

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELLECTUAL E INDUSTRIAL

Especial atención a la aplicación práctica en España*

*Miguel Díaz y García Conlledo***

Sumario. I. Introducción. II. Características generales en la versión original del Código Penal de 1995. III. Reformas introducidas por la LO 15/2003 (en vigor desde el 1.º de octubre de 2004). A. Delitos contra la propiedad intelectual. B. Delitos contra la propiedad industrial. C. Disposiciones comunes. IV. Selección de cuestiones prácticas. A. Relación entre los delitos contra la propiedad intelectual y los delitos contra la propiedad industrial. B. Competencia. C. Propiedad intelectual. 1. Bien jurídico. 2. Perjuicio. 3. Las importaciones

* Fecha de recepción: febrero de 2009. Fecha de modificación: abril de 2009. Fecha de aceptación: junio de 2009.

El presente estudio tiene su origen en la ponencia (más breve) que, bajo el título “Delitos contra la propiedad industrial e intelectual”, presentó su autor el 2 de marzo de 2004 en las Jornadas sobre Delitos Económicos, organizadas por la Editorial Thompson-Aranzadi y el Ministerio de Justicia, que se celebraron en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, en Madrid, los días 1.º y 2 de marzo de 2004. El trabajo (cuya especial atención a la práctica se debe al foro a que se dirigía la ponencia originaria) se inscribe, de forma más o menos directa, en diversos proyectos de investigación de los que el autor es investigador principal; los más recientes: directamente, SEJ 2004-00062-JURI (Ministerio de Educación y Ciencia) y SEJ 2007-60312 (MEC, luego Ministerio de Ciencia e Innovación) y LE 017A08 (Junta de Castilla y León); indirectamente, LE 009C05 (Junta de Castilla y León) y otro financiado por la Diputación Provincial de León

** Licenciado en derecho de la Universidad Autónoma de Madrid; doctor en derecho de la Universidad de León; catedrático de derecho penal de la Universidad de León (España). Correo electrónico: mdiag@unileon.es.

paralelas. 4. Fotocopias en establecimientos. 5. Alquiler o venta de vídeos, discos, etc. “piratas”. 6. Tipo cualificado (art. 271 CP). 7. Responsabilidad civil. D. Propiedad industrial. 1. Bien jurídico. 2. Algunas precisiones al tipo de artículo 273 CP. 3. Términos de la comparación en el artículo 274.1 CP. 4. Capacidad de producir confusión en compradores. 5. Marcas notorias (no registradas). 6. Insuficiencia de la fotocopia simple como prueba del registro. 7. Prueba del dolo. 8. Responsabilidad civil. 9. Destrucción de objetos pese a sentencia absolutoria. E. Disposiciones comunes. 1. Perseguibilidad. 2. Consecuencias accesorias

Resumen. En el trabajo se hace un repaso de los principales rasgos de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en la regulación del Código Penal español, se da noticia de las últimas reformas de ésta y se repasa un catálogo (sin pretensión de exhaustividad) de cuestiones prácticas suscitadas por estos delitos en los tribunales españoles, sin descuidar las referencias doctrinales y las opiniones del autor. El objetivo fundamental de la publicación es dar a conocer estos aspectos en Colombia, por si así se pudiera contribuir a una mejor regulación y aplicación de los tipos de delitos contra la propiedad intelectual e industrial también en este país.

Palabras clave: delitos contra la propiedad intelectual e industrial, bien jurídico, ley penal en blanco, reformas legales, relación entre delitos contra la propiedad intelectual e industrial, perjuicio, competencia judicial, importaciones paralelas, piratería, consumidores, perseguibilidad, otras cuestiones de la práctica.

CRIMES AGAINST INTELLECTUAL –COPYRIGHT– AND INDUSTRIAL PROPERTY

Special attention to practical application in Spain

Abstract. The article makes a revision of the principal features of crimes against intellectual –copyright– and industrial property in the regulation of the Spanish Código Penal (Criminal Code), informs over its last reforms and revises (without exhaustivity pretension) a catalogue of practical questions provoked by these crimes in Spanish courts, without overlooking doctrinal references and the opinions of the author. The fundamental aim of the publication is to present these aspects in Colombia, trying to contribute to a better regulation and application of the figures of crimes against intellectual –copyright– and industrial property also in this country.

Keywords: crimes against intellectual –copyright– and industrial property, legally protected interest, blank criminal law, legal reforms, relationship between crimes against intellectual –copyright– and industrial property, damage, jurisdictional capacity, parallel imports, piracy, consumers, prosecutability, other questions from the practice.

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial se contienen, respectivamente, en las secciones 1.^a (arts. 270 a 272^[1]) y 2.^a (arts. 273 a 277^[2]) del capítulo XI (delitos

-
- 1 En esta nota y en las dos siguientes transcribo el tenor original de los preceptos en el CP 1995, pues más adelante especificaré en qué han consistido las reformas introducidas por la Ley Orgánica (LO) 15/2003. Art. 270 CP: “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización. Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”. Art. 271 CP: “Se impondrá la pena de prisión de un año a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica. b) Que el daño causado revista especial gravedad. En tales casos, el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años”. Art. 272 CP: “1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se registrará por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios. 2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial”.
 - 2 Redacción original del CP 1995: Art. 273 CP: “1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos. 2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado. 3. Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados en favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o topografía de un producto semiconductor”. Art. 274 CP: “1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentra registrado. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sabiendo posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero”. Art. 275 CP: “Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán a quien intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección”. Art. 276 CP: “1. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años,

relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II del Código Penal (CP). Además, les alcanzaba, en la redacción original del CP (o, parecía alcanzarles, pues no estaba claro que así fuera en el caso del segundo de los artículos que citaré a continuación) lo establecido en las disposiciones transitorias de la sección 4.^a (arts. 287 y 288 CP³) del mismo capítulo. Resulta imposible realizar aquí un estudio de cada uno de los tipos y una exposición detallada de las cuestiones relativas a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial⁴, por lo que procederé

-
- cuando los delitos tipificados en los anteriores artículos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. 2. En dicho supuesto, el Juez podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años". Art. 277 CP: "Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional".
- 3 Redacción original del CP 1995: Art. 287 CP: "1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas". Art. 288 CP: "En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado. Además, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 129 del presente Código" (el art. 129 CP contiene una serie de "consecuencias accesorias" para personas jurídicas, que se impondrán cuando así se prevea expresamente en el correspondiente precepto del CP; las consecuencias van desde la clausura temporal o definitiva a la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o los acreedores, pasando por la disolución de sociedades y afines, la suspensión de actividades o la prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, debiendo orientarse en todo caso a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos).
 - 4 Nunca me he ocupado por escrito de los delitos contra la propiedad industrial. Probablemente la obra más amplia y profunda al respecto en relación con la regulación del Código Penal (CP) de 1995, aunque centrada en las patentes e innovaciones tecnológicas (y, por tanto, en el art. 273 CP), es la de PAREDES CASTAÑÓN. *La protección penal de las patentes e innovaciones tecnológicas*, 2001. De carácter general, MORENO Y BRAVO. *Delitos contra la propiedad industrial*, 1999, y previas al vigente CP, aunque no por ello carentes de utilidad en absoluto, especialmente GUINARTE CABADA. *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, 1988; SEGURA GARCÍA. *Derecho penal y propiedad industrial*, 1995. Respecto de los delitos contra la propiedad intelectual, mi postura sobre diversas cuestiones atinentes a ellos puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (ADPCP) 1990, 803 ss.; *Infracciones de derechos de autor*, en *Enciclopedia Jurídica Básica* (EJB) III, 1995, 3578 ss. (respecto de la anterior regulación del CP 1944/73, tras la reforma de 1987); *Delitos contra la propiedad intelectual*, en *Enciclopedia Penal Básica* (EPB), 2002, 423 ss. (respecto de la regulación originaria del CP 1995). Existen bastantes monografías y trabajos sobre la protección penal de la propiedad intelectual (anteriores y posteriores a la entrada en vigor del CP 1995), algunos de gran calidad. Para no hacer larga la cita, puede verse la extensa y reciente monografía de MIRÓ LLINARES *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, 2003, con amplias referencias bibliográficas, tanto de obras publicadas bajo la vigencia

a exponer resumidamente las características generales de estos delitos en su versión original en el CP de 1995 (la mayoría de las cuales se mantiene tras la reforma), enumeraré los cambios que en estos delitos introduce la Ley Orgánica (LO) 15/2003, del 25 de noviembre, que reforma ampliamente el CP (pues creo que es bueno, a efectos de derecho comparado, señalar la evolución reciente del tratamiento de estos delitos), para luego exponer, de la mano de jurisprudencia reciente, algunas de las cuestiones que se han planteado o se están planteando en la práctica⁵.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES EN LA VERSIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

Aunque refiero estas características generales a la versión original del CP vigente en España, en realidad la mayoría de ellas sigue caracterizando la regulación tras la reforma por LO 15/2003. Cuando la reforma haya operado un cambio en alguna característica, lo advertiré expresamente.

1. En estos delitos se protegen, en términos muy generales, como bienes jurídicos las llamadas propiedades intelectual e industrial, con la serie de derechos que para sus titulares conllevan (dentro de esta descripción general, pero concretando algo más, debería mencionarse la nota de exclusividad⁶ en el uso y explotación de esos derechos). Ahora bien: lo más reseñable es que el CP ha optado por una configuración de carácter

del CP actual como anteriores; del mismo autor, también reciente, "La protección penal de los derechos de explotación exclusiva sobre el *software*", en *Revista Penal* (RP), 13 (2004), 85 ss.

- 5 Aunque no renuncio a la cita doctrinal, ésta no pretende desde luego exhaustividad, pero tampoco siquiera equilibrio, en parte por la orientación del trabajo a la aplicación práctica de los tipos, por lo que la selección de problemas sobre los que se cita doctrina y la doctrina citada no significan necesariamente que esos problemas sean los más importantes en el debate científico ni indicativo alguno (en sentido positivo o negativo) del carácter capital o no o de la calidad de los trabajos citados y, sobre todo, de los no citados. Advierto también que sólo excepcionalmente citaré obras generales (manuales, cursos, tratados, comentarios, etc.) de derecho penal en general o de derecho penal económico o empresarial, casi todos muy conocidos y accesibles; ello no significa que no recomiende su consulta: al contrario, la recomiendo vivamente para todo aquel que quiera aproximarse al tema del presente trabajo, pues encontrará exposiciones de conjunto muy útiles y, en ocasiones, muy profundas.
- 6 Por no darse ésta o darse en menor medida que en otros, se ha criticado la extensión de la protección penal a ciertos supuestos; así, especialmente, a la equiparación en el art. 275 CP de las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas representativas de calidad, al menos en lo que respecta a las genéricas (v., por ejemplo, GUINARTE CABADA. "Algunas notas sobre la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial en el Código Penal español de 1995", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* (ADI) XVI, 1994-95, 896, o, propugnando la salida del tipo que protege las denominaciones de origen y las indicaciones geográficas de su actual ubicación, SEGURA GARCÍA. "La protección penal de la propiedad industrial en el nuevo Código Penal de 1995", en *Revista General de Derecho* (RGD) 630, 1997, 2270; "Los delitos contra la propiedad industrial", en DEL ROSAL BLASCO (ed.). *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*, 1997, 227 ss.; "La protección penal de los derechos integrantes de la propiedad industrial", en *Empresa y derecho penal*, II, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) 1998, 1999, 29 ss.

netamente patrimonial de estos delitos, de manera que las facetas personales (también denominadas morales) de la propiedad intelectual sólo se protegen en la medida en que su vulneración posea trascendencia económica. Este carácter patrimonial se deduce de diversos datos⁷, el más importante de los cuales es la exigencia de ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual y de fines industriales y comerciales en los relativos a la propiedad industrial. Sólo en el delito del artículo 277 CP se puede observar netamente un bien jurídico distinto (aunque también relacionado con la legislación de patentes), al exigirse una actuación “en perjuicio de la defensa nacional”.

Sigo pensando que el bien jurídico posee naturaleza individual, según se derivaría de la redacción de los tipos (que, entre otras cosas, exigen ausencia de consentimiento o autorización del titular del derecho), frente a lo que piensa un sector minoritario de la doctrina, que ve protegidos intereses socioeconómicos supraindividuales⁸ (intereses de los “consumidores” de obras o productos, básicamente). Esta postura puede aducir en su favor algunos argumentos (incluida la ubicación sistemática de los delitos en el Código), pero lo que se lesiona en cada uno de los tipos (dejando al margen el del artículo 277 CP) son derechos individuales de los titulares de la propiedad intelectual o industrial⁹. Sin embargo, el que el bien jurídico sea individual no impide reconocer la trascendencia socioeconómica cada vez mayor de estos delitos y que el legislador la haya tenido en cuenta (desde luego así lo confiesa expresamente en el apartado III e de la exposición de motivos de la LO 15/2003, a la que más adelante me referiré) a la hora de configurar los tipos penales.

2. La censurable técnica de la ley penal absolutamente en blanco que el CP 1944/73 utilizó en la tipificación de los delitos contra la propiedad industrial y, hasta la reforma de 1987, en la de los delitos contra la propiedad intelectual, ha sido afortunadamente superada. Actualmente algunos autores siguen hablando de ley penal en blanco, pero creo preferible decir que los tipos que nos ocupan están plagados (seguramente no podía ser de otra manera) de elementos con una gran carga normativa y coincidentes con los que recoge la legislación sobre propiedad intelectual e industrial (empezando por el propio concepto de obra literaria, artística o científica, patente o modelo de utilidad, modelo o dibujo industrial o artístico, topografía de un producto semiconductor, denominación de

7 En relación con los delitos contra la propiedad intelectual, v. mi argumentación más amplia en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. EPB, 2002, 424 ss.

8 Críticamente sobre esta postura en relación con los delitos contra la propiedad intelectual, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS. “Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, 1999, 768 ss.; en relación con los delitos contra la propiedad industrial, por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN. *La protección penal de las patentes*, 2001, 66 ss. Un resumen de las diversas posturas sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual con anterioridad a la vigencia del CP 1995 puede verse en A. JORGE BARREIRO. “Reflexiones sobre el bien jurídico protegido en las infracciones punibles contra la propiedad intelectual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez IV*, 1996, 5141 ss.

9 V., en relación con los delitos contra la propiedad intelectual, mi opinión con algo más detalle en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. EPB, 2002, 426.

origen, indicación geográfica representativa de calidad, o patente secreta), lo que debe tenerse muy en cuenta, si bien tampoco debe olvidarse la autonomía del derecho penal y su carácter de *ultima ratio*¹⁰. Aunque se introducen elementos específicos del ilícito penal, se ha señalado críticamente con frecuencia la tendencia legislativa a penalizar conductas coincidentes con las civil o mercantilmente prohibidas.

3. Los derechos de propiedad intelectual e industrial no coinciden con el de propiedad sobre la obra, objeto, producto, etc. de que se trate.

4. En especial respecto de los delitos contra la propiedad intelectual cabe plantearse la cuestión de si con frecuencia se trata de delitos cometidos “utilizando medios o soportes de difusión mecánicos” y, por lo tanto, sometidos al régimen especial de autoría y participación del artículo 30 CP¹¹. La cuestión es compleja y se defienden opiniones para todos los gustos, aunque me inclino a pensar que, o bien ninguno de ellos está sometido a ese régimen o, en todo caso, sólo algunos lo estarían (significadamente el plagio o algunos supuestos de él)¹².

5. Se trata, en todos los casos, de tipos dolosos, pues no está tipificada ninguna modalidad imprudente (tipificación expresa ineludible para su castigo conforme al artículo 12 CP). Es clara por otro lado la limitación del castigo a los supuestos de dolo directo (y, según algunos, sólo de primer grado), con exclusión de los de dolo eventual, en los supuestos en que el CP exige de modo expreso que la conducta se realice “intencionadamente” (segundo párrafo del artículo 270, arts. 275 y 277 CP). Más discutible (aunque así sostenido por un sector doctrinal) es que la expresión “a sabiendas” (art. 274.2), que sin duda abarca el dolo directo de primer y segundo grado, excluya el eventual. Y quizá, aunque no sea expresa, la exigencia de dolo directo puede deducirse de la configuración de otros tipos, como por ejemplo el del último párrafo del artículo 270 CP (“fabricación, etc. [...] *específicamente destinada* [...]”), en la redacción original del CP, “o fabrique, etc. [...] *medio específicamente destinado* [...]”, tras la reforma por LO 15/2003). Algunos autores consideran que la exigencia de ánimo de lucro o de fines industriales o comerciales o de actuación en perjuicio de tercero podría excluir la posibilidad de comisión con dolo eventual. Sin embargo, ello tampoco es evidente,

10 V. al respecto, entre otros, GONZÁLEZ GÓMEZ. *El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual*, 1998, 118 ss., en relación con los delitos a que se refiere el título.

11 El art. 30 CP establece un régimen especial y privilegiado en cuanto a la autoría y la participación “en los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos”, en el que se excluye de la punición a los cómplices (y a los favorecedores personales o reales, aunque en este caso no se trata de partícipes en el delito) y, dentro de los intervinientes punibles, se establece una responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria, de acuerdo con el orden que el propio precepto establece. Mi opinión (negativa) sobre este régimen de privilegio puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *Autoría en delitos de imprenta*, en EPB II, 2002, 154 ss.

12 V. una panorámica al respecto, con ulteriores referencias, en MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 464 ss.

pues se podría compatibilizar esta modalidad con esos ánimos, de modo que una posible exclusión del dolo eventual debería fundamentarse con una argumentación adicional de carácter político criminal: conviene restringir el castigo a los supuestos de dolo directo, dado que, por ejemplo, el CP está dejando fuera de su ámbito la protección facetas personales de los derechos de autor a veces más relevantes que las (patrimoniales o patrimonializadas) penalmente protegidas. En todo caso, una interpretación restrictiva en ese sentido choca con algunas dificultades sistemáticas: ¿por qué el CP utiliza en algunos tipos y en otros no la expresión “intencionadamente”?, e históricas¹³: ¿por qué desaparece de algunos tipos esa expresión que el CP 1944/73 utilizaba –dejando clara la exigencia de dolo directo– para todos los delitos contra la propiedad industrial e intelectual (v. arts. 534 y 534 bis a del citado CP)?¹⁴

6. No se castigan respecto de estos delitos actos preparatorios de conspiración, proposición o provocación (incluida la apología), por no preverse específicamente (arts. 17.3 y 18.2 CP). No obstante, el legislador ha elevado a la categoría de delito un acto preparatorio de delitos contra la propiedad intelectual distinto de los anteriores. Se trata de “la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador”, conducta que se sanciona en el último párrafo del artículo 270 CP con la misma pena que los delitos consumados de los párrafos anteriores, lo que resulta discutible y, en principio, se fundamentaba en la especial protección, por su importancia y vulnerabilidad de los programas de ordenador (aunque ya veremos que la disposición se extiende en la LO 15/2003 más allá de éstos) y en lo dispuesto en la Directiva comunitaria 91/250 (y su transposición –ampliada¹⁵– al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Se propugnan interpretaciones restrictivas del precepto, algunas de las cuales son dudosas, pero se debe incidir sobre todo en una interpretación estricta de la especificidad del destino del medio¹⁶.

13 La comparación “histórica” es la que parece llevar, por ejemplo, a la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Pontevedra 20-1-1998 (ARP 4) a señalar que el art. 270 CP admite la comisión con dolo eventual.

14 Sobre la posibilidad de comisión doloso eventual, v., por ejemplo, PAREDES CASTAÑÓN. *La protección penal de las patentes*, 2001, 261 ss.; MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 433 ss.

15 V. MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 429, con ulteriores referencias.

16 En este o similar sentido, por ejemplo, GUINARTE CABADA. ADI, XVI (1994-95), 889. Sobre este precepto, v., ampliamente y con ulteriores referencias, entre otros, GÓMEZ MARTÍN. “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC) 04-16 (2002) [<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc04-16.pdf>]; MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 427 ss.; RP 13 (2004), 98 ss.

7. En los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial, el CP utiliza la técnica tipo básico/agravado. Así, es un tipo cualificado el del artículo 271 respecto del recogido en el 270 CP y el del artículo 276 CP respecto de los de los tres artículos anteriores. Lo más reseñable, en la redacción original del CP, es la falta de concreción de los elementos cualificantes: especial trascendencia económica del beneficio obtenido, especial gravedad del daño (no se especifica siquiera de qué clase de daño, si sólo patrimonial o también el que afecte a la faceta personal de los derechos de autor y conexos, aunque la clara patrimonialización de estos delitos en el CP 1995 apunta más bien a una interpretación restrictiva en el primero de los sentidos citados, y la reforma por LO 15/2003, ha precisado algo más esta agravación modificándola para igualar los artículos 271 y 276 CP: “Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados”, dando nuevos datos para una interpretación patrimonialista, pero sin aludir expresamente al carácter patrimonial en el caso de los perjuicios ocasionados), especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados (nótese que en este caso, el de los delitos contra la propiedad industrial, no se menciona el beneficio obtenido). Por lo demás, la LO 15/2003 ha establecido, como veremos, otros tipos agravados, más precisos y que responden a razones distintas.

Por otra parte, en los tipos cualificados se preveía, en la redacción original del CP, la posibilidad de que el juez o tribunal decreta el cierre temporal, hasta un máximo de cinco años, o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, previsión que no es congruente con la disposición común del segundo párrafo del artículo 288 CP, que establece la posibilidad de adoptar las medidas del artículo 129 CP y no sólo las anteriormente citadas. Como veremos más adelante, la reforma operada por LO 15/2003 ha suprimido la referida previsión contenida en los artículos 271 y 276 CP para los tipos cualificados, con lo que queda sólo lo dispuesto en el artículo 288 CP.

8. En diversos delitos contra la propiedad intelectual e industrial se establece como requisito típico expreso la ausencia de consentimiento o autorización del titular del correspondiente derecho de propiedad intelectual. Tal consentimiento o autorización operará a menudo como causa de justificación, excluyendo por tanto toda clase de ilicitud y no sólo el injusto penal del hecho. Sin embargo, en otras ocasiones es posible que sólo excluya éste, encontrándonos ante una causa de exclusión de la tipicidad penal que dejaría subsistente la ilicitud derivada de las normas no penales sobre propiedad intelectual e industrial¹⁷. Entre estos supuestos podría estar, por ejemplo, el caso en que los titulares del derecho sean varios y sólo exista consentimiento de alguno de los titulares. Por otra parte, hay que señalar que la invalidez o nulidad civil de algunas au-

17 Sobre la discusión en la doctrina, v., entre otros, GONZÁLEZ GÓMEZ. *El tipo básico*, 1998, 242; PAREDES CASTAÑÓN. *La protección penal de las patentes*, 2001, 251 ss.; MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 447 ss., todos ellos con ulteriores referencias.

torizaciones o consentimientos no supone inmediatamente su ineficacia penal, sino que (al menos algunas de ellas) podrían ser suficientes para excluir, como los casos acabados de mencionar, el injusto penal de la conducta, que seguiría siendo ilícita desde el punto de vista de la regulación (extrapenal) de la propiedad intelectual e industrial.

9. En materia de responsabilidad civil derivada de delitos contra la propiedad intelectual, el artículo 272.1 CP remite a las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios (es decir, a los artículos 138 y, sobre todo, 139 y 140 LPI), sin que se encuentre una remisión paralela en el ámbito de los delitos contra la propiedad industrial¹⁸.

Por otra parte, el número 2 del artículo 272 CP prevé la posibilidad de que el juez o tribunal decreta la publicación de la sentencia condenatoria en un periódico oficial a costa del infractor. El sentido de esta medida podría ser una cierta reparación moral al titular del derecho de propiedad intelectual lesionado y un aviso a la sociedad de la infracción producida, aunque, especialmente dada la patrimonialización sufrida por estos delitos en el CP 1995, cabe pensar que un fin prioritario de la medida sea la contribución a la no producción o a la cesación de un perjuicio patrimonial.

En todo caso, la previsión señalada es incongruente con la disposición común del primer párrafo del artículo 288 CP, conforme a la cual, “en los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado”. Al hilo del comentario de la reforma operada por LO 15/2003 volveremos a esta cuestión.

10. En lo que se refiere a delitos contra la propiedad industrial, el CP 1995 acabó definitivamente con la discusión sobre si el registro de la patente, modelo, marca, etc. era un elemento típico y, consecuentemente, objeto del dolo, al establecer expresamente en los preceptos correspondientes la necesidad de conocimiento del registro (requisito no exigible en los delitos contra la propiedad intelectual)¹⁹.

11. El artículo 287 CP, disposición común que, en la redacción original del CP 1995, afectaba, entre otros, a los delitos objeto de este trabajo, establecía: “1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio

18 V., no obstante, PORTELLANO DÍEZ. *Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista*, en Cuadernos de Política Criminal 60 (1996), 672 ss.

19 Al respecto, v., por ejemplo, DEL ROSAL BLASCO y SEGURA GARCÍA. “El denominado jurisprudencialmente ‘dolo específico’ y la necesidad del conocimiento del registro en el ámbito de la infracción penal del derecho de marcas”, en *Protección penal, competencia desleal y tribunales de marcas comunitarios* (VI Jornadas sobre marcas). CDJ 19, 1999, 75 ss.; PAREDES CASTAÑÓN. *La protección penal de las patentes*, 2001, 110 ss., 259 ss.

Fiscal. 2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas”. Con ello, el CP convirtió estos delitos en semipúblicos, resultando discutible tal configuración, porque, aunque el bien jurídico lesionado es, como hemos dicho, individual, no se ve por qué se ha de dejar al titular del derecho en este caso (salvo cuando haya afectación del interés general o de una pluralidad de personas, lo que no es tan fácil que suceda si restringimos la afectación a titulares del bien jurídico protegido y no al mercado o los consumidores) la decisión de perseguir, al contrario de lo que sucede en la mayoría de los delitos patrimoniales, máxime si se tiene en cuenta la trascendencia socioeconómica a la que tantas veces se hace referencia (hasta el punto de producir confusiones a veces en cuanto al bien jurídico) en relación con estos delitos²⁰. Como veremos a continuación, la reforma operada por LO 15/2003 ha acabado con este régimen para los delitos que nos ocupan, resultando éstos perseguibles de oficio.

III. REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LO 15/2003 (EN VIGOR DESDE EL 1.º DE OCTUBRE DE 2004)

La Ley Orgánica 15/2003, del 25 de noviembre, por la que se modifica ampliamente el CP y que entró en vigor el 1.º de octubre de 2004 (disposición final quinta), ha llevado a cabo una serie de modificaciones relativas a los delitos objeto de este trabajo, que es conveniente repasar aquí, para conocer la evolución legislativa reciente, e ineludible explicar, pues se trata de derecho vigente.

Al margen de la modificación, más bien formal, de numerar los apartados del artículo 270 CP, algunas de las reformas consisten en el endurecimiento de las penas previstas para algunas conductas típicas (como reconoce la exposición de motivos de la ley, en su apartado III e): así respecto de los artículos 270 (la pena de multa actual de 6 a 24 meses pasa a ser de 12 a 24 meses y no se establece, como en la redacción aún vigente, como alternativa a la de prisión, sino como adicional a ella), 271 (la pena de multa actual de 8 a 24 meses –prevista junto con las de prisión e inhabilitación especial– pasa a ser de 12 a 24 meses), 273.1 (la pena de multa actual de 6 a 24 meses –que acompaña a la de prisión– pasa a ser de 12 a 24 meses), 274.1 (en idéntico sentido), 276.1 (la pena de multa actual de 8 a 24 meses –que acompaña a las de prisión e inhabilitación especial– pasa a ser de 12 a 24 meses).

El endurecimiento de la pena de multa consiste, como se ve, en aumentar su límite mínimo desde seis u ocho (en las modalidades agravadas) meses a doce meses. No parece que dicha agravación suponga un refuerzo muy notable de la prevención general de estas conductas en relación con los grandes infractores, que podrán calcular y asu-

20 V., por ejemplo, SEGURA GARCÍA. RGD 630 (1997), 2264 ss.; en DEL ROSAL BLASCO (ed.). *Estudios*, 1997, 220 ss.; *Empresa y derecho penal*, II. CDJ 1998, 1999, 21 ss.

mir sin problemas la diferencia, aunque quizá sí algo más para los pequeños, no tanto por cuestiones económicas, pues la previsible insolvencia se producirá con uno u otro límite inferior, sino más bien por la mayor severidad de la responsabilidad personal subsidiaria correspondiente.

No obstante, el endurecimiento más notable se produce respecto de todas las figuras del artículo 270 CP, pues queda imposibilitada la imposición de una pena única de multa, al pasar a ser ésta añadida y no alternativa a la de prisión, que, por lo tanto, ha de imponerse siempre (y siempre, claro está, además, la de multa). Las razones del endurecimiento habría que buscarlas seguramente en la “realidad social” y la “repercusión” de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial “en la vida económica y social”, a las que se refiere, junto a “la configuración del tipo delictivo”, el apartado III.e de la exposición de motivos de la ley para justificar también “la mejora técnica de su tipificación”. Se alude casi con toda seguridad a lo habitual de la venta masiva de copias “piratas” de discos musicales, películas, juegos para videoconsolas y programas de ordenador (también, aunque en menor medida, al fotocopiado ilegal de libros) o a su oferta para descarga ilegal por vía electrónica, así como de artículos y accesorios de marcas de prestigio (“realidad social”) y a su enorme repercusión económica. No cabe duda de la importancia de estos fenómenos. Otra cosa es que la conciencia social general los contemple como delictivos o los desvalore (más bien parece que la compra o descarga de los artículos señalados es masiva y generalizada), que las pérdidas para la industria de tales productos no tenga otras causas (quizá sus precios abusivos –podría discutirse aquí el reparto de costes y beneficios económicos y sociales por alguna de estas conductas, aunque no lo haremos) y que un endurecimiento y ampliación de los tipos penales sea la forma más adecuada de prevenir muchas de estas conductas, máxime cuando el interés del derecho penal en la materia se ha volcado claramente en la faceta económica de los derechos infringidos, dejando bastante de lado la personal o moral, en una decisión, cuando menos, discutible en algunos de sus aspectos²¹.

A. Delitos contra la propiedad intelectual

1. El anterior párrafo segundo del artículo 270 CP, relativo a la importación, exportación o almacenamiento intencionados y no autorizados de obras, producciones o ejecuciones, pasa a ser el número 2 del artículo, con el siguiente tenor:

21 Especialmente en relación con los derechos de autor o de propiedad intelectual, la doctrina estaba dividida acerca de la cuestión de qué faceta se protegía (exclusiva o prioritariamente) en los tipos del CP anterior (el de 1944/73) y cuál debía protegerse. Mi opinión al respecto (se protegían ambos aspectos, aunque con contradicciones al dar primacía a uno u otro, y debía atenderse a la faceta personal en una futura regulación, restringiendo a los casos más graves la protección de la patrimonial) puede verse en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. ADPCP 1990, 817 ss.; EJB, III, 1995, 3578. Existe acuerdo, como queda dicho, en que los tipos penales actuales poseen carácter patrimonial (personalmente me manifiesto en tal sentido en EPB, 2002, 423 ss.).

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la debida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquellos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

Parece obvio que el legislador, en contra del criterio sentado por la importante STS 2-4-2001 (RJ 2926), a la que me referiré más adelante, y precisamente para evitar que se consagre su doctrina, ha decidido tipificar expresamente el supuesto de importación de productos “lícitos” y no “piratas” desde fuera del ámbito comunitario (“importación paralela”). El tenor del precepto no deja lugar a dudas. Sólo subsisten las concernientes a si el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, el bien jurídico protegido en estos delitos, y el principio de proporcionalidad, a los que aludía la STS citada, aconsejan esta importante reforma, que, por lo demás, viene a afianzar (si bien, precisamente porque la menciona, podría decirse que creía las importaciones paralelas fuera del precepto o consideraba dudosa su inclusión en él) la interpretación de un relevante sector doctrinal respecto del actual artículo 270 CP, quitándole la razón al contrario. Que el legislador tercié así en una polémica doctrinal aún muy abierta no suele ser muy aconsejable, si bien en este caso hay que reconocer que al menos aporta claridad al precepto legal. Es evidente que la reforma no ha transcurrido tampoco por la vía intermedia que he apuntaré más adelante, pues dedicaré un espacio a las importaciones paralelas, aunque ahora el tema quede resuelto legalmente.

2. Experimenta una ampliación la conducta típica del actual párrafo tercero del artículo 270 CP, cuyo objeto en el número 3 de ese artículo no lo constituyen ya sólo, como sucedía anteriormente, los dispositivos técnicos protectores de programas de ordenador:

Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Como resulta fácilmente comprensible, la ampliación del precepto se debe a que la alarma que en determinados círculos (compañías de *software* especialmente) existía respecto de la copia ilícita de programas de ordenador se ha extendido a otros sectores (compañías discográficas, de juegos de videoconsolas –en los que cabe plantear si lite-

ralmente podrían considerarse programas de ordenador²²–, autores, intérpretes –aunque sin tanta unanimidad–, etc.), por lo generalizado de las copias piratas de discos, juegos, etc. Y, por ello, el legislador ha anticipado las barreras penales de protección a estos supuestos de actos preparatorios, lo que resulta al menos discutible.

Podría plantearse la cuestión de si el precepto abarca los casos en que el mecanismo de protección que se neutraliza o suprime consiste en que el lector del soporte no admite copias piratas (caso de algunas videoconsolas) y no en un sistema sobre la propia copia. Parece que sí, pues los dispositivos técnicos siguen teniendo como fin proteger los programas, obras, etc.²³.

3. En el tipo agravado del artículo 271 CP, la anterior letra b, que recogía la circunstancia de “que el daño causado revista especial gravedad” (única que se tenía en cuenta junto con la de la letra a: “Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica”, que se mantiene en la reforma), se sustituye por lo siguiente: “b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados. c) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual. d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos”.

Con el nuevo contenido de la letra b seguramente se ha pretendido, junto a la evidente igualación de los artículos 271 y 276 CP, una mayor concreción, aunque tampoco se ha logrado mucha, si bien es verdad que “el valor de los objetos” apunta más claramente –aunque por sí solo no indubitadamente– al contenido patrimonial. Las otras circunstancias son comunes en la reforma también para otros tipos de delito (y su discusión excede las posibilidades de este trabajo) y pretenden reforzar el combate contra la delincuencia organizada, que es una realidad criminológica (aunque la previsión no está exenta de problemas, como los que suponen las relaciones concursales con los delitos de asociaciones ilícitas), y la protección de los menores frente a su explotación.

4. Desparece el último párrafo actual del citado artículo 271 CP, relativo a la potestad del juez o tribunal para decretar el cierre temporal (por un máximo de cinco años) o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. Con esta supresión se supera la anterior contradicción con la disposición general del segundo párrafo del artículo 288, disposición común para los delitos del capítulo XI (relativos a la propiedad inte-

22 Sobre los juegos de ordenador o de vídeo y su protección desde la perspectiva de la propiedad intelectual, v., por ejemplo (antes del CP 1995 y en perspectiva comparada), BUSCH. *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania. Análisis de derecho comparado. Perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*, 1995, 119 ss.

23 A los chips que permiten usar copias piratas se refiere por ejemplo la SAP Madrid 2-3-2001 (JUR 149842), si bien no analiza aisladamente la conducta de su tenencia, pues en los hechos además se pirateaban CD.

lectual e industrial, al mercado y a los consumidores) del título XIII (delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico) del Libro II CP, que se mantiene en la reforma y establece, de forma más amplia a la que disponía el artículo 271 anterior, que “el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 129 del presente Código” (es decir, no sólo el cierre –clausura, en la terminología del artículo 129 CP– temporal o definitivo)²⁴.

Pero la supresión del número 2 del artículo 272 posee aún mayor trascendencia, en la medida en que la consecuencia accesoria podrá establecerse en relación con cualquier delito contra la propiedad intelectual (e industrial) y no sólo respecto de la actual figura agravada, si bien es cierto que entre las circunstancias del caso que el juez o tribunal podrá tener en consideración a la hora de decidir imponerla cabe la de la gravedad del supuesto.

Sorprende en este punto que el legislador no haya aprovechado la reforma para acabar con otra contradicción, quizá de menor relevancia que la anterior, existente entre los dispuesto en el artículo 272.2 (“En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial”) y en el primer párrafo del artículo 288 CP (“En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado”), ambos mantenidos en la reforma. Es obvio que, al menos en lo que se refiere a la publicación en periódicos oficiales, existe contradicción, sobre todo por el carácter potestativo con que aparece en el primer precepto e imperativo en el segundo (además de la referencia a “un” y a “los” periódicos oficiales, y de que en el primero se aluda a la sentencia condenatoria y en el segundo sólo a la sentencia, si bien, cuando se refiere a la reproducción en otro medio de comunicación, establece que debe ser a solicitud del perjudicado y a costa del condenado, lo que indica que la sentencia debe haber sido condenatoria, al menos para ese supuesto)²⁵.

24 Esta contradicción era habitualmente denunciada por la doctrina (v., por todos, VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dir.) MORALES PRATS (coord.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3.ª ed., 2002, 895 ss. Personalmente me he pronunciado a favor de la aplicación preferente del art. 271 CP, en virtud de su carácter más específico y restrictivo, sin que ello suponga que lo considerara la solución preferible de *lege ferenda* (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. EPB, 2002, 432). En cualquier caso, me parece positivo que el legislador haya acabado con la falta de congruencia.

25 También de esta incongruencia se hace eco la doctrina: por todos, QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.). *Comentarios PE*, 2002, 804 ss.; VALLE MUÑIZ, en la misma obra, 895. Personalmente he apuntado la aplicación preferente, por su carácter más específico, del art. 272.2, si bien haciendo notar que la cuestión no es pacífica y que existen argumentos a favor de la aplicación del primer párrafo del art. 288 CP (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. EPB, 2002, 432). Añado ahora que es pensable incluso una combinación parcial de los dos preceptos (para posibilitar, en todo caso, la publicación en otro medio de comunicación). De cualquier modo, la falta de congruencia es censurable.

B. Delitos contra la propiedad industrial

1. El artículo 274 CP experimenta varias adiciones. En primer lugar, su número 1 anterior, referente a conductas relacionadas con signos distintivos de productos, servicios, actividades o establecimientos, se completa así: “Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento”. No reiteraré aquí la explicación ofrecida para la reforma del párrafo segundo del artículo 270.

2. Se añaden dos números más al artículo 274 CP. El n.º 3 reza:

Será castigado con la misma pena quien, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales.

Y el nuevo n.º 4 del artículo 274 CP establece:

Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.

Se pretende cubrir así la posible laguna referente a la protección penal de obtenciones vegetales, que son variedades comerciales cuyo régimen jurídico, contenido básicamente en la Ley 3/2000, del 7 de enero, modificada por Ley 3/2002, del 12 de marzo, es similar al de la propiedad industrial²⁶.

3. Resulta ampliado el anterior tipo cualificado del artículo 276.1 CP, transformándose sus anteriores causas de agravación (que los delitos de los artículos anteriores “revisitan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a

26 Constatava la laguna, por ejemplo, GUINARTE CABADA. ADI, XVI (1994-95), 892 s. Sin embargo, PORTELLANO DÍEZ. CPC 60 (1996), 642 ss., sostenía, con argumentos, la tipicidad de los ataques a derechos sobre obtenciones vegetales. A veces, junto a las obtenciones vegetales, se señala que quedan fuera de la protección penal las llamadas patentes biológicas (así, por ejemplo, CASTIÑEIRA PALOU. “Los delitos contra la propiedad industrial”, en ASÚA BATARRITA [ed.], *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, 1998, 152).

la especial importancia de los perjuicios ocasionados”) en las siguientes (en el nuevo precepto que ya no posee dos números):

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de los derechos de propiedad industrial.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.

No añadiré nada a lo señalado en relación con la reforma del artículo 271.1 CP, pues ambos preceptos quedan igualados en la reforma.

4. Desaparece, por fin, el segundo número del actual artículo 276, referente a la potestad del juez para decretar el cierre temporal (por un máximo de cinco años) o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. Me remito aquí a lo señalado en relación con el artículo 271.2 CP.

C. Disposiciones comunes

En los anteriores y en los actuales artículos 287 y 288 CP, que constituyen la sección 4.^a del capítulo XI referido, se contienen “disposiciones comunes a las secciones anteriores”, es decir, entre otras, a la 1.^a y 2.^a, que contienen los delitos que nos ocupan. La reforma no modifica el artículo 288, relativo a la publicación de la sentencia y a la posibilidad de establecer consecuencias accesorias del artículo 129 CP, aunque ya me he referido a la supresión del último párrafo del artículo 271 y del artículo 276.2 para evitar contradicciones con el segundo y último párrafo del artículo 288, y al mantenimiento en la reforma de la incongruencia entre el artículo 272.2 y el primer párrafo del artículo 288 CP.

La versión anteriormente vigente del artículo 287 era esta:

1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.
2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

Se había venido interpretando que “los artículos anteriores” del capítulo eran todos y que, por lo tanto, los delitos que nos ocupan, como el resto de los que componen el capítulo, no eran perseguibles (salvo que concurriera alguna de las circunstancias del n.º 2) de oficio, constituyéndose, por lo tanto, como delitos semipúblicos.

Pues bien, una importante novedad de la reforma es que restringe el alcance del citado precepto a “los delitos previstos en la sección 3ª de este capítulo”, esto es, a los delitos “relativos al mercado y a los consumidores”, por lo que los delitos contra la propiedad intelectual e industrial pasan a (o vuelven a) ser delitos perseguibles de oficio, delitos claramente públicos. Esta reforma me parece acertada, pues no veo razones que hagan preferible dejar en manos del perjudicado su persecución, asimilándose así en la reforma su régimen al de la inmensa mayoría de los delitos patrimoniales. Quienes sostienen que el bien jurídico protegido en estos delitos es de carácter supraindividual podrían ver en esta reforma un refuerzo de sus tesis. Sin embargo, resulta fácil contestar que el hurto o la estafa afectan al patrimonio individual y, sin embargo, son perseguibles de oficio. Pese a ello, no puede descartarse que en la decisión legislativa que comentamos haya pesado la idea de la trascendencia socioeconómica de estos delitos (a “su repercusión en la vida económica y social” alude, como sabemos, la exposición de motivos de la LO 15/2003), que, sin duda, la tienen cada vez más, aunque ello no signifique que el bien jurídico sea un interés socioeconómico supraindividual.

IV. SELECCIÓN DE CUESTIONES PRÁCTICAS

Quiero recordar simplemente aquí que lo que sigue es una selección de cuestiones planteadas en la realidad de los tribunales y que no pretendo en absoluto exhaustividad ni en el listado de cuestiones²⁷ ni mucho menos en la cita de resoluciones

27 Por poner sólo algunos ejemplos, podría incluirse la cuestión de la coautoría en algunos supuestos; así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 6-5-2002 (RJ 7341), aplica, en un supuesto de delito contra la propiedad industrial, una tesis cercana a la del dominio funcional del hecho: “Quédanos finalmente por resolver la denuncia contra la Sentencia de instancia que se contiene en el segundo motivo de casación donde, al amparo del art. 849.1º LECrim, se le reprocha haber incurrido en infracción, por aplicación indebida, de los arts. 28, 274.1, 363.2 y 389.1, todos del vigente CP. Un examen atento del desarrollo del motivo permite comprobar que la parte recurrente no cuestiona el juicio o juicios de subsunción en cuya virtud el Tribunal de instancia ha incardinado los hechos probados en los tipos delictivos descritos en los arts. 274.1, 363.2 y 389.1 CP, sino exclusivamente la imputación de los referidos delitos a este acusado en concepto de autor, lo que quiere decir que la única infracción legal que debemos examinar, en nuestra respuesta al segundo motivo, es la que se pretende producida con la aplicación del art. 28 CP. Aclarado esto, es llano que la respuesta tiene que ser desestimatoria a la luz de una declaración de hechos probados que, en un motivo de casación por corriente infracción de ley, debe ser escrupulosamente respetada. Si tenemos en cuenta que los dos acusados decidieron, es decir, se pusieron de acuerdo para elaborar mezclas de bebidas alcohólicas con la finalidad de venderlas en el mercado bajo la garantía de determinadas marcas y obtener así un beneficio económico, y que concretamente este acusado instruyó al otro sobre la forma de realizar las mezclas facilitándole las materias primas necesarias, inevitablemente tendremos que llegar a la conclusión de que los hechos delictivos fueron producto de un concierto, de un plan común y de un reparto de papeles que caracterizan como coautores a los dos acusados. Angel R. no sólo debe «ser considerado» autor de los delitos, de acuerdo con la cuidadosa dicción del art. 28 CP, por haber instigado a Antonio J. a ejecutarlos o por haber cooperado con él llevando a cabo actos imprescindibles para la ejecución, sino que «es» autor en tanto los hechos fueron realizados gracias a la acción concertada y conjunta de los dos, aunque esta conjunta realización precisase, como es habitual, una distribución de funciones en la que a este acusado Angel R. no correspondió, según el «factum» de la Sentencia recurrida, ni la confección material de las bebi-

judiciales, que se realiza casi siempre de forma ejemplificativa aludiendo a algunas recientes²⁸.

Por lo demás, se comprobará que muchas de las cuestiones mencionadas y de las resoluciones al respecto tienen que ver con los supuestos conocidos englobados bajo la denominación de “piratería” y con la distribución y venta de productos con infracción de los derechos correspondientes a marcas (“falsos productos de marca”), fenómenos verdaderamente crecientes en los últimos tiempos y muy alarmantes, según se afirma normalmente. Otra cosa sería comprobar la verdadera existencia de una conciencia social (a la que a veces aluden algunas sentencias) contraria a esos fenómenos, pues el número de consumidores de productos piratas y de marca falsos es amplio, así como lo es su extracción social. Pero esta cuestión excede con mucho los límites de este trabajo.

das adulteradas ni su venta en los establecimientos en que fueron finalmente ofrecidas al público. Esta Sala no considera, en consecuencia, que haya sido infringido el art. 28 CP, puesto en relación con los demás invocados en este motivo, al condenar al acusado Angel R. como autor de los delitos que han sido apreciados. Se rechaza el segundo motivo y con él queda desestimado el recurso en su integridad”. Con independencia de su aplicación a este caso concreto (en que no se detallan los elementos de ese dominio y ni siquiera se le da este nombre), puede verse mi opinión sobre esa construcción en diferentes trabajos míos, de los que citaré el más amplio: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en derecho penal*, 1991, 651 ss. O podríamos entrar en la cuestión que enuncia en el título de su reflexión BARRIO ANDRÉS. “¿Es posible una tutela penal para los nombres de dominio?”, en [www.delitosinformaticos.com/propiedadintelectual/tutela.shtml], o en la (suscitada a nivel internacional a raíz del éxito de Napster y los programas que le han sucedido) de la posible trascendencia penal en materia de propiedad intelectual de la transferencia de archivos (especialmente de música en formato MP3 o películas) *peer to peer* (“de amigo a amigo”, “de punto a punto”) (v., al respecto, por ejemplo y entre otros, ORTS BERENGUER y ROIG TORRES (redactora de esta parte). *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*, 2001, 95; resumidamente, sobre los delitos contra la propiedad intelectual y las nuevas tecnología, ORTS BERENGUER. “Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho penal”, en *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información. Perspectivas de derecho civil, procesal, penal e internacional privado*, 1998, 156 ss.; no sólo en relación con estos delitos, sino sobre la relación entre derecho penal y nuevas tecnologías, existen diversos trabajos; citaré a modo de ejemplo los reunidos en el volumen *Internet y derecho penal*. CDI, 2001, entre los cuales se halla el de QUINTERO OLIVARES “Internet y propiedad intelectual”, 367 ss.); esta materia, todavía poco tratada en los tribunales españoles, aunque algo más (si bien no muchísimo) en la doctrina, cobra enorme importancia internacional; aunque, como he dicho, no es objeto de este trabajo, señalaré que tiendo a pensar que, conforme a la ley española, no comete delito el usuario de las redes de intercambio.

- 28 No es fácil remitir a una obra exhaustiva de carácter “práctico” (aunque tampoco es fácil definir qué se entiende por tal). No lo es desde luego, en la materia que trata, el confesadamente orientado a la práctica libro de MORETÓN TOQUERO. *Delitos contra la propiedad intelectual*, 2002, aunque en su sección de jurisprudencia (71 ss.) se pueden encontrar resoluciones judiciales relativas a distintos problemas relacionados con los delitos contra la propiedad intelectual, por lo que me puedo remitir a esta parte del trabajo, especialmente en lo que afecta a temas que yo no menciono y advirtiendo que la sistemática elegida para esa exposición no es la que más me gusta. En otro sentido (en el de estar elaborados por profesionales a los que habitualmente se denomina “prácticos”), se pueden citar los trabajos de ORLANDO (13 ss.), FERNÁNDEZ (21 ss.), RODRÍGUEZ PADRÓN (37 ss.) y TORRES-DULCE LIFANTE (59 ss.), en CDJ 19 (1999), o los de TIRADO ESTRADA (810 ss. —especialmente dedicado a los problemas de aplicación de los delitos relativos a la propiedad intelectual—, 849 ss.), TARODO DE ECHENIQUE (869 ss.) y MALMIERCA LORENZO (885 ss.), en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal IV-2003.

A. Relación entre los delitos contra la propiedad intelectual y los delitos contra la propiedad industrial

Las resoluciones judiciales no dejan lugar a duda sobre el hecho de que una misma conducta puede encajar en un tipo de delito contra la propiedad intelectual y en uno contra la propiedad industrial (por ejemplo, se plagia, con ánimo de lucro y fines comerciales, un dibujo que es a la vez una creación artística y un signo registrado que se utiliza como marca de determinado producto, precisamente para la promoción de un producto de la misma clase). Algunas veces se señala esta posibilidad, sin decidir la cuestión concursal²⁹, porque no es objeto de la resolución (así, por ejemplo, Auto AP Madrid 21-10-2002, JUR 2003 90352). Y, cuando se entra en la cuestión, parece decidirse en el sentido de un concurso de leyes, que se resuelve acudiendo a las reglas de la alternatividad o la absorción (así, por ejemplo, SAP Madrid 11-7-2003, ARP 783)³⁰.

Esta solución puede apoyarse (como lo hace la sentencia últimamente citada) en la igualdad de pena entre unos y otros preceptos (en concreto, entre el artículo 270 y el 274 CP). Sin embargo, personalmente no considero descartable la apreciación (atendiendo, eso sí, a la configuración de cada concreto supuesto) de un concurso ideal de delitos³¹. Aunque no puedo detenerme aquí en fundamentar esta posibilidad (que no afirmo con rotundidad), hay datos que impiden desecharla: así, entre otros, el que los bienes jurídicos protegidos guardan semejanza pero no son idénticos y, desde luego, no está claro que uno abarque el otro (de hecho, el artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que “los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: [...] 2º. Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra”)³²; antes de la reforma por LO 15/2003, podía aducirse que, en los tipos

29 Igualmente se limita a señalar (como es lógico por el carácter de su trabajo) lo interesante de la cuestión VALEIJE ÁLVAREZ. “Observaciones sobre los delitos contra la propiedad intelectual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense* (Universidad de Vigo) (AFDO) 2002, 595. Y, si no me equivoco (porque el autor resuelva la cuestión en otro lugar), en una monografía tan amplia como la de MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, en la que el autor explica detenidamente y con razón que cabe concurrencia de ambos derechos (286 ss.) y anuncia la importancia de la cuestión para entender mejor después las relaciones concursales entre ambas clases de delitos (286), no la menciona en el apartado dedicado a “problemática concursal” (469 ss.).

30 Solución que difiere de la de concurso de delitos que la jurisprudencia da a la relación entre delito contra la propiedad intelectual y estafa, frente a una corriente que apreciaba concurso de leyes: v., al respecto, entre otros, VALEIJE ÁLVAREZ. AFDO 2002, 595; MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 469 ss.

31 La propone, al menos para algunos casos, por ejemplo, SORIANO SORIANO. “Los delitos contra la propiedad industrial”, en *Delitos socioeconómicos en el nuevo Código Penal*. CDJ 1996, 99 s.

32 No obstante, la cuestión es complicada y habría que matizarla mucho; v. respecto de la diferencia entre propiedad intelectual y propiedad industrial las atinadas (y relativizadoras de la distinción) observaciones de PAREDES CASTAÑÓN. *La protección penal de las patentes*, 2001, 27 ss., con ulteriores referencias. Con carácter más general, CASADO CERVIÑO. “Interrelación entre propiedad industrial y propiedad intelectual. Su tratamiento en la vigente legislación española”, en *Homenaje a H. Baylos. Estudios sobre derecho industrial*, 1992, 97 ss.

agravados de los artículos 271 y 276, los supuestos de agravación no eran idénticos siempre, lo que podría desequilibrar la relación de absorción (no tanto la de alternativa) mencionada en alguna resolución, si bien este argumento decae en la nueva redacción de los tipos agravados dada por la LO 15/2003, que resulta idéntica para los artículos 271 y 276³³.

B. Competencia

Aunque no se trata (igual que alguna de las otras mencionadas) de una cuestión de derecho penal material o sustantivo y, por tanto, resulta más alejada de mi especialidad, considero interesante realizar una referencia a la cuestión de la competencia judicial, que se plantea con alguna frecuencia. La mayoría de las resoluciones se refieren a delitos contra la propiedad industrial, pero alguna menciona también los delitos contra la propiedad intelectual.

Así, en relación con las conductas de importar que constituyen delitos contra la propiedad intelectual o la industrial, la cuestión de qué juzgado es competente cuando no coinciden la localidad por la que entra en España lo importado y aquella en la que se recibe, habiéndose decantado la jurisprudencia en el sentido de que el delito se consume con la recepción y es el juzgado correspondiente al lugar de recepción el que es competente: así, el auto del Tribunal Supremo (TS) 20-5-2003 (JUR 146166). Sin embargo, en un supuesto en que se importan objetos del extranjero con destino a una ciudad española, a la que no llegan, por ser interceptados en otra, el Auto TS 22-6-2002 (JUR 180961) considera competente al juzgado del lugar de interceptación:

El mencionado tipo de delito del art. 274.2 CP queda consumado desde el momento en que se inicia la posesión de esos objetos que infringen el derecho a la marca correspondientes. No hubo, desde luego, posesión inmediata por parte de la empresa destinataria en Torremolinos. Sólo una posesión mediata producida a través del consentimiento que esa empresa destinataria prestó a quien lo remitió desde Hong-Kong. Y la única conexión que esa posesión mediata tiene con el territorio español se produce con la llegada de la mercancía a Barajas (Madrid). Todo esto simplemente a efectos de resolver la presente cuestión de competencia. Así las cosas, aplicando al caso el art. 14.2º LECrim que señala como competente para la instrucción de las causas por delito al Juez de Instrucción del partido en que se hubiere cometido, estimamos que es competente para instruir el presente proceso penal el referido juzgado de Madrid, único lugar en

33 No me detendré en las relaciones concursales con otros delitos, pero, como he mencionado las de los dos grupos de delitos que aquí nos interesan más, señalaré también que en ocasiones se plantea la relación entre dos distintos del mismo grupo: así, en la SAP Granada 3-4-2000 (ARP 2424), entre los delitos contra la propiedad industrial de los artículos 274 y 275 CP, pronunciándose la citada sentencia por el concurso de leyes, resuelto en virtud de absorción (o, “si se quiere”, de subsidiariedad) en favor del primero de dichos preceptos.

territorio español donde puede entenderse cometido el delito contra la propiedad industrial que estamos examinando.³⁴

No obstante, como es lógico, al consumarse el tipo del artículo 274.2 CP con la mera posesión a sabiendas de los productos para su comercialización, es competente el juzgado correspondiente al lugar de esta posesión, aunque la distribución del producto se realice en otra ciudad apartada geográficamente de él (así, Auto TS 3-5-2001, RJ 3360)³⁵. Igualmente es competente el juzgado correspondiente a la localidad española desde la que se remiten efectos que se sospecha vulneran de modo típico derechos de propiedad industrial y no el de la localidad de recepción (Auto TS 19-12-2002, JUR 2003 16518).

En algún caso, se ha planteado si la competencia es de un juzgado de instrucción territorial o del Juzgado de Instrucción Central, recordando los requisitos generales. Así, el Auto TS 20-11-2001 (RJ 2002 3062):

De lo investigado no resultan indiciariamente acreditados ninguno de los tres presupuestos que permiten la atribución de la competencia a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, pues ni la conducta objeto de la denuncia afecta a la seguridad del tráfico mercantil, ni a la economía nacional ni a una generalidad de personas, criterios que conforme hemos señalado en reiteradas resoluciones han de ser interpretado restrictivamente y en función de la mayor facilidad en la investigación judicial.

Interesante es también el supuesto en que una marca se utiliza en una página web creada en un lugar, pero que afecta a una entidad con sede en otro. El Auto TS 18-4-2002 (RJ 4352) estima, creo que con razón, que el lugar de comisión (a efectos de competencia), es el de la creación de la página:

Sabido es que nuestra LECrim (art. 14), para solucionar las cuestiones penales de competencia territorial, utiliza como criterio único de carácter preferente el que tiene en consideración el lugar de comisión del delito, criterio que, en el caso presente y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal antes transcrito, nos obliga a determinar como Juzgado de Instrucción competente para conocer de las presentes actuaciones el núm. 5 de Málaga. Todo ello de acuerdo con la

34 En el mismo sentido, aduciendo que es en el lugar de interceptación “donde se han descubierto las pruebas materiales del supuesto delito”, el Auto TS 5-12-2002 (JUR 2003 16517).

35 En el Auto TS 8-10-2001 (RJ 2002 5660), la cuestión de competencia que se planteaba era diferente y dependía de que, en un supuesto en que se colocaban etiquetas y contraetiquetas falsas a botellas de vino en un lugar y se distribuía bajo una denominación de origen falsa en otro, el artículo aparentemente aplicable fuera el 274 o el 275 CP, pues para el caso de que lo sea el primero (como provisionalmente entiende el auto), el lugar de comisión sería el de envasado y adhesión de etiquetas, mientras que si lo es el segundo, sería el de utilización y distribución del producto.

minuciosa exposición remitida a esta sala por la magistrada titular del referido juzgado de Valencia. Nos parece claro que sea el juez de lugar donde se ha creado o diseñado la página «web» el que haya de conocer del posible delito contra la propiedad industrial del art. 274 CP, pese a que la entidad perjudicada cuyos derechos pudieran haberse visto afectados por estos hechos tenga su sede en Valencia: el Valencia Club de Fútbol SAD.³⁶

1. *Bien jurídico*

Parece que no cabe duda tampoco en la jurisprudencia de su contenido (fundamentalmente) patrimonial³⁷.

2. *Perjuicio*

El requisito del primer párrafo del artículo 270 de realizar las conductas típicas “en perjuicio de tercero”³⁸ es interpretado en ocasiones en el sentido de producción de un efectivo perjuicio. Así, la STS 2-10-2002 (RJ 9155) absuelve por no estar determinado el perjuicio típico al faltar también la determinación de titulares de derechos de propiedad intelectual perjudicados.

Sin embargo, la SAP Barcelona 30-7-2001 (RJ 714) y otras consideran que nos hallamos ante un “delito de tendencia” y que no es precisa la producción del resultado perjudicial³⁹, si bien con frecuencia se refieren a supuestos en que el perjuicio se ha producido.

Personalmente entiendo que interpretar el “en perjuicio” como simple intención de perjudicar ampliaría desmesuradamente el tipo (aunque lo restringiría también en algún sentido), por lo que descarto esta interpretación, pareciéndome preferible la de exigir perjuicio o, quizá mejor, como interpretación intermedia, la de exigir idoneidad objetiva de la conducta para perjudicar (en todo caso, claro, este elemento debe ser abarcado por el dolo). Esta última interpretación es asumida también en ocasiones por los tribunales, como, por ejemplo, en la SAP Córdoba 12-6-2002 (ARP 520)⁴⁰.

36 En el mismo sentido, Auto TS 22-7-2002 (JUR 2003 15192).

37 Así, por ejemplo, SAP Vizcaya 14-4-1998 (ARP 1923), SAP La Coruña 24-12-1998 (ARP 5914); SAP Barcelona 30-7-2001 (ARP 714); SAP Sevilla 5-11-2002 (ARP 743), que, sin embargo, considera que “el objeto jurídico es el derecho del autor, mal denominado derecho de propiedad intelectual”.

38 Sobre las diversas posibilidades interpretativas, v., resumidamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. EPB, 2002, 429.

39 Por ejemplo, SAP Sevilla 5-11-2002 (RJ 743) (ni perjuicio ni lucro).

40 Más adelante mencionaré brevemente la posibilidad de que no se aprecie el tipo por la insignificancia del perjuicio.

3. *Las importaciones paralelas*

Una cuestión especialmente interesante han supuesto las llamadas “importaciones paralelas”⁴¹, que se plantea principalmente en relación con fonogramas: por ejemplo, el titular del derecho de explotación exclusiva de una obra discográfica cede a un tercero, con autorización del autor, los derechos de distribución para países ajenos a la Comunidad Europea, tercero que la distribuye en esos países a precio inferior al que fija el distribuidor en España (hasta aquí todo lícito). Pero el cesionario u otra persona adquieren ejemplares en el mercado extracomunitario a precios más baratos y, sin la autorización del derecho de distribución en España (derecho que, según la LPI, se agota sólo respecto de los ejemplares vendidos en la Unión Europea, por lo que es lícito importar de un estado miembro de la Unión), los introducen en nuestro país para venderlos (a menor precio).

Como hemos visto, la LO 15/2003 ha resuelto expresamente la cuestión pronunciándose por la tipicidad de esas importaciones. Sin embargo, creo que no es ocioso resumir brevemente aquí la discusión anterior, una de las más relevantes en la materia, por su propia importancia, por la trascendencia que pueda tener para el derecho comparado y para que pueda juzgarse mejor si la decisión legal es la más acertada.

En este punto resulta crucial la STS 2-4-2001 (RJ 2926)⁴², que considera ilícita, pero no penalmente típica, la importación paralela, al entender que el segundo párrafo del artículo 270 CP, en su redacción original, abarcaba sólo la importación de copias ilícitas o “piratas”, argumentando: que el citado párrafo se refería a “dichas obras”, es decir, las del párrafo primero, que serían las ilícitas; que la referencia a la autorización en ese párrafo segundo no era óbice para esta interpretación, pues, aunque las copias sean ilícitas, el titular de los derechos podría renunciar a ellos después y consentir la importación; que, suponiendo la existencia de daño patrimonial, difícilmente se podría imputar éste al importador, pues el supuesto daño es el que produce la competencia comercial derivada de los precios inferiores que los propios productores han fijado para el mercado extracomunitario⁴³; que el principio de proporcionalidad indica que no poseen el mismo contenido criminal la acción de importar copias procedentes de la usurpación de derechos intelectuales que la (menos disvaliosa) de importar copias compradas legalmente al precio fijado en el mercado extracomunitario; que el bien

41 Sobre ella, ampliamente, recogiendo toda la discusión doctrinal y la STS en que nos vamos a fijar, y con múltiples referencias (que renuncio a repetir), MIRÓ LLINARES. *La protección penal de la propiedad intelectual*, 2003, 408 ss.

42 Que de manera casi inmediata dio lugar al comentario laudatorio de MORENO Y BRAVO. “Protección penal de la propiedad intelectual: la importación paralela de fonogramas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 484 (3-5-2001), 1 ss.

43 He aquí una manifestación, si no de una contemplación víctima-dogmática dura, sí al menos de la doctrina de la no imputación objetiva del resultado al autor como consecuencia del comportamiento de la víctima, tan cara al ponente de esta interesante sentencia, BACIGALUPO ZAPATER.

jurídico protegido no son los precios de venta de las reproducciones de la obra ni el delito persigue limitar la competencia, sino preservar el derecho de exclusividad en la explotación: sólo lo último corresponde al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, por mucho que lo primero pueda ser protegido por otros sectores del ordenamiento.

Los argumentos de la sentencia coinciden en parte (algunos son nuevos) con los de un importante sector doctrinal, aunque chocan con los del también muy relevante sector contrario, que entendía que la ley no distinguía entre dos formas de importación (y, cuando quiere hacerlo, lo hace expresamente, como sucedía en el artículo 534 bis b.2 a CP 1944/73, que hablaba de “copias ilícitas”), que “dichas obras” se refería a la “obra literaria, artística, etc.”, pues lo que resulta ilícito es la acción y no la obra intelectual, además de que las conductas del primer párrafo del artículo 270 CP podían recaer sobre obras reproducidas lícitamente, que la autorización del segundo párrafo no se podía referir a copias procedentes de una conducta delictiva, etc.

En mi opinión, que no puedo detallar aquí, los argumentos no político-criminales que aporta la sentencia eran superables (en buena medida en el sentido del sector doctrinal contrario), y la importación paralela sí que afecta al bien jurídico protegido en el artículo 270, en concreto a algunas facultades reconocidas legalmente del derecho de distribución. E incluso podría pensarse que la afectación del citado bien jurídico es de suficiente entidad como para justificar la intervención del derecho penal. Sin embargo, lo que sí me plantea dudas es que la conducta sea de idéntico desvalor a la importación de copias ilícitas. Por ello y por la poca precisión del precepto, no es descabellada la apelación del tribunal *a quo* en el caso de la sentencia a una interpretación “*pro libertate*” (que, con incorrección terminológica, subsume en el principio “*in dubio pro reo*”). Pero tampoco la apelación del otro sector doctrinal a que donde la ley no distingue nosotros no debemos distinguir carecía de fundamento. Probablemente, *de lege lata* habría que sostener ya con la redacción original de 1995 la tipicidad de las importaciones paralelas, teniendo en cuenta en la determinación de la pena su menor desvalor, propugnando *de lege ferenda* que el tipo de la importación paralela esté conminado con una pena menor, lo que, desde luego, no ha sucedido en la LO 15/2003, que castiga el supuesto con igual pena (aunque, curiosamente, el que se refiera expresamente a él puede ser un indicio de que no estaba contemplado en la redacción anterior, si bien cabe interpretar que sí lo estaba pero de una forma no muy clara que habría venido a aclarar la reforma).

4. *Fotocopias en establecimientos*⁴⁴

En alguna ocasión no se aprecia delito cuando el responsable de un establecimiento hace fotocopias de obras a petición del público –concretos clientes– (no poniéndolas a disposición del público), por entender que se trata de copias para uso privado y resultar irrelevante que las haga el propio usuario o las encargue al responsable de un negocio de fotocopia⁴⁵. La interesante SAP Barcelona 13-3-2000 (ARP 291) es contraria a esa doctrina y cree que la cuestión ya no es tan polémica (sin embargo, sigue habiendo sentencias en la línea anterior):

Sobre el primer extremo, el problema pivota en torno a los límites del concepto de reproducción. El artículo 31.2 del texto de 1987 establece que las obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor cuando se realicen «para uso privado del copista, siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa», redacción que fue objeto de reforma por la insatisfacción del mensaje normativo, poco claro en cuanto a los conceptos de uso privado y utilización colectiva. En efecto, por copista tanto puede entenderse a quien realiza la copia como a aquel que simplemente solicita que le sea hecha, es decir, quien la encarga. En el primer caso, las empresas dedicadas a la reprografía no quedarían amparadas por el límite a la exclusiva de reproducción del titular del derecho de propiedad intelectual; y si bien es ésta la interpretación dominante en la actualidad, especialmente a raíz de la entrada en vigor del RD 1434/1992, que explícitamente se pronunciaba sobre el particular, negando el carácter de copia privada a las que se efectuaran en establecimientos abiertos al público con material apto para la reproducción, durante un importante período no fue así, sino que por copista se entendía a aquel que realizaba el encargo. Lo que llevó a las empresas de servicios de copistería a buscar una solución intermedia como la puesta a disposición del público de las máquinas fotocopadoras, de modo que en ningún caso pudiera imputarse la acción al titular o encargado de la empresa. El desconcierto de la medida también reclamó una solución legislativa que pusiera orden en el desconcierto jurídico y social, pues no debe olvidarse la

44 Similar es la problemática más reciente de copia de CD musicales, a la que no me referiré expresamente para no alargar más este (ya extenso) trabajo. Tampoco aludiré a la copia de programas de ordenador, sea en el disco duro o en otro soporte removible: en estos casos, se ha condenado por la copia realizada en establecimientos de informática cuando se observa que la misma excede de la recomendación a los clientes de la realización de una copia de seguridad (v., por ejemplo y entre otras, SAP Valencia 13-4-2000, ARP 1614). Problema más general es el de la protección penal de los programas informáticos. Sobre él, con ulteriores referencias, GÓMEZ MARTÍN. “La protección penal de los derechos de autor sobre programas informáticos: un ejemplo de la naturaleza patrimonialista de los delitos contra la propiedad intelectual en el CP de 1995”, en *Revista del Poder Judicial (RPI)* 66 (2002), 143 ss.

45 Así, por ejemplo, SAP Sevilla 26-12-1996 (v. el comentario a esta sentencia de MARTÍNEZ RUIZ. “La copia para uso privado, observada desde el artículo 270 del Código Penal. Especial referencia a la sentencia de 26 de diciembre de 1996, dictada por la Secc. 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla”, en *La Ley* 1997-5, 1897 ss.), SAP Valencia 19-12-2000 (JUR 2001 96227); SAP Castellón 27-2-2003 (ARP 320).

trascendencia que en ámbitos como el universitario y bachiller podía alcanzar cualquier tipo de solución. A ello, como se ha podido señalar, se sumaba un factor de complicación, cual era la autorización legal expresa a la reproducción por motivos de investigación, lo que provocó la especulación sobre si el estudio académico podía considerarse como tal.

Sin embargo, analiza el interesante problema de la posible existencia de un error sobre el elemento normativo “reproducción”, error que estima de tipo⁴⁶ e invencible, con lo que, de una manera muy inteligente y (al margen de la clase de error) razonable, llega a la absolución⁴⁷.

Otras veces no se entra en tantas disquisiciones y se condena por haberse encontrado copias de libros o apuntes universitarios en establecimiento⁴⁸. A veces encontramos mayor argumentación, como sucede en la SAP Asturias 5-7-2001 (JUR 281269):

Esta Sala, tras la detenida lectura de la resolución dictada, discrepa de la benévola tesis sustentada en la resolución recurrida, donde tras reconocer que su conducta encaja en las previsiones típicas del art. 270 del Código Penal, acordó la libre absolución por entender que en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal los hechos enjuiciados no han de ser objeto de sanción penal por no contar con suficiente relevancia, afirmando que el riesgo de que se produzca lesión al bien jurídico protegido es menor al tratarse de copias realizadas a petición de los clientes, no constando que en una misma ocasión se hayan realizado mas de una reproducción de un mismo ejemplar. Sin embargo tal postura no puede ser compartida, el art. 270 del Código Penal sanciona una serie de conductas que describe: reproducir, plagiar distribuir o comunicar, realizadas, en todo o en parte, de una obra literaria, artística o científica con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, públicamente y sin autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Tales circunstancias indudablemente confluyen en este caso, en el establecimiento «Servicio de Fotocopias Pidal», que explotaban los acusados, se realizaba el copiado de libros de forma indiscriminada, como una más de las tareas que habitualmente se llevaban a cabo en dicho establecimiento, que incluso se anunciaba de modo expreso con carteles situados en el local, por lo que no puede sostenerse que nos encontremos ante una actividad esporádica u ocasional, sino que de lo actuado se desprende que tal cometido presentaba

46 Cuestión compleja en la que aquí no puedo detenerme. Acerca del error sobre elementos normativos del tipo, v., entre otros, mi trabajo: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz* I, 1997, 657 ss.

47 Sin embargo antes había negado la existencia de cualquier clase de error en un supuesto similar la SAP Pontevedra 30-6-1999 (ARP 2814).

48 Así, por ejemplo, SAP Badajoz 4-6-1998 (ARP 2354).

las características de llevarse a cabo frecuentemente, sin que se cobrase a los cliente cantidades diferentes al importe de las copias realizadas, por derechos correspondientes de propiedad intelectual. Los acusados se lucraron de la actividad reproductora realizada de las obras, al destinarlas al público en general, causando el evidente perjuicio a los autores o a las personas a quien estos hubiesen transmitido sus facultades de reproducción y divulgación de los ejemplares, al no tener la consideración de reproducciones para el uso privado del copista las efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos y materiales para su realización, por lo que es procedente la revocación de la sentencia absolutoria dictada y en su lugar acordar la condena de los acusados como responsables de un delito contra la propiedad intelectual⁴⁹.

5. Alquiler o venta de vídeos, discos, etc. “piratas”⁵⁰

Normalmente se considera típica la conducta⁵¹, habiendo excepciones, como la de que los CD se presten a miembros de una asociación sin ánimo de lucro y fines culturales relacionados con la música con sede en el mismo local, por tiempo limitado y como derecho derivado del pago de su cuota social⁵², siempre y cuando una situación así no se pruebe claramente como de utilización de una tapadera⁵³. Otra excepción al castigo se da en algunas resoluciones judiciales cuando consideran que las copias vendidas (a menudo en mercadillos o rastrillos, aunque este dato no es determinante⁵⁴) son tan burdas⁵⁵

49 Interesante argumentación se halla en la ya citada SAP Córdoba 12-6-2002 (ARP 520), que, entre otras cosas, señala que se trata de “reproducción para el público” realizada en establecimiento público.

50 En relación con la piratería musical (no sólo en el supuesto del enunciado), v., por ejemplo, ARMENGOT VILLAPLANA. *La Ley 5670* (5-12-2002) (no me ha sido posible manejar el tomo anual correspondiente de esta revista, sino sólo su edición electrónica).

51 V., entre otras muchas, cuya cita, por su número, omito, SAP Barcelona 2-3-1998 (ARP 1469), SAP Vizcaya 14-4-1998 (ARP 1923), negando la existencia de error.

52 Así, SAP Salamanca 26-2-1998 (ARP 460), si bien la propia sentencia reconoce que los hechos infunden “cierta sospecha sobre su licitud”.

53 Como parece suceder en el supuesto de algunas sentencias: SAP Palencia 28-1-1998 (ARP 420), SAP Navarra 28-4-2000 (ARP 2408).

54 Así, la SAP Huesca 7-7-1998 (ARP 3626) condena a quien vende durante un año y medio copias de cintas originales.

55 Se podría relacionar esta cuestión con la de la capacidad de inducir a confusión que mencionaré más ampliamente al referirme a los delitos contra la propiedad industrial, pero, en mi opinión, hay que hacer una diferencia: en los casos de copias de CD, vídeos, etc., por burda que sea la copia, su contenido sigue siendo la obra artística original (las canciones, la película, etc.), mientras que en la oferta en el mercado de burdas imitaciones de productos de marcas prestigiosas no hay nada original. De ello no se deriva inmediatamente una consecuencia para el castigo o la impunidad de unas u otras conductas, pero puede que resulte menos evidente la insignificancia o inidoneidad, basada en el carácter burdo de la copia, para vulnerar los derechos correspondientes en el primer caso que en el segundo.

(y a menudo escasas⁵⁶) que es imposible produzcan perjuicio alguno a los titulares de los derechos (diferenciando a éstos de los consumidores)⁵⁷.

6. Tipo cualificado (art. 271 CP)

Me referiré aquí sólo a las cualificaciones existentes antes de la reforma por LO 15/2003, que son las que más problemas de precisión plantean. En relación con la especial gravedad del beneficio obtenido, la STS 19-5-2001 (RJ 9955) admite como tal (en un supuesto de emisiones televisivas parcialmente “piratas”) el de 6.331.686 pesetas (38.054,20 euros), cantidad declarada por el sujeto como IVA en el año de los hechos. La argumentación, que reproduzco, pone de manifiesto las dificultades para determinar este elemento de agravación (por mucho que niegue la pretensión del recurrente, apoyada en declaraciones doctrinales, de que el elemento es criticable desde el punto de vista del principio de legalidad) y, en todo caso, creo interesante reproducirla en este trabajo, dada su especial atención a la práctica, pues refleja algunos puntos que nuestro alto tribunal considera relevantes:

2. El artículo 271.a) que ha sido aplicado establece una agravación de la respuesta punitiva, cuando el beneficio obtenido alcanza especial transcendencia económica. Una vez más el legislador acude a conceptos indeterminados, en cuanto a la fijación de la pena a imponer y de la figura delictiva o modalidad agravada que se trata de aplicar. El concepto de transcendencia económica hay que fijarlo, en función de la repercusión externa que produce la cuantía de la defraudación producida en los intereses derivados de la titularidad de la propiedad intelectual. Es cierto que existen precedentes, en otras secciones del Código, en las que la pena se fija también en función del perjuicio económico ocasionado, debido al valor económico de la defraudación y a la entidad del perjuicio. Rechaza, como ya se ha dicho, que el valor de lo defraudado se mida en relación con la cantidad facturada por IVA ya que este concepto, engloba otros factores que le hacen inaplicable. Los cálculos se realizan también sobre el número de abonados que han resultado localizados y las cuotas mensuales que pagaban, así como la posibilidad de extender la captación de futuros consumidores, dado el atractivo precio que se ofrecía al no pagar ninguno de los derechos de autor y no tener que hacer frente a las sumas, que se hubieran podido solicitar por los titulares de los derechos para autorizar la emisión. 3. Es cierto que no se encuentran precedentes jurisprudenciales, en esta materia, que puedan servir de orientación para fijar el módulo que constituye la frontera a partir de la cual entra en juego la modalidad agravatoria, por lo que resulta obligado acudir a los baremos fijados por la abundante jurisprudencia, producida para estos casos en torno a los delitos de estafa y apropiación indebida. Quizá sería necesario que

56 Sobre todo en este caso podría apreciarse una aplicación del principio de insignificancia para excluir el tipo penal.

57 Así, por ejemplo, SAP Las Palmas 7-2-2001 (ARP 24).

estos valores, estuvieran sometidos a las fluctuaciones económicas que necesariamente influyen sobre estos factores, pero no nos parece descabellada la opción de la Sala sentenciadora de fijar la suma aproximada, del valor y transcendencia del beneficio económico obtenido, en torno a los seis millones de pesetas. Se trata de una suma que juega su papel valorativo en el marco de los beneficios que producen normalmente estos sectores de difusión, por lo que debemos tener en cuenta la especial gravedad del daño producido. [Pero, entonces, ¿no sería procedente acudir a la cualificación de la letra b del mismo artículo en su versión vigente en el momento de los hechos y la sentencia? Probablemente las dificultades para fijar esa gravedad serían similares.]

La SAP Sevilla 5-11-2002 (RJ 743) considera que se da el supuesto de la letra b del precepto por ascender los daños a 10.541.700 pesetas (63.356,89 euros), entendiéndolo, con apoyo en STS anteriores en materia de estafa y apropiación indebida, que el tipo agravado se da a partir de los dos millones de pesetas.

En la SAP Alicante 19-6-2001 (JUR 266645) se descarta la aplicación del tipo cualificado a unos acusados, por ascender los beneficios (o los daños, no queda claro cómo se conceptúan) a 486.000 pesetas (2.920,92 euros), mientras que sí lo aprecia para otros, por ser de 62.550.000 pesetas (375.933,07 euros).

En referencia al daño, tampoco estima que se dé el tipo agravado la SAP Barcelona 30-7-2001 (RJ 714), que aporta alguna fundamentación:

Son acogibles los argumentos que se exponen haciendo analogía con la agravante prevista para las defraudaciones, como lo son razones de mera proporcionalidad. Si partimos del principio de proporcionalidad de las penas a la gravedad del delito, que no es sino una manifestación del principio de legalidad, hemos de concluir que el plus punitivo del art. 271 del CP, tanto en la extensión de la pena privativa de libertad como en la inhabilitación profesional, exige un perjuicio mucho más grave que el de novecientas mil pesetas [que equivalen a 5.409,11 euros]⁵⁸.

7. Responsabilidad civil

En esta materia (de carácter civil y no penal), pondré simplemente de manifiesto que, aunque el tenor literal del art. 272.1 es clarísimo y remite a la Ley de Propiedad Intelectual para la determinación de la extensión de la responsabilidad civil, y el primer párrafo del art. 140 de ésta (texto refundido de 1996) establece que “el perjudicado podrá

58 La sentencia no admite la valoración del beneficio realizada en el escrito de acusación, que era de más de cuatro millones de pesetas (o sea, más de 24.040,48 euros), y sí sólo el daño citado que constaba en la sentencia del Juzgado de lo Penal.

optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación”, alguna sentencia todavía tiene que recordar este régimen, revocando la sentencia de instancia (v. SAP Barcelona 8-11-2001, JUR 2002 41032).

D. Propiedad industrial

1. Bien jurídico

En algunas resoluciones judiciales, se señala que el interés protegido es el de los consumidores, lo que, como ya he indicado, me parece, si no se dice más, incorrecto (así, por ejemplo, SAP Zaragoza 21-1-1997, ARP 22), si bien normalmente se introducen más matices, tomando (a menudo literalmente) la argumentación de la conocida STS 6-5-1992 (RJ 4314) (anterior por tanto a la vigencia del actual CP), para señalar que

el bien jurídico protegido por este delito, lo mismo que en aquellos otros supuestos de figuras penales relativas a la Propiedad Industrial, se encuentra en la necesidad económico-social de intervención del Estado a fin de promocionar el fomento de la investigación y el desarrollo tecnológico (preámbulo de la mencionada Ley de Patentes 11/1986), que exige favorecer la exclusividad no sólo en la utilización de los inventos, sino también en el uso de los signos distintivos de la empresa, para permitir así la correspondiente ganancia mercantil a quienes invierten sus bienes en el hallazgo de sus productos o en la mejora de su calidad,

Lo que resulta más correcto, añadiéndose que el favorecimiento de la exclusividad se fundamenta tanto en la protección de los consumidores como en la del titular del derecho (así, por ejemplo, SAP Las Palmas 9-1-2003, ARP 543), quedando la duda de si se apunta sólo a intereses que se protegen de manera más o menos indirecta o, como más bien da la impresión, a una doble dimensión del bien jurídico, que no comparto en esos términos (así, por ejemplo, SAP Pontevedra 13-10-1999, ARP 4513, que no deja lugar a dudas y cita doctrina científica, SAP Madrid 18-12-2000, JUR 2001 66261, o Auto AP Girona 29-4-2002, JUR 168244)⁵⁹.

Hay resoluciones que defienden claramente que el bien jurídico es la exclusividad del titular del derecho (v., por ejemplo, Auto AP Madrid 21-10-2002, JUR 2003 90352, discutible, sin embargo, en algunos aspectos, como lo demuestra el voto particular

⁵⁹ En el caso del art. 275 CP, referente a la utilización de denominación de origen o indicación geográfica indicativa de calidad, la SAP La Rioja 12-2-2003 (ARP 331) llega a hablar de tres bienes jurídicos: “el interés de las empresas y productores que las emplean para individualizar sus productos; el de los consumidores que reconocen en los productos que las portan unas determinadas cualidades; y, finalmente, el fin económico o social general, por cuanto que pueden constituir un valioso instrumento para contribuir al desarrollo económico”, si bien señala que confluyen en el de derecho exclusivo de uso.

al mismo) o que es un bien jurídico de carácter individual y patrimonial (así, muy claramente, SAP Barcelona 12-2-2201, JUR 147515, si bien me parece más discutible que precisamente de ese carácter individual se derive la perseguibilidad sólo mediante denuncia del agraviado que, como sabemos, establecía el CP hasta la reforma por LO 15/2003). Y son múltiples aquellas que señalan, sobre todo en materia de marcas, que el bien jurídico protegido son los derechos inherentes a la titularidad de la marca y no tanto los de los consumidores, si bien éstos alcanzan así una protección mediata⁶⁰ e indirecta, aunque a veces por ello se dice de modo un tanto confuso que no es la exclusividad lo que se protege, o, más correctamente, que éstos pueden servir de baremo para medir la capacidad lesiva de la conducta en relación con los derechos del titular (v., entre otras, SAP Barcelona 10-1-2002, JUR 95892, 2-4-2002, JUR 176222, 9-5-2002, JUR 222410, SAP Valencia 5-3-2002, ARP 389, si bien esta última insiste en la exigencia de un perjuicio para los consumidores).

2. *Algunas precisiones al tipo de artículo 273 CP*

Mencionaré solamente que, con razón, la jurisprudencia deja claro que no basta con el registro de un modelo de utilidad para que éste pueda ser objeto de la protección penal, sino que debe contener alguna novedad técnica inscrita como tal (así, por ejemplo, SAP Zaragoza 21-1-1997, ARP 22, si bien, apelando a la exigencia en la jurisprudencia del TS anterior al CP 1995 de la existencia de “repulsa social”), y que no basta para integrar el tipo que un sistema presente una mera similitud con otro patentado, menos aún si la mayor parte del sistema es parecido al de otros productores (por ejemplo, Auto AP Lleida 15-3-2001, JUR 140525, apelando al principio de fragmentariedad del derecho penal).

3. *Términos de la comparación en el artículo 274.1 CP*

Frente a una comparación de productos sin más, que no es determinante, lo que se ha de comparar son los signos y los sectores de actividad en que se utilizan:

En tal sentido, para determinar si una conducta tiene su encaje en el artículo 274.1 del Código Penal cuando se refiere a la utilización de un signo distintivo idéntico o confundible con el registrado, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se halla registrado, deben hacerse dos comparaciones: una, entre las características externas de las marcas o signos distintivos, para dilucidar si puede confundirse el registrado con el utilizado por la persona a la que se imputa el delito por su morfología, color, etc., lo que exige un análisis

60 En la doctrina, desde posturas que sostienen el carácter individual del bien jurídico, se habla sin embargo incluso de “bien jurídico mediato” para referirse a los intereses supraindividuales tenidos en cuenta por el legislador (MORENO Y BRAVO. *Delitos contra la propiedad industrial*, 1999, 44 ss.).

específico y detallado entre el signo distintivo amparado por el registro y el empleado en los productos, servicios o actividades discutidos; y otra, analizar si los concretos productos o servicios comercializados por el imputado están incluidos entre los relacionados en la certificación expedida por la Oficina de Marcas y Patentes como protegidos por el signo distintivo [Auto AP Madrid 21-10-2002, JUR 90352].

4. *Capacidad de producir confusión en compradores*

En multitud de resoluciones judiciales, relacionadas con la venta de productos imitando otros de marcas prestigiosas, se plantea la cuestión de si es exigible que los productos den lugar a confusión en los compradores, es decir, que éstos puedan creer que se trata de productos de la marca genuina. Mayoritariamente consideran los tribunales que es exigible la capacidad de inducir a error, haciéndolo a veces con apoyo incluso literal en STS anteriores a la vigencia del CP 1995, como la ya mencionada de 6-5-1992 (RJ 4314) o la anterior de 22-1-1988 (RJ 436), aunque no sólo ellas.

Anticipando mi opinión, considero acertada esta exigencia, aunque la razón de ser de la misma no resulta evidente, sino que requiere una explicación.

Así, como digo, la mayoría de las resoluciones exigen este requisito, utilizando diversos argumentos, no todos de igual peso: falta de repulsa social (retomando una exigencia de la jurisprudencia anterior al CP, hoy desde luego discutible), carácter fragmentario o de *ultima ratio* o principio de intervención mínima del derecho penal, principio de lesividad, imposibilidad de que los objetos sean de la marca original dadas las circunstancias de bajo precio, lugar donde se venden –muchas veces mercadillos o rastros–, doble dimensión individual y colectiva del bien jurídico, mención en la Ley de Propiedad Industrial de 1902 de los términos “confundan” (art. 134) y “confundiéndolos” (art. 138), carácter de signo o medio distintivo de la marca según la normativa reguladora, etc.⁶¹. En algunas de estas sentencias (por ejemplo SAP Las Palmas 9-1-2003, ARP 543) se concede que la venta en mercadillos a bajo precio pueda causar desprestigio a la marca, pero se entiende que ésta es una cuestión que debe solventarse en la jurisdicción civil a través del resarcimiento de daños, si procede. No me detendré ahora en el último problema, pero me gustaría apuntar que no es tan sencillo como parece, pues no es evidente que el daño provenga de los productos de la marca original dejados de vender (lucro cesante) a potenciales clientes que “se han pasado” a la falsa, porque precisamente la incapacidad de inducir a error hace que los clientes distinguan perfec-

61 Por ejemplo, en alguno o varios de estos sentidos: SAP Madrid 18-12-2002 (JUR 66261), SAP Baleares 28-9-2001 (JUR 328104), relativa a rótulo de establecimiento comercial, SAP Córdoba 7-12-2001 (JUR 2002 44598), SAP Valencia 25-1-2002 (JUR 87968), 5-3-2002 (ARP 389), que apunta en el sentido de las más certeras resoluciones a las que enseguida me referiré, aunque es más confusa, Auto AP Girona 29-4-2002 (JUR 168244), con mucha argumentación y cita de resoluciones judiciales, SAP La Rioja 3-12-2002 (JUR 43088), SAP Las Palmas 9-1-2003 (ARP 543), bastante prolíja en argumentos.

tamente y normalmente quien compra productos de la falsa raramente compraría de la genuina y viceversa. Más bien podría aducirse que, más que un desprestigio de la marca original en sí, lo que puede suceder es que, a través de su “popularización” por las imitaciones, algunos clientes dejen de usarla por temor a que no se les reconozca su exclusividad.

Sin embargo, en otras resoluciones no se alude a esta exigencia, pese a que en algunos casos se dan circunstancias semejantes (por ejemplo, venta en mercadillos a bajo precio⁶²), si bien en otros en realidad la capacidad de confusión es mayor (por ejemplo por venderse en tiendas que no se dedican precisamente a saldos u ofertarse a precio no tan bajo)⁶³.

Otras resoluciones, como el Auto AP Madrid 21-10-2002 (JUR 2003 90352), pretenden matizar:

Con los anteriores razonamientos, la puesta en peligro del bien jurídico protegido en cada uno de las referidas infracciones criminales –el derecho en exclusiva de explotación del titular– no dependerá tanto de aptitud del producto en cuestión para provocar error en el consumidor (que, como antes se dijo, en muchos casos serán los padres y no los niños a los que van dirigidos los juguetes), como de la trascendencia en cada caso de la infracción de los derechos de propiedad industrial o intelectual, derivada, entre otros factores, de la cuantía de los productos comercializados⁶⁴, del ámbito en el que se produce la comercialización (no es lo mismo la venta directa en mercadillos donde el público es consciente del posible origen irregular de los objetos expuestos en venta, o incluso en tiendas de pequeño tamaño, que en almacenes de venta al por mayor,

62 Hay resoluciones (sean absolutorias o condenatorias) en que la venta a bajo precio o a personas distintas de los distribuidores autorizados o la experiencia del sujeto se utiliza como prueba del conocimiento de los sujetos de que no se trataba de productos de las marcas originales. Obsérvese sin embargo que esto no contradice necesariamente la exigencia de capacidad de inducir a error a los compradores, siendo lo habitual que en estos casos los imputados son quienes compran a otros para ofrecer luego en el comercio (por ello, a veces se les absuelve, pese a afirmar ese conocimiento, porque resulta que no inducen a error los productos cuando los ponen a la venta). V., por ejemplo, SAP Jaén 4-3-2001 (ARP 2002 234), SAP Valencia 5-3-2002 (ARP 389), SAP Lugo 9-12-2002 (JUR 2003 64329).

63 V., por ejemplo, STS 20-10-2000 (RJ 8074), SAP Málaga 19-10-2001 (JUR 2002 30805), referente a venta en tienda en que me da la impresión de que la capacidad de inducir a error era mayor, 18-7-2002 (246032), SAP Jaén 4-3-2001 (ARP 2002 234). MOSCARDÓ. “Delitos relativos a la propiedad industrial”, en *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial. Manual II, Expansión*, 1999, 212 ss. considera que el art. “274 del Código Penal supone la superación de la doctrina del error del consumidor” (214) y se extraña de que en publicaciones y resoluciones se vuelva a ella.

64 Aunque no se refiere exactamente a lo mismo, niega con razón que la exigencia de “fines industriales y comerciales” suponga comercialización a gran escala la SAP Barcelona 5-10-2001 (JUR 2002 85), si bien habría que apuntar que, en algún caso, el principio de insignificancia podría operar para excluir la tipicidad.

como del que es titular el imputado), o de las propias características del signo distintivo falsificado⁶⁵.

La explicación, en mi opinión, más correcta, se aproxima a la que ofrecen (a veces junto a otros argumentos) diferentes sentencias, frecuentemente, por cierto, de la AP Barcelona; así, por ejemplo, la de esta audiencia, de 9-5-2002 (JUR 2002 95892)⁶⁶:

Sentado lo anterior, sin embargo, no cabe efectuar una interpretación del artículo 274 CP aún más expansiva de lo que su tenor literal posible, a la vista de lo que la legislación sectorial tutela, permite. Cuando el precepto se refiere a la imitación, reproducción, etc o de cualquier modo, utilización de signos distintivos (en este caso marcas) iguales o confundibles con el de su legítimo titular, para la distinción (lógicamente en el mercado) de productos iguales o similares está identificando dos tipos de supuestos con absoluta nitidez. Aquellos en los que la marca, sin ser idéntica, por sus características permite inducir a error sobre ella y, por tanto, sobre las cualidades del producto que trata de adquirirse; y, por otra parte, aquellos en que siendo exactamente igual a la marca legalmente registrada se utiliza para la distinción de productos idénticos o similares, es decir; de la misma especie, de modo que pueda inducirse a error al consumidor sobre la pertenencia del producto a la marca. En ambos casos se recurre a la capacidad de confusión en el consumidor o, lo que es lo mismo, al riesgo potencial en la realización de los derechos derivados de la marca. Porque, en definitiva, aunque sea el consumidor el patrón de medición empleado, lo es a los exclusivos fines de contrastar la peligrosidad de la conducta para los derechos derivados del registro o utilización conforme a las disposiciones legales de la marca. Y, en esta lógica, no tiene cabida la subsunción en el precepto de productos simplemente falsificados cuando dicha falsificación, por las condiciones que rodean al producto sea incapaz de manifestar una vinculación entre éste y el signo distintivo o marca utilizado.

O, dicho de otro modo, la exigencia no se basa en que el bien jurídico protegido sean los intereses de los consumidores, sino en que, si no se produce el riesgo de confusión, es porque el derecho exclusivo del titular a identificar sus productos y servicios distinguiéndolos de otros no ha sido vulnerado. Este razonamiento podría encontrar apoyo incluso (aunque el argumento no me parece evidente) en el tenor literal del artículo 274.1 CP: “[...] utilice [...] para distinguir”⁶⁷.

65 V., sin embargo, el voto particular a este auto.

66 V. también, entre otras recientes, las SAP Barcelona 10-1-2002 (JUR 95892), 2-4-2002 (JUR 176222).

67 Utiliza este argumento SEGURA GARCÍA. RGD 630 (1997), 2278; en DEL ROSAL BLASCO (ed.). *Estudios*, 1997, 239; *Empresa y derecho penal*, II. CDJ 1998, 1999, 42, en una línea argumental coincidente con la señalada (2278 s., 239 ss.; 42 ss.).

Evidentemente, para que se dé la idoneidad para producir confusión no es necesaria una identidad absoluta entre los signos (“idéntico o confundible”) ni tampoco entre los productos ni la clase de productos (“idénticos o similares”⁶⁸) (v., por ejemplo, SAP Madrid 11-7-2003, ARP 783).

5. *Marcas notorias (no registradas)*

Un interesante problema planteado ante los tribunales es el de si el artículo 274 CP otorga protección a las llamadas “marcas notorias”⁶⁹. La cuestión parece haber quedado zanjada claramente, en mi opinión, en el sentido correcto y adecuado al claro tenor del precepto, en la STS 2-6-1998 (RJ 8283), en el sentido de que no es suficiente con el carácter notorio de la marca, sino que es preciso el registro:

La nueva redacción del tipo penal, sin embargo, requiere que se trate de un «derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas», es decir, según lo establecido en la Ley 32/1988, de 10 noviembre. Por tal motivo se plantea la cuestión de si la protección penal alcanza a las llamadas «marcas notorias», como parecen ser las falsificadas por los acusados, que están previstas en el artículo 3.2 de esta ley. Se trata, según esta disposición, de marcas conocidas en España con notoriedad con anterioridad a su registro. Pero, la protección legal de estas marcas, se limita, en la Ley 32/1988⁷⁰, a conceder a los «sectores interesados» una acción judicial para reclamar la anulación del registro de una marca para productos idénticos o similares «que pueda crear confusión con la marca notoria» (artículo 3.2). De ello se deduce que la protección legal de las marcas notorias no es equivalente a la que se dispensa a las marcas registradas, pues sólo acuerda al perjudicado un derecho a regularizar registralmente su situación. Por tal razón las marcas notorias no pueden ser equiparadas a los efectos del artículo 274.1 CP a las marcas registradas. La extensión del tipo a tales marcas sólo sería posible vulnerando el principio de legalidad (artículo 25.1 Constitución española).

68 Lo cual no quiere decir, como sabemos, que baste cualquier semejanza, no sólo en el tipo de productos, servicios, etc., a lo que se refiere directamente el pasaje citado del art. 274, sino tampoco entre los concretos productos, pues habrá incluso casos en que, siendo idénticos o casi idénticos, otras circunstancias hagan imposible la confusión, pero también a la inversa. En el tipo del art. 275 sucede algo similar, de modo que parece correcta la confirmación de la condena por la SAP Valencia 24-5-2001 (JUR 265383) a quien con una pegatina que pone “fabricado en Jijona” tapa las palabras que indicaban que se trataba de turrón duro de cacahuete (no de almendra y sin la denominación de Gijona, aunque estuviera hecho en esa localidad).

69 V., por ejemplo, SEGURA GARCÍA. RGD 630 (1997), 2273 ss.; en DEL ROSAL BLASCO (ed.). *Estudios*, 1997, 232 ss.; *Empresa y derecho penal*, II. CDJ 1998, 1999, 34 ss., considerando que debería haberse hecho una excepción a la exigencia de registro en el ámbito de la marca notoria no registrada.

70 La cuestión no ha cambiado en la vigente Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

La sentencia señala con razón que, no obstante, la falsificación de marcas notorias puede ser parte del engaño propio de una estafa (como en el caso de autos), quedando protegidas penalmente en esa medida. Esta doctrina es reiterada en sentencias de tribunales inferiores, a menudo con cita de la mencionada⁷¹.

6. *Insuficiencia de la fotocopia simple como prueba del registro*

Aplicando una doctrina general para diversos delitos (y con cita de STS no específicamente relacionadas con delitos contra la propiedad industrial), la SAP Asturias 19-3-2002 (ARP 317) nos recuerda que para que exista el delito es fundamental el registro, pero para probarlo no vale la fotocopia simple.

7. *Prueba del dolo*

Aunque se refiere a un elemento subjetivo específico, como es el ánimo de defraudar, cuya exigencia me parece muy discutible, pues no se pide expresamente en el artículo 274 CP, que habla simplemente de “fines industriales o comerciales”⁷², nos puede servir de ejemplo de circunstancias que los tribunales toman en consideración para la prueba del dolo en ese delito la SAP Málaga 10-11-1998 (ARP 5769):

a) la forma irregular de adquirir las prendas fraudulentas a sendos individuos de nacionalidad portuguesa que traían del país vecino el género procedente de las marcas prestigiosas intervenidas (Lacoste, Lewis, Burberrys, etc.), b) la ausencia de acreditación por tales individuos del carácter legítimo u original de las prendas que le fueron intervenidas, c) la falta de documentación de las operaciones de adquisición o compra de tales productos (no se aportó factura legítima o de otra clase alguna), y d) la condición de profesionales de comercio de los acusados, quienes por dicha razón debían conocer no sólo la calidad de los productos de imitación que adquirirían en contraste con los originales de tales marcas, sino también el precio de mercado de unos y otros; y, de otra parte, porque la participación punible del coacusado Manuel C. M. en los hechos enjuiciados queda inequívocamente acreditada no sólo por el hecho objetivo de que fuera él quien recibió a los vendedores portugueses, firmando el cheque

71 Sólo a modo de ejemplo: SAP Las Palmas 9-1-2003 (ARP 543); S Juzgado de lo Penal n.º 4 Canarias, Santa Cruz de Tenerife 28-2-2003 (JUR 47071), aunque no habla expresamente de marcas notorias (a veces se apela a la notoriedad de la patente o marca para reforzar la existencia de dolo, pero se insiste en la importancia del registro: SAP Madrid 11-7-2003, ARP 783). V. también, aplaudiendo la STS citada, MORENO Y BRAVO, *Delitos contra la propiedad industrial*, 1999, 58 ss. (con ulteriores reflexiones y citas sobre la cuestión).

72 En alguna resolución judicial la exigencia de ánimo de perjudicar se deduce de considerar que el tipo exige un perjuicio efectivo, lo que, desde luego, no se deriva de su tenor: v. SAP Valencia 5-3-2002 (ARP 389). Recuérdese además lo dicho respecto de los elementos tomados como prueba del conocimiento por algunas sentencias sin que ello prejuzgue la idoneidad para provocar error en el comprador del producto.

al portador intervenido para abonar la mercancía fraudulenta adquirida, sino también porque de manera indirecta lo reconoció al manifestar que a veces compraba a los portugueses y que tenía facturas de ello, siendo el propietario del local donde se encontraban las prendas intervenidas y usuario del teléfono allí instalado (es de destacar al respecto la transcripción de las cintas fruto de la intervención de las comunicaciones telefónicas acordadas judicialmente)⁷³.

8. *Responsabilidad civil*

Aunque no se trata de una cuestión de naturaleza penal, me parece interesante consignar aquí lo que en materia de responsabilidad civil (según la terminología habitual, pero no muy correcta) derivada de delito establece la SAP Barcelona 18-2-2002 (JUR 97127):

Alega la recurrente como segundo motivo de impugnación del de infracción de precepto legal referido a la indebida aplicación del artículo 116 del Código Penal. La alegación formulada por la apelante se refiere en realidad a la prueba de los daños y perjuicios causados a la denunciante. El motivo ha de prosperar. En efecto la resolución recurrida se basa para fijar la indemnización debida en el informe pericial obrante a los folios 154 y ss., emitido por el organismo antes citado. Sin embargo analizado dicho informe observamos que en el mismo se distinguen dos tipos de perjuicios, que el perito denomina ‘tangibles’ e ‘intangibles’. Los primeros vendrían determinados por el lucro cesante, ‘perdida potencial’ en palabras del informe, por las prendas que el denunciante habría dejado de vender que el propio perito cifra en un número igual al de las prendas intervenidas, 907. Sin embargo el presupuesto de la pericia es erróneo en tanto que no resulta en absoluto probado que el titular de una marca deje de vender tantos productos como productos imitados se hayan efectivamente comercializado, en tanto que en la decisión del consumidor influye significativamente el precio del producto así como otras circunstancias relativas a la distribución del mismo. Pero lo que es más relevante es que aun admitiendo aquel postulado, no se ha probado cuantos efectos pudo efectivamente vender el acusado. Si el razonamiento realizado por el perito expresa el supuesto lucro cesante del perjudicado por cada prenda vendida por el acusado, lo que no puede hacerse es el cálculo sobre el número de prendas ocupadas, como efectivamente se ha hecho. Igual conclusión alcanzamos respecto al segundo apartado referido a los

73 Las sentencias que se refieren a indicios suficientes para inferir el dolo son muchas. Citaré sólo, aparte de lo mencionado en el texto, la STS 31-10-2001 (RJ 9668): “El tribunal de instancia, tras el examen de la prueba practicada concluye afirmando, en el fundamento tercero, la inferencia sobre el elemento subjetivo del tipo penal declarando que adquirirían prendas de inferior calidad a las que añadían las etiquetas y signos distintivos de los productos Levis y los comercializaban bajo la apariencia de la marca, inferencia que es lógica y racional desde el análisis de la prueba y la intervención de los objetos y fornituras que se declara probado, destacando por su lógica la fundamentación de la sentencia contra la que en el recurso nada se alega”.

perjuicios ‘intangibles’ aquí el perito se refiere al daño causado al titular de la marca por cada prenda vendida por el acusado, debidos a la pérdida de prestigio en el mercado por la introducción en el mismo de productos identificados con la marca y de deficiente calidad. Sin embargo, de nuevo nos encontramos con que el perito realiza su estudio sobre el número de prendas intervenidas, pero no sobre el número de prendas efectivamente vendidas, que se desconoce. De esta forma, dado que en la propia pericial propuesta por la acusación se hace depender el importe de los daños del número de prendas vendidas, no habiéndose probado que ninguna lo fuera, debe deducirse que no se ha causado daño al denunciante. Debe revocarse la resolución recurrida dejándose por tanto sin efecto el pronunciamiento relativo a la pretensión civil formulada de la que el acusado ha de ser absuelto.

9. *Dstrucción de objetos pese a sentencia absolutoria*

Se recuerda que el que exista una sentencia penal absolutoria no impide en todo caso la destrucción de los efectos intervenidos, pues ésta no depende del carácter penalmente ilícito de la conducta ni de que los efectos sean por naturaleza de ilícito comercio, pues el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “atiende a la protección de los intereses individuales o colectivos y tiende a evitar los daños que, de no destruirse los efectos, pudieran resultar a los bienes de terceros”, apelándose también al artículo 41.d de la vigente Ley de Marcas (SAP Barcelona 2-4-2002, JUR 176222).

E. Disposiciones comunes

1. *Perseguibilidad*

Aunque, como sabemos, desde la reforma por LO 15/2003, los delitos que nos ocupan ya no requieren para su perseguibilidad denuncia del agraviado o sus representantes legales, conviene repasar aquí algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia cuando sí se exigía esa denuncia, aunque sólo sea para que puedan ser evaluados desde el punto de vista del derecho comparado.

El Auto AP Girona 29-4-2002 (JUR 168244) señalaba, con razón, que del artículo 287 CP (versión anterior) no cabe deducir que nos hallemos ante un delito totalmente privado en que el proceso quede en manos del denunciante. En realidad, una vez presentada la denuncia, se sigue persiguiendo de oficio, aunque el denunciante adopte una actitud pasiva, lo que no quiere decir que la denuncia tenga que ser necesariamente previa a cualquier actuación procesal o que su ausencia sea absolutamente insubsanable, aunque al respecto hay resoluciones más flexibles que otras⁷⁴.

74 Naturalmente, lo que no basta es una actitud pasiva de consentimiento tácito del agraviado con las actuaciones de oficio, sino que la denuncia del mismo es indispensable (v. SAP Pontevedra 13-10-1999,

Pero no era suficiente la denuncia por cualquier perjudicado (por ejemplo, por quien compra un producto de marca falsificada), sino que, para proceder, era precisa la denuncia del agraviado, esto es el titular del derecho de propiedad industrial (o, en su caso, intelectual) o de sus representantes legales (Auto AP Barcelona 17-12-2001, JUR 67701)⁷⁵.

ARP 4513). Y, si bien la SAP Asturias 24-11-2000 (ARP 2816) declara extensible a los delitos contra la propiedad industrial la doctrina de la subsanabilidad del requisito de denuncia que el TS había aplicado en materia los delitos contra la libertad sexual, no se conforma con actos tácitos que pudieran significar la voluntad de denunciar, sino que considera que no existe denuncia (pese a algunos indicios en el sentido señalado, como la constitución en acusación particular) cuando, requerido el agraviado para ello, no la interpone formalmente. Sin embargo, la SAP Barcelona 17-12-2001 (JUR 67701) considera que la falta de formalización de la denuncia es sólo un motivo de anulabilidad subsanable y que ha de considerarse "convalidada mediante el posterior ofrecimiento de acciones y personación en fase de instrucción como acusación particular al haber existido una clara e inequívoca voluntad de denunciar desde el inicio del proceso y de perseguir la conducta de los acusados" (similar, SAP Barcelona 9-9-2002, ARP 280404).

- 75 Tampoco la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) puede formalizar la denuncia si no acredita la titularidad del derecho o la representación, pues no se extiende a ello la legitimación general en virtud de los derechos confiados a su gestión conforme a sus Estatutos, según la SAP Jaén 17-4-2002 (ARP 331); igualmente considera insuficiente la cualidad genérica de entidad gestora de derechos conexos a los de autor del Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) la SAP Madrid 19-5-2003 (JUR 232925); similar, aunque no tan explícita, respecto de la Asociación Fonográfica y Videográfica Española (AFYVE), la SAP Granada 30-10-2003 (JUR 272194); también estricta en cuanto a la exigencia de acreditación, si bien apunta mayor flexibilidad hacia la SGAE, SAP Santa Cruz de Tenerife 26-7-2002 (ARP 644); aunque no se refiere a la facultad de denunciar, sino a la propia titularidad de los derechos de propiedad intelectual, es estricta también la SAP Barcelona 10-4-2000 (JUR 200743). En cambio, parecen entender de modo más amplio la capacidad para denunciar, en virtud de datos relacionados con el carácter patrimonial del bien jurídico, por ejemplo, la SAP Murcia 25-1-1999 (ARP 311): "La Sala no puede aceptar tales argumentos. Precisamente la reforma operada en la protección penal de estos derechos por el Código Penal, siguiendo la línea iniciada en el año 1987, tiende a dar una amplia protección a los mismos, conforme a las Directivas de la Unión Europea. Así, ya era opinión mayoritaria entre los autores y en la jurisprudencia, que la tutela punitiva no estaba sólo referida al derecho de autor en sentido estricto, sino a cualquier titular de un derecho de propiedad intelectual, tanto persona física como jurídica, aunque no fuera el autor de la obra. Así resultaba de la redacción del artículo 534 bis a), tras la reforma de 1987, y aparece ahora con rotundidad en la redacción dada por el Código Penal de 1995, donde las rúbricas del capítulo y de la sección correspondiente se denominan 'de los delitos contra la propiedad intelectual', lo que es un concepto más amplio que el de derecho de autor, comprendiendo también los llamados derechos conexos, afines o vecinos, esto es, tanto los del Libro I de la Ley de Propiedad Intelectual, como los de su Libro II. Además la protección de los derechos patrimoniales se resalta en la nueva regulación, pues el Código encuadra sistemáticamente estos delitos en el título XIII, 'Delitos contra el patrimonio y los derechos socioeconómicos'. De las distintas conductas mencionadas en el artículo 270, salvo la de plagio, que hace referencia al derecho de autor, las demás se refieren al derecho de explotación comercial de las obras, por lo que tanto pueden ser de los autores como de un tercero cesionario [...] Por lo expuesto no puede aceptarse que los denunciantes carezcan del carácter de agraviados, pues se trata de una asociación de distribuidoras de vídeos y de productoras, así como de una entidad de gestión de productores cinematográficos especialmente idóneas para el ejercicio de esas acciones. Como dice el preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, 'es un hecho reconocido por las instituciones de la Comunidad Europea que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden gozar de su real efectividad actuando colectivamente a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de los derechos mencionados'. Entre tales organizaciones por Orden Ministerial de 29 de octubre de 1989 se autoriza a la Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales con la finalidad de proteger y defender los derechos e intereses de

Por otro lado, la protección (sólo) indirecta de los consumidores a través de los preceptos que tipifican delitos contra la propiedad industrial no justificaba la aplicación automática del n.º 2 del artículo 287, por lo que, por regla general, en esos delitos era preceptiva la denuncia del agraviado (v. SAP Asturias 10-11-1999, ARP 4458, y 24-11-2000, ARP 2816⁷⁶). Y, según las SAP Ciudad Real 11-7-2000 (JUR 305845) y 22-1-2002 (JUR 134201), la circunstancia prevista en ese mismo número de afectar el hecho a una pluralidad de personas “debe ser interpretada en el sentido de afectación a un grupo cuyos componentes no puedan ser fácilmente individualizados, justificándose por ello la excepción al régimen de denuncia previa” (lo que puede resultar, cuando menos, discutible⁷⁷).

los productores de obras y grabaciones audiovisuales. Por otro lado, hay que tener presente que entre los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual se encuentra el denominado derecho de remuneración por copia privada (artículos 24, 25, 31 y 132 de la Ley de Propiedad Intelectual), una de cuyas características es la de que su satisfacción necesariamente ha de ser a través de una sociedad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, al resultar prácticamente imposible el ejercicio individual de este derecho. No queda ninguna duda a esta Sala de la legitimidad de los denunciados para intervenir como agraviados en este procedimiento, así como que se ha cumplido con lo preceptuado en el artículo 287, a pesar de que la multiplicidad de afectados hacía innecesaria la denuncia de los agraviados, como prevé el segundo párrafo del comentado artículo”; SAP Córdoba 4-3-2002 (ARP 366), SAP Sevilla 5-11-2002 (ARP 743). Mencionan los posibles problemas de legitimación de esas y similares organizaciones QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.). *Comentarios PE*, 2002, 787; VALEIJE ÁLVAREZ. AFDO 2002, 588 s.

- 76 Más ambigua, pero parece que no confundiendo en definitiva perjudicados y consumidores SAP Huesca 7-7-1998 (ARP 3626).
- 77 Así, no lo entiende exactamente igual la SAP Barcelona 12-2-2201 (JUR 147515), que identifica el supuesto con “un número plural de personas de las que objetivamente –y no como hipótesis– pueda afirmarse que han resultado perjudicadas”. La SAP Madrid 19-5-2003 (JUR 232925) recoge (considerándolas por tanto compatibles) la acepción citada en el texto y la acabada de mencionar. La SAP Asturias 13-3-2003 (JUR 123489) no especifica qué entiende por pluralidad de personas, pero sí lo que no puede entenderse por tal: “Efectivamente, de darse a la excepción” (con casi total seguridad quiere decir “expresión”, aunque podría referirse a la excepción que se produce respecto de la exigencia de denuncia del agraviado) “–y en contra de reo– una tan amplia extensión, la mera copia ilegal de un CD musical con varios intérpretes de distintas canciones ya afectaría a una ‘pluralidad de personas’, si entendemos que la ‘pluralidad’ viene referida a autores, intérpretes o editores. Ése no es ni puede ser el espíritu del precepto. Si entendemos, por el contrario, que el término ‘pluralidad’ viene referido a quienes adquieren las copias ilegalmente obtenidas, la ‘pluralidad’ se equipara a los ‘intereses generales’ y tendría que afectar a una multitud de adquirentes, supuesto difícilmente imaginable en casos como el de autos (los autores son conocidos como ‘manteros’, precisamente porque toda su mercancía cabe en una manta), por lo que habría que pensar como hipotético autor del delito en una gran empresa que comercialice CD poco menos que a nivel nacional y tenga una infraestructura empresarial con un importante potencial de distribución, capaz de alcanzar a un sinnúmero de personas. Tampoco es el caso, por lo que debe prevalecer la norma general de exigir la denuncia como requisito de procedibilidad y confirmar el fallo absolutorio. En otro caso, además, como ha expresado esta misma Sección en Sentencia n.º 55/03, de 10 de febrero, habría que tener en cuenta la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 167/2002, de 18 Septiembre (reiterada luego en las SS 197/2002, 198/2002 y 200/2002, de 28 Octubre, 212/2002, de 11 Nov y 230/2002 de 9 Diciembre) sobre la exigencia de respetar, en cuanto integran el contenido del derecho a un proceso con todas la garantías, los principios de publicidad, intermediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, que impediría la condena en esta segunda instancia sin la práctica en la misma de las pruebas de cargo que exigen intermediación”.

2. *Consecuencias accesorias*

El Auto AP Barcelona 25-4-2000 (ARP 1342) señala que prevalecía, por su carácter más específico, el artículo 276.2 CP, sólo aplicable además, por tanto, al tipo agravado del n.º 1 del mismo artículo, frente a la disposición común genérica del segundo párrafo del artículo 288 CP. Pero, como sabemos, la LO 15/2003 ha suprimido ese número 2, de modo que resultará aplicable (y no sólo al tipo cualificado) lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 288 CP, que permite al juez o tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, adoptar las medidas (consecuencias accesorias) del artículo 129 CP.