

EL ART. 270.3 CP: BREVE HISTORIA DE UN DESPROPÓSITO (*) (**)

Prof. Dr. Víctor GÓMEZ MARTÍN

Profesor TEU de Derecho penal
Universidad de Barcelona

Resumen: Se analiza la protección penal de la propiedad intelectual, centrándose en la protección de los programas de ordenador. Así, y partiendo de los antecedentes de la actual regulación, se realiza una valoración crítica de la redacción del artículo 270.3, tras la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, examinando cada una de las novedades producidas por esta reforma en relación a la regulación anterior, y exponiendo para ello las diferentes posiciones doctrinales en la materia.

Laburpena: Jabetza intelektualaren babes penala aztertzen da, ordenagailu programen babesari erreparatuz. Era honetan, eta gaur eguneko erregulazio aurrekarietatik hasita, 270.3 artikulua balorazio zorrotza egiten da, 15/2003 Lege Organikoak burututako Zigor Kodearen erreformaren ondoren, aurreko erregulazioarekin erlazioa duten berrikuntza guztiak aztertuz eta horretarako jakintzagaiaren irakaspen jarrerak aurkeztuz.

Résumé: On analyse la protection pénale de la propriété intellectuelle, et en particulier de la protection des programmes informatiques. Ainsi, et en partant des antécédents de la réglementation actuelle, on effectue une évaluation critique de la rédaction de l'article 270.3, après la réforme du Code pénal opérée par la Loi Organique 15/2003. On examine les nouveautés produites par cette réforme par rapport à la réglementation précédente, en exposant les différentes positions doctrinales en cette matière.

Summary: The penal protection of intellectual property is analyzed, focusing on the computer programs protection. Thus, starting from the history of the current regulation is presented a critical evaluation of the article 270.3 Penal code, after the reform operated by Law 15/2003, examining each of the novelties introduced by this reform, regarding the previous regulation, and explaining the different doctrinal positions in this matter.

Palabras clave: Criminología, Derecho penal, delitos, propiedad intelectual, protección de programas de ordenador.

Gako hitzak: Kriminologia, Zigor zuzenbidea, delituak, jabetza intelektual, ordenagailu programen babes.

Mots clef: Criminologie, Droit pénal, délits, propriété intellectuelle, protection des programmes informatiques.

Key words: Criminology, Penal Law, Crimes, Intellectual property, Computer programs protection.

(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).

I.

1. 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*”¹. 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 91/250/CEE (sic.), de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador*”². 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 aprobado³. 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) 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 robo⁴. Así las cosas, la redacción del art. 270.3 CP finalmente aprobada

1.(*) La realización de este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Políticas penales en materia de seguridad” (SEJ2005-08814), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, y cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Santiago Mir Puig.

(**) Abreviaturas utilizadas: 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; FGE: Fiscalía General del Estado; L: Ley; LO: Ley Orgánica; 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.

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

2. 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.

3. 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, N., “Los delitos contra la propiedad intelectual en el Código penal de 1995”, CDJ 1995, p. 218, n. 21.

4. 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, N., CDJ 1995, p. 218, nota 21 y, en especial, notas 89-91.

...

fue la siguiente: “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”.

2. Ciertamente, el art. 7.1 c) de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, no es sino el reflejo de la creciente incidencia del fenómeno de la llamada “masificación informática” en la actual sociedad de la información. También lo es de la también creciente preocupación por la protección de los derechos de explotación que los distintos agentes del sector ostentan sobre los programas de ordenador. No en vano, la realidad se encarga de demostrar día a día que los dispositivos de protección de los programas de ordenador preparados por los fabricantes del programa, lejos de disuadir a los “piratas informáticos”, constituyen para ellos incluso un estímulo intelectual. La existencia de métodos y personas capaces de neutralizar fácilmente los dispositivos de protección de obras de propiedad intelectual aumenta sin cesar⁵. Por esta razón, 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 protección de los programas informáticos, conocidas globalmente bajo la denominación “*cracking*”, empezó a alcanzar a principios de los años 90 al ámbito legislativo de la actual UE. Con la publicación de la Directiva 91/250/CEE, los Estados

...

La mencionada jurisprudencia constitucional relativa al antiguo delito de tenencia de útiles para el robo versaba sobre el ya derogado art. 509 CP 1973. De acuerdo con este precepto “[e]l que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación 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 presidio menor”. Según la STC 105/1988, 8-6, que conoció de una cuestión de inconstitucionalidad presentada por varios órganos judiciales, entre ellos por el Juzgado de Instrucción nº 15 de Madrid contra el mencionado art. 509 CP 1973, “En este proceso, se han enfrentado dos posibles variantes de la interpretación del precepto (...). De acuerdo con una primera, la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo hace presumir el especial destino a tal ejecución, a menos que el acusado facilite mediante el correspondiente descargo la prueba en contrario (...). Existe, en segundo lugar, una segunda posible manera de entender el precepto, de acuerdo con la cual la posesión de los instrumentos, como la idoneidad de éstos para un delito de robo con fuerza en las cosas, y la especial destinación o destino por su poseedor a la ejecución de delitos de tal tipo, corresponde siempre probarlas, como cualquier otro elemento inculpatario, a la parte acusadora, sin que por exigencia de la Ley tenga el acusado que realizar prueba alguna. (...) La primera de las interpretaciones cuestionadas, es decir, la que antes ha sido expuesta bajo la letra a), es contraria a los dictados del art. 24.2 de la Constitución y al derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que no ocurre, en cambio, con la segunda de las interpretaciones propuestas. (...) Llegados a este punto, parece obligado concluir que la disposición de Ley enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero que si lo es alguna de las interpretaciones de que ha sido y puede ser todavía objeto. Ello impone la conveniencia de llegar a una sentencia constitucional de carácter interpretativo, que tome, sobre todo, en consideración el principio de conservación de las disposiciones legales, en cuanto las mismas pueden ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución. Por todo lo anterior, la STC 105/1988, 8-6 acordó “declarar inconstitucional el art. 509 del Código Penal en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito”.

5. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 103.

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 eficacia⁶. No obstante, la Directiva 91/250/CEE nada decía 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. Por esta razón, se considera que la auténtica razón de ser del art. 270.3 no es otro que el siguiente. Determinados grupos de presión reclaman al Estado que detenga el “ciclo de la piratería” desde su origen, y con todos los instrumentos que el Estado de Derecho le brinda. También, o sobre todo, por tanto, con el Derecho penal. Y el legislador penal acaba claudicando ante dicha pretensión⁷.

3. Según la doctrina dominante, por medio del art. 270.3 CP, el legislador habría llevado a cabo un adelantamiento de las barreras de protección penal de la propiedad intelectual mediante el castigo de actos materialmente preparatorios de las conductas previstos en art. 270.1 CP⁸. Se trataría, en suma, de un delito de emprendimiento⁹. Esto es, de un delito consistente en la preparación de otro delito, concretamente el previsto en el párr. 1º del art. 270 CP, en el que se castiga, recuérdese, la lesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual mediante reproducción, plagio, distribución y puesta en circulación ilegítima de las correspondientes obras.

4. Uno de los principales rasgos distintivos del art. 270.3 CP *ex* LO 10/1995, es que por medio del mismo se decidió sobreproteger, exclusivamente, a una concreta clase de obras de propiedad intelectual: los *programas de ordenador*. Diversas fueron las razones que se invocaban en favor de dicha sobreprotección. En primer lugar, las pérdidas económicas que la nueva delincuencia contra la propiedad intelectual estaría provocando en el sector informático, que serían mayores que en otros, debido a la mayor diferencia de precio en el mercado clandestino entre el programa original y la copia ilegal¹⁰. Como es sabido, la elaboración de un programa informático suele consistir en un complejo proceso tecnológico que, debido al elevado coste del material informático y a los recursos humanos empleados, puede exigir un elevado desembolso económico. Debido a ello, el precio de algunos programas en el mercado informático

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

7. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 103.

8. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 13ª ed., 2001, p. 472; QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed., 2001, p. 612; JORDANA DE POZAS, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 2949; JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, p. 775; GÓMEZ MARTÍN, V., “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”, RECPC 04-16 (2002), pp. 6 ss.

9. Sobre este concepto, ampliamente, GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 7 ss. Sobre sus consecuencias en materia concursal *vid. op.cit.*, pp. 11 ss.

10. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 428.

es, en ocasiones, muy elevado. Esta circunstancia provoca un doble efecto: la obtención de importantes ingresos económicos por parte de las empresas dedicadas a la elaboración de ordenadores y de programas por la venta de sus productos; y la proliferación de copias ilegales exactamente idénticas a la obra original y su comercialización en el mercado clandestino por un precio sensiblemente inferior al del original copiado¹¹, ocasionando importantes pérdidas económicas a las empresas informáticas¹². Además, en 1995 se alegó que los programas de ordenador eran, prácticamente, las únicas obras de propiedad intelectual digitalizables y, por tanto, susceptibles de ser protegidas mediante mecanismos digitales de protección¹³. La especial facilidad para vulnerar tales mecanismos por un creciente número de personas podría explicar la sobreprotección de los programas de ordenador brindada por el art. 270.3 CP¹⁴.

5. Entre los penalistas, el art. 270.3 CP fue acogido con *duras críticas*. Se afirmó, en primer lugar, que la discriminación positiva que brindaba el precepto a los programas de ordenador no estaba en absoluto justificada¹⁵. Esta opinión fue sostenida, principalmente,

11. Vid. SAP Orense 16 febrero 1998 (Ar. 523), que condenó a un sujeto que distribuía copias ilegales del programa "Autocad" por 7.500 ptas., cuando el precio de mercado de una copia original del programa era, por aquel entonces, de 595.000 ptas. En palabras de FERNÁNDEZ BEOBIDE, C., CADMC 10 (1996), p. 62, "es característica común en el software el elevado coste de su realización. Un nuevo sistema operativo puede requerir miles de años-horas de trabajo y equipos de decenas a cientos de personas. En el polo opuesto, un programa elemental puede implicar varios días y incluso semanas de un técnico especializado. La copia de software, por el contrario, tiene un coste prácticamente nulo, lo que incentiva su piratería". En idéntico sentido GÓMEZ SEGADÉ, J.M., "Respuestas de los sistemas de propiedad intelectual al reto tecnológico. El Derecho europeo continental y el Derecho anglosajón del Copyright", CADMC 1996 (10), pp. 138 s.

12. Con cierta frecuencia, la reproducción ilegal de programas de ordenador no persigue la obtención de un lucro mediante la venta directa del producto ilícitamente copiado, sino que éste es utilizado como aliciente para la adquisición de otro producto, que reportará a quien lo vende unos beneficios todavía superiores. Así, por ejemplo, es habitual en la práctica la venta de sistemas informáticos provistos de un "software" consistente en programas copiados ilegalmente, para hacer más atractivos el conjunto a vender. Han conocido de supuestos como el acabado de plantear las SSAP Madrid 10 junio 1999 (Ar. 3354), Madrid 13 septiembre 1999 (Ar. 4630), Barcelona 26 octubre 1999 (Ar. 4621), Valencia 13 abril 2000 (Ar. 1614) y Cáceres 30 junio 2000 (Ar. 2263): se pronunciaron sobre un supuesto de hecho que, debido a lo habitual que resulta en la práctica, podría empezar a llegar con frecuencia a los tribunales. De un supuesto parecido conoció la SAP Jaén 27 marzo 2000 (Ar. 2288), que condenó al propietario de un centro de estudios informáticos que, con el fin de utilizarlos para la enseñanza de la informática, copió en diferentes ordenadores ilegalmente varios programas informáticos.

13. Existen dos formas de representar informáticamente la información: la analógica y la digital. La forma analógica consiste en recoger y transmitir variaciones continuas en el fenómeno sobre el que versa el mensaje. La forma digital, en reducir el universo de casos posibles a un conjunto numerable y de asignar a cada uno de ellos uno o varios símbolos elegidos de entre un repertorio finito. Cuando la única clase de código utilizable era la analógica, las reproducciones eran de inferior calidad en relación con el original. Pero con la digitalización de la tecnología de la información, resulta sencillo y barato reproducir programas de ordenador con un grado de fidelidad absoluto en relación con el original. Vid. sobre ello FERNÁNDEZ BEOBIDE, C., "Las nuevas tecnologías y las creaciones intelectuales. Aspectos positivos", en CADMC 10 (1996), p. 53; SERRANO GÓMEZ, E., *La propiedad intelectual y las nuevas tecnologías*, 2001, pp. 57 ss.

14. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 428.

15. MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 912; GONZÁLEZ RUS, J.J., "Artículo 270", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 984.

sobre la base de dos argumentos: las estadísticas demostraban que, a pesar de que las pérdidas económicas del sector informático eran multimillonarias, dichas pérdidas eran, en ocasiones, incluso superiores en otros sectores, como, por ejemplo, el fonográfico o el editorial¹⁶. Además, se destacaba que el desarrollo tecnológico habría traído consigo que, en el momento actual, toda obra de propiedad intelectual sea digitalizable¹⁷.

La segunda crítica guardaba relación con el hecho de que el art. 270.3 CP establecía, en opinión de la doctrina, una injustificada excepción al principio de impunidad de los actos preparatorios del que parte el CP 1995¹⁸. Según este principio, sólo son punibles la conspiración, proposición y provocación (y apología) para delinquir. Son actos preparatorios colectivos (codelinuencia anticipada), que suponen la implicación de terceras personas en el proyecto criminal (arts. 17 y 1 CP). Frente a ello, los actos preparatorios previstos en el art. 270.3 CP eran actos (materialmente) preparatorios unilaterales, ya que para su realización no se requería la implicación de terceras personas en el proyecto criminal. Ciertamente, se afirmaba, la excepción establecida por el art. 270.3 CP no era la única existente en el Código, ya que el legislador habría empleado una técnica legislativa similar, por ejemplo, en los arts 248.3, 371 y 400 CP. No obstante, la doctrina entendía que el art. 270.3 CP vulneraba el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, y más concretamente, los principios de lesividad y dañinidad social, todos ellos como límites del *Ius puniendi* derivados de un Estado social¹⁹. A este respecto, se afirmó, por ejemplo, que la fundamentación de la necesidad del art. 270.3 CP en el debate parlamentario, como consecuencia de la enmienda de adición nº 382 del Grupo parlamentario Popular, no era en absoluto de recibo. La Directiva 91/250 CEE no obligaba, en modo alguno, a que la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico español al art. 7 c) de la misma se llevase a cabo por medio del Derecho penal, por lo que podría haber resultado suficiente, a tales efectos, el art. 102 c) LPI²⁰.

En tercer lugar, se llamó la atención sobre el hecho de que las conductas previstas en el art. 270.3 CP estaban castigadas con la misma pena que las previstas en el art. 270.1 CP. Teniendo en cuenta que las primeras son actos preparatorios de las segundos, mediante dicha equiparación de penas el legislador da lugar a una evidente vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, como principio limitador del *Ius puniendi* derivado del Estado democrático²¹.

16. GÓMEZ MARTÍN, V., "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", PJ 66 (2002), p. 148; EL MISMO, RECPC 04-16 (2002), p. 26.

17. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 912.

18. De esta opinión también MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165.

19. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 16 ss.

20. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), p. 4; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., 2005, p. 347.

21. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), p. 27.

Por último, se apuntó que el art. 270.3 CP no exigía la concurrencia de los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”. Con ello, desde dicha perspectiva formal el precepto está castigando como delito una conducta que ni siquiera es ilícito civil, de acuerdo con lo previsto en la LPI. Según el art. 102 c) RDL 1/1996, “(...) 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”. Puesto que el art. 270, párr. 3º CP no exigía, en cambio, que la fabricación, la puesta en circulación y la tenencia sean realizadas “con fines comerciales”, opinó 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. Ello podría suponer, a su vez, un atentado contra el principio de intervención mínima del Derecho penal, más concretamente, contra el principio de subsidiariedad²².

6. Atendiendo a la valoración crítica de la que, en opinión de la doctrina dominante, era merecedor el art. 270.3 CP, la doctrina dominante consideró necesario *interpretar restrictivamente* el art. 270.3 CP. Se propusieron, en esencia, *dos vías*. El art. 270.3 CP exigía, en primer lugar, que la tenencia del medio estuviera “*específicamente destinada*” a facilitar la neutralización o supresión de dispositivos de protección de programas de ordenador. Según un sector de la doctrina, esta exigencia traía como consecuencia que la conducta sólo era típica cuando el objeto material consistía en un medio que sólo sirviera para suprimir o neutralizar dispositivos de protección de obras de propiedad intelectual, por ejemplo, programas “crackeadores”, “mochilas” para consolas, etc. Si se trataba de medios con otras finalidades (ej: compresión y descompresión de archivos, encriptación y desencriptación de sistemas, formateos especiales de archivos, etc.), el precepto de referencia no era de aplicación²³. La segunda vía para interpretar restrictivamente el art. 270.3 CP consistía en entender que en dicho precepto estaban implícitos los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”, que formalmente sólo eran elementos típicos de las conductas previstas en el art. 270.1 CP²⁴.

II.

7. Casi siete años y medio después de la entrada en vigor del Código penal de 1995, y, por tanto, del art. 270.3 CP en su formato original, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal, brindaba al legislador una excelente

22. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal*, PG, 3ª ed., 1996, p. 422.

23. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 3ª ed., 1996, p. 422; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Curso de Derecho penal español*, PE, I, 1996, pp. 780 s.; el mismo, “Protección penal de sistemas, elementos, datos, documentos y programas informáticos”, RECPC 01-14 (1999); JORDANA DE POZAS, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1997, p. 2949; JORGE BARREIRO, A., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) / JORGE BARREIRO, A. (Coord.), *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 775 s. GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 29 ss.

24. GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículo 270”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 985.

oportunidad para hacerse eco de las importantes críticas que había recibido el precepto, y, en consecuencia, derogarlo o minimizar su impacto negativo mejorando su redacción.

8. La mencionada LO 15/2003 trajo consigo una importante reforma de los delitos contra la propiedad intelectual. En primer lugar, todos los delitos contra la propiedad intelectual han dejado de ser semipúblicos, esto es, delitos perseguibles a instancia de parte perjudicada (art. 287.1 CP ex LO 10/95), y se han convertido en delitos perseguibles de oficio (art. 287.1 ex LO 15/2003 *contrario sensu*). Además, se ha producido un importante endurecimiento de las penas: en lugar de las penas alternativas de prisión de 6 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses, ahora los delitos contra la propiedad intelectual previstos en el art. 270 CP se castigan con las penas *cumulativas* de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 12 a 24 meses.

9. Por lo que hace al art. 270.3 CP, la LO 15/2003, desoyendo las numerosas voces que reclamaban su derogación, mantuvo vigente el precepto. Y no sólo eso, sino que amplió considerablemente su ámbito de aplicación. Así, por lo que se refiere a las conductas típicas, junto a las ya previstas de la “*fabricación, puesta en circulación y tenencia*” de medios destinados a la vulneración de dispositivos de protección de obras de propiedad intelectual, la LO 15/2003 añade la conducta consistente en la “*importación*” de aquellos medios, en clara correspondencia con lo previsto en el art. 270.2 CP. Además, en el precepto de referencia, la crítica sobreprotección a los programas de ordenador se extiende a “*cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones*”, desatendiéndose, de este modo, la sugerencia de quienes proponían y siguen proponiendo la no incriminación de las conductas previstas en el art. 270.3 CP en relación con cualquier obra de propiedad intelectual²⁵.

10. Otra importante novedad del art. 270.3 CP reside en que, mientras que en su tenor literal original el precepto que nos ocupa rezaba, como ya se indicó *supra*, “[s]erá castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente *destinada* a facilitar (...)”, tras la reforma del precepto operada por la LO 15/2003 el tipo quedó redactado del siguiente modo: “Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente *destinado* a facilitar (...)”. Es decir: la *especificidad* para conseguir la vulneración de los dispositivos de protección deja de tener como referente la *tenencia* (“*específicamente destinada*”), y pasa a referirse al *medio* (“*específicamente destinado*”). Esta circunstancia trae como consecuencia la práctica inaplicabilidad del precepto, ya que bastará con incorporar a un programa esencialmente destinado a la vulneración de barreras de protección de obras de propiedad intelectual otras funciones diferentes para que el precepto quede

25. Por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, Madrid 2004, pp. 912 s.; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Artículo 270”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 984.

en papel mojado²⁶. Y ello aunque resulte acreditado en la causa que el sujeto ostentaba la posesión de uno de tales medios con el específico objetivo de vulnerar alguna barrera de protección de una obra de propiedad intelectual²⁷.

La reforma se corresponde con la actual realidad criminológica²⁸ de que, ciertamente, la práctica totalidad de los medios destinados a la neutralización de obras de propiedad intelectual que en la actualidad se comercializan en lo que podríamos llamar el “mercado negro” de la industria informática consisten en instrumentos que, además de la mencionada finalidad, tienen otras que nada tienen que ver con la misma²⁹. Así, por ejemplo, los *chips multisistema* para consola de Videojuegos *Playstation 2* tienen múltiples utilidades, entre las que se cuentan, por ejemplo, la carga de juegos del sistema *NTSC* americano y *NTCS* japonés; la carga de animaciones y juegos caseros sin ánimo de lucro, y por tanto sin necesidad de licencia registrada; la carga de películas en formato *DIVX* u otros formatos; la carga de música *MP3*; e incluso la reparación de determinadas averías de la consola, como, por ejemplo, daños ocasionados en el integrado *LA6508* u otras. Tal es el caso también del producto *Swap Magic 3.8* (CD y DVD), que permite realizar funciones muy similares a los chips multisistema como, por ejemplo, carga de juegos del sistema *NTSC* americano y *NTCS* japonés; carga de animaciones y juegos caseros sin ánimo de lucro, y por tanto sin necesidad de licencia registrada; y carga de películas en formato *DIVX* u otros formatos; carga de música *MP3*. Además, lleva incorporado un gestor para la introducción de códigos para potenciar el juego (por ejemplo, alargando el juego de forma indefinida, ejecutándolo a mayor velocidad, etc.). Lo mismo ocurre, por último,

26. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 913; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal, II, PE*, 3ª ed., 2005, p. 304. Ya lo apuntaba con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 15/2003 en relación con la interpretación teleológica propuesta de forma dominante por la doctrina para el art. 270.3 CP en su antigua redacción MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 431.

27. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, Madrid 2004, p. 913; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 103. De otra opinión COLMENERO MENÉNDEZ, M., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Dir.) / DÍAZ MARTÍNEZ, P. (Coord.), *Código penal comentado*, I, 2004, p. 844. Ya antes de la LO 15/2003 proponía esta interpretación restrictiva MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100.

28. Sobre la de hace más de cinco años *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 30 ss.

29. Es evidente que sería constitutivo de analogía *in malam partem* entender que en el tenor literal posible del término “medio” cabe incluir datos informativos que pueden ser utilizados para su elaboración. Acierta, por ello, la SAP Málaga 2ª 27/03, 28-1 (Ar. 274), cuando afirma que “*tampoco concurren los elementos del delito tipificado en el artículo 270 párrafo 3º del Código penal, que reprime la «piratería informática», castigando la fabricación y circulación de mecanismos técnicos de ese tipo y también su mera tenencia, asumiendo en este caso la infracción, el carácter de formal y de peligro, puesto que no estamos ante ninguno de esos casos, sino ante unas publicaciones en una revista, dirigida por el acusado en la que el mismo facilita unos datos, de forma más o menos afortunada y advirtiendo a sus lectores de los peligros y riesgos que implica se utilización para determinados fines, pero en ningún momento su conducta implica la posesión, fabricación o puesta en circulación de mecanismo concreto alguno*”.

con los cartuchos sin memoria, que tienen el mismo formato y encajan perfectamente en la entrada de cartuchos de la consola Nintendo *DS Lite*. El cartucho se comercializa en blanco, carente de toda información, y se acompaña de un *CD* con un *driver* que se carga en el cartucho a través de un ordenador personal. La utilidad de este producto reside en la posibilidad de visionar películas, cargar música en formato *MP3* u otros, visionar fotografías u otras grabaciones personales o familiares, pudiendo servir, además, como agenda PDA, o, incluso, con el correspondiente *software*, como navegador de coche. Los *drivers* no llevan ninguna información que pueda suponer la desprotección de la consola.

11. Otra novedad significativa del art. 270.3 CP consiste en la inclusión *in fine* de la expresión “en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”. Dicha inclusión obliga a entender que para que la conducta prevista en el precepto sea típica ahora es necesario que se den los elementos “ánimo de lucro” y “en perjuicio de tercero”, cuya concurrencia sólo se exige formalmente en el art. 270.1 CP³⁰.

12. Por lo que hace al “ánimo de lucro”, según la Circular FGE 1/2006, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, por tal debe entenderse no el ánimo de obtener cualquier ventaja (sentido amplio), sino exclusivamente el ánimo comercial³¹. Esta interpretación, plenamente compartible, permite extraer diversas consecuencias. Existe ánimo de lucro, en primer lugar, cuando un sujeto ostenta la posesión de un medio específicamente destinado para suprimir o neutralizar mecanismo de protección con el objeto de obtener dinero a cambio de comercialización de las copias, o bien por otras vías indirectas, como, por ejemplo, *banners* publicitarios, por medio de los que el sujeto percibe ingresos económicos proporcionales al número de visitas recibidas por la página *Web*³². No habrá “ánimo de lucro”, en cambio, cuando un sujeto ostente la posesión de un medio específicamente destinado para suprimir o neutralizar mecanismo de protección para obtener otro tipo de ventajas no comerciales, como, por ejemplo, aumentar el nivel de participación en el servidor *Peer to Peer*³³,

30. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 914; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 104. Llega a la misma conclusión, aunque sin referirse al art. 270.3 CP *in fine* GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 582. Aparentemente de otra opinión PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. / JUDEL PRIETO, A. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho penal, II, PE*, 3ª ed., 2005, p. 304.

31. Señala la Circular FGE 1/2006: “En este sentido, el elemento subjetivo del ánimo de lucro exigido por el tipo penal no puede tener una interpretación amplia o extensiva, sino que debe ser interpretado en el sentido estricto de lucro comercial, relegando al ámbito de las infracciones de carácter civil los supuestos de vulneración de derechos, en los que puede estar implícito un propósito de obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial”. Comparte este criterio GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet. Especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, accesos y enlaces*, 2ª ed., 2006, p. 66, quien llega a proponer la eliminación de dicho elemento, por considerarlo “distorsionador” (p. 71).

32. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, pp. 100 s.

33. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, pp. 101 s.

o la obtención de copias privadas, permitidas por el art. 31.2 LPI³⁴. Tampoco debe ser confundida con el ánimo de lucro la voluntad de ahorrarse el precio de la obra original³⁵. En caso contrario, se llegaría a la errónea conclusión de que se calificaría como delito una conducta preparatoria de otra conducta (copia privada) que no sólo no es constitutiva de delito, sino tampoco ilícito civil. Tampoco es delito (ni ilícito civil) la tenencia (o incluso del uso) de un programa (*e-mule*, *Kazaa*, etc.) para conectarse a servidor *P2P*³⁶. Por lo demás, la no exigencia de que las conductas previstas en el art. 270.3 CP sean realizadas “*con fines comerciales*” conduciría a calificar como delito una conducta que ni siquiera sería constitutiva de ilícito civil, ya que el art. 102 c) LPI tipifica las conductas previstas en el art. 270.3 CP como ilícito civil siempre y cuando sea realizada “*con fines comerciales*”³⁷. Esto es, a una evidente vulneración de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del Derecho penal con respecto al Derecho civil.

13. La exigencia de que las conductas típicas previstas en el art. 270.3 CP deban ser realizadas “*en perjuicio de tercero*” significa que, para ser típicas, las mismas deben ser objetivamente adecuadas para lesionar los derechos de explotación económica de propiedad intelectual (arts. 17 ss. LPI)³⁸. No es necesaria la producción de un perjuicio económico efectivo, ni siquiera en el tipo básico. En los casos de utilización de un programa de ordenador para descargar material de Internet resulta imposible determinar empíricamente de un modo fiable el lucro cesante que se causa a los titulares de los derechos de explotación. Buena prueba de ello es que, en contra de lo que podría parecer, las miles de descargas que se producen a diario en nuestro país ape-

34. De otra opinión GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, cit., pp. 63 s. Este autor considera que la conducta es como mínimo típica, ya que, en su opinión, la descarga supondrá, en todo caso, reproducción de la obra descargada, y, al mismo tiempo, distribución de la misma. Esto último se debe a que, salvo que se utilice un programa informático para evitar la producción de dicho efecto, cuando tiene lugar la descarga de material mediante un servidor *Peer to Peer*, el material es puesto a disposición de terceros de forma simultánea. No obstante, GÓMEZ TOMILLO entiende que si el material descargado es destinado exclusivamente a uso privado, la aplicación del art. 31.2 LPI podría dar servir de base para la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (pp. 64 s., nota 74, y p. 71).

35. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 5ª ed., 2008, p. 527; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 101.

36. Comparte esta postura la Circular FGE 1/2006: “*Quienes colocan en un sitio de Internet una obra protegida sin la autorización de su titular o los usuarios de un sistema Peer to Peer de intercambio de archivos, realizan una conducta de comunicación pública no autorizada, e infringen el derecho exclusivo del titular; dicha infracción es susceptible de ser denunciada y reparada mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de carácter civil, pero en principio, y salvo que por las circunstancias concurrentes se acredite lo contrario, no concurre en los mismos el elemento subjetivo del ánimo de lucro que exige el tipo penal. El elemento del ánimo de lucro debe ser interpretado, no en el sentido amplio de obtención de cualquier tipo de ventaja, utilidad o beneficio, sino en el sentido estricto de “lucro comercial”. En cuanto a la conducta del que se limita a bajarse de la Red una obra para su disfrute personal, no realiza un acto de comunicación, sino una copia privada, sin que concurra tampoco el elemento subjetivo de ánimo de lucro en el sentido estricto de lucro comercial”.*

37. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 5ª ed., 2008, p. 55; MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100; MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 432.

38. GÓMEZ TOMILLO, M., *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet*, 2ª ed., 2006, cit., pp. 68s.; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Cibercrimen*, 2007, p. 96.

nas se corresponden con un descenso de las ventas de originales de un 5 a un 8 por ciento. Además, ni es en absoluto seguro que todo aquel que decide descargar material de Internet habría adquirido el original, ni tampoco lo es que utilice efectivamente el material descargado, ya que muchos usuarios del sistema P2P lo utilizan para descargar material por curiosidad y posteriormente lo acaban descartando³⁹.

14. Puesto que, como acaba de exponerse, la LO 15/2003 no sólo no trajo consigo la derogación del delito previsto en el art. 270.3 CP, sino que, al contrario, la naturaleza jurídica del delito no ha variado⁴⁰, y el precepto ha venido a ampliar su ámbito de aplicabilidad, no es de extrañar que el estado de opinión sobre el mismo se mantenga inalterado. Así, es frecuente escuchar voces que señalan al tipo que nos ocupa como un claro exponente de vulneración de principios como el de protección exclusiva de bienes jurídicos, o más concretamente, los de lesividad y dañosidad social⁴¹, o el de proporcionalidad⁴².

15. Es por ello por lo que la doctrina dominante sigue considerando necesario, ahora más que nunca, que el art. 270.3 CP sea interpretado de forma restrictiva⁴³. Además de las ya sugeridas antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, que ahora encuentran apoyo en la propia letra del precepto, algunos autores vienen sugiriendo recientemente otras. Una de ellas, plenamente compatible, pasa por entender que la realización de las conductas previstas en el art. 270.3 CP sólo será típica cuando su

39. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 97.

40. La doctrina dominante sigue calificando el delito como de preparación o emprendimiento: *vid.*, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 16ª ed., 2007, p. 485; COLMENERO MENÉNDEZ, M., en CONDE PUMPIDO FERREIRO (Dir.) / DÍAZ MARTÍNEZ, P. (Coord.), *Código penal comentado*, I, 2004, p. 844; QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., 2005, p. 1375; EL MISMO, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) / MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 5ª ed., 2005, 780; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, Edersa, Madrid 2004, p. 912; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 582; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (coord.), *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., 2005, p. 347; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos* 2007, p. 103. Según MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 428 s., los actos de fabricación y tenencia son preparatorios, a su vez, otro acto preparatorio de la lesión final de los derechos de propiedad intelectual, cual es la puesta en circulación.

41. En un sentido parecido MATA Y MARTÍN, R.M., *Delincuencia informática y Derecho penal*, 2001, p. 100. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, pp. 429 s.; GONZÁLEZ RUS, J.J., "Artículo 270", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 984; EL MISMO, en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.), *Derecho penal español, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 582; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 103.

42. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español*, PE, 5ª ed., 2008, p. 527; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 913; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 103.

43. DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, T. VIII. *Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico*. Arts. 234 a 272, 2004, p. 912; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos*, 2007, p. 103.

realización esté orientada a la vulneración de los derechos de explotación de una obra. De este modo, será atípica la realización formal del tipo previsto en el art. 270.3 CP cuando la misma esté preordenada a la realización de una conducta permitida por la LPI, como, por ejemplo, la realización de copias privadas (art. 31.2 LPI)⁴⁴. De hecho, esta interpretación no es sino una consecuencia de la circunstancia de que el delito previsto en el párr. 3º del art. 270 CP sea, en su calidad de delito de emprendimiento o preparación, accesorio o dependiente del previsto en el párr. 1º⁴⁵. La segunda, más discutible, considera que el medio debe servir para facilitar la *supresión* no autorizada o la *neutralización* de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger obras de propiedad intelectual. Según un sector doctrinal, es preciso que el medio sirva para *eliminar* el dispositivo de protección. No basta con que sea de utilidad para acceder a la obra aprovechando puntos débiles del sistema de protección⁴⁶. Desde mi punto de vista, es dudoso que el término “*neutralización*” deba ser entendido, necesariamente, como *eliminación* del dispositivo de protección, ya que no es en absoluto descartable imaginar supuestos en los que el correspondiente mecanismo de protección quede funcionalmente inhabilitado sin ser eliminado.

44. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Ciberdelitos* 2007, p. 103. De otra opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 2ª ed., 2005, p. 165.

45. Sobre esta relación de dependencia, y sobre su incidencia en la resolución de la correspondiente problemática concursal, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., RECPC 04-16 (2002), pp. 11 ss. En la jurisprudencia, cabe destacar en relación con este particular la SJP nº 4 Baleares, 21/01, 30-3 (Ar. 142814).

46. MIRÓ LLINARES, F., *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, p. 431; DEL ROSAL BLASCO, B. / MIRÓ LLINARES, F., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal, T. VIII. Delitos relativos al patrimonio y contra el orden socioeconómico. Arts. 234 a 272*, 2004, p. 913.

