



OFICINA EUROPEA DE
PATENTES



OFICINA ESPAÑOLA DE
PATENTES Y MARCAS



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

SEGUNDO SEMINARIO REGIONAL SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL PARA JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA

organizado conjuntamente por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),
la Oficina Europea de Patentes (OEP)

y
la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM),

con la colaboración
del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España

y
del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de España

Madrid, 25 a 28 de noviembre de 2003

Múnich, 1 a 5 de diciembre de 2003

**MECANISMOS LEGALES DE PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA
PROPIEDAD INDUSTRIAL**

*Documento preparado por el Sr. Jesús J. Tirado Estrada. Fiscal de la Secretaría Técnica.
Fiscalía General del Estado. España*

Sumario: I.- Introducción. II.- Condicionantes de la actuación. Algunas reflexiones sobre la regulación penal en España. III. Perfeccionamiento de la intervención en la fase preparatoria del proceso penal por estos delitos. IV.- La reforma aprobada de la normativa española (L.O. 15/2003 de reforma del Código Penal). V.- Conclusión.

I.- Introducción.

El establecimiento de mecanismos legales de persecución penal de las infracciones relativas a la Propiedad Intelectual es absolutamente necesario si se quiere posibilitar que la reacción frente a las infracciones de los derechos que se derivan de aquélla sea efectiva¹.

Si bien la protección penal de los derechos de propiedad intelectual ha sido siempre necesaria, lo cierto es que en la actualidad ha devenido imprescindible dadas las características que se revelan en el nuevo escenario.

La aplicación de continuos avances tecnológicos ha propiciado una situación de patente fragilidad y vulnerabilidad de estos derechos. Las múltiples formas y la extraordinaria facilidad de comisión, con costes irrisorios, de las conductas infractoras y la rápida obtención de sustanciosas ganancias, han atraído el interés de no pocos perseguidores del lucro fácil e, incluso, de organizaciones mafiosas con importantes imbricaciones internacionales², lo que ha desembocado en una ingente ola de piratería intelectual.

La intervención de las organizaciones criminales transnacionales en esta parcela se ha convertido, además, en un vector de crecimiento de otras formas de delincuencia directa o conexa, de manera que su tratamiento ya debe abordarse con la perspectiva propia de un enfrentamiento con una actividad pluriofensiva.

En tal medida, la vía penal es la única que presenta posibilidades de cierto éxito como ocurre siempre que el sistema se enfrenta a una delincuencia transnacional y organizada.

Por ello, en el actual estado de cosas, una actuación eficaz contra la piratería no puede perder de vista la acción internacional, pues más que contra los últimos eslabones de la

¹ En términos expresados por Lipszyc, D. (Derecho de autor y derechos conexos. Ed. Unesco. Cerlacc, Bogotá, Colombia 1993, pág 551), una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a estos derechos sería inocua.

² Es un hecho constatado que tales organizaciones, especialmente motivadas por los pingües beneficios que produce este tipo de actividades, han desviado una considerable parte de sus esfuerzos a este nuevo campo que ha llegado a ser tan o más productivo que el propio contrabando, el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes o la trata de blancas.

cadena es preciso dirigir la intervención penal contra las organizaciones criminales que están en el origen y en el desarrollo de la ejecución de estos ilícitos penales. Si se quiere disponer de una adecuada batería de instrumentos de lucha contra las mafias organizadas que están en la raíz y la extensión del fenómeno de la piratería es necesario asegurar que en el concreto ámbito de las infracciones relativas a la propiedad intelectual, sea posible el empleo de las vías e instrumentos que permite la lucha contra la delincuencia organizada o grave transnacional.

En muchos países, el fenómeno ha alcanzado cotas difícilmente soportables a nivel interno. Una de las principales causas a las que se atribuye su incremento es la deficiente reacción de la Administración de Justicia; en definitiva, los pobres resultados obtenidos en la acción de Juzgados y Tribunales están en el punto de mira. España ocupa un puesto destacado en este “ranking” negativo.

Las razones de esta -calificada como “deficiente”- respuesta de los intervinientes en la Administración de Justicia pueden residenciarse en diversas consideraciones. Desde luego se relaciona con carencias normativas, con problemas operativos y de medios, con dificultades prácticas de intervención policial y judicial, o incluso con impedimentos en la elaboración de adecuadas periciales, pero también -justo parece reconocerlo- con deficiencias de formación y aún de sensibilización de los denominados operadores jurídicos en torno a las complejas materias de la propiedad intelectual y a la problemática práctica y procesal que suscitan estos fenómenos delictivos. Todo ello ha generado que la intervención contra esta delincuencia, por decirlo de alguna forma, se haya mantenido en la “periferia de prioridades” de la Administración de Justicia.

En España, la vigente regulación de los delitos contra la Propiedad Intelectual⁽³⁾ arranca de la importante reforma integral en esta materia operada en virtud de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre⁴, que acompañó coetánea y armónicamente a la reforma sustancial jurídico-privada que supuso la Ley 22/1987 de Propiedad Intelectual de misma fecha.

La necesidad político-criminal del reforzamiento de la protección jurídico-penal de los derechos de Propiedad Intelectual en nuestro país era ya entonces evidente, máxime si se repara en que la regulación preexistente se limitaba al escaso juego que podía propiciar un tipo en blanco como el entonces art. 534 del Código Penal que, como tal, debía ser integrado básicamente con una normativa extrapenal decimonónica, la Ley de Propiedad Intelectual de 1879, que vio la luz en una época en la que difícilmente podrían ni siquiera vislumbrarse los avances tecnológicos que han marcado la evolución e intensidad de los comportamientos lesivos de estos derechos a lo largo del pasado siglo.

³ Entendiendo “Propiedad Intelectual” en el sentido estricto en el que se utilizan estos términos en España, como referido a los derechos de autor y conexos. A los delitos relativos a estos derechos se referirá estrictamente esta ponencia, aunque muchas de las consideraciones que se efectúan en este trabajo son extensibles a la problemática aplicativa de los delitos relativos a la propiedad industrial, como puede comprobarse en mi trabajo sobre “Procedimientos Judiciales en materia de Patentes”, presentado en la primera edición de este Seminario Internacional.

⁴ Sobre ella –como es sobradamente conocido- se elaboró la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/1989.

La reforma civil y penal del sistema de protección de la propiedad intelectual de 1987 procuró, por un lado, subsanar el desfase normativo existente entre la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y los cambios de profundo calado producidos en el proceso creativo y en las formas de explotación de sus producciones; y, por otro, hacer frente a los nuevos procedimientos o modalidades defraudatorias de la propiedad intelectual. En el ámbito penal, el nuevo sistema abandonó la técnica de la tipificación en blanco e instauró un catálogo de comportamientos típicos, sin perjuicio de que su vinculación con la normativa extrapenal era de tal calibre que su interpretación necesariamente obligaba a coordinarlos con la novedosa normativa civil establecida en la materia.

Esta situación permaneció en el nuevo Código Penal de 1995, que mantuvo en lo sustancial el diseño de protección penal de la reforma de 1987, aunque introdujo algunos cambios.

En primer lugar, los delitos relativos a la Propiedad Intelectual se ubican en la Sección 1^a del Capítulo (XI) que lleva por rúbrica *De los delitos relativos a la Propiedad Intelectual e Industrial, al Mercado y a los Consumidores*, inserto en el Título XIII, dedicado a los Delitos contra el Patrimonio y contra el Orden Socioeconómico. La novedad estriba en que se abandona la anterior ubicación de estos delitos dentro del Capítulo de las Defraudaciones (Sección 3^a).

En segundo lugar, específicamente se exige en el tipo básico el ánimo de lucro y la actuación en perjuicio de tercero para que las infracciones de los derechos de autor y conexos tengan relevancia-jurídico penal. En la regulación de los anteriores arts. 534 bis a) y bis b), el ánimo de lucro no se exigía en el comportamiento típico básico y constituía la esencia de un subtipo agravado.

En tercer lugar, se introduce un párrafo - el tercero del art. 270 - específicamente destinado a la protección de los programas de ordenador frente a conductas de piratería informática.

En cuarto lugar, desaparecen los subtipos agravados del art. 534 bis b)-1, quedando únicamente dos subtipos agravados determinados por la especial trascendencia económica del beneficio obtenido y la especial gravedad del daño ocasionado.

En quinto lugar, se articula una relativa elevación de las sanciones penales, imponiendo para el tipo básico la pena de prisión de seis meses a dos años o como alternativa la de multa de seis a veinticuatro meses, frente a las penas de multa que para los tipos básicos y agravados preveían los arts. 534 bis a) y b)-1. De mayor relieve es la sanción prevista en el art. 271 que posibilita la imposición de penas de prisión de uno a cuatro años, de 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.

Finalmente, se somete la perseguibilidad de estos delitos al régimen de denuncia previa del agraviado o de su representante legal, salvo que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas; solución inocua para quienes ponen el acento en constatar que generalmente la actuación de nuestros Tribunales suele iniciarse por esta vía, pero criticable por quienes creen que la complejidad jurídica de la materia y aún de la localización y aseguramiento de las fuentes de prueba y de los responsables del hecho, así

como la trascendencia intrínseca de este tipo de hechos, demanda la solución de la plena persecución de oficio.

En principio, del conjunto de medidas establecidas cabría deducir una intención legislativa de ampliar y reforzar la protección penal de los derechos de propiedad intelectual.

Pero ¿se ha producido una mejora sustancial en los resultados obtenidos en los procedimientos penales hasta el punto de que pueda afirmarse que la situación es inmejorable?

Indudablemente, no. Es cierto que mucho se ha avanzado en los últimos tiempos, pero no creo personalmente que pueda decirse que la intervención penal para la tutela efectiva de estos derechos viene siendo proporcionada en las mejores condiciones.

¿Qué dificultades surgen para llevar a cabo una adecuada intervención penal?

Veámoslas a continuación.

II.- CONDICIONANTES DE LA ACTUACIÓN. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REGULACIÓN PENAL.

A mi juicio, existen diversas circunstancias que condicionan la consecución de una eficaz intervención de los agentes encargados de velar por la aplicación del sistema penal.

1. La **primera observación** que podríamos hacer es la **ENORME DEPENDENCIA CONCEPTUAL DE ESTOS TIPOS RESPECTO DE LA REGULACIÓN JURÍDICO-PRIVADA**, y más específicamente **de la LPI**.

Sea porque sólo existe un relativo abandono de la técnica del tipo en blanco o porque aunque estamos ante tipos penales completos pero plagados de elementos normativos, lo cierto es que **estamos obligados a efectuar la interpretación, integración y aplicación de los mismos recurriendo constantemente a la regulación jurídico-privada**.

Ello se advierte especialmente en el precepto dedicado a la regulación de la responsabilidad civil -art. 272 CP (⁵)-, pero está presente en toda la normativa aplicable.

⁵ Recordemos que este precepto dispone lo siguiente:

1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad lícita 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.

En la actualidad dicha remisión ha de entenderse efectuada concreta y específicamente a los arts. 138 a 140 LPI.

Por ejemplo, ¿cómo saber quienes ostentan derechos de Propiedad Intelectual y pueden -en consecuencia- eliminar con su autorización la tipicidad y antijuridicidad del hecho, por un lado, o ser capaces de habilitar con su denuncia la persecución legal, por otro, sin acudir a la LPI? o ¿cuál es el objeto material? ¿qué es una transformación? o ¿qué ha de entenderse por reproducción, distribución o comunicación pública?.

Son -todas ellas- cuestiones que han de resolverse acudiendo a la LPI. Y que el intérprete penal tenga que hacerlo no es algo que escapara al Legislador. Recordemos que la actual redacción, procedente del CP de 1995, viene a reproducir con algunos cambios, la redacción que a estos delitos otorgó la ley de reforma del CP de 1987, conectada y sincronizada cronológica y teleológicamente con la reforma civil de la Propiedad Intelectual del mismo año. Los propios arts. 17 y ss. LPI proporcionan interpretaciones auténticas de los comportamientos típicos referidos a las facultades patrimoniales. En definitiva, la normativa civil predetermina en gran medida la significación del núcleo de los comportamientos típicos expresados en la norma penal.

Ello introduce necesariamente complejidad en la tarea del operador penal que se ve obligado a conocer la regulación material y procesal civil de la Propiedad Intelectual, constantemente afectada y modificada por la actividad normativa comunitaria y la asunción de compromisos internacionales (especialmente en los marcos OMPI y OMC –acuerdos ADPIC-). Ésta, quizás, es la mayor dificultad que se presenta para la eficacia real y práctica de la protección penal en general en materia de propiedad intelectual e industrial, pues la complejidad de la regulación extrapenal específica se constituye en un serio obstáculo para que los operadores jurídicos generalistas que intervienen en el proceso penal den una adecuada respuesta a los fenómenos de infracción penal de estos derechos.

2. La segunda observación, afectada en cierta medida por lo anterior, es la **DIFICULTAD DE DISTINCIÓN ENTRE EL ILÍCITO PENAL Y EL ILÍCITO CIVIL**. Dadas las características de fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal, esta tarea es especialmente importante, y, por ello creo conveniente hacer una breve parada en este punto.

No me parece correcto decir que la vigente regulación no respeta las debidas limitaciones que imponen estos caracteres del DP. En realidad **la protección civil y penal no coinciden** ⁽⁶⁾.

Ciertamente **no existe distinción en lo tocante a sujetos pasivos** ⁽⁷⁾ **y objeto material** ⁽⁸⁾, **pero sí en cuanto a comportamientos típicos**. Ha de llamarse la atención sobre

⁶ Superando el rubor que provoca la autocita, y movido únicamente por el propósito de evitar reiteraciones, he de remitirme a una justificación más detallada sobre esta afirmación y, en general, a un trabajo más profundo -desde una perspectiva técnico-jurídica- sobre muchos de los aspectos conflictivos de estos delitos que puede encontrarse en Tirado Estrada, Jesús J., Los delitos relativos a la propiedad intelectual. Análisis de los artículos 270 a 272 del Código Penal, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VII, Madrid 1998, págs. 27 a 81; y en una ponencia propia – más específica sobre esta problemática delimitación- denominada “Aproximación a lo ilícito penal en los arts. 270 y 271 del Código Penal”, presentada en el programa de doctorado “Derecho Penal de cara al siglo XXI. Nuevos Planteamientos dogmáticos y político criminales” Madrid 2000.

⁷ Conforme a la propia redacción típica es posible agrupar en dos categorías estos sujetos pasivos protegidos civil y penalmente. Los *titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual* por un lado y *sus cesionarios* por otro. Ello ha permitido distinguir - Quintero Olivares - entre sujetos pasivos principales (titulares) y sujetos pasivos secundarios (cesionarios) e incluso dicha distinción ha sido tomada por

[Sigue la nota en la página siguiente]

el hecho de que **no todas las facultades que componen el contenido de los derechos de propiedad intelectual están tuteladas en el tipo**. El **art. 2 LPI** dice que la Propiedad Intelectual está integrada por derechos de carácter personal y por derechos de carácter patrimonial, y en el capítulo III del Título II se especifica cuál es ese contenido, cuáles son esos derechos. Pues bien, el tipo penal no se refiere a todo ese contenido.

Ello es especialmente evidente en lo que respecta a las facultades personales. De hecho el tipo sólo recoge en torno a éstas un comportamiento, el de **plagio**, que puede verse únicamente relacionado con uno de los derechos personales, el de reconocimiento de la condición de autor de la obra (art. 14.3 y 113 LPI para artistas intérpretes o ejecutantes). Pero también se aprecia en torno a las facultades o derechos patrimoniales, puesto que en los arts. 17 y ss. LPI se especifican, como tales, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, mientras que **el art. 270 no recoge como típica la transformación no autorizada que será ilícito civil**, pero no penal. Fijémonos en que se alude a los comportamientos típicos con verbos y a la transformación con un sustantivo y, además, el párrafo segundo del a. 270 nos confirma que la referencia del 271. 1 a la transformación lo es como objeto material del delito.

3. Otro de los condicionantes viene dado por el vigente **RÉGIMEN DE PERSEGUIBILIDAD**.

En el C.P. de 1995, el Legislador decidió ampliar el catálogo de delitos semipúblicos, perseguibles por regla general previa denuncia del agraviado. Respecto de los delitos relativos a la propiedad intelectual, junto a otros, el art. 287 NCP establece un régimen mixto, de manera que la persecución será de oficio cuando afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas y será semipública, requiriendo previa denuncia del agraviado o sus representantes en los demás casos, salvo cuando el mismo sea menor de edad, incapaz o persona desvalida, en cuyo supuesto, también podrá denunciar el Ministerio Fis cal.

¿Cuándo habrá afección de los intereses generales o pluralidad de personas? No cabe duda de que es una cuestión interpretativa que ofrece dificultades. No parece muy acertado que el Legislador haya optado por esta fórmula.

[Continuación de la nota de la página anterior]

González Gómez, A, -en su excelente monografía: El tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual (de la reforma de 1987 al Código Penal de 1995), Ed. Tecnos, Madrid 1998, pág. 139 y ss.- como punto de partida para subdividir los principales entre *principales de primer grado* haciendo referencia a las personas físicas y jurídicas a quienes se les reconocen derechos de autor propios, siendo portadores de éstos a título originario, en los Libros I y II de la LPI, y los *principales de segundo grado*, entendiendo como tales las personas físicas y jurídicas que se relacionan en el Libro III de la LPI como portadores, también a título originario, de *otros* derechos de propiedad intelectual: los denominados derechos conexos, afines o vecinos. Subdivisión que también se efectúa respecto de los cesionarios o sujetos pasivos secundarios agrupándolos en tres niveles: el primero, integrado por quienes en virtud de un vínculo contractual reciben del titular originario y para su explotación comercial determinadas facultades de explotación; el segundo, conformado por los que adquieren por presunción *ope legis e iuris tantum* ciertas facultades de explotación; y el tercero comprensivo de quienes adquieren o le son transmitidas tales facultades *mortis causa*.

⁸ Concretamente para delimitar el objeto material de protección típica, desde un plano positivo, hay que acudir, por una lado y respecto del correcto entendimiento de los términos *obra literaria, artística o científica, o su transformación*, a los arts. 10 y 11 de la LPI, mientras que, por otro, para aproximarnos a los conceptos de *interpretación o ejecución artística* resulta necesario recurrir a los arts. 105 y ss. de la LPI. Desde una perspectiva de delimitación negativa el precepto que nos interesa es el art. 13 LPI.

En cuanto a la **afección de los intereses generales**, no hay en todo el Código Penal un elemento que nos pueda ayudar a su precisión. Una interpretación extensiva acabaría por convertir en regla general lo que parece la excepción. Lo cierto es que, habida cuenta del carácter supracolectivo de los intereses industriales, laborales, tributarios y económicos – y aún culturales - que normalmente se ven afectados por las actividades de piratería, casi siempre existirán razones para fundamentar dicha afección, pues no cabe duda que frecuentemente se afectarán intereses no exclusivamente individuales. Resultando imposible que esto haya pasado desapercibido para el Legislador, parece que lo razonable será exigir un *plus* de dañosidad social o económica de la conducta y su resultado, de manera que únicamente cuando se advierta una especial repercusión para los intereses patrimoniales o socioeconómicos cabrá entender que la persecución es de oficio.

En lo que se refiere a **pluralidad de personas**, hay que constatar que la expresión no coincide con las expresiones “múltiples perjudicados” que empleaba el anterior Código o generalidad de personas (art. 74) que utiliza el Código del 95, que la jurisprudencia ha venido interpretando como un alto número de perjudicados, por lo que creo que resulta sostenible una interpretación que en base al significado de pluralidad como “condición de ser más de uno” posibilite su apreciación de manera semejante a la que suscitó en su día la expresión “pluralidad de sujetos” en referencia a las asociaciones ilícitas, admitiendo su concurrencia a partir de tres perjudicados.

En cualquier caso, no cabe duda que los mayores problemas han venido surgiendo desde la vigencia del Nuevo Código para los responsables de la actuación policial que, habiendo constatado la existencia del delito en muchas ocasiones, han venido dudando si intervenir o no. A estos efectos, habría que haber recordado las posibilidades de actuación a prevención y de posterior convalidación por ofrecimiento de acciones, incluso en sede policial, que concurren en el marco del Procedimiento Abreviado y que podía considerarse aplicable la solución que la Jurisprudencia ha venido dando para los supuestos de persecución semipública de delitos contra la honestidad – así se sigue refiriendo la LECR a ellos -, que consideró un defecto de mera anulabilidad subsanable por la posterior denuncia de la persona agraviada o su representante legal. Sin embargo, esta solución no ha venido siendo acogida por algunos órganos jurisdiccionales que en estos casos han invalidado sistemáticamente actuaciones policiales por haberse iniciado sin la correspondiente denuncia.

Afortunadamente, el Legislador ha tomado conciencia de este grave problema y los días de este régimen de persecución vigente desde el Nuevo Código Penal de 1995 parecen estar contados. A muy corto plazo, se ha aprovechado la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de “reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado”, para modificar –en virtud de su precepto núm. 5- el art. 282 de la LECR, estableciendo que “*La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial*”, solución ésta sólo aceptable transitoriamente hasta que la reforma aprobada del Código Penal por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, entre en vigor el 1 de octubre de 2004, eliminando el requisito de previa denuncia y volviendo a la persecución de oficio con carácter absoluto.

Así lo prevé el texto de la referida L.O. de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que modifica el núm. 1 del art. 287. La nueva redacción es la siguiente:

“...1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3ª 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.” Con ello, la persecución se vuelve de oficio para los delitos regulados en las Secciones 1ª y 2ª (los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial).

Una cuestión que enlaza directamente con esta materia y que está planteando graves problemas en la práctica es la de **la legitimación de las entidades gestoras en los procesos penales**.

El artículo 150 LPI establece –en su redacción vigente tras la Disposición Final 2ª . 4 de la LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero- que:

“Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.”

Ello es acorde con la idea que se recogió en 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”.

Partiendo y mencionando expresamente esta realidad, dos Sentencias del TS (Sala de lo Civil) de 29 de octubre de 1999 (núms. 880 y 881) se pronunciaron sobre la interpretación de este precepto –cuando en su redacción el inciso segundo se refería al art. 503 LEC- señalando que: *“Cuando el art. 135 de la Ley de Propiedad Intelectual, redacción de 1987, establece que “las entidades de gestión una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales”, debe entenderse partiendo de lo antes dicho, que la expresión “derechos confiados a su gestión” puesta en relación con la de “en los términos que resulten de sus estatutos”, se refiere a aquellos derechos cuya gestión “in genere” constituye, de acuerdo con los estatutos, el objeto de actuación de la entidad de gestión, no a los concretos derechos individuales que, mediante contratos con los titulares de los mismos o acuerdos con otras organizaciones de idéntica finalidad, les hayan sido encomendados para su gestión... entender... que es necesaria la acreditación documental... de la relación contractual establecida entre la... (entidad de gestión)... con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública o de los acuerdos con otras entidades de idéntica función gestora, hace ineficaz, respecto de esta modalidad de derechos de autor, el sistema de protección establecido en la Ley, al no alcanzar la así dispensada los caracteres de real, concreta y efectiva que el texto legal propugna, resultando defraudados los intereses generales en la protección de la propiedad intelectual que justifica la concesión de autorización administrativa a las entidades de gestión... El art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de interpretarse a la luz de la realidad social del tiempo en que se aplica (art. 3.1 del Código Civil), realidad social actual que difiere sensiblemente de aquella existente en el momento de la publicación de la Ley, en*

que los litigios se desarrollaban entre personas fácilmente determinables y cuya representación era fácil acreditar mediante la aportación de los correspondientes documentos, no existiendo un tráfico jurídico en masa, como es el que justifica la existencia de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y para la defensa de intereses colectivos como las organizaciones de consumidores y usuarios, lo que dificulta y hace extremadamente gravoso para estas entidades que tienen encomendada la protección y defensa de determinados derechos e intereses legítimos, la acreditación individualizada de cada uno de sus miembros en los procesos en que sean parte; de ahí que el legislador, unas veces de forma expresa... y otras de forma presunta, con presunción que ha de entenderse "iuris tantum", atribuya legitimación a las entidades y asociaciones encargadas de la protección y defensa de determinados derechos e intereses, sin necesidad, por tanto, de acreditar la representación de cada uno de sus miembros y asociados..."

Posteriormente, la STS (Sala de lo Civil) de 18 de diciembre de 2001 ha vuelto a reiterar esta doctrina.

Los órganos jurisdiccionales penales – Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, pues la cuestión no ha llegado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por razones evidentes de penalidad y reparto competencial- han interpretado esta cuestión de forma divergente.

Mayoritariamente no se ha discutido la legitimación –ex art. 150 LPI- de las entidades gestoras en el proceso penal, partiéndose de que las entidades no tienen necesidad de acreditar documentalmente la representación individual de los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual.

Ejemplo de este tipo de pronunciamientos podemos encontrarlos en las sentencias de la AP de Murcia, Sección 1ª, de 25 de enero de 1999, de la AP Córdoba (Sección 1ª) núms. 54/2002, de 4 marzo y 45/2002, de 12 de junio.

La SAP de Murcia de 25 de enero de 1999, en su fundamento de derecho sexto afirma:

“El primero de los motivos invocados se refiere a la infracción del artículo 287 del Código Penal, pues según los apelantes se habría infringido el citado precepto que exige denuncia previa del agraviado para la persecución del delito, como requisito de perseguibilidad, que en este caso no se habría cumplido porque las denuncias de las entidades «Egeda» y «Adiván», así como la de determinados productores cinematográficos no supondría el cumplimiento de ese requisito, ya que los mismos no son titulares de derechos de autor sobre las obras cinematográficas, los únicos que protege el Derecho Penal, sino, a lo más, titulares de derechos patrimoniales sobre las grabaciones, que no merecen otra protección que la meramente civil. Por lo tanto los denunciante tendrían la condición de perjudicados, no de agraviados, al no ser titulares del bien jurídico protegido, y ello si hubiesen demostrado, lo que no han hecho, que se les habían cedido los derechos de explotación comercial, de tales obras. Faltaría por ello el requisito de denuncia del agraviado que exige el artículo 287 del CP, por lo que no podría dictarse sentencia condenatoria.

La Sala no puede aceptar tales argumentos. Precisamente la reforma operada en la protección penal de estos derechos por el Código Penal de 1995, 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 el 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. Junto a lo dicho ha de tenerse en cuenta que no es cierto lo afirmado por el recurso sobre la ineptitud de las grabaciones para ser objeto de protección penal por estos delitos, pues lo que se protege no es tanto la grabación, sino la obra grabada que se difunde ilegítimamente perjudicando los derechos de explotación del titular de los mismos. Por lo expuesto no puede aceptarse que los denunciados carezcan del carácter de agraviados, pues se trata de una asociación de distribuidoras de vídeos y de productoras (Egeda), así como de una entidad de gestión de productores cinematográficos («Adiván»), 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 la Entidad de Gestión de los Productores Audiovisuales (Egeda) con la finalidad de proteger y defender los derechos e intereses de 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.»

La sentencia de la audiencia provincial Córdoba núm. 54/2002 (sección 1ª), de 4 marzo, viene a reproducir estos argumentos en su fundamento de derecho segundo:

“El segundo motivo que se articula denuncia infracción de la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 287 del Código Penal, y de la jurisprudencia aplicable, por falta de legitimación activa de Adiván que no es sino una asociación integrada por distribuidoras. Puesto que los derechos sobre las películas corresponden al productor de las mismas, la legitimación de las distribuidoras surge como consecuencia del necesario contrato de cesión de derechos concertados entre éstos y el productor, sin que consten en la presente causa tales contratos ni ningún otro documento que acredite la titularidad sobre los derechos perjudicados, deviniendo en consecuencia la falta de legitimación activa de la denunciante por aplicación directa de los artículos 150 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual, citándose a tal fin la sentencia de esta Audiencia, Sección 3ª, de 31 de enero de 1998.

Olvidan las partes recurrentes que la misma Sección de esta Audiencia, en sentencia de 28 de enero de 2000, afirma que «... hemos de decir que la entidad Adiván no deja de estar legitimada al asumir los intereses de las compañías que la constituyen, y de otro, que la concurrencia de pluralidad de entidades cinematográficas perjudicadas obvia el requisito de la previa denuncia».

En consecuencia la última doctrina de esta Audiencia no se encuentra en sintonía con la tesis de la parte recurrente. Consta además, como mantiene la sentencia recurrida, la autorización de las entidades que representa a favor de Adiván como entidad representante de las sociedades que constan en su escritura de constitución.

La SAP de Córdoba de 12 de junio 2002 tiene un especial interés en cuanto reafirma (vid. tb. S 18 de octubre 2000) con rotundidad la tesis de que las entidades de gestión tienen una legitimidad propia inherente a su finalidad estatutaria, de lo que extrae la consecuencia de que tanto constituyen personas agraviadas -por lo que pueden interponer la denuncia que requiere el art. 287 CP- como pueden ser consideradas perjudicadas a efectos civiles.

En efecto, dice esta sentencia en su fundamento de derecho primero:

“Partiendo de tales postulados, acaeciendo que las presentes actuaciones se inician merced a denuncia presentada por CEDRO, y resultando que por las defensas de los apelantes ha sido cuestionada la legitimación de dicha entidad de gestión de derechos de autor para ejercitar, al menos, la correspondiente acción civil nacida de la actividad ilícita denunciada, forzado es analizar la convergencia o no en dicha entidad de la legitimación necesaria para ejercitar una y otra acción, pues de ninguna manera puede obviarse la vinculación legal existente entre ambas...

El examen de dicha cuestión entendemos que pasa por precisar cuál sea el bien jurídico protegido en la actual configuración que el Código Penal ofrece de los delitos relativos a la propiedad intelectual, rúbrica bajo la cual, y a modo de miscelánea entre las tesis real o personal existentes, introduce la expresión «derechos de propiedad intelectual». En este sentido y teniendo presente que el Código de 1995 de forma expresa castiga a quien reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», elementos éstos del tipo que conllevan que todas las conductas tipificadas afecten a los derechos económicos de los titulares, bien como delitos de peligro abstracto («reproducción», «almacenamiento»), bien de lesión («comunicación», «distribución»), siendo de plagio sólo punible cuando esté destinado a ser distribuido y comunicado públicamente -la conclusión que racionalmente cabe obtener es que dentro del contenido de los derechos de autor- derechos de carácter moral (arts. 14-16 del TRPLPI) y derechos de naturaleza económica o de explotación (art. 17-25 del TRPLPI) sólo la lesión de los derechos de explotación importan para el derecho penal, por lo que ha de afirmarse, siguiendo a un reputado sector doctrinal, que éste es el bien jurídico protegido en el art. 270 del CP. Ello encaja además, perfectamente, con la denominación del Título XIII del Libro II del Código Penal: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico».

Llegados a este punto; visto que la entidad denunciante se encuentra administrativamente autorizada (...); resultando que merced a dicha autorización puede ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión; siendo el caso que el fin principal de la misma es la protección del autor y del editor de obras impresas en el ejercicio de sus derechos de carácter patrimonial, mediante la gestión colectiva de los mismos, la cual

se extiende, entre otros derechos, al derecho exclusivo de reproducción de las mencionadas obras mediante, entre otros medios, fotocopiado u otro procedimiento análogo [art. 143-1 b) del TRLPI en relación al art. 4 de sus estatutos]; teniendo presente que la entidad denunciante aportó a la causa (tomo I -folios 99 y ss.-) copia de sus estatutos, así como certificación acreditativa de su autorización administrativa; y considerando todo ello a la luz del párrafo primero del art. 145 del TRLPI («las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales»)..., la consecuencia no debe ser otra que la de reafirmar que **la legitimación de las entidades de gestión es por derecho propio y no por sustitución**, ya que los titulares de derechos de propiedad intelectual sólo pueden lograr su efectividad a través de organizaciones que ejerzan funciones de mediación y gestión de los derechos mencionados (Preámbulo de TRLPI tomado como criterio interpretativo del art. 135 de dicha Ley -actual art. 145 del TRLPI- en convergencia con el art. 3.1 del ...). Doctrina que conlleva el efecto práctico, puesto de relieve por la citada S. de 18 de octubre de 2000, de que **«realmente la acreditación documental individualizada para la defensa de los derechos de cada autor no sería necesaria, y tal vez ni siquiera posible, en relación con algunos de esos derechos, como tampoco la legitimación de la sociedad de gestión sería solamente presunta sino en realidad una legitimación propia en cuanto inherente a su finalidad estatutaria»**.

Partiendo de todo ello, es decir, de que la concreta actividad delictiva en su día denunciada por CEDRO cae de lleno dentro del ámbito del derecho penal y dentro de la esfera de gestión de los derechos patrimoniales o de explotación (no derechos morales o personales de autor) que la misma tiene encomendada de forma estatutaria administrativamente sancionada, y que la misma tiene legitimación propia para defender tales derechos, la consecuencia no debe ser otra que la de afirmar que aquélla tiene sustancialidad suficiente tanto para integrar el concepto de persona agraviada cuya denuncia exige el inicialmente citado art. 287 del CP, como para considerarla civilmente perjudicada por tales hechos delictivos, razón por la que, sin perjuicio del reparto que ulteriormente proceda entre los titulares de las obras (art. 149 TRLPI), nada impide que CEDRO pueda ejercitar el derecho de opción que, en orden a la indemnización resultante de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, establece el art. 135 del TRLPI.

Legitimación plena civil y penal de la entidad de gestión actuante, que viene además reiterada por lo dispuesto en el número 20 del art. 25 del TRLPI, precepto en base al cual las entidades de gestión pueden ejercitar, y así se dice de forma expresa, «las acciones» civiles y penales que les asistan.»

Sin embargo, en contra del reconocimiento de la aplicación de la regla del actual art. 150 LPI en los procesos penales –y, en consecuencia, de la legitimación de las entidades gestoras en el proceso penal por esta habilitación- se han pronunciado las SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2000 y la SAP de Sevilla de 4 de septiembre de 2002.

La SAP (Sección Octava) de Barcelona de 15 de septiembre de 2000 afirma que “debe acreditarse por parte de la entidad de gestión la adhesión del titular de los derechos, sin que pueda admitirse la presunción de legitimación activa, contraria a reo” y la SAP (Sección Séptima) de Sevilla de 4 de septiembre de 2002 recoge este argumento y añade en referencia a la doctrina de las SSTS de 29 de octubre 1999:

“La doctrina jurisprudencial acabada de exponer ha sido establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; y no puede extrapolarse a los procesos penales, dadas las diferencias que existen entre los ilícitos penales y los civiles. Y en cuanto al artículo 150 TRLPI, si bien legitima a las entidades como CEDRO «para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales», aquellas mismas diferencias tienen como consecuencia que no pueda equipararse la intervención de dichas entidades en los procesos civiles y en los penales, y que en estos últimos hayan de someterse a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mencionadas en el anterior apartado IV cuando pretendan personarse como partes acusadoras. En tales supuestos, por tanto, no siendo la entidad de gestión la persona agraviada por el delito y tampoco su representante legal en todo caso, deberá acreditar esa representación cuando pretenda denunciar hechos que en principio pueden estar incluidos en el artículo 270 CP, para que esa denuncia cumpla con las exigencias legales establecidas en los artículos 259 y siguientes LECrim y en el artículo 287.1 CP.

...Volviendo a nuestro caso, como la única denuncia formulada ha sido la de CEDRO, como no ha acreditado la representación legal de las personas presuntamente agraviadas por los hechos, y como tampoco consta que esas personas le hubieran confiado la gestión de sus derechos de propiedad intelectual, la denuncia de CEDRO no fue válidamente formulada. Ya que, insistimos una vez más, es semipúblico y no perseguible de oficio el delito del artículo 270 CP cuya comisión ha atribuido al acusado, y su persecución requiere necesariamente la previa denuncia del agraviado o de sus representantes legales. No se ha cumplido, por tanto, la condición objetiva de perseguibilidad consistente en la previa denuncia establecida en el artículo 287.1CP.

La sentencia no absolvió, simplemente declaró la nulidad de lo actuado y ordenó retrotraer los autos para que se ofrecieran acciones a los concretamente perjudicados.

Esta tesis ha sido reiterada en el auto de la misma Sección Séptima de la AP Sevilla de fecha 21 de abril de 2003 recaído en el rollo de Apelación 1216/03, en el que se afirma que por afectar a una pluralidad de personas el delito es público y por tanto perseguible de oficio, pero se afirma que la entidad gestora, curiosamente CEDRO –la misma que en la provincia de Córdoba sí es agraviada y perjudicada-, “no tiene la consideración de acusación particular” y “en consecuencia para continuar siendo parte en las presentes diligencias a partir de esta resolución ha de ejercer la acción popular del art. 101 de la L.E.CR.”

En mi opinión, la dependencia conceptual de la regulación penal obliga, también en esta cuestión, a acudir a la normativa extrapenal. Una vez más, la interpretación, la integración y la aplicación conforme a las normas contenidas en la LPI es obligada. La concurrencia o no del requisito de perseguibilidad y de las circunstancias que determinan su apreciación –precisamente las condiciones de perseguibilidad no han de ser interpretadas restrictivamente, pues el delito se ha perfeccionado y está cometido con todos sus elementos y la condición es una excepción a su persecución- debe efectuarse conforme a la normativa específica. La disposición del art. 150 LPI es una norma especial que pretende responder a la realidad de la imprescindible gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual. Las entidades gestoras constituyen una pieza esencial del específico sistema de protección de tales derechos que diseña la LPI y desconocer esta realidad implicaría hacer ineficaz el sistema. A las entidades de gestión se les reconoce la posibilidad de ejercicio de acciones civiles y penales (art. 25.20 LPI) y se les otorga una representatividad especial. En su contenido no se aprecia excepción alguna a la regla de “toda clase de procedimientos... judiciales”. La norma

ha sido avalada por la reforma de la LEC, puede considerarse como una ley especial y es *lex posterior* al régimen general de la LECR.

Su contenido es –además y aquí puede encontrarse una razón de especial peso para su aplicación– perfectamente concordante con la superior disposición establecida en el **art. 7.3 de la LOPJ** que ordena a los Juzgados y Tribunales “proteger los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos...” y establece que **“Para la defensa de estos últimos se reconocerá legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”**. Puede entenderse que varias disposiciones de la LPI y especialmente la norma contenida en su art. 150 establece una habilitación legal de las entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual para la defensa de los mismos siempre que se cumplan los requisitos administrativos exigidos en los arts. 147 y ss. LPI (particularmente la autorización del Ministerio de Cultura).

En mi opinión, las tesis de la SAP de Córdoba de 12 de junio de 2002 son las más acordes con el sistema diseñado en la LPI y con el art. 7.3 de la LOPJ, pero en el peor de los casos, y, aún partiendo de las tesis más contrarias al art. 150 LPI, si se abrigaran dudas sobre la habilitación de una entidad gestora para la defensa de los intereses perjudicados en un concreto proceso penal, lo oportuno no es directamente –o al menos inmediatamente– efectuar el ofrecimiento de acciones a los considerados perjudicados concretos (por ejemplo a los autores y editores en el caso discutido de CEDRO) conforme al art. 109 LECR, sino requerir a la entidad gestora la aportación de los contratos de gestión a los que alude el art. 153 LPI. Sólo si se advirtiera la existencia de concretos titulares o cesionarios de derechos de propiedad intelectual no relacionados contractualmente en la debida forma con la entidad de gestión correspondiente se procedería con ellos al ofrecimiento de acciones. Lo que no procedería en ningún caso es relegar o abocar a la entidad gestora al ejercicio de la acción popular. Así, por ejemplo, el mencionado auto de la Sección Séptima de la AP Sevilla, de fecha 21 de abril de 2003, me parece rechazable en la medida que parece no dejar abierta la posibilidad de constitución como acusación particular por subsanación de la falta de representación que afirma existir a través de la fácil vía de la acreditación por la entidad gestora de las concretas relaciones contractuales establecidas con los titulares o cesionarios de los derechos (⁹).

En la Ley 15/2003, se ha efectuado una modificación que reconoce de alguna manera la legitimación de las entidades de gestión para intervenir en estos procesos, mediante la adición (apartado segundo de la disposición final primera) de un segundo párrafo a la circunstancia 1^a del artículo 771. El texto es el siguiente:

"La información de derechos al ofendido o perjudicado regulada en este artículo, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y, en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso, se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos."

⁹ ¿Debe el Juez de Instrucción afectado por la resolución no permitir esta posibilidad ante la tajante afirmación del auto? Quizás debiera haberse propiciado un recurso de aclaración.

4. Otra dificultad interpretativa que afecta la intervención penal la genera **LA CONTRADICCIÓN EXISTENTE A NIVEL POSITIVO ENTRE LA DISPOSICIÓN COMÚN DEL ART. 288 Y LA ESPECÍFICA DEL ART. 271, lo que conduce a una evidente PERPLEJIDAD SOBRE LA APLICABILIDAD DE LAS MEDIDAS DEL ART. 129 CP.**

Curiosamente, el segundo párrafo del **art. 288 NCP** - disposición común de aplicación general en principio a todas las Secciones del Capítulo XI del Título XIII del Libro II - prevé que, además, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el art. 129 del NCP, lo que plantea la aplicabilidad, especialmente de las establecidas en su apartado a) -clausura temporal o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos-, en los supuestos del tipo básico del art. 270, ya que ello parece entrar en contradicción con la regla específica prevista en el **párrafo in fine del art. 271** que permite en estos casos de los subtipos agravados de especial trascendencia del beneficio obtenido o especial gravedad del daño causado, que el órgano jurisdiccional decrete *el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado*. Esta situación, que revela sin duda un patente desorden en la actividad - demasiado apresurada quizás - del legislador del CP de 1995, podría resolverse entendiendo que la regla del in fine del art. 271 es una norma especial, que, al encontrarse prevista específicamente tan sólo para los subtipos agravados, impide la aplicación de la regla general del art. 288 para los casos del art. 270. Pero aún cabría plantearse si serían aplicables –como consecuencias accesorias- las medidas de los apartados b) a e) del art. 129, o- como medida cautelar- la del apartado c), lo que tanto podría descartarse con apoyo en el argumento de que si así lo hubiera querido en estos delitos lo hubiera establecido expresamente el Legislador según revelaría *a contrario sensu* la previsión específica del 271, como sostenerse en la patente falta de orden del mismo. En cualquier caso, no se observan razones para la excepción a la aplicabilidad de cualquier medida del art. 129 en estos delitos, máxime si como consecuencia accesoria puede imponerse el cese de la actividad ilícita y, como dice el párrafo tercero, del precepto referido *“las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”*.

Creo que ante esta duda, **la inacción es la peor de las soluciones, especialmente en el plano cautelar. De hecho la obligación genérica, entre las primeras diligencias a acordar, de otorgar protección a los perjudicados e impedir la continuidad de la actividad infractora y de sus efectos, debe motivar la petición del Fiscal y la actuación del Juez**

La pregunta es **¿existen instrumentos que lo posibiliten, aunque sea al margen de las medidas del art. 129 e incluso en los tipos básicos? Creo que sí.**

Hay que tener en cuenta que el art. 143 LPI⁽¹⁰⁾ –en su redacción vigente conforme a la Disposición Final 2ª .3 LEC- expresamente autoriza la imposición, en las causas criminales, de las medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, de forma compatible con las previstas en la normativa procesal penal. De este modo, serán aplicables las medidas establecidas en el art. 727 LEC, entre las que por su particular interés para lograr aquel objetivo, destacan las previstas en sus números 7, 8 y 9, que podrán acordarse siguiendo cualquiera de las posibilidades establecidas en el art. 733 LEC.

¹⁰ Disposición Final Segunda, punto 3 LEC. “El artículo 143 de la Ley de Propiedad Intelectual, texto refundido por Real Decreto legislativo 1/1996, quedará redactado en los siguientes términos:

“Artículo 143. Causas criminales

En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley, podrán adoptarse las medidas cautelares procedentes en los procesos civiles, conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estas medidas no impedirán la adopción de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.”

A nivel de **consecuencias establecidas en la sentencia** y aunque propiamente no sean consideradas como tales sino como *medidas de responsabilidad civil* ha de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 272. 1: “*La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad lícita y a la indemnización de daños y perjuicios.*” En la actualidad dicha remisión ha de entenderse efectuada de forma específica a los arts. 138 a 140 LPI. En definitiva, el órgano sentenciador penal, como consecuencia civil de la declaración de responsabilidad penal, puede decretar el cese de la actividad ilícita, que el artículo 139 LPI regula estableciendo que puede comprender:

- La suspensión de la explotación infractora.
- La prohibición al infractor de reanudarla.
- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción.
- La inutilización y, en caso necesario, destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.
- La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

Fundamentalmente, en su aplicación penal, estas medidas irían dirigidas a impedir la continuación o reiteración de la infracción delictiva, obstaculizando las actividades ilícitas de reproducción, distribución o comercialización y la comunicación pública.

5. También **LOS TIPOS AGRAVADOS del art. 271 CP** plantean dificultades.

El Código Penal de 1995 redujo el anterior elenco de conductas agravadas y “superagravadas” al establecimiento de un único nivel de agravación, expresado en dos subtipos cualificados, independientes uno del otro, comprendidos ambos en el artículo 271 CP y en los que se atiende a conceptos jurídicos indeterminados, lo que implica una transferencia de la decisión al criterio valorativo de jueces y tribunales:

a) *Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*

b) *Que el daño causado revista especial gravedad.*

Si el primero parece responder a un criterio exclusivamente patrimonialista, cuya determinación puede efectuarse en relación con la superación de una cantidad, la concreción del segundo plantea dudas acerca de su precisión y los conceptos que puede comprender.

Aunque para la consumación del delito no es necesaria la causación efectiva de un perjuicio, esta modalidad agravada parte de la existencia real de un daño ocasionado al sujeto pasivo del delito, que se requiere que sea de especial gravedad, cláusula indeterminada que, al igual que ocurre en otros preceptos en los que es utilizada - v.gr. 235.3 en relación al hurto, 250.6º en relación a la estafa y 252, en relación con el anterior, para la apropiación indebida o 305. 1.b) para el delito fiscal - implica, como en el supuesto agravatorio anterior, una transferencia de la decisión al criterio valorativo de jueces y tribunales.

El primer problema interpretativo que sugiere es la determinación del **concepto de daño**, pues el empleo de este término en lugar del vocablo *perjuicio*, utilizado en el tipo básico, plantea la cuestión de si se está o no aludiendo a cosas distintas. Los propios artículos 109, 110.2º y 112.3º NCP, al tratar el tema de la responsabilidad civil, parecen atribuir significados distintos a estos términos, lo que sirve de base para introducir cierta inseguridad a la hora de optar por un criterio interpretativo. Sin embargo, la opinión dominante, con la que estimo ha de estarse de acuerdo por la escasa precisión que en este tema guarda el legislador en preceptos semejantes de la parte especial - sobre todo motivada por el apresuramiento que en ocasiones preside su tarea -, considera que cabe identificar ambos términos, de modo que con la referencia al daño no solo se estaría aludiendo a su vertiente material, sino también al perjuicio, incluyendo, además del daño emergente, el lucro cesante. En apoyo de esta tesis podría citarse el art. 138 LPI que, al posibilitar la indemnización al perjudicado utiliza el término daños, que por su desarrollo en el art. 140 LPI se viene a identificar con el concepto de perjuicio que se mantiene en el Código Penal; la inclusión del lucro cesante puede sustentarse en el propio párrafo primero del reseñado art. 140 LPI que en torno a la indemnización de los daños *materiales* posibilita al perjudicado optar por el beneficio que hubiere podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiere podido percibir de haber autorizado la explotación.

También estos preceptos civiles establecen **la indemnización del daño moral, lo que hace que la doctrina por lo general admita su inclusión como base para determinar la especial gravedad del daño de este subtipo**, en consonancia con la necesidad de la indemnización por los perjuicios morales que proclama el art. 110.3º NCP. Personalmente considero aceptable esta opinión. Ciertamente es que el reforzamiento, operado en la nueva redacción de 1995, de la estructura patrimonial del tipo y sus aspectos patrimoniales (la exigencia en el tipo básico del ánimo de lucro concatenado con la actuación en perjuicio, fundamentalmente de índole económica, de tercero, la conclusión de que el bien jurídico protegido son las facultades patrimoniales y que ello es lo que permite definir la entrada en juego de la intervención penal, delimitando su tutela frente a la de carácter administrativo o civil, e, incluso, la consideración de que se viene a proteger la vertiente patrimonial de los derechos de autor también cuando se castiga el plagio), la inserción sistemática entre los delitos del Título XIII, y la constatación de que, en los demás casos en que el Código Penal (235.3º, 250.6º, 305.1 b)...) dentro de este título alude a la especial gravedad, refiere ésta a variables valorativas de contenido esencialmente económico, pudieran sustentar el criterio de que la expresión *daño ocasionado* debe acotar la interpretación al daño económico. Sin embargo, la solución de la inclusión del daño moral producido como elemento a tener en cuenta para la valoración de la especial gravedad del daño, puede encontrar otro importante argumento de sostén en la decisión del Legislador de ubicar las modalidades agravadas en dos párrafos distintos y no haber acudido al fácil recurso de diseñar la agravación en base a *la especial trascendencia económica del beneficio obtenido o del daño causado*. Ello parece revelar un deliberado deseo de no vincular en este caso la interpretación de daño a aspectos exclusivamente económicos.

Esto no quiere decir que los aspectos económicos no sean importantes. Por el contrario, estimo que han de ser los prevalentes, aunque no los únicos, para valorar la

gravedad del daño producido, pues la especial y primordial protección de las facultades patrimoniales de los derechos implicados así lo propicia y determina (¹¹).

En cualquier caso, para dicha valoración se debe partir de baremos objetivos, y, por tanto, dejando de lado criterios excesivamente subjetivos en torno, por ejemplo, a la capacidad económica del sujeto pasivo, pues cuando el Legislador quiere que se tomen en cuenta estos factores lo expresa así de forma explícita (por ejemplo, en el delito de estafa -art. 250.6º CP-).

El nuevo texto previsto para el art. 271 en la reforma del Código Penal, aprobada por la LO15/2003, tiene la siguiente redacción:

“Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce 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 los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el 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.

¹¹ Lo cierto es que, en la práctica, sin embargo, el hecho de que el enjuiciamiento penal en primera instancia haya venido correspondiendo a los Juzgados de lo Penal y en vía definitiva a las Audiencias Provinciales -en resolución de recursos de apelación-, ha provocado divergencias importantes en torno a las anteriores cuestiones. Amén de que en muchas ocasiones no hay pronunciamiento sobre la especial gravedad por causa de periciales incompletas o por la necesidad de calcular el daño en ejecución de sentencia (v.gr. SAP de Madrid de 22 de febrero de 1994), el panorama no está exento de sorpresas, y baste para ello citar como ejemplos representativos los siguientes:

Por un lado, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid de 31 de enero de 1995, que mantuvo el criterio de apreciar este subtipo de especial gravedad - del derogado 534 bis b).2 b) -, en relación a un vídeo comunitario, “ atendiendo a la importancia de la difusión ilegal efectuada, que se hacía llegar a unas 1.500 familias, manteniéndose durante más de un año y generando ingresos considerables para el infractor, al mismo tiempo que importantes pérdidas para los titulares, cesionarios o gestores de los derechos afectados, pérdidas que lamentablemente no se pueden cuantificar...ni dentro del plenario ni en ejecución de sentencia ante la imposibilidad de que las referidas pruebas sirvan para fijar unos criterios base. En dicha sentencia no se cuantificaban ni los ingresos ni las pérdidas, lo que podría considerarse que constituye una falta de fundamentación real de la aplicación de este subtipo.

Por otro, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 1ª) de 7 de mayo de 1998, en la que se condena por delito relativo a la propiedad intelectual del tipo básico, sin apreciación del subtipo de especial gravedad - que fue retirado por el Ministerio Fiscal, petición a la que se adhirió la acusación particular, logrando la conformidad del acusado y la no continuación del desarrollo del juicio oral - aún teniendo por declarado probado que el perjuicio ocasionado a los sujetos pasivos ascendió a 12.000 (DOCE MIL) millones de pesetas, fijándose dicha cantidad como importe de la indemnización a cargo de los condenados.

Se mantienen los subtipos anteriores, pero se mejora la redacción del anterior 271 b) pues la alusión se efectúa a la gravedad del hecho y no del daño y se establecen dos parámetros de referencia más precisos, uno de contenido exclusivamente patrimonialista y otro en el que el perjuicio moral seguirá teniendo cabida por las razones ya actualmente vigentes. Asimismo se añaden dos de nuevo cuño, de los que destaca especialmente el primero por cuanto implica un reconocimiento de la actividad de organizaciones delictivas en esta materia, de forma concordante con la modificación que se efectúa del art. 282 bis LECR para incluir estos delitos entre las modalidades delictivas en las que se posibilita la técnica del agente encubierto cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. Expresamente en la definición de delincuencia organizada – entendiéndolo como tal la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, determinadas conductas delictivas - se incluyen los fines de comisión de los delitos relativos a la propiedad intelectual, lo que abre las puertas a la aplicación de todo un abanico de posibilidades en el campo de la lucha nacional e internacional contra estos delitos ⁽¹²⁾.

En efecto, se añade una nueva letra d) al apartado 4 del artículo 282 bis, con la siguiente redacción:

d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

Finalmente, las antiguas letras d), e), f), g), h) i), j) y k) de este apartado pasan a ser las letras e), f), g), h), i), j), k) y l), respectivamente.

6. Otro condicionante de la intervención penal viene representado por LAS DIFICULTADES QUE PLANTEAN LAS PERICIALES.

Por lo general, la práctica de la prueba pericial es crucial en los delitos relativos a la Propiedad Intelectual, tanto en su dimensión científico-técnica como en su aspecto patrimonial. De hecho, en la mayoría de los casos, el contenido de la misma acredita, en su faceta técnica, la concurrencia de elementos del tipo esenciales en relación a los objetos materiales del delito, y determina, cuando su naturaleza es de índole valorativa o económica, aspectos tales como el importe de los daños y perjuicios ocasionados, el beneficio obtenido, la trascendencia económica del hecho, y, en consecuencia, la concurrencia de subtipos agravados y la fijación de la cuantía de la indemnización que ha de percibir el perjudicado.

En la práctica, los problemas suelen surgir por la sospecha que frecuentemente se suele intentar sembrar en torno a la imparcialidad del perito. No es desconocido que en las materias

¹² A la importancia de este tipo de previsiones me referí en la Comparecencia en el Congreso de los Diputados que hube de efectuar el 12 de mayo de 2003 ante la Subcomisión para el estudio de medidas contra la piratería en bienes y derechos protegidos por la propiedad intelectual, donde, junto con otras novedades, propuse esta concreta modificación legal que se sustenta en la necesidad de establecer un adecuado marco para la intervención penal internacional. Para una más completa visión sobre los propósitos de estas medidas debo remitirme para no reiterar argumentos –superando el natural rubor que provoca la autocita- a Tirado Estrada, Jesús J., Reformas y Propuestas de futuro en materia de delitos relativos a la Propiedad Intelectual, y más concretamente a su capítulo II.- “La necesaria acción internacional. Posibilidades de uso de instrumentos y medidas estructurales de la cooperación judicial internacional”, ponencia presentada al Curso del Plan de Formación de Fiscales *Protección Penal de la Propiedad Intelectual: Tipología delictiva y problemas prácticos*, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio 2003, y de la que se ha presentado una versión actualizada.

de propiedad intelectual e industrial no abundan los candidatos a peritos que reúnen conocimientos científicos, técnicos o prácticos suficientes para la práctica de estas periciales a veces tan extraordinariamente complicadas. Las nuevas tecnologías de reproducción a todos los niveles, el mundo de la informática, los avances de la técnica dificultan estas labores y es un hecho que ni los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ni la Administración de Justicia disponen de cuerpos técnicos o escalas especializadas en este tipo de labores periciales. Así las cosas no es infrecuente que los peritos que intervienen en estas causas sean propuestos por las personas agraviadas y tengan que asistir la labor de la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales. La inexistencia de mecanismos ágiles de remuneración de esta labor pericial tampoco ayuda para que la situación cambie. Ello hace aparecer reiteradamente a un reducido número de peritos en este tipo de procedimientos, a los que se suele tildar de vinculados con los perjudicados, especialmente con las entidades que expresamente desarrollan una más intensa actividad en la lucha contra la piratería en estas materias.

A este sentir no han sido ajenas algunas sentencias de los Tribunales de Justicia. Las dudas de los Juzgadores parecen estar suscitadas por una indisimulada desconfianza en la independencia de los peritos, a los que frecuentemente se les atribuye cierta vinculación o relación con los sujetos pasivos (SAP de Jaén de 3 de junio de 1997); pero no cabe olvidar que en la mayoría de las ocasiones, dichos peritos son propuestos por los perjudicados para cubrir carencias de nuestra Administración de Justicia, especialmente ante el desconocimiento de los propios órganos jurisdiccionales sobre la cualificación e, incluso, la identidad de profesionales con conocimientos técnicos suficientes en las complejas materias que suscitan los objetos materiales de la infracción, que puedan llevar a cabo la tarea pericial, tanto puramente técnica como de evaluación económica del perjuicio, que suscite el concreto supuesto de hecho. No resulta tampoco infrecuente encontrar resoluciones que, conscientes de estas carencias, dan por buenas estas periciales al no ser rebatidas, a través de otra contradictoria, por las defensas de los acusados (SAP de Madrid -S. Sexta- de 22 de febrero de 1994).

En cualquier caso, frente a quienes se muestran más reacios a esta realidad habría que recordar que en el diseño de persecución de estas infracciones penales, el Legislador ha optado expresamente por conceder la iniciativa a la parte agraviada, de manera que no puede extrañar que organizados para la defensa de sus intereses, los perjudicados sean los más interesados en facilitar la labor judicial agilizando el trámite con su propio impulso y tratando de evitar que el desconocimiento y carencias de muchos operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal se constituya en una pesada losa para el curso del procedimiento en el que pretenden obtener la tutela efectiva de sus derechos.

Tampoco puede olvidarse que ha de partirse del diseño de prueba pericial de nuestro ordenamiento y extraer del mismo las debidas conclusiones sobre si la intervención pericial que normalmente se da en las causas seguidas por delitos relativos a la Propiedad Industrial presenta suficientes garantías y si nuestra vigente normativa proporciona mecanismos suficientes para reaccionar contra periciales animadas de espurios motivos.

Como principio general, la LOPJ, salvo en los términos que más adelante se precisarán, no contempla a los peritos entre el personal al servicio de la Administración de Justicia. En España la pericia es libre por regla general y no se han constituido cuerpos oficiales de peritos pertenecientes a todas las variedades y sub-variedades de pericia que el proceso posibilitaría. Únicamente, como excepción, los médicos forenses constituyen un

cuerpo funcional titulado superior al servicio de la Administración de Justicia (art. 497.1 LOPJ).

Sin embargo, se prevé que puedan prestar sus servicios en la Administración de Justicia *profesionales o expertos que permanentemente u ocasionalmente sean necesarios para auxiliarla* (art. 508 LOPJ). Éstos podrán constituir Cuerpos Técnicos o Escalas especializadas al servicio de la Administración de Justicia y también podrán ser contratados en régimen laboral por el Ministerio de Justicia.

En el procedimiento penal, el Juez puede acordar la pericial de oficio o a instancia de parte si no la considera inútil o impertinente y siempre que fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos (arts. 456 LECR y concordantes). La designación de los peritos la efectúa el Juez de oficio o al aceptar la propuesta de las partes o el Ministerio Fiscal.

La intervención de peritos en diligencias practicadas por la Policía Judicial está expresamente prevista en el art. 293, párrafo 2 LECR. La misma se ha de producir cuando sea necesario o conveniente para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en la causa y se extiende al examen, análisis y recogida de datos, su estudio, la deliberación y la emisión de dictamen sobre cualesquiera temas para los que se precisen o sean útiles conocimientos científicos artísticos o prácticos. No existiendo peritos exclusivamente habilitados, pueden serlo tanto titulares, con ostentación de título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio está reglamentado por la Administración, como no titulares, pero con conocimientos o práctica especiales en alguna ciencia o arte.

El régimen de responsabilidad del perito, como no puede ser de otra manera, está determinado con precisión y dureza. Conforme a la normativa procesal, el perito tiene el deber de desempeñar bien y fielmente sus operaciones. En el procedimiento penal, salvo impedimento legítimo, el perito ha de acudir al llamamiento judicial y no puede negarse, sin justa causa, a prestar el informe. Si lo hace puede ser acusado, en su caso, como autor de un delito de denegación de auxilio o de desobediencia a la Autoridad Judicial.

Los peritos pueden incurrir en responsabilidad civil, penal y disciplinaria. La civil podrá ser exigida por la parte que se considere perjudicada por el dictamen del perito y en base al cual se haya dictado sentencia adversa a sus intereses, dilucidándose en el correspondiente procedimiento civil la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, salvo que acompañe como accesorio a la penal. La penal está prevista en los arts. 459 y 460 del Código Penal que contemplan los supuestos en los que maliciosamente el perito falte a la verdad en su dictamen o la altere con reticencias o inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes y se dilucida en el correspondiente proceso penal. Las sanciones penales son de prisión de hasta 4 años y seis meses, multa e inhabilitación especial de empleo, cargo público, profesión u oficio en el primer caso y de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo, cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a tres años. La responsabilidad disciplinaria puede ser impuesta por corrección judicial (prevista en el art. 440 LEC) o incluso, en su caso, por parte de la corporación profesional a la que pertenezca el perito.

Frente a situaciones de posible interés, la Ley prevé un régimen específico de recusación que en plano penal viene diseñado en torno a las causas de recusación que se establecen en el art. 468 LECR.:

1º Parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o el reo.

2º El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante.

3º La amistad íntima o la enemistad manifiesta.

Quien intente la recusación habrá de hacerlo por escrito en el que proponga la prueba sobre la concurrencia de la causa de la recusación antes de empezar la diligencia pericial, originándose un incidente en el que el Juez decide o no admitir la recusación. Si el reconocimiento e informe periciales pudieren tener lugar de nuevo en el juicio oral, los peritos nombrados no podrán ser recusados por las partes. Si no se pueden reproducir en el juicio oral habrá lugar a la recusación y entra en juego el régimen del art. 471 LECR. Incluso, los peritos pueden ser recusados por el Ministerio Fiscal y las partes hasta el comienzo de las sesiones del juicio oral.

Y, finalmente, el control de las operaciones de peritaje está sometido a las reglas de la contradicción por las partes intervinientes en el proceso y a la libre apreciación del Juzgador conforme a las reglas de la sana crítica sin obligación a sujetarse al dictamen de los peritos. Cualquier decisión al respecto debe ser motivada.

Por lo expuesto, creo que hay que concluir que existen suficientes sistemas o mecanismos de prevención, control y reacción contra pruebas periciales indebidas por lo que la desconfianza generalizada debe desterrarse sin perjuicio de que comprobada cualquier irregularidad aparezca la responsabilidad del perito y la falta de consistencia de su pericial para sustentar elementos de juicio en la causa criminal en la que se detecte un anormal ejercicio de esta función. Ello no obsta a que debe dejarse constancia de la necesidad de contar en la Administración de Justicia con peritos cualificados e imparciales desde la instrucción y cómo es también obligación del Fiscal instarlo así.

Como reforma indirectamente relacionada con el tema pericial –por cuanto, en realidad, pretende paliar las dificultades que plantea el depósito-, la reforma de la LECR que incluye el Proyecto de L.O. de modificación del Código Penal introduce un nuevo párrafo entre los actuales tercero y cuarto del art. 338 con el siguiente contenido.

“Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente.”

El almacenamiento de los efectos intervenidos en las grandes operaciones plantea efectivamente problemas de conservación y seguridad, así como altos costes. La primera intención de esta modificación es posibilitar la destrucción de los efectos una vez se haya practicado una pericial sobre los mismos.

III. PERFECCIONAMIENTO DE LA INTERVENCIÓN EN LA FASE PREPARATORIA DEL PROCESO PENAL POR ESTOS DELITOS.

Identificados los anteriores condicionantes y partiendo de la experiencia del día a día, la pregunta es ¿cómo podría mejorarse la intervención penal?

Tras analizar un buen número de causas, escritos de acusación y sentencias, personalmente he llegado a la conclusión de que, en la gran mayoría de los casos, en el juicio oral, o no surgen problemas o si surgen, ello es debido a una deficiente actuación en la fase de instrucción. Prácticamente, todos los problemas que aparecen en el juicio oral se podrían haber obviado de haberse prestado una atención más directa en la fase de instrucción tanto en lo que se refiere a la actividad del Juez Instructor, como en lo que respecta al Fiscal, cuya presencia y dedicación más activa en esta fase revierte inmediatamente en la disposición de un mejor material instructorio y, por ende, en una mejor fundamentación para el ejercicio de la acción penal.

Si hubiera que identificar los puntos clave, la atención de ambos sujetos (Juez de Instrucción y Fiscal) durante la fase de instrucción creo que debiera centrarse particularmente en los siguientes cuatro aspectos:

1.- LA OBTENCIÓN, DESCUBRIMIENTO Y ASEGURAMIENTO DE FUENTES DE PRUEBA. Es preciso un especial esfuerzo dirigido a que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente. En ello ha de estar especialmente comprometido el Ministerio Fiscal, el cual, por razones constitucionales y estatutarias, debe promover la acción de la justicia y velar por ese ejercicio eficaz de la función jurisdiccional (art. 3º.1 EOMF), debiendo intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos y la obtención y aseguramiento de material probatorio a través de medidas de descubrimiento y ocupación de instrumentos y efectos del delito. En definitiva, adoptando una posición más activa desde el momento inicial de la recepción de la “*notitia criminis*”, y actuando como “locomotora” del proceso en consonancia con el papel de impulso que en el procedimiento abreviado le atribuye el art. 773.1 –antiguo 781- LECR.

En cuanto que “ejercitador” de la acción penal, al Ministerio Público interesa la disposición y acumulación del mejor y mayor material instructorio de cara a decidir si existen fundamentos para formular la acusación y en orden, en caso positivo, a sostener dicha posición en juicio oral, posibilitando la tutela judicial efectiva procedente.

Para facilitar esta actuación del Ministerio Público habría que recordar a perjudicados y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las potestades y posibilidades del Ministerio Público, al que nuestra normativa otorga la dirección de las investigaciones preprocesales (art. 773.2 –anterior 785 bis- LECR y art. 20 Reglamento Policía Judicial) y que presenta características funcionales y estructurales especialmente adecuadas para servir de nexo de “vehiculación” ante la autoridad judicial de los derechos de los agraviados por el delito.

En muchas ocasiones, justificadas medidas que afectan derechos fundamentales no se adoptan por defectos en las peticiones policiales relacionados con carencias de sustentación en datos materiales o en fundamentos jurídicos suficientes para apoyarlas, que revierten en una apariencia de inadecuación, innecesariedad o falta de proporcionalidad. Una mejor

preparación del material que ha de sustentar las solicitudes puede lograrse con una intervención a tiempo del Ministerio Fiscal, institución que con arreglo al ordenamiento jurídico dispone de recursos suficientes para encauzar y dirigir los esfuerzos en orden a que, desde el principio –pues especialmente la primera actuación se revela decisiva-, la intervención jurisdiccional se produzca en las mejores circunstancias.

2. LA ADOPCIÓN INMEDIATA DE MEDIDAS CAUTELARES, especialmente LAS ENCAMINADAS A EVITAR LA CONTINUIDAD DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO Y LOS EFECTOS DEL DELITO.

Ya se ha incidido en la importancia de otorgar la debida protección al perjudicado desde las primeras diligencias y cómo en el procedimiento penal español, el art. 13 LECR en relación con el 143 LPI (e incluso el art. 4 de la LEC), posibilita la aplicación en este tipo de procedimientos penales de las medidas generales y específicas previstas en LEC, lo que es absolutamente necesario si se pretende satisfacer uno de los fines esenciales que al proceso penal otorga nuestro ordenamiento: la reparación, en la medida de lo posible, de la situación jurídica perturbada o dañada.

A tales efectos, hay que tener bien presente que, en buena parte de los casos, las necesidades cautelares revisten carácter urgente y recordar que el proceso penal se rige – en general - por el principio de oficialidad, y que si naturalmente las debidas medidas precautorias y aseguratorias pueden adoptarse a petición del agraviado, también pueden ser acordadas de oficio o a instancia del Ministerio Público, quien, con arreglo al repetido art. 773 –anterior 781- LECR y 3º.5 de su Estatuto Orgánico, tiene asimismo la misión de “Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan”

Las medidas específicas contempladas en la normativa jurídico-privada son las más adecuadas para atajar la continuidad de la infracción y la continuidad del perjuicio, y, por lo tanto, siendo el interés del Juez y del Fiscal que el quebranto del orden jurídico no continúe, se perpetúe o reitere, debe procurarse por ambos su efectiva utilización.

En muchas ocasiones, la Administración de Justicia realiza un gran esfuerzo para dar una respuesta penológica, pero olvida la necesidad de cuidar este importante aspecto del proceso penal. La ausencia de decisiones contundentes en el plano precautorio real provoca el indeseable efecto de nuevos procedimientos contra el mismo infractor que reitera su conducta porque dispone de los mismos medios para el desarrollo de su actividad ilícita y le sigue compensando la continuidad delictiva, de manera que la inacción cautelar favorece la reiteración del comportamiento infractor, generando la necesidad de nuevas actuaciones jurisdiccionales, originando una multiplicidad de actuaciones policiales, judiciales y fiscales contrarias a cualquier criterio de economía procesal y material de las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia.

Precisamente esta falta de uso de los instrumentos teóricamente disponibles sustenta gran parte de las quejas recibidas en foros internacionales sobre el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos. Especialmente en las revisiones de legislación producidas en foros OMPI y ADPIC, se constata como la aparente concordancia legislativa con tales compromisos no se ve acompañada en la práctica de una acción eficaz de la Administración de Justicia. Es preciso, por tanto, mejorar el nivel de uso de los instrumentos

cautelares disponibles sin perjuicio de acompañar esta mayor utilización de las debidas cautelas que cubran perjuicios injustificados.

3.- EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Íntimamente relacionada con el aspecto anterior, está la necesidad de garantizar que en la instrucción se disponga de un material adecuado para el aseguramiento y fijación de la indemnización civil.

Precisamente inserta en la idea de reparación o restitución del orden jurídico perturbado está la cuestión de la satisfacción de la indemnización. Por ello, el art. 299 LECR, al perfilar el contenido y la finalidad del sumario, alude a las actuaciones encaminadas a preparar el juicio “asegurando...las responsabilidades pecuniarias”, en consonancia de la peculiaridad propia del proceso penal español de ejercicio simultáneo y conjunto de las acciones penal y civil. Como afirma BONÉ PINA ⁽¹³⁾ “la institución de la responsabilidad civil derivada del delito, a pesar de su naturaleza privada, cumple una importante función político-criminal tanto de prevención de conductas futuras como de pacificación de la conflictiva situación surgida entre autor y víctima”, hasta el punto de que en muchas ocasiones se releva como interés primordial del perjudicado por el delito. Sin embargo, es un hecho reiteradamente constatable que los penalistas prácticos en no pocas ocasiones y por razones multifactoriales han venido “minusvalorando” este importante aspecto del proceso penal tan trascendente para quien sufre la infracción como víctima, de manera que han centrado el punto de mira en los aspectos de la pretensión jurídico-penal y han dedicado menos atención al aseguramiento y satisfacción de la responsabilidad civil, que se ha deferido – retrasando aún más la tutela en esta sede – en no pocas ocasiones a la ejecución de sentencia.

Consciente de estas necesidades la Instrucción de la Fiscalía General del Estado num.1/92 insiste – en palabras que igualmente podrían referirse a la labor de cualquier otro responsable de la Instrucción – en que “*la protección de la víctima no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr su satisfacción reparándose todos los efectos del delito. El ejercicio de la acción civil conjuntamente con la penal, salvo excepciones, debe tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un alarde burocrático carente de sentido. Es necesario llamar la atención de los Fiscales sobre la necesidad de iniciar y sustanciar, desde el momento procesal oportuno, según el tipo de proceso del que se trate, las llamadas piezas de responsabilidad civil y de adoptar, con carácter urgente, las medidas cautelares de protección económico social de la víctima... Por ello, los Fiscales deberán instar, en todo caso, la formación de la pieza de responsabilidad civil, si el juez no lo hiciera de oficio como la ley ordena. Asimismo deberán instar y vigilar su pronta conclusión...*”

Para los delitos relativos a la propiedad intelectual, el art. 272 CP ordena la aplicación de la normativa de la Ley de Propiedad Intelectual.

Medidas específicas de aseguramiento de la futura satisfacción de la responsabilidad civil (incluidas las propias de la legislación jurídico-privada aplicable atendidas las singularidades de aquella en este terreno y especialmente las que posibiliten como medidas definitivas las previstas en el art. 139 LPI para el cese de la actividad ilícita) y diligencias de

¹³ Boné Pina, J.F., Las medidas cautelares reales en el procedimiento penal, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 320

determinación de su montante (teniendo muy en cuenta lo dispuesto en el art. 140 LPI) deben ser objeto de una atención particularizada en la instrucción del proceso, cuestión relacionada en este tipo de delitos con el siguiente aspecto de la necesidad de cualificadas periciales.

4.- LA ELABORACIÓN DE PERICIALES ADECUADAS.

Ya se ha aludido a la importancia de contar con una pericial cualificada que aborde la dificultad añadida por la complejidad técnica y valorativa que está presente en los objetos materiales en esta clase de delitos.

La misma es esencial para la determinación de la concurrencia de los elementos del tipo relativos al objeto material - dimensión científico-técnica - y resulta decisiva para la fijación de la pena y la aplicabilidad de la medida de clausura temporal o definitiva del art. 129 CP por apreciación del subtipo agravado (especial gravedad por valor objetos o especial importancia de perjuicios ocasionados), y para la fijación de la responsabilidad civil, teniendo muy en cuenta las acentuadas singularidades que pueden percibirse en esta materia tratada – dimensión patrimonial -.

Ello justifica que tanto quien ha de preparar el juicio oral como quien tiene que ejercer la acción penal presten desde el principio la atención que merece la pericia e insten lo procedente respecto la cualidad y condiciones de los peritos y el contenido y aspectos sobre los que debe pronunciarse la pericial, asegurando las mejores circunstancias de preparación, imparcialidad y fiabilidad. En consecuencia, Juez y Fiscal deben preocuparse intensamente por cuidar este aspecto esencial.

Dada la importancia del tema, en materia de delitos relativos a la Propiedad Intelectual, habría que prestar apoyo a iniciativas de articulación, a través de organismos oficiales¹⁴, de listas oficiales de peritos titulados y cualificados por áreas que fuesen puestas a disposición de Jueces y Tribunales para la designación de peritos intervinientes en los procesos seguidos por estos delitos.

5.- LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO.

La obtención de los mejores resultados en la intervención penal contra la delincuencia en materia de propiedad industrial – como, en general, respecto de cualquier tipo de delincuencia – requiere de un adecuado marco de relaciones entre los principales actores de la Administración de Justicia (Jueces, Tribunales y Ministerio Público) y quienes ejercen las

¹⁴ A tales efectos resulta de particular interés la iniciativa propiciada al respecto por la Comisión Antipiratería de la Propiedad Intelectual e Industrial, creada por Real Decreto 114/2000, de 28 de enero, existente en el seno de los Ministerios de Educación y Cultura y de Industria. Como es sabido, existen listas de peritos habilitadas por esta Comisión interministerial; pero sería necesario reforzar sus actividades en materia de designación y formación de peritos especializados, incrementar el número de éstos, fomentar una adecuada distribución territorial, regular las condiciones de ingreso en las listas y otorgar una mayor publicidad a la propia existencia de las mismas.

funciones policiales de investigación y esclarecimiento del delito y aseguramiento del delincuente.

En los delitos relativos a la propiedad intelectual es particularmente interesante que en la fase preprocesal la policía judicial “cuente” con el Ministerio Fiscal, especialmente en las operaciones que así lo demanden por su especial dimensión o complejidad, ya que ello puede facilitar la obtención de mejores resultados en cuanto que, a la especialización policial en las técnicas de investigación práctica y científica sobre el terreno, se sumaría la especialización del Fiscal en la determinación, aseguramiento y valoración jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba, así como los requisitos para su validez sustancial, formal y procesal. Incluso el agraviado puede presentar denuncia ante el Fiscal, y, a tenor de lo establecido en el anterior art. 785 bis y actual 773.2 LECR, éste practicará él mismo u ordenará practicar a la Policía Judicial las diligencias pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo, e instará del Juez de Instrucción la incoación de las diligencias previas con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si, lo hubiere, y los efectos del delito. Incluso, si lo estima necesario, podrá el Fiscal interesar del Juez de Instrucción la práctica de aquellas diligencias que, por afectar a derechos fundamentales, no pueda practicar u ordenar por sí, tales como entradas y registros, interceptación de comunicaciones, etc...

Así pues, en mi opinión, los Fiscales pueden y deben utilizar las facultades que el art. 773 (antes 781 y 785 bis) de la LECR y el art. 20 del Real Decreto de Policía Judicial ⁽¹⁵⁾ les atribuyen, para promover, coordinar, dirigir y, en cierto modo, controlar jurídicamente ¹⁶ la investigación policial preprocesal de los delitos que puedan constituir el objeto procesal de un proceso abreviado. En éste, los Fiscales ostentan la facultad y tienen el deber de impartir tanto instrucciones generales como órdenes e instrucciones particulares sobre casos concretos a la Policía Judicial ⁽¹⁷⁾.

¹⁵ Recordemos que dicho precepto dispone que “*Cuando los funcionarios integrantes de las Unidades Orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente*”.

Con ello, se quiso diseñar un escenario de dominio del Fiscal sobre toda investigación criminal preprocesal o previa a la apertura de diligencias judiciales, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial. Pero es indudable que las posibilidades normativas no han sido bien aprovechadas en la práctica.

¹⁶ Especialmente para que los derechos de los ciudadanos y los principios legales de toda investigación sean cumplidos.

¹⁷ Recordemos que La propia Circular 1/1989, queriendo propiciar esta actividad, detalló los cauces a utilizar para impartirlas distinguiendo su carácter y su destinatario, estableciendo que:

1.- Las instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, durante la fase pre-procesal, esto es, al margen de las actuaciones judiciales en trámite se impartirán a través de los Jefes de las distintas Unidades, conforme a lo prevenido en el art. 20 del Real Decreto 769/1987.

Pero es preciso tener claro que la dirección de la investigación policial o la delegación en ésta de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en Jefe de la Policía, ni que dicha delegación acabe constituyendo una autorización para la libre acción de la Policía, pasando a ser el Fiscal un mero homologador de las actuaciones policiales. Por ello, tanto si se dirige la investigación policial como si se delega en ésta la práctica de diligencias, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación, pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía Judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal, la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer.

IV. LA REFORMA APROBADA DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA (L.O. 15/2003 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL).-

Como hemos ido viendo, la vigente regulación que afecta a la aplicación de los tipos relativos a la propiedad intelectual presenta contradicciones, asimetrías y deficiencias que es necesario corregir.

A mi juicio, el perfeccionamiento de la normativa debe extenderse tanto a los aspectos sustantivos como a los procesales, si de verdad se pretende establecer un marco normativo que permita proteger a los titulares de los derechos de propiedad intelectual y sancionar adecuadamente a los infractores.

El legislador es consciente de que la necesidad de dar una adecuada respuesta a la problemática que plantea la actual regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual. En parte, se ha procedido a mejorar la situación con las modificaciones operadas a través de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

[Continuación de la nota de la página anterior]

2.- Las instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial, de tenor análogo al del apartado anterior y en especial para la coordinación de la investigación de hechos concretos en los distintos Cuerpos, durante la fase procesal, esto es, existiendo actuaciones judiciales; se efectuarán a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial.

3.- Las instrucciones de coordinación de los distintos Cuerpos dependientes de las Juntas Locales de Seguridad, deberán cursarse a través de éstas, conforme al art. 54 de la L.O. F.CSE.

4.- Las instrucciones particulares en una investigación policial en marcha se realizarán en los términos del art. 20 del Real Decreto de PJ reseñado y la Instrucción 2/1988

5.- Las instrucciones particulares a las Unidades de Policía Judicial adscritas a las Fiscalías o a otra Unidad para la investigación concreta de un caso, se impartirán a través del Jefe de la Unidad o a los funcionarios que practiquen la investigación.

Expresadas ya las opiniones propias sobre lo que sería necesario reformar y sobre algunos aspectos de la reforma, baste ahora dejar constancia del contenido literal en que se ha viene a concretar la iniciativa, efectuando un muy breve comentario sobre las áreas de incidencia que suponen los cambios introducidos.

Los preceptos cuya modificación es abordada son los arts. 270, 271 y 287 del Código Penal, así como los arts. 338, 282 bis.4 d), 771.1ª y 795.1. 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La entrada en vigor de los preceptos penales se ha deferido al 1 de octubre de 2004, pero la vigencia de los preceptos de la ley procesal penal española se ha querido que sea inmediata, concretamente el 27 de noviembre de 2003, el día siguiente de su publicación en el B.O.E.

Aunque ya se ha hecho referencia a algunas de las modificaciones introducidas, podemos resumir los cambios introducidos concretando que el texto aprobado es el siguiente:

Art. 270 CP:

“1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce 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.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses quién intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida 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.

3. 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 otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo”.

Un sucinto comentario debe anotar tres focos de atención: la modificación punitiva claramente al alza en el tipo básico –como reafirmación de un mayor reproche social de la conducta- ; la ampliación, en el párrafo 2º, de la protección frente a ciertas actividades preparatorias de la comercialización –con el consiguiente adelanto de barreras tuitivas- como son la exportación y el almacenamiento en el párrafo 2 a los objetos de origen lícito en las condiciones establecidas; y la extensión de la tutela que dispensa el actual párrafo 3º sólo para los programas de ordenador al resto de las obras intelectuales.

Art. 271 CP:

“Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce 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 los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el 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.*

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”.

Se mantienen los subtipos anteriores, pero se mejora la redacción del anterior 271 b), pues la alusión se efectúa a la gravedad del hecho y no del daño y se establecen dos parámetros de referencia más precisos, uno de contenido exclusivamente patrimonialista y otro en el que el perjuicio moral seguirá teniendo cabida por las razones ya actualmente vigentes. Asimismo se añaden dos de nuevo cuño, de los que destaca especialmente el primero por cuanto implica un reconocimiento de la actividad de organizaciones delictivas en esta materia, de forma concordante con la modificación que se efectúa del art. 282 bis LECR para incluir estos delitos entre las modalidades delictivas en las que se posibilita la técnica del agente encubierto cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada.

En el balance negativo, permanece la disfunción actual entre los arts. 288 y 271 in fine CP con lo que se deja subsistente el problema aplicativo del art. 129 CP.

Art. 287 CP:

“1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3ª del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.”

La acertada decisión que modifica el régimen de persecución, que pasa a ser de oficio, sólo queda empañada formalmente por la deficiencia técnica, sin valor sustancial, de incluir una previsión particular entre las Disposiciones Generales dedicadas al Capítulo.

Art. 282 bis. 4 LECR:

Se añade una nueva letra d) al apartado 4 del artículo 282 bis:

d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código Penal.

Finalmente, las antiguas letras d), e), f), g), h) i), j) y k) de este apartado pasan a ser las letras e), f), g), h), i), j), k) y l), respectivamente.

Ya se ha justificado que la modificación se efectúa para incluir estos delitos entre las modalidades delictivas en las que se habilita la técnica del agente encubierto cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. Expresamente en la definición de delincuencia organizada – entendiendo como tal la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, determinadas conductas delictivas - se incluyen los fines de comisión de los delitos relativos a la propiedad intelectual, lo que abre las puertas a la aplicación de nuevas posibilidades en el campo de la lucha nacional e internacional contra estos delitos.

Art. 338 LECR:

Como reforma indirectamente relacionada con el tema pericial –por cuanto, en realidad, pretende paliar las dificultades que plantea el depósito-, la reforma de la LECR que incluye el Proyecto de L.O. de modificación del Código Penal introduce un nuevo párrafo entre los actuales tercero y cuarto del art. 338 con el siguiente contenido.

“Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente.”

El almacenamiento de los efectos intervenidos en las grandes operaciones plantea efectivamente problemas de conservación y seguridad, así como altos costes. La primera intención de esta modificación es habilitar las posibilidades de destrucción o venta de los efectos.

Artículo 771, circunstancia 1ª LECR (adición de un párrafo segundo) texto:

"La información de derechos al ofendido o perjudicado regulada en este artículo, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y, en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso, se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos."

De esta manera se vienen a reconocer legalmente las posibilidades de intervención y ejercicio de la acción penal por las entidades de gestión. Su legitimación para intervenir en los procesos penales en la medida en que ostenten la representación de los intereses de los ofendidos o perjudicados no parece dejar ya resquicios a la duda.

Artículo 795, Regla 2ª del apartado 1 LECR:

“... Que se trate de algunos de los siguientes delitos:

...h) delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal”.

Con ello se posibilita la aplicación del denominado procedimiento de juicio inmediato a este tipo de infracciones, pretendiendo extender los beneficios de la justicia rápida a las manifestaciones menos complejas de este fenómeno delictivo.

V. CONCLUSIÓN.-

En el curso de los procedimientos seguidos por delitos relativos a la propiedad intelectual resulta preciso tener bien presentes los elementos que condicionan la prestación de una adecuada respuesta del sistema penal.

Partiendo de la conciencia sobre la problemática que dichos condicionantes generan, es posible brindar una mejor respuesta en los procedimientos penales a través de una particularizada atención a aspectos de la instrucción que resultan decisivos de cara a un ejercicio eficaz de la jurisdicción. Ello implica adoptar una perspectiva dinámica de intervención penal en esta fase del proceso penal en los mencionados aspectos de preparación de fuentes de prueba, adopción de medidas cautelares, práctica de periciales cualificadas y aseguramiento de responsabilidad civil. Asimismo resulta imprescindible que el desarrollo de la intervención procesal penal se produzca en un marco suficiente y adecuado de comunicación y relación con quienes desempeñan funciones de policía judicial.

El perfeccionamiento de la normativa sustantiva y procesal penal es necesario. El legislador debería remediar los aspectos problemáticos que presenta la actual regulación.

Las áreas necesitadas de reforma están identificadas, los problemas son conocidos y pueden apuntarse algunas posibles soluciones desde diversas perspectivas.

En la reforma del Código Penal, el mero hecho de abordar la cuestión y resolver el problema de la perseguibilidad es ya de por sí extraordinariamente positivo, en la medida que revela una patente sensibilidad con la problemática que genera la aplicación de estos delitos. Las modificaciones introducidas en los demás aspectos constituyen pasos en el camino de la mejora normativa. Las perspectivas de futuro superan sustancialmente el panorama actual, pero aún así -como toda empresa humana- la obra es perfeccionable. Todavía quedan aspectos insuficiente o deficientemente regulados. Únicamente cabe esperar que continúen las aportaciones en las áreas que siguen necesitadas de progreso.

En cualquier caso, es preciso tener muy en cuenta que la protección de los derechos está sin duda condicionada por la normativa establecida, pero que en realidad no es el derecho penal, ni el civil, ni el administrativo lo que protege la propiedad intelectual. El derecho no protege nada por sí solo. Son las personas quienes protegen los derechos. Es la actitud, el interés, la acción del elemento humano, lo que acaba otorgando o no protección a un derecho.

Una normativa legal, por perfecta que sea, no es sino un instrumento. Un vehículo que hay que poner en marcha y conducir. La tutela efectiva de los derechos está sin duda condicionada por la regulación legal, pero es la actuación de las personas que acaban siendo responsables de su aplicación la que determina que sirvan o no para el objeto para el que fueron creadas. Es la actuación del primer agente policial, del primer Fiscal, del primer Juez y de todos los demás o sucesivos operadores intervinientes en el proceso penal la que va a ser determinante de que los mecanismos de respuesta penal funcionen correctamente, se impida la continuación de la agresión al derecho y se eviten o remedien sus efectos.