores, tarjetas, programas, etc.) que sólo podrían llegar a lesionarlo si fuesen finalmente utilizados por su creador o por un tercero.

Algo muy similar sucede con la segunda de las modalidades comisivas contenidas en el apartado que venimos analizando, la referida a la comunicación pública de información sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a dichos servicios.

Esta actuación típica, como ya hemos señalado, no es asimilable a ninguna de las conductas facilitadoras, realizadas con fines comerciales que se contemplan en el apartado 1 del art. 286, ni tampoco, por tanto, a ninguna de aquellas que se castigan por la primera modalidad comisiva del apartado 3, que venimos comentando.

Aquí no se castiga la creación, distribución o la mera posesión de programas o equipos, ni tampoco su mantenimiento o sustitución, como hacían los delitos precedentes. Lo que se trata de perseguir y castigar es aquella actuación que sirve para difundir a través de un medio de comunicación público el know how, esto es, el “saber cómo” hacer para llegar a utilizar dichos equipos o para llegar a acceder a los servicios comentados sin tener siquiera que llegar a utilizarlos (p. ej. mediante la introducción de los códigos a través del mando del receptor).

La magnitud de la incriminación es, como se puede comprobar, enorme y se amplía aún más cuando el tipo delictivo comentado afirma expresamente que resultará típicamente indiferente a sus efectos si dicha difusión de información se realizó utilizando un medio comercial o no, lo que provocará que resulte típicamente irrelevante si la comentada actividad difusora se había realizado utilizando un medio que suministrase a su autor algún beneficio económico directo (p. ej. pago por la información), indirecto (p. ej. beneficios derivados de la publicidad contenidos en el medio utilizado) o incluso, uno que no le proporcionase ventaja económica alguna.

Lo único que se requiere es que la información peligrosa se hubiese difundido utilizando un medio que permita conocerla a una pluralidad indeterminada de personas (p. ej. mediante una web, un periódico, una revista, etc.) y no mediante uno que la transmita de una forma individual (p. ej. mediante un mail)³⁵, requisito que resulta hasta cierto punto lógico, ya que, sólo exigiendo que la difusión pública se realice utilizando estos medios y se dirija a una pluralidad indeterminada de personas se consigue que su ejecución entrañe en el plano objetivo aquel desvalor potencial del resultado que podrá legitimar el enorme adelantamiento de las barreras de intervención que supone su incriminación³⁶.

Sin embargo, tampoco esta exigencia típica parece que sirva para limitar lo suficiente el ámbito típico de este delito, puesto que, si atendemos tan sólo a la misma podríamos llegar al sinsentido de tener que considerar como típicas actuaciones tales como la difusión en revistas especializadas o científicas de informaciones que permitiesen, directa o indirectamente, crear las tarjetas o los decodificadores utilizables en la decodificación de estas señales, hecho que no sólo vendría a obstaculizar el futuro desarrollo y evolución científica en estas materias, sino que, podría poner en entredicho la libre circulación de ideas y la vigencia en este ámbito social, de valores tan fundamentales como los de la libertad de expresión o de información.

Es por ello, por lo que el legislador ha tratado de delimitar aún más este delito añadiéndole otra exigencia típica que habrá de jugar un papel restrictivo esencial respecto al mismo y ha establecido que sólo serán típicas del delito contenido en el artículo 286.3 CP aquellas comunicaciones públicas que se realicen incitando a sus receptores a lograr aquel acceso no autorizado que la información difundida les permitiría alcanzar; exigencia que indudablemente delimita de forma significativa el ámbito típico de este delito y que además lo convierte, a nuestro juicio, en una figura represora de una concreta modalidad especial de inducción intentada que presenta no pocas similitudes con aquella posible forma de participación intentada punible que es la provocación.

35. Conducta atípica como bien señala CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit. ant. Pg. 204.

36. En similares términos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313.

De hecho, consideramos que esta segunda modalidad comisiva del art. 286.3 CP castiga una forma específica de provocación que permitirá sancionar penalmente aquellos actos de inducción pública a la comisión generalizada del delito contemplado en el apartado 4, en los que además de producirse dicho intento de incitar a la comisión de este delito, también se procediese a difundir informaciones sobre el modo en que el mismo se podría llevar a cabo, hecho que, evidentemente, reforzará la influencia motivadora de dicha conducta típica y ampliará significativamente su ya de por sí enorme peligrosidad³⁷.

En cualquier caso, resulta evidente, que al exigir el art. 286.3 CP que se actúe incitando a lograr el acceso a los servicios protegidos por dicho precepto, quedarán al margen de su tipo delictivo todas aquellas actuaciones en que se difundan de forma pública informaciones sobre el modo de acceder a los servicios de acceso condicional o aquellas otras en las que se distribuyan los códigos que permitirían hacerlo, sin incitar en modo alguno a usarlos.

Es más, y por lo que se refiere a la distribución de códigos (codecs) en la red, (supuesto de hecho que han sido considerados por algunos como el ejemplo paradigmático de las conductas castigadas por este delito³⁸), hemos de señalar que, en puridad, los sujetos que realizan dicha conducta no difunden realmente una información sobre el modo de acceder

37. Precisamente, será la enorme amplitud e intensidad del peligro generado en este delito la que nos permitirá justificar el adelantamiento de las barreras de intervención que supone su castigo y la que, además, nos permitirá entender la razón por la que este delito se castiga con una pena mayor que aquel a cuya comisión se trata de incitar. De hecho, el peligro generado en este delito es de tal magnitud que provoca que el desvalor potencial de resultado de su injusto nunca pueda verse absorbido de forma completa por aquel que castigaría la concreta participación que hubiese tenido su autor en los concretos delitos de lesión que hubiesen cometido los sujetos que siguieron sus recomendaciones (generalmente una inducción en dicho delito, aunque también es posible que diesen lugar en determinados casos a la apreciación de una cooperación material, necesaria o no en el mismo), hecho que nos ha llevado a entender que no tendrán aplicación alguna respecto al delito que venimos comentando, aquellas reglas concursales que aprecian o establecen la consunción de los injustos propios de las formas de participación intentada en los de las correspondientes participaciones consumadas. Esto es lo que sucede, en concreto, con el art. 18.2 CP, artículo que establece que “...si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”, expresión típica que se considera por la doctrina como indicador del hecho de que el comienzo de la ejecución del hecho provocado, habría de determinar que esta forma de participación intentada en el delito pasase a verse absorbida por la apreciación de la correspondiente inducción en el mismo. Así MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pg 447, o MIR PUIG, S. quien sin embargo, señala que dicha absorción solo se podría dar cuando el delito inicialmente provocado se hubiese llegado a consumir, lo que le lleva a negar que se pueda asimilar automáticamente la provocación a una mera forma de inducción intentada que se pudiese ver absorbida por aquella que se hubiese llegado a consumir. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. Barcelona, 2004.. Pg. 343. En cualquier caso, y sin ánimo de entrar en esta polémica doctrinal hemos de señalar que dicha absorción está prevista para aquel caso en que el acto de provocación se ha realizado tratando de incitar a una cantidad indeterminada de personas a la comisión de un único delito y es éste el que precisamente se realiza, circunstancia que no acontece en el supuesto que nos ocupa, donde la incitación se dirige a la comisión de una cantidad ciertamente indeterminada de posibles delitos, con lo que la realización de uno o varios de ellos y la correspondiente apreciación de la inducción en los mismos de aquel que lo provocó, nunca podrá llegar a absorber completamente el desvalor potencial de resultado inherente a su actuación, hecho que obligará a tener que valorarlo de forma autónoma mediante la apreciación del correspondiente concurso de delitos.

38. En contra, MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. Op. cit. ant. Pg. 313 MATA Y MARTÍN, R. M. “Protección penal de la propiedad intelectual...” cit. Pg. 632 quienes sí consideran estas actuaciones como ejemplo paradigmático de aquellas que trata de castigar este delito.

a los sistemas en los que dichas claves se usan o sobre el modo de utilizar el dispositivo o programa que permite hacerlo. Lo que hacen es suministrar unos archivos o unas informaciones que unidos a unos programas o/y a unos equipos, podrán llegar a decodificar la señal en cuestión, siempre y cuando se tengan aquellos conocimientos sobre el uso de los mismos, cuya difusión precisamente trata de castigar el delito que venimos comentando.

Es por ello, que entendemos que cuando un sujeto difunde públicamente uno de estos códigos estará actuando, tanto si incita a utilizarlo como si no lo hace, al margen del tipo delictivo que venimos comentando; consideración que convierte al art. 286.3 CP en una figura con escasa repercusión práctica sobre este tipo de actuaciones y que determina que las mismas continúen sin poder ser sancionadas mientras no reúnan todos aquellos requisitos que permitirían considerarlas como verdaderos actos de participación en el delito que hubiese cometido aquel sujeto que utilizase los códigos difundidos, para lesionar los legítimos intereses patrimoniales del empresario.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar cómo la existencia de una laguna de protección penal del patrimonio frente a determinados ataques realizados por medios informáticos, ha servido de excusa al legislador para convertir y sancionar como verdaderos delitos, conductas que presentan un desvalor de resultado tan escaso que bordean los límites del mero ilícito civil (como sucede con la creación o simple puesta a disposición por vía electrónica de programas decodificadores, realizada sin ánimo de lucro) o que deberían ser consideradas y tratadas, todo lo más, como meras faltas penales (las defraudaciones individuales castigadas por el art. 286.4 CP inferiores a los 400 €). También hemos podido comprobar cómo todo ello se ha hecho gracias al fácil y cada vez más utilizado recurso de aludir a unos intereses colectivos (los del mercado y los consumidores) que si bien han de ser necesariamente protegidos por todo Estado social de Derecho que se precie realmente de serlo, siempre deben someterse a un estrecho control, por cuanto bajo dicha denominación se ocultan, en no pocas ocasiones, las pretensiones individuales de unos pocos, que tratan de convertir al Derecho penal en un instrumento de protección particular, creado a la medida de sus propios intereses.

Esto es precisamente lo que sucede en los delitos que hemos analizado. Unos delitos que si bien tratan de proteger o tutelar legítimos intereses patrimoniales de los proveedores de los nuevos servicios de pago que se han creado gracias a los avances tecnológicos –lo que resulta perfectamente razonable y justificable–, utilizan la supuesta e irreal dimensión supraindividual de los ataques que se realizan contra los mismos, para anticipar e intensificar la intervención penal hasta un punto en que se ponen en tela de juicio principios penales tan básicos como los de intervención mínima o el más general de proporcionalidad.

Tal vez, saber que el Derecho penal protege tan ferozmente los intereses patrimoniales de determinados empresarios, pese a que ellos mismos no lo hacen y utilizan sistemas de decodificación que podría descifrar un niño de pocos años, permitirá que dichos empresarios puedan dormir más tranquilos, pero también convierte a este Derecho en un instrumento jurídico demasiado amplio y represivo que podría dejar de ser aquella herramienta que utilizada con moderación permite garantizar la convivencia pacífica entre la generalidad de los ciudadanos, para pasar a ser una simple arma jurídica más que podría

ser utilizada casi con completa libertad por aquellos sujetos o colectivos que tuviesen el poder económico o político suficiente para poder influir en su creación.

El único medio de evitar este tipo de abuso es reafirmar la vigencia de los tal vez viejos, pero en modo alguno obsoletos, principios limitadores del Derecho penal. Unos principios que son los únicos que podrán impedir los excesos represores a los que desgraciadamente nos tiene tan acostumbrados en los últimos tiempos nuestro legislador (piénsese en las últimas reformas realizadas en temas como la violencia de género o la seguridad vial) y que son los que nos han llevado a considerar necesario reformar lo antes posible el artículo 286 CP para otorgar a los distintos injustos en él contenidos la ubicación, la amplitud típica y, sobre todo, las penas que realmente les corresponden por su naturaleza y gravedad.