

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS DE ACCESO CONDICIONAL EN ALEMANIA Y ESPAÑA: ANÁLISIS COMPARADO

María del Mar Moya Fuentes
Universidad de Alicante

Resumen: Se conoce como servicios de acceso condicional aquellos que restringen a través de medidas técnicas su disfrute en forma inteligible a usuarios previamente autorizados, normalmente los que han abonado un canon. La “picaresca” para acceder gratuitamente a estos servicios ha generado una floreciente industria “pirata” dedicada a la distribución de dispositivos ilícitos que facilitan tal acceso fraudulento y que ocasiona importantes perjuicios económicos a sus prestadores. Situación que se agrava porque la respuesta legal de los países comunitarios frente a este nuevo fenómeno delictivo no es uniforme, lo que genera nefastas consecuencias en el desarrollo de estos servicios y, sobre todo, en el funcionamiento del mercado común de la UE. Por ello, la Directiva 98/84/CE relativa a la protección jurídica de estos servicios pretende armonizar las disposiciones de los Estados miembros en esta materia. En el presente trabajo se analiza y compara cómo se incorpora esta norma a los Ordenamientos jurídicos alemán y español, que optan por una protección penal de estos servicios, no exigida por la anterior directiva.

Recibido: junio 2011. Aceptado: octubre 2011

Palabras claves: piratería de los servicios de acceso condicional, televisión de pago, servicios de la sociedad de la información, tarjetas inteligentes, descodificadores.

Abstract: Services of conditional access are known as those that restrict, through technical measures, all those that were previously authorized for their enjoyment in an intelligible form, usually those who have paid a fee. The “rogue” to enjoy these services free of charge brings out an “alternative” industry dedicated to the distribution of illegal devices that facilitate the fraudulent access to the conditional access services and causes significant economic damage to the providers of such services. The situation is worse, because the legal response of EU countries against this new criminal phenomenon is not uniform, leading to harmful consequences in the development of these services and mainly in the functioning of the common EU market. So, Directive 98/84/EC concerning the legal protection of these services seeks to set up an uniform supervisory framework of these services in the various national laws. The research analyzes and compares how the German and Spanish legal systems incorporate this rule, which choose a criminal protection of these services that is not required by the previous directive.

Keywords: piracy of conditional access services, pay tv, information society services, smart cards, decoders.

1. Introducción

a. Los servicios de acceso condicional

Se conoce como servicios de acceso condicional a aquellos que restringen, mediante medidas técnicas, su disfrute en forma inteligible a usuarios previamente autorizados. Sólo éstos reciben comprensiblemente el servicio a través de un dispositivo técnico proporcionado por el prestador que las anula.

Los proveedores de televisión de pago son los primeros en utilizar estas técnicas de acceso condicional para asegurar el cobro de su servicio. En la actualidad, esta tecnología también se aplica a múltiples servicios de la sociedad de la información y para otras diversas finalidades como, por ejemplo, garantizar el cumplimiento de una obligación contractual o jurídica.

A continuación, se van a determinar las razones que motivan la tutela comunitaria de los servicios de acceso condicional y, en particular, la protección otorgada en los ordenamientos jurídicos alemán y español.

b. Motivos de la protección de los servicios condicionados

1. Mercado expuesto a la piratería

La política audiovisual comunitaria sobre radiodifusión iniciada en la década de los años 80 da lugar a la liberalización del sector audiovisual europeo, que acaba con el monopolio público y da entrada a nuevos operadores privados.

El mayor número de proveedores obliga a una diversificación de la oferta con productos especializados con los que diferenciarse del resto de competidores (canales temáticos de películas, deportes, noticias, música, etc.) y a ofertarlos a cambio de una remuneración con la que conseguir ingresos alternativos a la publicidad. Surgen en este escenario la radio y la televisión de pago.

Ahora bien, las dificultades para asegurar el cobro de la contraprestación económica de estos servicios -pues se prestan a distancia mediante una señal electrónica transmitida dentro de un amplio espectro territorial a multitud de usuarios- obligan a sus prestadores a aplicar parámetros técnicos que limiten su recepción inteligible a quienes han abonado el precio por el servicio, esto es, medidas de acceso condicional.

En concreto, dichos prestadores alteran la imagen y/o el sonido del servicio antes de su emisión mediante técnicas de codificación que hacen imposible verla o escucharla por un simple aparato de radio o televisión. De modo que la recepción en forma correcta sólo es posible a través de un descodificador que dispone de la clave necesaria para descifrar el algoritmo de codificación y reconstruir la señal cifrada¹.

1 Véanse otras razones por las que se aplican técnicas de acceso condicional a estos servicios en el Libro Verde *sobre protección jurídica de los servicios*

Este método de acceso restringido se presenta *prima facie* muy eficaz para el objetivo descrito, porque solamente pueden descodificar la señal los usuarios autorizados: aquellos que han abonado el servicio, y a los que se les ha entregado el dispositivo descodificador.

Sin embargo, paralelamente a éste nace un mercado «pirata» dirigido a facilitar el acceso desautorizado a estos servicios. En concreto, en esta floreciente industria se fabrican y comercializan, sin autorización del proveedor, dispositivos que permiten la recepción inteligible del servicio sin abonar el canon requerido.

En los primeros años de esta industria operan fundamentalmente sujetos con elevados conocimientos técnicos y organizaciones delictivas dedicadas a la producción y distribución en grandes cantidades de estos dispositivos, que se ofertan por lo general a un precio inferior que los oficiales. Se crea así una red de promoción comercial de aparatos ilícitos en la que se ofrecen incluso servicios post-venta de instalación, mantenimiento o sustitución para aquellos casos en los que los dispositivos quedan anulados por las medidas de seguridad aplicadas por el proveedor oficial.

En los últimos años, la evolución tecnológica ha favorecido que personas sin elevados conocimientos técnicos puedan elaborarlos por sí mismos. Así, son muchos los usuarios que construyen estos dispositivos gracias a las instrucciones publicadas en prensa especializada y, sobre todo, en páginas web desde las que se informa sobre cómo hacerlos, dónde conseguir los componentes necesarios para elaborarlos, o las claves de descodificación para programarlos. De ahí que en el momento presente todos los consumidores sean potenciales infractores al tener a su alcance tanto la información como los medios necesarios para acceder ilícitamente a servicios condicionados.

Las técnicas para lograr este acceso ilícito son múltiples, aunque se resumen en dos grandes grupos. Por un lado, las consis-

codificados en el mercado interior, COM (96) 76, 6.3.1996; Marzo, p. 10-11.
En adelante, Libro Verde *sobre servicios codificados*.

tentes en la “*creación ex profeso*” de mecanismos que facilitan el acceso fraudulento. Piénsese en este sentido en tarjetas inteligentes programadas con las claves de acceso, que tras ser introducidas en el equipo receptor descodifican la señal encriptada. Por otro lado, las basadas en la “*manipulación de los dispositivos oficiales*” entregados por el proveedor con el objetivo de disfrutar de los servicios por un período de tiempo mayor al contratado o de contenidos que no han sido suscritos. Con ese fin se alteran, por ejemplo, las tarjetas originales de canales de televisión de pago.

La existencia de esta industria alternativa genera importantes consecuencias negativas para los proveedores oficiales de estos servicios². Téngase en cuenta que esta industria produce ya en 1996 entre el 5 y el 20 % de los dispositivos de acceso condicional en circulación, estimándose el volumen de sus negocios en 2003 en torno al billón de euros³. En concreto, éstos dejan de obtener los ingresos derivados de la suscripción al servicio y de la adquisición de los dispositivos oficiales, y deben realizar importantes inversiones para mejorar sus sistemas de acceso condicional, así como para sustituir los dispositivos vulnerados. Estas cuantiosas pérdidas económicas pueden afectar a su posición en el mercado y llevarle a su desaparición.

Junto a éste, también resultan perjudicados indirectamente por la comercialización de dispositivos de acceso fraudulento los proveedores de contenidos, los proveedores de la tecnología condicional, los consumidores y el Tesoro Público⁴. Los primeros lo son, porque no se tienen en cuenta a la hora de calcular

2 Ibidem, p. 17-19.

3 Nota de prensa de AEPOC sobre las amenazas que sufren los medios de comunicación europeos y propuestas para combatir la piratería de los servicios electrónicos de pago, Bruselas, 7.3.2003 (<http://www.aepoc.org/index2.htm>, última consulta 8.6.2011).

4 Sobre esta idea, el Libro Verde *sobre servicios codificados*, p. 18-19, y el Proyecto de propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso (presentado por la Comisión)*, COM (97) 356, p. 11-12.

la remuneración por la cesión de los derechos de explotación a los usuarios que reciben fraudulentamente los contenidos. Y los segundos, porque la vulneración de sus sistemas de seguridad socava la confianza de los proveedores de los servicios de acceso condicional, que pueden decidir no contratarlos.

Por su parte, los consumidores pueden ser objeto de fraudes al inducirseles a error sobre el origen del dispositivo de descodificación en el momento de la compra. De modo que si el operador modifica por motivos de seguridad el sistema de descodificación, el dispositivo adquirido queda inutilizado, debiendo el usuario comprar uno nuevo para poder disfrutar del servicio. Éste además sufrirá el encarecimiento del servicio -medida con la que el proveedor pretende resarcir sus pérdidas económicas- y su menor calidad.

En su caso, el Tesoro Público deja de percibir los impuestos que deberían abonar los proveedores ilegítimos, y ve reducidos los que pagan los legítimos en concepto de IVA e impuestos de sociedades, al ser menor su volumen de negocios y beneficios.

2. Fragmentariedad normativa

La ineficacia de los medios tecnológicos para combatir la industria “pirata” de dispositivos de acceso condicional lleva a los Estados miembros a adoptar soluciones legislativas complementarias. Aunque, no se acoge una postura legislativa unitaria y común, sino que cada país regula una normativa propia conforme a las particularidades de su sistema jurídico y a las características de su mercado. Téngase en este sentido en cuenta que los servicios de acceso condicional no se encuentran desarrollados en todos ellos en igual grado.

Se distinguen tres grandes grupos de Estados que disponen soluciones similares para la protección de estos servicios⁵.

5 Puede verse un análisis exhaustivo de estas normativas en el Libro Verde *sobre servicios codificados*, p. 26-35.

En un primer grupo, se encuentran aquellos que, entre finales de los 80 y principios de los 90, adoptan una normativa específica sobre la materia: Bélgica, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Reino Unido y Suecia. La mayoría de estas legislaciones se inspiran en la Recomendación del Consejo de Europa Nr. R (91) 14, *sobre la protección jurídica de los servicios de televisión codificados*⁶, que prevé la sanción de las actividades comerciales sobre dispositivos ilícitos. Pese a este nexo común, las disparidades entre estas normativas son considerables por lo que respecta fundamentalmente a tres aspectos: los servicios protegidos (en unos casos se tutelan todos los servicios de radiodifusión y en otros, sólo parte de ellos); las actividades prohibidas (mayoritariamente se sancionan las actividades comerciales sobre dispositivos, aunque también se prevé en algunos supuestos la posesión con fines privados), y las sanciones fijadas (que difieren tanto en su naturaleza —penal o administrativa— como en su gravedad).

En un segundo grupo, se encuentran los países que no aplican normativas específicas para la protección de los servicios de acceso condicional, sino otras más amplias vigentes en sus ordenamientos jurídicos. Este es el caso, de un lado, de Austria, Alemania y Bélgica que recurren a sus normas de competencia desleal al entender que el sujeto que fabrica y comercializa dispositivos ilícitos se apropia a través de tácticas desleales de la remuneración que pertenece al proveedor oficial. De otro lado, España aplica su legislación sobre derechos de autor al interpretar que los contenidos difundidos en estos servicios, así como algunos de los componentes de los dispositivos de acceso están tutelados por las normas de propiedad industrial e intelectual.

En un tercer grupo, se incluyen los países que aplican su normativa civil o penal general, a saber, Grecia, Luxemburgo

6 Recomendación núm. R (91) 14 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre la protección legal de los servicios de televisión codificados*, adoptada el 27.9.1991. Actualizada por la Recomendación núm. R (95) 1 del Comité de Ministros *sobre medidas contra la piratería sonora y audiovisual*, adoptada el 11.1.1995.

y Portugal. La escasa implantación de los servicios de acceso condicional en estos Estados hace que se resuelvan las posibles controversias sobre la materia con su normativa general.

La falta de homogeneidad en la protección jurídica dispensada por los Estados miembros a los servicios de acceso condicional provoca el mal funcionamiento del mercado interior, pues genera trabas a la libre circulación de servicios y mercancías, y falsea la competencia entre los operadores de los Estados miembros⁷.

Ello se debe concretamente a que los países que tienen una legislación específica resultan más atractivos para los proveedores de servicios condicionados, porque les protegen ante posibles accesos fraudulentos. Razón por la que deciden invertir en éstos y no en aquellos que les ofrecen una menor cobertura legal. De ahí que se produzca, primero, una irregular circulación de estos servicios en el mercado común, puesto que no se desarrollan de forma gradual y simultánea en todos los Estados miembros. Y segundo, tiene lugar un falseamiento de la competencia en este sector, ya que no existe una igualdad en las condiciones de acceso al mercado de estos operadores ni en el desarrollo de su actividad. Piénsese que aquellos que deciden invertir en países sin una protección específica de estos servicios disfrutarán de menores ventajas competitivas al tener que realizar cuantiosas inversiones para adquirir tanto los sistemas de acceso condicional más seguros como los contenidos a emitir, y cuyos titulares se mostrarán reticentes a comercializar por el riesgo de su visión fraudulenta.

Las nefastas consecuencias que acarrearán la industria “pirata” y la fragmentación normativa para el desarrollo del mercado de servicios de acceso condicional -y en consecuencia para el mercado común- hacen necesaria la adopción de un instrumento jurídico comunitario vinculante. Éste se materializa en la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20

7 Ampliamente sobre esta cuestión, el Libro Verde *sobre servicios codificados*, p. 36-42.

de noviembre de 1998, *relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*⁸.

3. La Directiva 98/84/CE: ámbito de aplicación

La Directiva 98/84/CE nace con el objetivo de aproximar las normativas de los Estados miembros relativas a las medidas en contra de dispositivos ilícitos que permiten el acceso no autorizado a los servicios de acceso condicional protegidos (art. 1).

Concretamente, la norma comunitaria no cubre todos los servicios de acceso condicional, sino tan sólo los servicios de radiodifusión sonora o televisiva y los servicios de la sociedad de la información prestados a cambio de remuneración, así como el suministro de acceso condicional a éstos, considerado como servicio independiente (art.2.a). En este sentido, aclara el Primer Informe sobre la aplicación de la Directiva 98/84/CE⁹ que quedarán cubiertos por la norma comunitaria también aquellos modelos comerciales en los que se presta un servicio particular a cambio de un precio cierto y se ofrece a su vez un servicio complementario que no requiere el pago de una remuneración, pero cuyo disfrute está protegido con medidas de acceso condicional. Este sería el caso de aquellos usuarios que adquieren un CD de música y pueden descargarse gratuitamente de internet otras canciones (*Bonus-Tracks*) tras introducir la clave de acceso que aquél contiene.

Asimismo, el Segundo Informe sobre la aplicación de la Directiva 98/84/CE¹⁰ afirma que también quedarán cubiertos por la norma comunitaria aquellos servicios de la sociedad de

8 Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 320, 28.11.1998, p. 54-57.

9 Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, *relativa a la protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*, COM (2003) 198 final, Bruselas, 24.4.03, p. 8.

10 Informe al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones *relativo al segundo informe sobre*

la información que utilicen medidas tecnológicas destinadas a limitar la difusión de contenidos accesibles gratuitamente, pero financiados indirectamente mediante publicidad o patrocinio. Esto tiene lugar, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que para acceder a contenidos audiovisuales en línea debe visualizarse previamente unos anuncios publicitarios.

En todo caso quedan excluidos de su ámbito de aplicación todos aquellos servicios prestados condicionalmente por otras razones distintas a garantizar la remuneración del servicio como cumplir obligaciones contractuales o jurídicas, realizar estrategias publicitarias o de *marketing*, cobrar remuneraciones indirectas o restringir el acceso por motivos de seguridad¹¹.

A mayor abundamiento, se entiende por *servicios de radiodifusión sonora* “la transmisión por hilo o radioeléctrica, incluida la transmisión por satélite, de programas de radio destinados a su recepción por el público” (art. 2.a directiva), y por *servicios de radiodifusión televisiva* “un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación”¹². La razón por la que se tutelan radica, como se ha visto, en que el origen de los servicios de acceso condicional se encuentra íntimamente ligado a

la aplicación de la Directiva 98/84/CE, COM (2008) 593 final, Bruselas, 30.09.08, p. 11.

- 11 Véase un detallado análisis de este tipo de servicios condicionados por razones distintas al aseguramiento de la remuneración en HELBERGER, N./VAN EIJK N. A./HUGENHOLTZ, P. B.: *Study on the use of conditional access systems for reasons other than the protection of remuneration, to examine the legal and the economic implications within the Internal Market and the need of introducing specific legal protection*, Estudio del Instituto de la Información de la Universidad de Ámsterdam para la Comisión Europea, Ámsterdam, 2001, p. 28-35, disponible en <http://741513.websites.xs4all.nl/publications/other/ca-report.html>, último acceso el 8.6.2011.
- 12 La Directiva 98/84/CE se refiere a la definición de servicio de radiodifusión dada inicialmente por la Directiva 89/552/CEE, que ha sido recientemente modificada por la Directiva 2007/65/CE (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 332/36, 18.9.2007). En ambos casos la principal característica de este tipo de servicios es que los contenidos se dirigirán al público en general.

éstos. Un claro ejemplo de servicios de radiodifusión prestados condicionalmente son los canales de radio o televisión de pago.

Por su parte, constituyen *servicios de la sociedad de la información* aquellos prestados electrónicamente previa solicitud individual de un destinatario¹³, como es el caso del vídeo bajo demanda, las bases de datos electrónicas o la descarga de música y juegos en línea. Con su protección se quiere potenciar el desarrollo de los nuevos servicios electrónicos de pago en la economía del conocimiento y, por consiguiente, el empleo de internet.

El *suministro de acceso condicional como servicio independiente* hace referencia a quien proporciona la tecnología condicional al proveedor del servicio para restringirlo, encargándose de gestionar el acceso de los clientes y, por tanto, del cobro de la remuneración. De ahí que se protejan también sus intereses económicos ante los accesos fraudulentos al servicio que pretenden eludir su pago y que los lesionarán.

La Directiva 98/84/CE a fin de combatir eficazmente la industria fraudulenta de servicios de acceso condicional sanciona, siguiendo las directrices de la Recomendación 91 (14), las conductas previas al acceso ilícito al servicio, que son las que realmente dañan los intereses económicos del proveedor. Razón por la que se castigan las actividades comerciales consistentes en elaborar, distribuir y promocionar los dispositivos ilícitos para evitar que éstos se han puestos a disposición de los consumidores. De ahí que los Estados miembros deban prohibir en sus normativas nacionales conforme al art. 4 de la directiva: la fabricación, importación, venta, alquiler, posesión, instalación, mantenimiento y sustitución de dispositivos ilícitos, así como el uso de comunicaciones comerciales para su promoción, pudiendo también, si lo estiman conveniente, sancionar su posesión para fines particulares (Considerando 21).

13 Art. 1.2 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*, de 22 de junio de 1998 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 204/37, 21.7.98).

La directiva en cuestión, por tanto, no regula la prestación de los servicios protegidos en sí, ni los derechos de autor sobre los contenidos que en ellos se difunden, ni tampoco los requisitos técnicos de los dispositivos de acceso condicional o los derechos de propiedad industrial o intelectual sobre ellos. Quedan igualmente excluidos de su ámbito de aplicación los denominados *Digital Rights Management* (DRMs): medidas técnicas dirigidas a controlar el uso de una obra protegida con derechos de autor. Así, por ejemplo, pueden aplicarse para evitar que una obra musical sea copiada o distribuida a través de redes de intercambio de archivos; función como se observa muy distinta de la protección de la remuneración del servicio que se persigue con las técnicas de acceso condicional¹⁴.

La Directiva 98/84/CE no fija el tipo de sanciones que los Estados miembros deben aplicar. Únicamente exige que estos adopten sanciones eficaces, disuasorias y proporcionadas al efecto potencial de la actividad infractora (art. 5.1), no estando obligados a acoger sanciones penales (Considerando 23). Asimismo, exige que junto a éstas, se ponga a disposición de los proveedores las vías de recurso apropiadas para la protección de sus intereses lesionados por la comisión de alguna de las anteriores actividades como, por ejemplo, la reclamación de daños y perjuicios, la adopción de medidas cautelares o la solicitud de que se eliminen los dispositivos de los circuitos comerciales (art. 5.2).

En ningún caso, ni estas medidas ni las sanciones podrán restringir los servicios de acceso condicional ni los servicios vinculados que tengan su origen en otro Estado miembro, ni la libre circulación de los dispositivos de acceso condicional (art. 3). Se pretende con ello garantizar que no se adopten medidas

14 Art. 6 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, *relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información* (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 167, 22.6.2001).

que restrinjan la libre circulación de servicios y mercancías, y que puedan generar trabas al funcionamiento del mercado interior.

El marco normativo común regulado por la Directiva 98/84/CE es completado por el Convenio del Consejo de Europa Nr. 178 *sobre la protección jurídica de los servicios basados en el acceso condicional o consistentes en dicho acceso*¹⁵. Su objetivo es ofrecer una protección en todo el territorio europeo, no sólo el comunitario, de los servicios de acceso condicional prestados a cambio de remuneración, que evite la existencia de países sin normativa en los que los operadores ilícitos puedan actuar con total impunidad. Su ámbito de aplicación es plenamente coincidente con el de la anterior directiva (servicios protegidos, actividades ilícitas, sanciones y vías de recurso) a fin de homogeneizar también las normativas de los países comunitarios y los no comunitarios.

2. Modelo alemán y español de protección de los servicios de acceso condicional

a. Normativas nacionales: adopción y objetivo

Los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para incorporar a sus ordenamientos internos la Directiva 98/84/CE a más tardar el 28 de mayo de 2000. Tanto Alemania como España la transponen con retraso, haciéndolo la primera en 2002 por medio de la *Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten* (ZKDSG), de 19 de marzo —conocida como «Lex Premiere»—¹⁶ y la segunda, en 2003 mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, que incorpora en el art. 286 los delitos contra los servicios de

15 Convenio núm. 178 del Consejo de Europa sobre la *protección jurídica de los servicios de acceso condicional o basados en dicho acceso*, (<http://conventions.coe.int>, consultado el 8.6.2011).

16 BGBl. I S. 1090, 22.3.2002.

radiodifusión e interactivos de carácter condicional¹⁷. En el caso de España la no adopción en plazo de las medidas necesarias para la transposición de la directiva provoca su sanción por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sala 5ª), de 7 de enero de 2004 (Asunto C-58/02).

La necesidad de ofrecer un marco jurídico de protección a estos nuevos servicios de acceso condicional frente a las cada vez más numerosas herramientas disponibles para vulnerarlos y, sobre todo, la imposibilidad de reconducir a las disposiciones normativas vigentes en sus ordenamientos jurídicos -pues no cubrían con la extensión necesaria las actividades a las que se refiere la directiva- llevan a ambos países a adoptar normas *ad hoc* para la tutela de estos servicios.

Concretamente, en el caso alemán, se entiende que no pueden ser subsumidas las actividades fraudulentas del art. 4 de la Directiva 98/84/CE¹⁸, por un lado, en el delito de espionaje de datos del § 202.a) StGB, ya que ambos preceptos tienen objetos de protección muy distintos. La norma comunitaria protege los intereses patrimoniales de los proveedores de servicios de acceso condicional, mientras que el § 202.a) StGB tutela —en opinión de la doctrina mayoritaria¹⁹— el interés formal en mantener la

17 BOE núm. 283, 26.11.2003, p. 41842-41875.

18 Cfr. sobre las herramientas con las que contaba el ordenamiento jurídico alemán antes de la adopción de la ZKDSG, BEUCHER, K/ ENGELS, S.: “Harmonisierung des Rechtsschutzes verschlüsselter Pay-TV-Dienste gegen Piraterieakte”, en *Computer und Rechts*, núm. 2, 1998, p. 102-107, y DRESSEL, C.: “Strafbarkeit von Piraterie-Angriffen gegen Zugangsberechtigungs-systeme von Pay-TV-Anbietern”, en *Multimedia und Recht (MMR)*, núm. 7, 1999, p. 390-395.

19 Así, LENCKNER, T.: “§ 202.a”, en A. SCHÖNKE/ H. SCHRÖDER *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27 Auflage, München, 2007, p. 1716 -1717, Rnd. 1; SCHÜNEMANN, B.: “§ 202.a”, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Berlin, 2005, p. 65-66, Rnd. 2; LACKNER, K./ KÜHL, K.: *Strafgesetzbuch Kommentar*, Auflage 25, München, 2004, p. 819, Rnd. 1; HOYER, A.: “§ 202.a”, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2009, p. 37-38, Rnd. 1, y RENGIER, R.: *Strafrecht Besonderer Teil II. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 2 Auflage, München, 1999. Rnd. 186.

reserva de datos, que se transmiten o registran de forma no inmediatamente perceptible, y cuyo titular ha protegido o asegurado especialmente.

Por otro lado, tampoco se pueden incluir en el delito de utilización indebida de prestaciones del § 265.a) StGB, pese a proteger éste el patrimonio de quienes prestan servicios a cambio de una remuneración —aquellos realizados a través de máquinas o redes de telecomunicaciones²⁰—, que el infractor quiere disfrutar sin abonar el precio estipulado, empleando para ello un dispositivo o método extraordinario. Luego este precepto vendría a sancionar la etapa final del acceso ilícito a servicios de acceso condicional, pero no las actividades previas a dicho acceso que exige el art. 4 de la directiva²¹.

En el caso español se plantea la posible subsunción de las actividades comerciales del art. 4 de la Directiva 98/84/CE en los delitos de estafa informática (art. 248.2 CP), defraudaciones de fluido eléctrico y análogas (art. 255 CP) y contra la propiedad intelectual (art. 270 CP). Delitos que el legislador español afirmaba en sus alegaciones contra el anterior recurso por incumplimiento podían garantizar la protección de los servicios de acceso condicional sin necesidad de proceder a la transposición de la norma comunitaria. Sin embargo, la sentencia del TJCE que condena a España por su retraso en la incorporación de la directiva²² rechaza esta posibilidad al afirmar, primero, que el delito de estafa informática exige para su realización una transferencia patrimonial, acción que no se produce en los delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos en los que con el acceso desautorizado únicamente tiene lugar un disfrute fraudulento del

20 Por todos, TIEDEMANN, K.: “§ 265.a”, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11 Auflage, Berlin, 2005, p. 152-153, Rnd. 13.

21 En este sentido, se pronuncia el proyecto de la ley alemana sobre protección de los servicios de acceso condicional: Entwurf eines Gesetzes über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, Drucksache 14/7229, 24.10.2001, p. 8 (en adelante, Proyecto de la Ley ZKDSG).

22 Sentencia Sala 5ª, de 7 de enero de 2004 (Asunto C-58/02).

servicio. Segundo, los delitos de defraudación, al igual que el § 265 StGB, sanciona el acceso ilícito al servicio en sí, pero no la etapa previa a éste. Y tercero, los delitos contra la propiedad intelectual se refieren a la vulneración de los derechos de autor, mientras que la directiva recae sobre las actividades comerciales de dispositivos ilícitos de acceso condicional.

Así pues, la ZKDSG y el art. 286 CP nacen con el objetivo común de proteger los servicios de acceso condicional frente a accesos desautorizados. En la norma alemana se entiende que dichos accesos tienen lugar cuando se disfruta del servicio sin abonarlo, puesto que el § 2 ZKDSG establece que sólo quedan cubiertos por ésta los servicios de radiodifusión y de la sociedad de la información prestados a cambio de remuneración, lo que lleva a afirmar unánimemente a la doctrina alemana que lo protegido por la ZKDSG es el patrimonio de las empresas suministradoras de estos servicios²³.

Por el contrario en España el art. 286 CP no determina expresamente que los servicios tutelados sean aquellos realizados a cambio de un precio cierto por lo que cabría *a priori* la protección de todos los servicios de radiodifusión y de la sociedad de la información prestados sobre la base del acceso condicional. Ello lleva a un reducido grupo de autores a defender el carácter socioeconómico de este delito. En concreto, unos entienden que lo protegido es la libre competencia en este mercado de servicios de acceso condicional²⁴, mientras que otros, en cambio, se refieren al correcto funcionamiento de dicho mercado con independencia de la razón por la que se haya restringido el servicio²⁵; lo que vendría

23 Véase, por todos, BÄR, W./ HOFFMANN, H.: “Das Zugangskontrolldiensteschutz-Gestez. Ein erster Schritt auf dem richtigen Weg”, en *Multimedia und Recht (MMR)*, núm. 10, 200, p. 655.

24 Así, RUBIO LARA, P. A.: *Parte Especial de Derecho Penal económico español (una aproximación al Estado de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia españolas)*, Madrid, 2006, p. 87.

25 En este sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ CRUZ BLANCA, M. J.: “Art. 286 CP”, en M. COBO DEL ROSAL (dir.) *Comentarios al Código penal. Tomo IX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (continuación) arts. 273 a 304*, Madrid, 2005, p. 397-399.

confirmado por la ubicación sistemática del precepto entre los «delitos relativos al mercado y a los consumidores» (Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII, Libro II del CP).

Contrariamente, la doctrina dominante afirma que se está ante delitos patrimoniales en los que se protegen los intereses económicos de las empresas concesionarias o entidades que prestan estos servicios a cambio de un precio cierto²⁶. En su opinión, al exigir el apartado primero del art. 286 CP que la conducta se realice “sin consentimiento del prestador del servicio” pone de manifiesto el carácter disponible del bien jurídico protegido y, en consecuencia, su naturaleza individual, pues no puede predicarse esta disponibilidad de los bienes jurídicos colectivos. De ahí que con la facilitación y uso de los equipos o programas que posibilitan el acceso inteligible a servicios condicionados únicamente se produzca un perjuicio económico a su proveedor, que deja de percibir por la remuneración que le pertenece por la prestación de su servicio. Se acoge, por tanto, en este caso un concepto restrictivo de acceso condicional consistente en aquellas medidas técnicas aplicadas para garantizar el canon de un servicio. Confirma, además, en su opinión la naturaleza patrimonial del bien jurídico la exigencia de que la conducta del art. 286.1 CP deba realizarse “con fines comerciales”, pues la voluntad de obtener un beneficio económico con la conducta ilícita remite directamente a la afección del patrimonio de las empresas comercializadoras de estos servicios²⁷. De ahí que se proponga desde este sector doctrinal la inserción de este precepto junto con las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas²⁸ —o incluso entre los delitos

26 De este parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa, Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2011, p. 299, y MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 18ª ed. Revisada y puesta al día, Valencia, 2010, p. 527.

27 Vid. MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal...*, ob. cit., 18ª ed., p. 527, y GALÁN MUÑOZ, A.: El Derecho Penal español ante la piratería de los servicios de radiodifusión”, en *Eguzkilore: cuaderno del instituto vasco de criminología*, núm. 21, 2007, p. 72.

28 De esta opinión, por ejemplo, CRUZ DE PABLO, J. A.: *Derecho Penal y Nuevas Tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptado a la reforma operada*

de propiedad intelectual²⁹—, principalmente por la remisión que realiza el art. 286.4 CP en materia de penas al art. 255 CP, de lo que se desprende su naturaleza defraudatoria. En efecto, ambos tipos parten del mismo contenido de injusto material basado en la defraudación de la legítima expectativa de cobro que tenía el proveedor del servicio por su prestación. De modo que la merma antijurídica que padece éste en su patrimonio presenta no pocas semejanzas con aquella otra que sufriría el suministrador de corriente eléctrica, agua o red de telecomunicaciones, víctima del delito de defraudación de fluidos eléctricos y análogas del art. 255 CP³⁰.

Ahora bien, dentro de este grupo doctrinal hay quienes que, pese al carácter puramente patrimonial del bien jurídico protegido, tratan de justificar la ubicación sistemática del precepto dentro de los delitos contra el mercado y los consumidores. Por un lado, hay quien sostiene que estos agentes son indispensables para la obtención del acceso a internet y a otros servicios electrónicos que prestan y gestionan. Razón por la que es necesario

*por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP, Madrid, 2006, p. 586; GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (VIII)”, en M. COBO DEL ROSAL *Derecho Penal español, Parte Especial*, Madrid, 2004, p. 586 y el Informe del CGPJ de la Comisión de Estudios e Informes al *Anteproyecto de LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, publicado el 10.10.2003, p. 86.*

29 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C *Derecho penal económico...*, ob. cit., *Parte Especial*, 3ª ed., p. 299-300, que sostiene su inclusión en cualquiera de las dos posibilidades apuntadas.

30 Véase, GALÁN MUÑOZ, A “El Derecho Penal español...”, ob. cit., p. 67. Aluden expresamente al carácter defraudatorio del precepto: GONZÁLEZ RUS, J. J “Delitos contra el patrimonio...”, ob. cit., p. 586; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C *Derecho penal económico...*, ob. cit., *Parte Especial*, 3ª ed., p. 299; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español. Parte General*, 6ª ed. Barcelona, 2010, p. 484, quien señala que se trata de “defraudaciones de nuevo cuño”, y CRUZ DE PABLO, J. A.: *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 183, que afirma que se configura una modalidad específica de la defraudación de equipo de telecomunicaciones del art. 255 CP. En esta misma línea, el CGPJ en su Informe al *Anteproyecto de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, p. 87.

asegurar el cobro de la remuneración asociada a la prestación de su servicio para garantizar su viabilidad en el mercado y, por tanto, el disfrute de estos servicios por los consumidores. Luego la concreta función social que desarrollan estos agentes en el mercado es lo que lleva a los partidarios de esta interpretación a afirmar que la protección de los intereses económicos de los proveedores de servicios de acceso condicional “adquiere una dimensión supraindividual”³¹. Por otro lado, hay quien afirma que el art. 286 CP implica un doble nivel de salvaguarda, que persigue proteger inmediatamente los intereses patrimoniales de los prestadores del servicio e inmediatamente el mercado de estos servicios y, en particular, los intereses de los consumidores que pueden ser objeto de fraudes al adquirir dispositivos ilícitos con la creencia de que son originales. La protección medita de estos agentes es la que justifica la ubicación del art. 286 CP entre los delitos contra el mercado y los consumidores³².

b. Servicios protegidos

De entenderse conforme a la doctrina española dominante que el art. 286 CP protege únicamente los servicios de radiodifusión e interactivos prestados sobre la base del acceso condicional y a cambio de remuneración podría afirmarse que aparentemente su ámbito de aplicación no es coincidente con el de la ZKDSG, porque el anterior precepto también tutela el suministro de acceso condicional considerado como servicio independiente. Sin embargo, desde la doctrina alemana³³ se sostiene que pese a esta falta de previsión directa, dicho tipo de servicios puede entenderse

31 Así, MORALES PRATS, F./ MORÓN LERMA, E.: Art. 286 CP”, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.)/ F. MORALES PRATS (coord.) *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Elcano (Navarra), 2009, p. 874.

32 Vid., BAUCELLS LLADÓS, J.: “Art. 286 CP”, en J. CÓRDOBA RODA/M. GARCÍA ARÁN (dir.) *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, Tomo I, Madrid, 2004, p. 1063.

33 Por todos, LINNEBORN, O.: “Keine Chance für Piraten: Zugangskontroll-dienste werden geschützt”, en *Kommunikation und Recht*, núm. 11, 2002, p. 572.

tutelado implícitamente, en tanto en cuanto el objeto de la norma es proteger los “servicios de acceso condicional” (§ 1 ZKDSG). En su opinión, éste es un concepto muy amplio de servicio condicionado que abarca tanto el “acceso condicional” como el “dispositivo de acceso condicional” definidos en los apartados b) y c) del art. 2 de la Directiva 98/84/CE. Luego la protección bajo el mismo de las medidas técnicas o equipos o programas que condicionan el acceso a un servicio protegido lleva a entender que también son tutelados sus proveedores³⁴.

En este punto, el legislador alemán³⁵, siguiendo las precisiones del Primer Informe *sobre la aplicación de la Directiva 98/84/CE*³⁶, afirma que también quedarán tutelados por la ZKDSG aquellos modelos comerciales en los que se preste un servicio complementario de forma condicional y gratuitamente tras la adquisición del producto principal, tal y como ocurre por ejemplo con las *Bonus-Tracks*. Su inclusión se justifica en el hecho de que aún no existiendo un intercambio directo de mercancías entre el proveedor del servicio y el usuario, el valor añadido o adicional que la segunda prestación implica, se entiende ya incluida en la del servicio principal y, por consiguiente, en la remuneración inicial y directa³⁷. El legislador y doctrina españoles guardan silencio sobre este aspecto.

De optarse por un entendimiento socioeconómico del objeto de protección del art. 286 CP debería afirmarse que el marco de protección de la norma española es en todo caso mucho más amplio que el de la ZKDSG al proteger todo servicio de

34 Vid., BÄR, W./ HOFFMANN, H.: “Das Zugangskontrolldiensteschutz...”, ob. cit., p. 658; ECKHARDT, J.: “ZKDSG in der Praxis ohne Bedeutung?”, en *Recht & Politik (Datenschutzberater)*, núm. 12, 2002, p. 7, y Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 7.

35 Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 7.

36 Cfr. nota 9.

37 Véase, en detalle, sobre el concepto de remuneración LINNEBORN, O.: “Keine Chance für Piraten”, ob. cit., p. 572-574, y STROBEL, T.: “Begrifflichkeiten des ZKDSG”, en C. DRESSEL/ H. SCHEFFLER (Hrsg.) *Rechtsschutz gegen Dienstpiraterie, Das ZKDSG in Recht un Praxis*, München, 2003, p. 101-103.

radiodifusión y de la sociedad de la información con independencia de la razón por la se condicione su acceso. Luego quedarían también tutelados por este precepto los servicios prestados condicionalmente para cumplir obligaciones contractuales o jurídicas, realizar estrategias publicitarias o de *marketing*, cobrar remuneraciones indirectas o restringir el acceso por motivos de seguridad. Este sería el caso por ejemplo de los servicios protegidos técnicamente para restringir la emisión de contenidos a un determinado territorio o para evitar que los menores accedan a contenidos dirigidos a adultos.

El contenido de estos servicios de radiodifusión y de la sociedad de la información definidos en las normativas nacionales sobre la materia coinciden plenamente con el delimitado en el art. 2.a) de la Directiva 98/84/CE³⁸. La similitud en el contenido se debe, claro está, a que las leyes nacionales que los regulan son el resultado de la transposición de directivas comunitarias en materia audiovisual, respecto de los servicios de radiodifusión³⁹ y en la sociedad de la información⁴⁰. En concreto ambas normas se centran en la protección de las medidas tecnológicas de cifrado y no en los contenidos que a través de ellos se emiten, siendo

38 En concreto, en la normativa alemana el concepto de servicios de radiodifusión se regula en el § 2 *Rundfunkstaatsvertrag*, de 31 de agosto de 1991 y el de servicios de la sociedad de la información en el § 1 *Telemediengesetzes-TDG*, de 26 de febrero 2007, BGBl. I, p. 179. En el caso de España, los servicios de radiodifusión se definen en el art. 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, *sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, y los servicios de la sociedad de la información en el apartado a) del Anexo de la Ley 34/2002, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*.

39 Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, *sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 298, 17.10.1989).

40 Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas*, de 22 de junio de 1998 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 204/37, 21.7.98).

formuladas en términos tecnológicamente neutros; lo que les permite estar mejor preparadas de cara a futuros cambios en las técnicas de acceso condicional⁴¹.

La protección esgrimida por ambas normas alcanza tanto a los proveedores de los servicios descritos de origen nacional como extranjeros que presten sus servicios en territorio alemán o español, según el caso⁴².

c. Conductas típicas

En cuanto a las actividades ilícitas, la normativa alemana y española coinciden en sancionar el catálogo de conductas previstas en el art. 4 de la Directiva 98/84/CE. Así, en ambas se castigan la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, posesión, instalación, mantenimiento y sustitución de dispositivos ilícitos de acceso condicional. El § 3 de la ZKDSG no se refiere expresamente a la venta y al alquiler de los dispositivos, pero se entienden integradas dentro de la conducta de “distribución” interpretada en un sentido amplio, diferente del civil⁴³. Junto a éstas, el art. 286.1 CP sanciona, además, la puesta a disposición electrónica de equipos o programas informáticos diseñados o adaptados para facilitar el acceso inteligible a los servicios protegidos; conducta con la se quiere sancionar la distribución de los dispositivos de acceso ilícito a través de la red. Estas conductas deberán ser desarrolladas con “fines profesionales” en el caso de la norma alemana y “comerciales” en el de la española; elemento subjetivo este último cuyo contenido se presenta especialmente problemático, como se verá en breve.

En el ordenamiento español, las conductas descritas también serán sancionadas conforme al inciso primero del art. 286.3 CP cuando se realicen “sin ánimo de lucro”; previsión que excede

41 Así, LINNEBORN, O.: “Keine Chance für Piraten”, ob. cit., p. 571.

42 Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 8.

43 *Ibidem*, p. 8.

con creces las directrices marcadas por la Directiva 98/84/CE. La facilidad con la que pueden los usuarios obtener los materiales necesarios para elaborar estos dispositivos (*hardware, software*, instrucciones de fabricación, códigos de programación, etc.), así como para distribuirlos parece ser la razón que lleva al legislador español a ampliar la protección de los intereses de los titulares de los servicios de acceso condicional también frente a estas conductas carentes de todo ánimo lucrativo. En concreto, se está pensando aquí en aquellos supuestos en los que el sujeto activo facilita o suministra de forma desinteresada los dispositivos de elusión dentro de su círculo privado: familia, amigos, vecinos, compañeros de trabajo, etc. Se entiende que en estos supuestos, aunque no existe la finalidad de convertir esta conducta en una actividad profesional, se lesionan en definitiva los intereses de los prestadores protegidos en la medida en que se les priva de su remuneración al posibilitar el acceso gratuito a su servicio. Se opta, por tanto, por una línea político-criminal más intervencionista y severa que la marcada por la norma comunitaria, que —aún cuando puede parecer razonable⁴⁴— debe ser criticada por el claro exceso del principio de intervención mínima que conlleva⁴⁵. En efecto, la escasa potencialidad lesiva de estas conductas —si se tiene en cuenta el reducido ámbito de actuación en el que operan estos usuarios— y, en consecuencia, las escasas pérdidas económicas que se le ocasionan al proveedor oficial del servicio ponen de manifiesto que el empleo de la norma penal en este caso resulta excesivo en la medida en que no se protege un ataque relevante contra el bien jurídico, sino insignificante.

Por otro lado, las normas alemana y española también sancionan la promoción de dispositivos ilícitos de acceso condicional, aunque de manera muy distinta. El § 3 Nr. 3 de la ZKDSG

44 En este sentido, BAUCCELLS LLADÓS (“Art. 286 CP”, ob. cit., p. 1071), al afirmar que la tipificación de estas conductas, a pesar de no ser ejecutadas con ánimo de lucro, resultaría razonable en la medida en que también en estos supuestos se lesionan los intereses económicos protegidos en estos delitos.

45 De esta opinión BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ CRUZ BLANCA, M. J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 401.

prohíbe toda forma, directa o indirecta, de promoción de bienes, servicios o imagen de una empresa, organización o persona que ejerza una actividad comercial, industrial o artesanal o de una profesión liberal⁴⁶. Concepto de «promoción comercial o de ventas» ofrecido por el § 2 Nr. 4 de la ZKDSG que se caracteriza por su amplitud al tener cabida en él prácticamente todas las formas de promoción existentes como son la publicidad, mercadotecnia directa, patrocinio, promoción de ventas o relaciones públicas para promocionar los dispositivos ilícitos (Considerando 14 de la Directiva 98/84/CE). Esta conducta de promoción de dispositivos de elusión no debe realizarse con fines profesionales. La no exigencia de este elemento subjetivo se justifica en el hecho de que se quiere combatir también la promoción no profesional de dichos dispositivos, que implica un gran peligro para los servicios protegidos⁴⁷. Se está pensando aquí en luchar contra aquellas páginas web desde las que se ofrecen y facilitan información sobre el modo de eludir los sistemas de acceso condicional tales como foros o chats. Luego cabrán dentro de esta conducta de promoción tanto aquellas actividades realizadas con fines comerciales como privados⁴⁸.

En su caso el inciso segundo del art. 286.3 CP sanciona a quien suministre sin ánimo de lucro información por medio de una comunicación pública, comercial o no, a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a los servicios protegidos o el uso de un dispositivo o programa que facilite el acceso inteligible a los anteriores, incitando a lograrlos. Se quiere aquí también combatir la facilitación gratuita a través

46 Esta definición de promoción comercial es plenamente coincidente con el concepto de “comunicación comercial” ofrecido por el art. 2. f) de la Directiva 2000/31/CE, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior -Directiva sobre el comercio electrónico* (Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 178, 17.7.2000).

47 Así, el Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 8.

48 Cfr. BÄR, W./ HOFFMANN, H.: “Das Zugangskontrolldiensteschutz”, ob. cit., p. 658.

de publicaciones especializadas y, en particular, de internet (foros y chats) de la información sobre el modo de adquirir, elaborar o simplemente utilizar dispositivos de elusión.

A *priori* esta conducta parece realmente amplia al sancionar todo tipo de comunicación con independencia de su naturaleza comercial o no, lo que permitiría una lucha eficaz contra los anteriores agentes. Sin embargo ésta viene limitada por dos exigencias de carácter objetivo y subjetivo que reducen en gran medida su alcance. La primera de ellas es que la conducta deberá realizarse mediante una comunicación pública dirigida a una pluralidad de personas. Circunstancia que impide sancionar aquellas comunicaciones que, pese a contener información idónea para vulnerar los sistemas de acceso condicional, no sean públicas ni vayan dirigidas a una pluralidad de personas, tales como las realizadas en el ámbito privado o individualmente. Y la segunda es que la comunicación deberá realizarse «incitando» a los destinatarios a lograr un acceso ilícito a los servicios protegidos, lo que supone que el sujeto activo no sólo debe transmitir la información públicamente a una pluralidad de personas, sino que, además, debe hacerlo con la intención de animar a terceros a utilizarla para lograr el mencionado objetivo fraudulento. Luego quedan fuera del tipo todas aquellas comunicaciones llevadas a cabo con una finalidad distinta a la de crear en los destinatarios la idea de acceder ilícitamente a un servicio de radiodifusión o interactivos de carácter condicional como, por ejemplo, las realizadas con fines meramente científicos. La principal consecuencia de este segundo requisito es que convierte en prácticamente inaplicable la conducta que se analiza, pues para evitar su aplicación los usuarios simplemente deben alegar que transmiten la información con fines meramente divulgativos o informativos⁴⁹. Hecho que lleva a

49 De esta opinión, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español...*, ob. cit., 6ª ed., p. 525. Véase también a este respecto la SAP, Málaga, Sección 2ª, 27/2003, 28-1, que absuelve al acusado de un delito de provocación del delito de estafa, pese a publicar en la revista que dirige la información necesaria para elaborar una tarjeta inteligente que descodifica canales de televisión de pago. El Tribunal entiende que no existen en los artículos publicados ninguna

algunos autores a criticar su tipificación, pues se entiende que la afección al bien jurídico protegido (los intereses económicos de los proveedores de servicios acceso condicional) que se ocasionaría con esta conducta es muy lejana⁵⁰, no pareciendo comprender esta nueva figura delictiva hechos cuyo injusto alcance el mínimo para resultar penalmente significativa⁵¹. De modo que se vulnera aquí el principio de última ratio del *ius puniendi*.

Ahora bien, la principal diferencia entre la norma española y la alemana en materia de modalidades típicas radica en que la primera sanciona en su art. 286.4 CP el mero uso privado de equipos de programas informáticos que posibilitan el acceso inteligible a los servicios protegidos. Se establece así una cláusula de cierre que sanciona todo el ciclo de comercialización de dispositivos de acceso condicional ilícitos al castigar al usuario de los equipos o programas informáticos no autorizados; lo que impide sostener que el bien jurídico protegido en los delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos de carácter condicional sea el interés del consumidor final, pues es éste en definitiva el sujeto activo del delito. Se engrosa con este precepto la lista de infracciones en las que el destinatario del tráfico ilícito constituye un objetivo de la política criminal, tal y como ocurre en las figuras delictivas de pornografía de menores (art. 189.2 CP)⁵².

La principal característica de esta conducta es que para su consumación únicamente se requiere la utilización del dispositivo

expresión que incite a los lectores directamente a cometer un delito de estafa, ya que se hace constar en todo momento el carácter fraudulento y delictivo de estos dispositivos y se les persuade para que no traten de fabricarlos con ánimo defraudar a las plataformas digitales de televisión.

50 Véase, MUÑOZ CONDE, F.: Derecho Penal..., ob. cit., 18ª ed., p. 528.

51 En este sentido, MATA Y MARTÍN, R. M.: "Protección penal de la propiedad intelectual y servicios de radiodifusión e interactivos: excesos y equívocos. Su continuación en la reforma de 25.11.03", en Libro Homenaje a Cobo del Rosal (2005): *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Barcelona, 2005, p. 632.

52 Cfr. GARCÍA ALBERO, R.: "Voz: piratería de servicios de radiodifusión o interactivos", en J. BOIX REIG (dir.)/ P. LLORIA GARCÍA (coord.): *Diccionario de Derecho Penal económico*, Madrid, 2008, p. 678.

ilícito; no exigiéndose ningún ánimo específico en el sujeto activo ni ocasionar un perjuicio económico al proveedor del servicio protegido. Así, por ejemplo, ésta se realizará con la mera instalación en el propio domicilio de equipos o programas informáticos que permitan captar un canal de televisión codificado o descargarse canciones, juegos o películas de internet sin abonar el canon preceptivo⁵³, pese a haber causado un daño económico nimio a la entidad prestadora del servicio. De ahí que la doctrina critique que la conducta se consume con independencia de la cuantía de la defraudación, a diferencia de lo que ocurre en el delito de defraudaciones de fluido eléctrico y análogos del art. 255 CP —al que se remite el art. 286.4 CP en materia de pena—, y que exige la producción de un perjuicio de 400 euros y que permite separar el delito de la falta, pues la innecesidad de producir dicho perjuicio produce la bagatelización de este delito al procederse en la práctica por defraudaciones ínfimas desde el punto de vista económico⁵⁴; lo que es inaceptable desde la perspectiva del principio de intervención mínima⁵⁵.

Además, la ausencia de este montante mínimo da lugar a dos indeseables consecuencias. La primera es que será sancionado con la misma pena tanto aquel usuario que realiza un único o esporádico acceso desautorizado al servicio protegido, que aquel que lo hace de un modo continuado y habitual. Así, por ejemplo, serán sancionados con la misma pena de multa el usuario que logre ver gratuitamente un solo partido de fútbol emitido por un canal de pago a través de una tarjeta inteligente ilícita y aquel que disfruta durante meses con este mismo dispositivo de toda su programación. La segunda de las consecuencias es que se otorga un tratamiento privilegiado a los proveedores de servicios de radiodifusión e interactivos de carácter condicionado respecto

53 ORTS BERENGUER, E/ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia, 2004, p. 611.

54 Vid. BAUCELLS LLADÓS, J “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 1073.

55 Así, BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Derecho Penal. Tomo II. El sistema de la parte Especial, vol. 1, Delitos contra bienes jurídicos individuales*, Barcelona, 2005, p. 628.

de aquellos que prestan energías de fluido eléctrico y análogas⁵⁶ sin atisbarse a ver cuáles son las razones que llevan a considerar más grave el art. 286.4 CP que el art. 255 CP⁵⁷. Situación que se agrava si se tiene en cuenta que en este último se está en algunos supuestos ante servicios de primera necesidad (agua o electricidad) frente a los del art. 286 CP, que podríamos denominar “de lujo”. Se constata nuevamente una clara quiebra del principio de proporcionalidad al no existir diferencia alguna en el desvalor de acción entre ambas defraudaciones, que lleve a explicar la exigencia en un caso sí y en otro no de un mayor desvalor de resultado a todas luces ilógico e ilegítimo⁵⁸.

Como se ha dicho, la ZKDSG no sanciona la mera utilización de dispositivos ilícitos ni tampoco su mera utilización. En concreto, se rechaza la tipificación de esta última conducta porque no se está ante un bien jurídico de especial relevancia como puede ser la vida, la salud pública o la intimidad en los que se aconseja sancionar la posesión de armas, drogas o tecnologías de escucha, sino ante un mero interés económico. Razón por la que resulta excesivo sancionar la posesión privada de estos dispositivos⁵⁹. Además, no deben olvidarse las dificultades procesales que existirían a la hora de realizar los actos de investigación y de recopilación de pruebas en el ámbito privado, que

56 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., *Parte Especial*, 2ª ed., p. 313; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español...*, ob. cit., 6ª ed., p. 488, y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ CRUZ BLANCA, M. J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 440.

57 En este sentido, 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”, en *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 15, 2006, p. 34.

58 *Ibidem*, p. 34.

59 Así, el Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 8. En contra, el partido Demócrata Cristiano Alemán (CDU/CSU) que defendió durante la tramitación de la ZKDSG la sanción de la posesión privada de dispositivos ilícitos en su § 3 (cfr. *Änderungsantrag zu der zweiten Beratung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung-Drucksachen 14/7229 y 14/8130*, disponibles en <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btp/14/14215.pdf>, última consulta 8.6.2011).

tampoco vendrían justificadas por la naturaleza del bien jurídico protegido⁶⁰. No obstante, pese a lo acertado de la decisión para la doctrina, no hay quien deja de reconocer los enormes perjuicios que este tipo de actividades privadas genera para el mercado de los servicios protegidos⁶¹. En el caso de la mera utilización de los dispositivos de acceso condicional también se opta por no sancionarla a través de la ZKDSG, aunque, como ya se apuntó, el acceso fraudulento a los servicios protegidos mediante el empleo de medios extraordinarios como son los dispositivos de elusión podrán ser castigados a través del delito de utilización indebida de prestaciones del § 265 StGB.

Las actividades descritas deberán recaer sobre dispositivos de acceso condicional ilícitos. En este punto la norma alemana (§ 2 Nr. 3 ZKDSG) y la española (art. 286.1 CP) coinciden plenamente al definir estos dispositivos en los mismos términos en que lo hace el art. 2.e) de la Directiva 98/84/CE. Así, en ambas normativas se conciben los dispositivos ilícitos como todo equipo o programa informático diseñado o adoptado para hacer posible el acceso desautorizado a un servicio protegido. De modo que se considerará dispositivo de acceso condicional ilícito todo *hardware* o *software*, o una combinación de ambos, creados o manipulados para lograr el disfrute gratuito de un servicio de radiodifusión o de la sociedad de la información prestado condicionalmente⁶². Un claro ejemplo de estos dispositivos ilícitos lo constituyen las tarjetas inteligentes o descodificadores de televisión de pago, así como los programas informáticos empleados para programarlos e introducirles las claves de descodificación de la señal televisiva.

La doctrina alemana ha debatido sobre cuestiones muy diversas respecto de estos dispositivos. Concretamente se ha planteado si la manipulación de dispositivos de elusión debe recaer necesariamente sobre los oficiales entregados por el proveedor del

60 Así, LINNEBORN, O.: “Keine Chance für Piraten...”, ob. cit., p. 574.

61 Vid. STROBEL, T.: “Begrifflichkeiten des ZKDSG”, ob. cit., p. 159, y LINNEBORN, O.: “Keine Chance für Piraten”, ob. cit., p. 557-558.

62 LINNEBORN, O.: “Keine Chance für Piraten...”, ob. cit., p. 572.

servicio. Cuestión a la que se responde negativamente, porque un entendimiento en este sentido dejaría impunes a gran parte de las actuales actividades fraudulentas consistentes en la inserción de dispositivos estándar de las claves de acceso⁶³; lo que tiene lugar, por ejemplo, en el caso de las tarjetas inteligentes “en blanco” (aquellos que no están programadas todavía para una función concreta), pero a las que tras incorporarle los códigos de acceso y ser insertadas en un descodificador permiten ver inteligiblemente un canal de televisión codificado. Asimismo, se sostiene que el dispositivo de elusión no debe estar necesariamente concebido para evitar las medidas de protección del servicio, porque de lo contrario sería fácilmente posible eludir la aplicación de la ZKDSG empleando equipos o programas informáticos con funciones mixtas⁶⁴—, esto es, aquellos creados para fines legales, pero empleados con usos ilícitos⁶⁵. Ello ocurría, siguiendo con el ejemplo anterior, en el caso de las tarjetas inteligentes que en principio están concebidas para diversos usos lícitos como son el pago electrónico de servicios de transporte o como medio de identificación. Se precisa, además, que la tutela otorgada a los servicios protegidos se realizará con independencia del nivel de seguridad técnico del sistema de acceso condicional aplicado. Así, al igual que en un robo con fuerza en las cosas en el que se fuerza la cerradura de la puerta, la protección del titular del patrimonio no depende de la menor o mayor calidad de ésta, tampoco se diferenciará aquí en la mayor o menor eficacia del sistema de acceso, siendo únicamente relevante que el dispositivo ilícito logre vulnerarlo.

Sobre esta materia, en la doctrina española únicamente algún autor se ha cuestionado la imposibilidad de considerar a las claves, códigos de acceso o contraseñas como programas

63 *Ibidem*, p. 574.

64 Cfr. Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 7.

65 En este sentido, la sentencia del OLG Frankfurt/M, de 6 de junio de 2003, (6 U 7/03), Asunto *Magic Modul*, en *Multimedia und Recht (MMR)*, núm. 9, 2003, p. 591- 592.

informáticos y, por tanto, como objeto material de los delitos de acceso ilícitos a servicios de radiodifusión e interactivos condicionados del art. 286 CP⁶⁶. Ello se fundamentaría en el hecho de que éstas constituyen meras combinaciones de letras y/o números que autorizan el acceso, en parte o en su totalidad, a un programa informático, pero en ningún caso éste en sí, concebido como “*toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y resultado*”⁶⁷. De aceptarse esta interpretación no sería posible sancionar a través del inciso segundo del art. 286.3 CP una de las prácticas más habituales en el momento presente: la publicación en páginas web de las claves de acceso. Aunque, sobre todo, se ofrecería una débil protección a los servicios de la sociedad de la información que dependen mayoritariamente de la introducción de una clave o contraseña, tal y como ocurre con el acceso a bases de datos en línea o en la versión electrónica de revistas y periódicos.

En cuanto al elemento objetivo que debe regir las modalidades típicas descritas, el § 3 de la ZKDSG exige que las conductas de fabricación y distribución de dispositivos de elusión se realicen con “fines profesionales” (*gewerbsmäßigen Zwecken*), que se equiparan a los “fines comerciales” (*gewerblichen Zwecken*) que demanda el art. 4 de la Directiva 98/84/CE. Dichos fines se entenderán conforme al § 2 Abs. 1 S. 3 de la *Ley sobre el impuesto del valor añadido*⁶⁸, que determina que la conducta realizada con fines comerciales será aquella actividad sostenible para lograr ingresos aún cuando la finalidad que se pretende con ella no es obtenerlos. Luego conforme a esta definición las conductas deben tener carácter temporal y generar ingresos y no

66 BAUCCELLS LLADÓS, J “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 1066.

67 Art. 96.1 del 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.*

68 *Umsatzsteuergesetz-UstG*, de 21 de febrero de 2005 (BGBl. I, p. 386). Remite a esta norma para su interpretación el Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 8.

tienen necesariamente que desempeñarse en el tráfico mercantil. Esta exigencia comercial excluye aquellas actividades realizadas con fines científicos o para comprobar el nivel de seguridad de los dispositivos⁶⁹.

A mayor abundamiento, la habitualidad de la conducta exige la repetición a lo largo del tiempo de la misma y excluye, por tanto, a aquellas que sean realizadas con carácter transitorio o esporádico. Ahora bien, este requisito genera algunas dudas en aquellos supuestos en los que el sujeto realice actividades aisladas o separadas a lo largo de varios meses o años o bien, sólo realice una no teniendo la oportunidad de repetirla. Ante esta situación, la doctrina apunta que lo relevante es determinar si la voluntad del sujeto es reiterarla o no el tiempo. En ese caso, aún cuando sólo se desempeñe la actividad una vez podrá ser sancionado si su intención era repetirla más adelante. Circunstancia que podrá constarse en la práctica, por ejemplo, sin tras una entrada y registro policial se hallan en el domicilio del sujeto los instrumentos necesarios para elaborar un dispositivo de acceso condicional ilícito (tarjetas inteligentes, decodificadores, *software* para programar los anteriores objetos, etc.) y se puede probar que con anterioridad, al menos en una ocasión, ya los ha vendido o distribuido⁷⁰.

Asimismo, la actividad temporal para ser sostenible deberá producir unos ingresos, que podrán obtenerse tanto directamente con la realización de las conductas típicas (por ejemplo con la venta de una tarjeta inteligente ilícita para ver canales de pago) como indirectamente. Se incluirían aquí los beneficios obtenidos de la publicidad de aquellas páginas web en las que se ofertan los dispositivos ilícitos y de las que el sujeto activo percibe una concreta cuantía económica por cada acceso que se produzca a ésta⁷¹.

69 *Gegnäußerung der Bundesregierung*, BT-Drs.14/7229, anexo 3, p. 11, y EMMERT, U.: "Strafbare Sicherheitstools?", en *Kes. Die Zeitschrift für information Sicherheit*, núm. 2, 2002, disponible en <http://www.kes.info/archiv/online/02-02-6-zkdsg.htm>, último acceso el 8.6.2011).

70 Cfr. STROBEL, T.: "Begrifflichkeiten des ZKDSG", ob. cit., p. 153-154.

71 *Ibidem*, p. 154-155.

Por su parte, el art. 286.1 CP establece que las conductas dirigidas a facilitar el acceso fraudulento a los servicios protegidos deberán realizarse “con fines comerciales”. No cabe, por tanto, la imprudencia, quedando excluidas las conductas realizadas con finalidad distinta como puede ser con fines de experimentación o de implementación y mejora de los dispositivos.

Ahora bien la doctrina se encuentra especialmente dividida sobre el contenido de este elemento, cuya interpretación se debe realizar teniendo en cuenta que las conductas del art. 286.1 CP también serán sancionadas cuando se realicen “sin ánimo de lucro” conforme al inciso primero del art. 286.3 CP. Así, hay quienes afirman que podría interpretarse la expresión “fines comerciales” como algo más que una finalidad lucrativa, que implicase el desarrollo de una actividad comercial más o menos estable, esto es, el desarrollo de una actividad profesional⁷². Sin embargo esta interpretación debe rechazarse, en opinión de un sector doctrinal, e identificarse los fines comerciales con el ánimo de lucro, pues si los primeros implicasen simplemente una actividad comercial quedarían fuera del tipo las actividades ocasionales realizadas con ánimo de lucro⁷³; lo que no se entiende bien, cuando el legislador ha querido incriminar también las realizadas sin ánimo de lucro. De modo que una interpretación integral y sistemática del precepto obliga a entender, a su juicio, el elemento subjetivo de los “fines comerciales” del apartado primero como exigencia de “ánimo de lucro”, esto es, como el ánimo de enriquecimiento o de acrecimiento patrimonial del sujeto activo. De ahí que la conducta realizada “con fines comerciales” sea aquella ejecutada con el objetivo o voluntad de obtener un beneficio o ventaja de carácter patrimonial con el propósito de enriquecerse o de acrecimiento patrimonial. Es suficiente la concurrencia de esta voluntad para

72 BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ CRUZ BLANCA, M. J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 417.

73 De esta opinión, BAUCELLS LLADÓS, J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 1071, y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ CRUZ BLANCA, M. J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 417-439.

apreciar dicho elemento subjetivo del tipo, sin que sea necesario que efectivamente se consiga el beneficio económico.

Por el contrario, hay quien sostiene que es absurdo pensar que el legislador ha utilizado los términos fines comerciales y ánimo de lucro sin ninguna intención diferenciadora, sino de forma meramente arbitraria⁷⁴. En su opinión, los “fines comerciales” del apartado primero implican que la conducta debe estar dirigida a una indeterminada masa de posibles consumidores propia del tráfico negocial, lo que supone excluir aquellas conductas que no sean efectuadas con pretensiones comerciales, como es el caso de las realizadas con una pretensión de enriquecimiento puramente puntual, limitada y no masiva como es el caso de las realizadas por quien fabrique un dispositivo ilícito para usarlo el mismo o para vendérselo a un tercero (un familiar, vecino, amigo, etc.). Ello justificaría que las actividades de este primer apartado tan lejanas de la afección al bien jurídico estén penadas más gravosamente que las de utilización del dispositivo ilícito, que implican su efectiva lesión. Por su parte, la exclusión del “ánimo de lucro” en el art. 286.3 CP supone que el sujeto activo no debe actuar con la finalidad de enriquecimiento patrimonial. Sin embargo, en este apartado no se excluye que el sujeto activo ha de actuar con fin comercial, lo que implica que debe hacerlo con la pretensión de favorecer a un grupo más o menos amplio de terceros con su actividad fraudulenta. Requisito que parece exigir el tenor literal del precepto al afirmar que éste ha de facilitar a “terceros” el acceso inteligible a los servicios protegidos en el modo previsto en el apartado primero del art. 286 CP. Expresión que en opinión del autor obliga a castigar tan sólo los actos de auxilio dirigidos a un número más o menos indeterminado de sujetos, lo que permitirá excluir de este tipo aquellos otros realizados a favor de un único beneficiario. Luego el hecho de que las conductas del art. 286.1 y 3 CP se dirijan a un grupo más o menos numeroso de personas, les dota de una especial peligrosidad para el bien jurídico prote-

74 De este parecer, GALÁN MUÑOZ, A.: “El Derecho Penal español...”, ob. cit., p. 15-19.

gido que es lo que permite explicar el castigo de actuaciones tan lejanas a su efectiva lesión.

Una tercera interpretación, afirma que los “fines comerciales” no deben ser considerados como un elemento subjetivo del tipo, sino como un elemento objetivo que alude al hecho de que las conductas de fabricación y distribución de dispositivos ilícitos se enmarcan en una actividad empresarial. Ello excluye del ámbito típico del art. 286.1 CP los actos puntuales referidos a un único programa o equipo informático y los realizados por un usuario o consumidor en provecho exclusivamente propio o de otra persona, sin dirigirse a una pluralidad determinada. El que las conductas del apartado 3 del 286 CP se deban realizar “sin ánimo de lucro” responde a la observación práctica de que la mayoría de los usuarios dependen de páginas web para obtener las herramientas de elusión de las medidas de protección. Páginas webs que se presentan normalmente como iniciativas privadas sin respaldo económico de socios económicos. De ahí que la exigencia de ánimo de lucro en este apartado dificultase la punición de estas conductas⁷⁵.

d. Sanciones

Las mayores diferencias entre ambas normativas radican en su modelo sancionador, pues Alemania opta por un **régimen mixto** conforme al que se aplican penas de prisión o contravenciones en función de la mayor o menor gravedad de la actividad fraudulenta. Sistema modulado que también aplican otros países en el ámbito comunitario tales como Austria⁷⁶, Italia⁷⁷ o Portugal⁷⁸.

75 Así, FARALDO CABANA, P.: *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*, Valencia, 2009, p. 263-264.

76 *Zugangskontroll-gesetz (ZuKG)*, de 11 de julio de 2000 (BGBl. I, núm. 60/2000).

77 Decreto Legislativo núm. 373, de 15 de noviembre de 2000, y art. 171 octies de la Ley núm. 633, de 22 de abril de 1941, *sobre derechos de autor* (Gazzetta Ufficiale. núm. 166, 16.7.1941).

78 Art. 104 Ley núm. 5/2004, de 10 de febrero, *sobre comunicaciones electrónicas* (Diario de la República-I, serie A, núm. 34, 10.2.2004).

Esta diferenciación responde a la voluntad de dar cumplimiento al art. 5 de la Directiva 98/84/CE que exige que las sanciones sean “eficaces, disuasorias y proporcionales a la actividad infractora”. Su aplicación exigirá delimitar lo más exactamente posible el contenido de las actividades fraudulentas, pues de su configuración como una u otro dependerá la aplicación de una sanción penal o administrativa⁷⁹.

En concreto, el § 4 ZKDSG prevé que las conductas recogidas en su § 3 Nr. 1 (fabricación, importación y distribución) serán castigadas con pena de prisión de hasta un año de pena de prisión o pena de multa. Pese a no ser necesario el recurso a la sanción penal (Considerando 23 de la Directiva 98/84/CE), el legislador alemán considera que una medida de esta naturaleza es la más adecuada para combatir las prácticas fraudulentas que nos ocupan. En efecto, la imposición de una mera sanción pecuniaria no tendría un efecto disuasorio y preventivo eficaz si se tiene en cuenta la facilidad con la que se pueden distribuir los dispositivos de elusión y los grandes beneficios que genera para su proveedor, mucho mayor que la cuantía de la multa a imponer por su acción fraudulenta⁸⁰. La consideración de estas actividades como los actos preparatorios del delito de utilización indebida de prestaciones del § 265.a) StGB lleva a adoptar el mismo marco penal que en este precepto al entender que todas ellas poseen la misma gravedad⁸¹.

El § 3 Nr. 2 ZKDSG sanciona la prestación de los denominados servicios vinculados —posesión, instalación, mantenimiento y sustitución de dispositivos ilícitos— con multa (*Geldbuse*) de hasta 50.000 euros. El menor desvalor de acción de estas conductas respecto de las anteriores justifica la aplicación de una sanción menos gravosa, que se entiende posee el suficiente efecto disuasorio exigido por el art. 5 de la Directiva 98/84/CE⁸².

79 Cfr. STROBEL, T.: “Begrifflichkeiten des ZKDSG”, ob. cit., p. 160.

80 Así, el Proyecto de la Ley ZKDSG, p. 8.

81 *Ibidem*, p. 8.

82 *Ibidem*, p. 8.

Sorprendentemente la ZKDSG no prevé sanción alguna para la promoción comercial de dispositivos de elusión, ni tan siquiera de carácter pecuniario, pues se considera que gran parte de los actos que conforman esta conducta podrían ser reconducidos si se realizan con fines comerciales, dentro del resto de actividades fraudulentas⁸³. Aunque, también hay quien defiende que podrían sancionarse como conductas de complicidad —§ 27 del StGB—⁸⁴ o de provocación —§ 111 Abs. 2 StGB—⁸⁵ a las conductas delictivas del § 4 del ZKDSG.

Por su parte España acoge un modelo sancionador puramente penal establecido en la mayoría de Estados miembros como es el caso, entre otros, de Francia⁸⁶, Bélgica⁸⁷, Irlanda⁸⁸, Luxemburgo⁸⁹, Reino Unido⁹⁰ o Suecia⁹¹. En este caso, también se observa un modelo modulado de sanciones, pero que varía en función de la gravedad de la conducta típica, esto es, de mayor o menor desvalor jurídico.

83 *Ibidem*, p. 8.

84 Véase, BÄR, W./HOFFMANN, H.: “Das Zugangskontrolldiensteschutz...”, *ob. cit.*, p. 658.

85 Cfr. STROBEL, T.: “Begrifflichkeiten des ZKDSG”, *ob. cit.*, p. 152.

86 Arts. 79-1 a 6 de la Ley núm. 86-1067, de 30 de septiembre, *relativa a la libertad de comunicación*, y arts. 321-1 a 7 del Código Penal Francés.

87 Las Comunidades lingüísticas de Bélgica son competentes para legislar en materia de radiodifusión y medios de comunicación y no el gobierno federal, de ahí, que se diferencie dentro de este país entre las normativas adoptadas por cada comunidad en dicha materia (art. 119 del Decreto, de 25 de enero de 1995, *sobre radiodifusión*, Comunidad lingüística flamenca, y arts. 153 y 155 del Decreto, de 27 de febrero de 2003, *sobre la radiodifusión*, Comunidad lingüística francesa) y, posteriormente, la legislación aplicada por el Estado a nivel federal frente a los accesos ilícitos a servicios de la sociedad de la información de acceso condicional (Ley Federal de 12 de mayo de 2003, *sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional y de los servicios de la sociedad de la información condicionados*).

88 Statutory Instruments S.I. núm. 357 de 2000.

89 Ley de 2 de agosto de 2002, *sobre la protección jurídica de los servicios de acceso condicional y de los servicios de acceso*.

90 Arts. 297 y 298 de la *Copyright, Designs and Patent Act 1988*.

91 Ley (SFS 1993:1367).

En concreto se sanciona con pena de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 6 a 24 meses las conductas previstas en el art. 286.1 CP, esto es, la fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, posesión, instalación, mantenimiento o sustitución de dispositivos ilícitos con fines comerciales.

Si estas conductas son realizadas “sin ánimo de lucro” será de aplicación la anterior pena de multa, así como suministrar 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, incitando a lograrlos (art. 286.3 CP). El menor desvalor de acción de estas conductas fundado en el reducido ámbito de actuación en el que operan los sujetos activos (su círculo privado) y la no exigencia de “ánimo de lucro”⁹² parecen ser la razones que justifican la menor pena de estos tipos.

Finalmente, a quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a los servicios de acceso condicional se le impondrá la pena prevista en el art. 255 CP (pena de multa de 3 a 12 meses) con independencia de la cuantía de la defraudación. La sanción en este apartado del consumidor final justifica que se adopte desde la posición que ocupa en el mercado una sanción más liviana respecto de quienes facilitan técnicamente el acceso ilícito⁹³, pudiéndose afirmar que se respeta en este punto el principio de proporcionalidad. Aunque éste resulta vulnerado si se toma como referencia la lesión al bien jurídico, ya que se sancionan actos meramente preparatorios y peligrosos para el bien jurídico (apartados 1 y 3 del art. 286 CP) con pena de prisión o multas más elevadas, que la utilización del dispositivo ilícito (art. 286.4 CP) que es con la que realmente se lesiona el interés económico del proveedor del servicio.

Téngase aquí en cuenta, que tras la reciente reforma del Código penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, también

92 Cfr. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./ CRUZ BLANCA, M. J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 418.

93 Cfr., BAUCCELLS LLADÓS, J.: “Art. 286 CP”, ob. cit., p. 1073.

podrán ser responsables penalmente por la comisión de las anteriores conductas las personas jurídicas. En concreto, el art. 288 CP dispone que será sancionada la persona jurídica, responsable de un delito contra los servicios de radiodifusión e interactivos de carácter condicional, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis CP⁹⁴. Dicho precepto prevé un sistema de doble vía para la imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se caracteriza porque le serán imputados los delitos cometidos “*en su nombre o por su cuenta*” y “*en su provecho*”: a) por su administrador o representante, b) o por alguien bajo la autoridad de éstos, siempre que ello haya sido posible debido a que la persona jurídica no prestó el debido control. La sanción prevista en los delitos en cuestión para este tipo de personas es la de multa del doble al triple del beneficio obtenido o favorecido, art. 288.1 CP. Junto a ésta, según dispone el art. 288.2 CP, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, según dispone el art. 288.2 CP.

En otro orden de cosas, ambas normativas prevén la confiscación de los dispositivos de acceso condicional ilícito, ya que es fundamental extraer del tráfico comercial este tipo de instrumentos ilícitos para garantizar la eficacia de la norma. En el caso español su confiscación se regirá por las reglas generales del art. 127 CP, que prevé la pérdida de los efectos y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar, provenientes de un delito o falta doloso. En cambio, en Alemania no será de aplicación la regla general prevista en el § 74 Nr. 1 StGB que ordena la incautación de los productos del hecho delictivo, las herramientas u otros objetos relacionados, sino las especiales de los Nr. 2 y 3. Ello se

94 Véase ampliamente sobre este nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010.

debe a que en este caso concreto los dispositivos de elusión no constituyen el producto o herramienta del delito, sino el núcleo del hecho delictivo ya que su incautación se prevé en el § 6 ZKDSG y, por tanto, en una norma especial, siendo de aplicación estos preceptos. Aunque, la principal característica en este punto de la normativa alemana es que el § 6 de la ZKDSG únicamente prevé la incautación de los dispositivos empleados en las conductas del § 3 Nr. 1 (fabricación, importación y distribución). De modo que no pueden ser requisados los empleados en la comisión de las actividades de posesión, instalación, mantenimiento, sustitución o promoción comercial. Circunstancia que parece deberse a un olvido del legislador y que impedirá extraer por completo todos los dispositivos de elusión del tráfico mercantil.

e. Vías de recursos

Los proveedores de los servicios de acceso condicional protegidos por la ley alemana y española disponen de las normas generales de indemnización de daños y perjuicios para solicitar el resarcimiento de las pérdidas sufridas.

En el caso alemán serán de aplicación las prescripciones del § 823.2 del BGB (Código civil alemán) conforme al cual se obliga a un sujeto a indemnizar los daños ocasionados a otro por su actuación culpable. A través de esta indemnización el proveedor del servicio de acceso condicional (sujeto legitimado para su ejercicio) podrá solicitar la entrega de los beneficios obtenidos por el infractor, así como ser compensado por los perjuicios que le ha ocasionado la apropiación por parte de dicho sujeto de su posición en el mercado⁹⁵. Esto último tendrá lugar especialmente respecto de las conductas del § 3 Nr. 1 de la ZKDSG y no tanto de las del Nr. 2, ya que los servicios post-venta pueden ser prestados por otros agentes distintos al proveedor del servicio, no

95 Sentencia LG Hamburgo, de 3 de mayo de 2005 (312 O 75/05), Asunto *Programmer für PayTv*, en *Multimedia und Recht (MMR)*, núm. 10, 2005, p.719-720

existiendo en ese caso una injerencia tan evidente en su derecho de exclusiva. Junto con esta medida reparatoria, el proveedor del acceso condicional podrá asimismo solicitar las medidas cautelares previstas en el § 1004 BGB dirigidas a la protección específica de la propiedad del individuo.

En España los proveedores de servicios de acceso condicional protegidos podrán reclamar conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil del art. 109 y siguientes del Código penal los daños y perjuicios ocasionados por la actividad delictiva. El sujeto legitimado para instarla es el titular del servicio de acceso condicional protegido, así como el cesionario al que le ha sido cedida su explotación.

Conclusiones

¡A la vista de lo analizado se observa como Alemania y España dan sobrado cumplimiento a las exigencias prescritas por la Directiva 98/84/CE, adoptando la primera un modelo de protección de los servicios de acceso condicional afín a las directrices marcadas por ésta, y la segunda un régimen que supera con creces el marco mínimo de tutela exigida por aquélla.

¡Concretamente, ambas normas coinciden en su ámbito de aplicación al tutelar los servicios de acceso condicional del art. 2.a de la Directiva 98/84/CE, pero discrepan abiertamente, por un lado, en las actividades infractoras prohibidas, pues el modelo alemán sanciona únicamente la etapa comercial sobre dispositivos de elusión, mientras que el español va más allá al castigar la distribución “sin ánimo de lucro” y la mera utilización de estos dispositivos. Y por otro lado, en su régimen sancionador de mayor gravedad tanto por la naturaleza de sus medidas como por su duración en el caso español.

¡Ahora bien, pese a su amplitud y gravedad punitiva el modelo español lejos de demostrar una mayor eficacia preventiva, evidencia únicamente un conjunto de excesos punitivos que implican una clara quiebra de los principios de proporcionalidad

e intervención mínima al sancionar conductas muy alejadas de la afección al bien jurídico, que no son merecedoras de reproche penal, o en todo caso con tanto rigor, como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del texto. El legislador español debería replantearse el régimen de protección de los servicios de acceso condicional y acomodarlo a las previsiones de la Directiva 98/84/CE, en una línea similar a la adoptada por el modelo alemán.

¡Se propone por ello de *lege ferenda* mantener únicamente la sanción de la fabricación y distribución de los dispositivos de acceso condicional ilícito del art. 286.1 CP realizadas con fines comerciales, y la utilización de los dispositivos de elusión, exigiendo la causación de un perjuicio por un valor superior a 400 euros. De este modo se superarían las incongruencias de sancionar conductas tan alejadas de la lesión al bien jurídico como son las del art. 286.3 CP y el tratamiento privilegiado que se otorga a los proveedores de servicios de acceso condicional frente a los de energía eléctrica, luz o gas. Asimismo, se conseguiría justificar el adelantamiento de las barreras de intervención para la protección de un mero interés patrimonial que tiene lugar con la punición de las conductas de fabricación y distribución de dispositivos del art. 286.1 CP previas al acceso fraudulento, en las que la concurrencia de los fines comerciales explicaría su mayor penalidad frente a la conducta de utilización de los dispositivos, que recoge la efectiva lesión al bien jurídico protegido. En este caso, el fin comercial se interpretaría como el desarrollo de una actividad mercantil de forma habitual, lo que dejaría fuera todas aquellas conductas realizadas en el ámbito privado y con carácter puntual o esporádico. Ahora bien, entre las conductas preparatorias que sanciona el art. 286.1 CP debería preverse —como acertadamente hace el modelo alemán—, un castigo más liviano para los servicios post-venta (instalación, mantenimiento y sustitución de dispositivos) por el menor desvalor jurídico de su acción. Junto a éstos se sancionaría la promoción comercial de los dispositivos de elusión, que, a diferencia de lo que establece la ZKDSG, si debería ser objeto de sanción, pues si bien es cierto que esta actividad puede entenderse integrada en el desarrollo de las otras conductas típicas, no lo es

menos que todas ellas pueden ser realizadas por distintos sujetos. De ahí que se entienda también necesaria su punición para cubrir todo el proceso de comercialización de dispositivos ilícitos y, en definitiva, todos los agentes que puedan intervenir en él.

¡Por último, cabe señalar que pese a los completos regímenes de protección que instauran la ZKDSG y el art. 286 CP desde su entrada en vigor en el año 2002 y 2004, respectivamente, su aplicación práctica ha sido muy reducida, cuantificándose escasamente un par de resoluciones judiciales⁹⁶. Ello se debe fundamentalmente al hecho de que los proveedores de acceso condicional prefieren acudir a la normativa de derechos de autor por su mayor ámbito de aplicación y gravedad sancionadora, así como por su mejor catálogo de vías de recurso⁹⁷. Piénsese en este sentido que en la mayoría de los casos el proveedor es el cesionario de los derechos de autor de los contenidos que se emiten en su servicio, tal y como ocurre con los prestadores de canales de televisión de pago en los que su proveedor ha adquirido los derechos de explotación de las obras audiovisuales que en ellos se emiten. De ahí que decidan acudir a la normativa sobre propiedad intelectual para resarcir las pérdidas económicas que la visión de sus productos desautorizadamente les ha ocasionado. Aunque, debe señalarse que en el ordenamiento jurídico español las últimas resoluciones judiciales tienden a sancionar la elaboración y distribución de dispositivos ilícitos como defraudaciones de las telecomunicaciones del art. 255.3 CP⁹⁸. Quizá una de las razones que explique esta tendencia sea el hecho de que este precepto exija

96 Alemania, OLG Frankfurt/M, de 6 de junio de 2003 caso Magic Modul y LG Hamburgo, de 26 de abril de 2005, (312 O 1106/04) asunto *Cybersky*, en *Multimedia und Recht (MMR)*, núm. 8 de 2005, p. 547 a 550. España: SJP, Ciudad Real, núm. 3, 394/2004, 1-12; SJP, Córdoba, núm. 4, 45/2007, de 2 de febrero y la sentencia del Juzgado de Menores de A Coruña, de 22 de mayo de 2008.

97 § 95 a) *Urheberrechtsgesetz* -UrhG, de 9 de septiembre de 1965, BGBl. I, p. 1273.

98 Así, entre otras, la SAP, León, Sección 1ª, 16/2005, 20-1; SAP, Castellón de la Plana, Sección 2ª, 193/2005, 14-6; y SAP, Baleares, Sección 2ª, 16/2006, 18-1.

para su consumación la causación de un perjuicio económico al proveedor, lo que vendría a justificar aún más si cabe la necesidad de la propuesta aquí planteada, pues en definitiva en los delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos se está ante una forma más de defraudación⁹⁹.

99 Véase, GALÁN MUÑOZ, A.: “El Derecho Penal español...”, ob. cit., p. 9. Aluden expresamente al carácter defraudatorio del precepto: GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Delitos contra el patrimonio...”, ob. cit., p. 586; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, ob. cit., *Parte Especial*, 3ª ed., p. 300; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español...*, ob. cit., p. 484, quien señala que se trata de “defraudaciones de nuevo cuño”, y CRUZ DE PABLO, J. A.: *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 183, que afirma que se configura una modalidad específica de la defraudación de equipo de telecomunicaciones del art. 255 CP. En esta misma línea, el CGPJ en su Informe al *Anteproyecto de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, p. 87.