

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y “PATRIMONIALIZACIÓN” DE LA TUTELA PENAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA¹

LUIS RODRÍGUEZ MORO

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Cádiz*

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: La tutela penal de la propiedad intelectual abarca todo el período de codificación penal y su evolución y transformación ha sido especialmente extraordinaria en los últimos años. De una sucinta remisión a la normativa civil a los efectos de conocer las conductas sancionadas, que permaneció casi invariable desde el primer Código de 1822 hasta la década de los años 80 del siglo pasado, se pasó a una regulación detallada y comprometida con los intereses del sector de la producción cultural, proceso que se ha correspondido con la aparición de las nuevas tecnologías surgidas desde aquella década hasta hoy. De hecho, en los últimos tiempos se ha podido apreciar una tendencia hacia una “patrimonialización” de los delitos, que ha coincido con la dotación de unos perfiles más propietarios a la institución de la propiedad intelectual en la ley civil.

PALABRAS CLAVE: Propiedad intelectual. Derechos de autor. Delitos relativos a la propiedad intelectual. Delitos patrimoniales. Evolución histórica.

ABSTRACT: Criminal tutelage of intellectual property covers all the criminal codification period and its evolution and transformation have been especially remarkable in the last few years. From a concise reference to the civil rules to all purposes of knowing the penalized conducts, that stands almost invariable since the 1822 first Code to the last century's eighties, it passed

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Espacio y Derecho penal” concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación a los miembros del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, para los años 2008 a 2011, siendo investigador principal Dña. Patricia Faraldo Cabana, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña.

to a detailed and involved regulation with the interests of cultural production, such a process that squared with the new technology emerged from that decade to the present day. In fact, it has recently noticed a tendency to convert crimes as a heritage that has coincided with the more owner profiles provided to the intellectual property in the civil law.

KEYWORDS: Intellectual property. Copyright rights. Intellectual property crimes. Property crimes. Historical evolution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL ANTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA. III. TUTELA PENAL DESDE EL INICIO DE LA CODIFICACIÓN HASTA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1987. 1. El Código penal de 1822. 2. La Ley de propiedad literaria de 1847. 3. Los Códigos penales de 1848 –la reforma de 1850– y de 1870. 4. La Ley de propiedad intelectual de 1879. 5. Los Códigos penales de 1928 y 1932. 6. El Código penal de 1944, la revisión de 1963 y el Texto refundido de 1973. 7. El objeto de protección antes de la reforma del Código penal de 1987. IV. TUTELA PENAL DESDE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN 1987 HASTA EL VIGENTE CÓDIGO PENAL DE 1995. V. TUTELA PENAL DESDE LA APROBACIÓN DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL DE 1995.

I. INTRODUCCIÓN

Con el paso de los años, los delitos relativos a la propiedad intelectual han ido ganando una extraordinaria importancia. Ello se ha podido apreciar principalmente en la mayor aplicabilidad de los tipos penales ante nuevas realidades criminógenas aparecidas con las nuevas tecnologías y, también, en el considerable aumento de la producción científica e investigadora sobre la materia en esta primera década del nuevo siglo. De hecho, son precisamente los avances técnicos y tecnológicos en lo relativo a las formas de expresión, copiado y circulación de las obras, los que han propiciado un contexto completamente nuevo de disfrute, acceso y comercio cultural sobre el que se necesita reflexionar, y que ha contribuido a mudar la percepción social de la materia, convirtiéndola en tema de actualidad y de "interés general", expandiéndose mucho más allá de los estrechos ámbitos "jurídico-legales" en los que hasta hace poco se movía.

Evidentemente, lo más importante reside en el "hoy" de la institución jurídica. En cómo responder legalmente ante una realidad que tiene tantos elementos nuevos y en la que se ha producido una multiplicación de las posibilidades de vulneración de los derechos de propiedad intelectual, muchas de ellas a partir de prácticas habituales y socialmente aceptadas. Idéntico grado de relevancia posee la cuestión en el ámbito penal, ya que algunos grupos o asociaciones de implicados, como el colectivo de los autores o productores y las entidades de gestión de tales derechos, se han mostrado especialmente interesadas en acudir al Derecho penal para atajar algunas de las más recientes y extendidas formas de infracción de los derechos de autor.

No obstante, para responder de forma satisfactoria al "hoy" de la tutela penal de la propiedad intelectual resulta de gran utilidad conocer su "ayer", algo que con el paso de los años quizá se ha perdido de vista a la hora de afrontar el presente. Y es que para conocer bien una concreta categoría de delitos de la Parte especial del Código penal se tiene que saber sobre su pasado, sobre su evolución histórica. Solo así se podrá alcanzar una mayor

compresión de su contenido y del camino por el que se ha llegado a los términos actuales en los que vienen regulados.

Lo cierto es que la evolución de los delitos relativos a la propiedad intelectual ha sido asombrosa en los últimos tiempos. De una sucinta remisión en blanco a la normativa extrapenal que permaneció casi invariable desde el inicio de la codificación penal hasta la década de los años 80 del siglo pasado, se pasó a una regulación detallada y comprensiva con los intereses del sector de la producción cultural. Casualmente, ese mayor nivel de atención penal prestada se ha correspondido con la aparición de todas estas nuevas tecnologías que han puesto en peligro los derechos de propiedad intelectual tal y como venían siendo configurados. También es cierto que en estos últimos tiempos se ha producido una paulatina, aunque cada vez más marcada, tendencia hacia una "patrimonialización" de los delitos, lo que, a su vez, ha coincidido con la dotación de unos perfiles más propietarios a la institución en sede civil.

Y cabe señalar que si el objeto de protección de tales delitos ha sido igualmente objeto de tutela en otros cuerpos legislativos ajenos al penal, como es el caso de estos derechos, regulados en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de propiedad intelectual, resulta de vital necesidad abordar la evolución histórica que ha sufrido esta clase de protección extrapenal, la cual de una forma u otra ha condicionado el contenido de los delitos en los distintos momentos de su evolución legislativa. Solo así se podrá conocer la verdadera razón de algunas decisiones normativas adoptadas por el legislador penal a lo largo de la historia. Este complementario vistazo al pasado de la "propiedad intelectual" como "derecho" nos servirá para conocer la verdadera razón de ser que inspiró la creación de la propiedad intelectual, la cual se circunscribe a los intereses y valores, individuales y colectivos, que genera la obra, y ello será de utilidad a los efectos de identificar si los derechos de autor, tal y como están diseñados y tutelados en la actualidad, siguen respondiendo a ellos. No hay que olvidar -y esto es importante- que estos derechos constituyen un "instrumento legal" con el que tutelar y estimular aquellos intereses. No hay que confundir ambos conceptos.

Por otro lado, este análisis de la evolución histórica de la propiedad intelectual resulta de gran utilidad precisamente ahora, cuando este tipo de propiedad especial está atravesando por un momento "clave" como institución jurídica, ante las enormes dificultades que está teniendo para adaptarse al nuevo contexto digital a través del cual circulan las obras de la creación.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL ANTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL ESPAÑOLA

El origen de un reconocimiento legal de derechos sobre las obras de creación se puede cifrar en un momento de concurrencia de determinados factores sociales y culturales junto con el surgimiento de una invención técnica que dio sentido a aquellos derechos o, al menos, al

interés en su reconocimiento². Este invento tecnológico fue la *impresión*, ideada por Gutenberg alrededor del año 1440, que permitía la reproducción escrita de obras en papel y la posibilidad de hacer copias³. No obstante, las obras de arte o cualquier tipo de creación original surgida del ser humano ya existían desde antes. De hecho, el origen de semejante habilidad creativa, sin posibilidad de ser cifrada con exactitud, se puede remontar a los orígenes del hombre⁴. En la época del Imperio romano y durante la Edad Media, los autores de creaciones artísticas tan sólo eran recompensados con la fama y el mérito que suponía el reconocimiento público de sus creaciones, pero nunca con algún tipo de derecho o de beneficio económico como pago o salario por su labor creativa⁵. El reconocimiento del arte o la cultura como objeto de protección y generador de derechos se retrasaría hasta la aparición de la imprenta⁶, que permitía la obtención rápida de copias de obras. Con ella surgió un negocio rentable, el del comercio de copias impresas de obras escritas repetidas indefinidamente⁷ y, con él, nuevos empresarios que vendían estos productos en masa a un público cada vez más demandante. La imprenta atribuía, pues, a cada copia un valor económico y social⁸, surgiendo entonces la necesidad de regular el derecho de copiar las obras⁹.

Sin embargo, por aquellos años quien pujó con mayor fuerza por la obtención de un reconocimiento de sus derechos fue el colectivo de los impresores y libreros, el cual

- 2 Vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (2ª edición). Civitas, Madrid, 1993, pp. 135-137, quien se refiere como condiciones económico-sociales y técnicas de la época a "la exaltación de los valores individuales de la persona humana, la posesión de medios técnicos para la multiplicación y difusión de la obra y la influencia social del pensamiento, de la técnica y del arte en la concepción y organización de la vida humana".
- 3 En referencia a la importancia de la imprenta en el surgimiento de los derechos sobre las obras, VEGA VEGA, *Protección de la propiedad intelectual*. Colección de Propiedad intelectual. Ed. Reus, Madrid, 2002, p. 29, el cual también destaca la invención del papel, MISERACH RIGALT, "Delitos contra la propiedad intelectual", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Editor. Tomo VI, Barcelona, 1985, p. 678, YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo XCVI, abril 1988, nº 4, pp. 511-516, PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor", en *Revista de Derecho privado*, Madrid, abril-1981, p. 333, MARCO MOLINA, *La propiedad intelectual en la legislación española*. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 19, CARMONA SALGADO, *La nueva ley de propiedad intelectual*. Montecorvo, Madrid, 1988, p. 27, GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico de los delitos contra la Propiedad Intelectual*. Tecnos. Madrid, 1998, pp. 27-28 y BAYLOS CORROZA, *Tratado de...cit.*, p. 153.
- 4 BAYLOS CORROZA, *Tratado de...cit.*, p. 135.
- 5 Vid. PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva...cit.", p. 333 e YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica...cit.", p. 519, quien señala que el arte, durante aquella época, era utilizado casi exclusivamente como vehículo de expresión de la ideología política o forma de gobierno dominante. LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco, París, 1993, p. 29 se refiere a la existencia, a lo sumo, de un derecho de propiedad común del autor sobre la copia, lenta y trabajosa, manuscrita de su obra, que podía enajenar como cualquier bien material.
- 6 Bien es cierto que en épocas anteriores, como durante el período del Imperio romano, se pudieron encontrar argumentos a favor de un reconocimiento "in abstracto" de algún derecho de autor, aunque nunca reconocido jurídicamente. Vid. VEGA VEGA, *Derecho de autor*. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 44-45 y BAYLOS CORROZA, *Tratado de...cit.*, pp. 147-150.
- 7 Cfr. MARCO MOLINA, "La formación del concepto de derecho de autor y la originalidad de su objeto", en MACIAS CASTILLO / FERNÁNDEZ ROBLEDO (Coords.), *El derecho de autor y la nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual*. La ley, Madrid, 2008, p. 299.
- 8 YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica...cit.", p. 516 y BAYLOS CORROZA, *Tratado de...cit.*, p. 150.
- 9 LIPSZYC, *Derecho de...cit.*, p. 30.

se encontraba en una situación privilegiada de mercado ante la elevada demanda de sus productos y los costes de la impresión, que sólo ellos podían sufragar, lo que dio origen al surgimiento del conocido como "*sistema de los privilegios de impresión*" concedidos a estos impresores, a título de gracia y en forma pública por el Estado¹⁰. Este sistema concedía, efectivamente, derechos sobre obras, pero no se trataba de derechos a favor de sus creadores –no se trataba de derechos de autor–, sino de derechos a favor de quienes las imprimían¹¹, en forma de monopolio, y consistían básicamente en la exclusividad en la labor de impresión y, por tanto, de explotación de las obras que han impreso, no pudiendo ser reimpresas por terceras personas salvo autorización¹². Aunque sus perfiles eran diferentes, sí compartían con los derechos patrimoniales de propiedad intelectual vigentes el hecho de que se trataba de derechos "en exclusiva". Los autores tan sólo eran compensados económicamente con reducidas cantidades de dinero otorgadas por los impresores, pero no obtenían absolutamente nada por la explotación de la obra, respecto de la cual no eran conscientes de los beneficios que podría generar. El carácter arbitrario y partidista de este sistema de privilegios –no se concedían los mismos derechos por igual a todos los impresores–, que alimentaba el establecimiento de una censura previa¹³ –los privilegios eran otorgados por los príncipes reinantes–, fue objeto de duras críticas por diferentes sectores involucrados¹⁴, y aunque tuvo vigencia durante varios siglos, la aparición de un nuevo contexto económico y político, que propició el progresivo reconocimiento, esta vez sí, de derechos de autor a favor de los creadores respecto de sus creaciones, provocó su igualmente progresivo abandono. Un contexto marcado por una toma de conciencia por parte de los autores de la importancia primaria e indiscutible de su obra¹⁵.

Dicho contexto político-económico liberal fue el de la época de la *Ilustración* (siglo XVIII) y tuvo como primer referente legal de protección de los mencionados derechos el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra del año 1709. Dicho Estatuto otorgaba, por primera vez, un derecho exclusivo a los autores, aunque seguía beneficiando en mayor medida a los editores¹⁶. Pero fue sin duda la primera piedra, el primer precedente histórico de una nueva conciencia de reconocimiento y protección de los derechos de los autores de creaciones artísticas y científicas que se fue desarrollando a lo largo de los años con innumerables disposiciones legislativas adoptadas en diferentes países en las que se fue perfilando el terreno de un nuevo sistema de salvaguarda de los intereses de los *autores* de obras, reflejado

10 Cfr. GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...*cit., p. 28.

11 Vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado de...*cit., pp. 154-155 y ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos del autor de obras de arte*. Civitas, Madrid, 1996, p. 19.

12 Vid. VIRGILIO LATORRE, *Protección Penal del Derecho de Autor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 24-26.

13 JIMÉNEZ ASENJO, *Manual de Derecho penal especial*. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950, p. 256 e YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica..."cit., p. 522.

14 No sólo por los autores sino también por los impresores no privilegiados, como señalan PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva..."cit., p. 335 e YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica..."cit., p. 526.

15 PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva..."cit., p. 334.

16 Vid. SÁDABA, *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?* Catarata, Madrid, 2008, pp. 30-31.

especialmente en las leyes francesas de 1791 y 1793¹⁷, como referentes, en esta materia, de los pilares básicos proclamados en la Revolución francesa¹⁸. A partir de ese momento, el monopolio pertenecería al autor de la obra, que es el que cedería al impresor la edición de la obra en las condiciones económicas que él conviniese¹⁹. Lo cierto es que esta tradición legislativa iniciada en Inglaterra y seguida en Francia marcaría los puntos definitorios de los dos sistemas de tutela de los derechos de autor existentes hasta la actualidad: el sistema del *copyright* anglosajón y el sistema continental del *droit d'auteur*²⁰. El sistema francés mostró ya desde sus orígenes una mayor preocupación de carácter público. Sus leyes partían de un fundamento de interés general, el de promover el desarrollo cultural y la producción de nuevas obras, para lo que otorgaban un derecho exclusivo a favor de los autores como instrumento para alcanzar tal fin. Podría decirse que ese interés público era el principio general y los derechos exclusivos una excepción para alcanzarlo²¹, algo que no debería perderse de vista a la hora de abordar una regulación o reforma de la materia en la actualidad. Incluso aquella primogénita ley británica de 1709, en su propio título, establecía como fin de los derechos el de "fomento del aprendizaje", de lo que se deducía un originario propósito justificador de interés público²².

El reflejo de esta nueva etapa en nuestro país se vislumbra, previamente, en tres Reales órdenes promulgadas durante el reinado de Carlos III, de 14 de noviembre de 1762, 22 de marzo de 1763 y 20 de septiembre de 1764²³, y en una Pragmática también de Carlos III de 1778, en las que aunque todavía no se hacía referencia a unos *derechos* de los autores, y se sigue hablando de un sistema de *privilegios*, estos últimos ahora eran concedidos a los

17 Merece ser destacada la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que promovía el progreso de la ciencia, los conocimientos y las artes con el reconocimiento de un derecho exclusivo a los autores e inventores sobre sus escritos y descubrimientos durante un plazo limitado de tiempo. Dicha disposición fue completada por la conocida *Copyright Act* o Ley Federal de 1790. En Europa, concretamente en Alemania, destacó como reflejo de esta nueva conciencia protectora de los derechos de autor el Decreto Imperial de 1773. Por su parte, en Francia se promulgaron las referidas leyes de 1791 y 1793 de la Asamblea Nacional, en las que se reconocieron, respectivamente, el derecho de representación de las obras teatrales y el derecho de reproducción, y con las que se venía a consagrar su reconocimiento como *derecho subjetivo* (vid., en referencia a estas leyes, SÁDABA, *Propiedad intelectual...*cit., p. 33) y en Italia destacaron la Ley de la República Cisalpina de 1801 y los Decretos del Reino de las Dos Sicilias de 1812 y 1828. Vid., al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica..."cit., pp. 526-528, CARMONA SALGADO, *La nueva...*cit., p. 29, PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva..."cit., pp. 335-339, VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., pp. 47-48, BAYLOS CORROZA, *Tratado de...*cit., pp. 159-160, MISERACH RIGALT, "Delitos contra..."cit., p. 677, ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Bosch, Barcelona, 1970, pp. 623-626 y LIPSZYC, *Derecho de...*cit., pp. 33-35.

18 Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo III: Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales* (2ª edición). Edersa, Madrid, 1978, p. 640.

19 Cfr. BAYLOS CORROZA, *Tratado de...*cit., p. 159.

20 Así, LIPSZYC, *Derecho de...*cit., p. 35.

21 Así lo recuerda XALABARDER PLANTADA, "Derecho de autor: el desarrollo de objetivos de protección. ¿Cuán lejos hemos evolucionado desde las raíces?", en *ADI*, Tomo XXVIII, año 2007-2008, Madrid, 2008, pp. 530-532.

22 Vid. CARMONA SALGADO, *La nueva...*cit., p. 28, quien señala que en dicho texto se pusieron de relieve los tres elementos necesarios para una adecuada comprensión de la propiedad intelectual: la cultura, el interés público y los derechos de los autores.

23 Vid. PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva..."cit., p. 340 y ESPÍN CÁNOVAS, *Los derechos...*cit., pp. 20-22.

autores y no a los impresores²⁴. La consolidación del reconocimiento de un *derecho de autor* se produjo con el Decreto número 265, de 10 de junio de 1813, relativo a las "*Reglas para conservar a los escritores la propiedad de sus obras*", aprobado por las Cortes de Cádiz, en el que precisamente se declaraba la propiedad intelectual como facultad conexa a la libertad de pensamiento y, por tanto, susceptible de regirse por las reglas generales de derecho de propiedad común²⁵. Sin embargo, un año después, con la llegada al trono de Fernando VII, fue derogada, tiempo en el que se restablece el sistema dispensado en tiempos de Carlos III. La vuelta al poder de las Cortes liberales en 1820 y, de nuevo, de Fernando VII en 1823, hizo variar en un sentido u otro las legislaciones sobre la materia hasta que un Decreto de 4 de enero de 1834 reconoce de nuevo, y por fin, la existencia de unos *derechos* de los autores sobre sus obras²⁶.

Por lo que respecta a la tutela penal de la propiedad intelectual en España, ésta abarca, por completo, todo el período de codificación penal, desde el primer Código de 1822 hasta el vigente de 1995, en el que bajo una nomenclatura u otra se han ido recogiendo las infracciones penales contra los derechos de propiedad intelectual. La aparición de una regulación civil especial de tales derechos se hizo esperar un poco más, hasta la promulgación de la Ley de propiedad literaria de 1847, de protección limitada a unos pocos tipos de obras, que se consolidaría con la centenaria Ley de propiedad intelectual de 1879, ésta sí aplicable a cualquier obra de cualquier género. Sin embargo, la técnica utilizada en España de recoger los delitos relativos a la propiedad intelectual en el Código penal, y no en la ley especial civil reguladora de la propiedad intelectual como institución jurídica, es excepcional entre las regulaciones de los países de nuestro entorno. En la práctica totalidad de regulaciones europeas se ha optado por recoger tales delitos en las leyes especiales relativas a la propiedad intelectual, en capítulos o títulos posteriores a la previa definición y dotación de perfiles a la institución²⁷. El motivo quizá resida en una cuestión de tradición ya que en nuestro país es común, desde los inicios de la regulación penal, la inclusión de la práctica totalidad de las infracciones penales en el Código penal.

24 VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., p. 48. ROGEL VIDE, *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Tecnos, Madrid, 1984, p. 40, se refiere a un cambio de fisonomía de un sistema de privilegios que todavía no deja de serlo.

25 Cfr. CARMONA SALGADO, "El tipo básico del nuevo delito contra la Propiedad Intelectual", en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Tomo XIII. Propiedad Industrial e Intelectual. Libertad Sexual. Incendios Forestales*. Ed. De derechos reunidos, Madrid, 1991, p. 90. Vid., al respecto, ROGEL VIDE, *Autores, coautores...* cit., p. 41.

26 Vid., sobre la evolución legislativa en España, PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva...cit., pp. 340-342.

27 Así ocurre, por ejemplo, en Francia, en donde las infracciones penales vienen recogidas en el "Code de la propriété intellectuelle", en los artículos 335-2 a 335-4; en Portugal están en el "Código do direito de autor e dos direitos conexos", en los artículos 195 a 199; en Alemania por el § 106 a § 111, en el Título IV de la *Urheberrechtsgesetz*; y en Italia en la "Legge 22 aprile 1941 n° 633, sulla protezione del diritto di autore e di altri diritti connessi al suo esercizio", en los artículos 171 a 174, aunque bien es cierto que en este país la regulación penal de las infracciones de los derechos de autor se desdobra, pues el artículo 473 del Código penal italiano recoge el delito de "*contraffazione, alterazione o uso di segni distintivi, di opere dell'ingegno o di prodotti industriali*". Este sistema es el seguido también por los países anglosajones. Sirvan de ejemplo la *Copyright, Design and Patents Act* de 1998, del Reino Unido, o la *Copyright Act* de 1976, de EEUU, que igualmente dedican capítulos específicos a la regulación de las infracciones criminales contra los derechos de autor.

En los apartados siguientes se analizará la evolución que, en la época de la codificación penal, ha experimentado la protección penal de la propiedad intelectual, la cual, como se verá, se ha referido a tales derechos con diferentes nomenclaturas o denominaciones: *propiedad literaria*, *derechos de autor* o *propiedad intelectual*²⁸. Nos referiremos a tres períodos temporales marcados por dos regulaciones concretas de especial importancia. En primer lugar se detallará la evolución de la tutela penal de la propiedad intelectual hasta la reforma del Código penal de 1987, la cual marcó un punto y aparte en la regulación de tales delitos. A continuación se analizará el contenido penal de tal reforma, que estuvo vigente hasta el actual Código penal de 1995. Y finalmente se examinará el contenido de este último, con referencia a las modificaciones que los delitos objeto de análisis han sufrido hasta nuestros días. Ambos textos supusieron dos momentos fundamentales en cuanto a la determinación del bien jurídico protegido en estos delitos y esenciales en el proceso de patrimonialización de la tutela penal de la propiedad intelectual al que nos referimos en título de este trabajo. Todo este análisis se completará con una más que necesaria referencia a la regulación extrapenal que durante los años se ha dispensado a tales derechos. Su importancia resulta incuestionable, toda vez que la protección penal de la propiedad intelectual siempre se ha caracterizado por una remisión, parcial o total, según la época, a la legislación civil, para completar el contenido típico de las infracciones.

III. TUTELA PENAL DESDE EL INICIO DE LA CODIFICACIÓN HASTA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1987

Tal y como se ha mencionado, los delitos contra los derechos de los autores sobre sus creaciones han sido siempre incluidos en todos los códigos penales. Su contenido ha ido evolucionando en sintonía con las diferentes formas de utilización y explotación de los contenidos intelectuales que han ido surgiendo con el tiempo, lo que ha sido provocado por los avances tecnológicos que las han facilitado, especialmente a partir del último tercio del siglo XX y a lo largo del presente. Esos avances y esas nuevas formas de explotación instaron la promulgación de la tan necesitada Ley de propiedad intelectual de 1987, que venía a sustituir la casi centenaria Ley de 1879. Además, esta Ley de 1987 vino acompañada de una reforma penal de los delitos relativos a la propiedad intelectual, conocida como la reforma de 1987.

Esta reforma fue trascendental en la regulación penal de esta clase de delitos²⁹, al constituir la primera regulación detallada de su contenido, conductas, elementos del tipo y

28 En el primer Código de 1822 no se empleaba ninguna de estas denominaciones, ya que se castigaba al que "*turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediere la ley al autor de escritos, composiciones, dibujos, pinturas o cualquier otra producción impresa o grabada*". Desde el Código de 1848 hasta el de 1944 se pasó a castigar a quien cometiere alguna defraudación de la "*propiedad literaria*". En este último texto penal se utilizó por primera vez la denominación "*propiedad intelectual*", aunque en la reforma que sufrió en 1963 se cambió por la de "*derechos de autor*", la cual se mantendría hasta el Código penal de 1995, texto que volvió a optar por la denominación "*propiedad intelectual*".

29 QUINTERO OLIVARES en GÓMEZ BENÍTEZ / QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 19-30, MIRÓ LLINARES, *La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 31-83 y JORGE BARREIRO en RODRÍGUEZ MOURULLO,

agravantes, en la que se incluía, a diferencia de los códigos precedentes, algo más que una simple remisión total a la legislación civil para "deducir", con base en ella, cuáles eran las conductas penalmente sancionadas y bajo qué circunstancias o exigencias. En este apartado nos centraremos en exponer cuál ha sido el contenido de la regulación de los delitos relativos a la propiedad intelectual a lo largo de todos los códigos penales hasta la mencionada reforma de 1987.

1. El código penal de 1822

Con un lenguaje propio de su tiempo y un excesivo casuismo³⁰, el primer Código penal de la historia de España de 1822, de corte liberal, promulgado durante la vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812³¹, constituye un cuerpo legal muy particular por diferir, en cuanto a su estructura, de todos los Códigos penales que le han sucedido, los cuales han mantenido una estructura interna prácticamente intacta hasta la actualidad³². El Código constaba de un "Título preliminar", que se correspondía con los contenidos de la hoy llamada Parte general del Derecho penal, y de "Dos partes" dedicadas cada una de ellas a una clase o grupo de delitos: la "Parte primera" a los delitos contra la sociedad y la "Parte segunda" a los delitos contra las particulares.

En esta segunda parte, en el Título III, era donde se ubicaban los "*delitos contra la propiedad de los particulares*", y dentro de ellos, en su Capítulo VII, un conjunto de infracciones de muy diversa índole bajo la rúbrica: "*De los que falsifican ó contrahacen obras ajenas, ó perjudican a la industria de otro*"³³, en el que se encontraba la regulación originaria del delito contra la propiedad intelectual en dos artículos.

El artículo 782 disponía que:

"...la misma pena sufrirá cualquiera que turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediere la ley al autor de escritos, composiciones, dibujos, pinturas o cualquier otra producción impresa o grabada".

Dicha pena, "*multa de cuatro tantos del perjuicio causado*", era la prevista al inicio del artículo para el delito de patentes, lo que implicaba la necesidad de causación de un perjuicio para considerarlas delito, pues éste resultaba necesario para la estimación de la cuantía de multa a imponer. En cuanto a la descripción típica, la utilización de un término tan amplio como *turbare*, que alude a la producción de un desorden, confusión o cambio violento en

Comentarios al Código Penal. Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 763.

30 Algo que critican CERESO MIR, *Curso de Derecho...*cit., p. 103 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, *Códigos penales españoles*. Ediciones Akal, Madrid, 1988, p. 12, quienes lo consideran un lenguaje más artístico que jurídico.

31 Vid., en relación a su proceso de gestación, ANTÓN ONECA, "Historia del Código penal de 1822", en *ADPCP*, Tomo XVIII, fascículo I, enero-abril, Madrid, 1965, pp. 275-ss.

32 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, *Códigos penales...*cit., p. 11 y LASSO GAITE, *Crónica de la Ley de Propiedad Intelectual*, (3ª edición). Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pp. 53-ss.

33 Junto a las infracciones de los derechos de autor se recogían las infracciones de los derechos de marca y patente y algunas conductas muy concretas referentes a la revelación de secretos de fábrica o sustracción de directores, oficiales u obreros de fábricas nacionales para llevarlos al extranjero.

una cosa –quizá no muy apropiado cuando esa cosa es un derecho exclusivo de propiedad–, no hacía sino dejar en blanco cualquier referencia concreta a las conductas delictivas³⁴. Por otro lado, la referencia al objeto material, circunscrita única y exclusivamente a los escritos, composiciones, dibujos, pinturas o cualquier otra producción impresa o grabada, se debe a la más limitada variedad de obras y formas de producción de la época, aunque no por ello dejaba de resultar criticable por su imposibilidad de adaptación a las nuevas modalidades que eventualmente pudieran surgir, y por resultar inútil para casos de obras olvidadas³⁵, como, por ejemplo, las escultóricas o arquitectónicas³⁶.

Por su parte, el artículo 783 señalaba que:

"Si las obras de que trata el artículo precedente hubieran sido contrahechas fuera del reino, sufrirán la pena de perturbadores en el uso exclusivo de la propiedad, los que a sabiendas las hubieren introducido o las expendieren".

Del mismo cabe destacar que se trata de un remoto antecedente de la conducta de importación del actual artículo 270.2 del CP³⁷, que no volvería a aparecer de forma expresa hasta 1987. Además, la expresión "*a sabiendas*" constituye la primera referencia a un elemento subjetivo del tipo en esta clase de delitos, que para algunos suponía la exigencia de dolo directo³⁸, y que no volvería a aparecer, bajo la expresión "*intencionadamente*", hasta la revisión del Código penal de 1944 operada en 1963.

2. La ley de propiedad literaria de 1847

Un año antes de la promulgación del segundo Código penal español tuvo lugar la aparición de la primera ley especial reguladora de esta clase de derechos, ley que efectivamente otorgaba una serie de derechos a los creadores de las obras, pero todavía cohonestando en algunos aspectos dicho sistema con el de los privilegios³⁹. Se trata de la Ley de 10 de junio de 1847 que utilizó la nomenclatura francesa de "*propiedad literaria*"⁴⁰, lo cual recalca su consideración como una clase de propiedad. Como su propio nombre indicaba, la ley se ceñía, únicamente, en cuanto a su objeto de protección, a las *obras literarias* que hubiesen sido reproducidas o divulgadas por medio de la imprenta. Así lo establecía su artículo 1, al recoger que "*se entiende por propiedad literaria a los efectos de esta ley el derecho exclusivo que compete a los autores de escritos originales para reproducirlos o autorizar su reproducción por medio de copias, manuscritos, impresos litográficos o por cualquier otro semejante*". Si bien ello era cierto, posteriormente, en el Título segundo, también se protegían las obras

34 Vid. MIRÓ LLINARES, *La protección penal...cit.*, pp. 42-43.

35 MIRÓ LLINARES, *La protección penal...cit.*, p. 42.

36 VEGA VEGA, *Derecho de...cit.*, p. 54.

37 GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...cit.*, p. 32.

38 VEGA VEGA, *Derecho de...cit.*, p. 55.

39 Vid. MARCO MOLINA, *La propiedad...cit.*, pp. 21-22 y 31-ss.

40 Frente a la alemana de "derechos de autor"; así, CARMONA SALGADO, *La nueva...cit.*, p. 72.

dramáticas, es decir, las representaciones en teatro de las obras literarias⁴¹. Tanto respecto de unas como de otras se establecía la *temporalidad* de los derechos sobre ellas, duración que variaba en función de la naturaleza de las obras⁴².

Esta protección limitada y parcial de las obras literarias y dramáticas, que quizá se explique en la casi exclusiva trascendencia comercial de este tipo de obras en aquella época, castigaba en su artículo 19 a "*todo el que reproduzca una obra ajena sin el consentimiento del autor o del que le haya subrogado en el derecho de publicarla*"⁴³. Básicamente, ésa era la conducta que pasaba a ser castigada penalmente en el Código penal de 1822, y que vendría a ser castigada en los futuros Códigos de 1848 y 1870 hasta la entrada en vigor de la Ley de propiedad intelectual de 1879, pues a ella se remitían los tipos de estos cuerpos penales que, de forma genérica, castigaban a quien cometiese alguna infracción o defraudación de la propiedad literaria.

Las sanciones previstas, recogidas en el mismo artículo 19, y aplicables de forma acumulativa, eran tres: la pérdida de los ejemplares fraudulentos encontrados y su entrega al autor o sus derechohabientes; una indemnización por los daños y perjuicios causados⁴⁴ y las costas del proceso, aunque además, en el mismo artículo, se preveía la reincidencia como circunstancia agravante con el añadido, a las ya previstas, de una pena de multa de entre dos mil y cuatro mil reales. En caso de doble reincidencia, además de todo este surtido de sanciones, se preveía la prisión correccional, pena privativa de libertad que, para este tipo de infracciones, no se dispondría en un Código penal hasta el de 1870.

El artículo 21 establecía que "*en caso de que no se pudiesen hacer efectivas las penas previstas en dicha ley por no aparecer el editor fraudulento de una obra o haber muerto, caer en insolvencia o cualquier otra causa, aquéllas recaerían sobre el impresor de la obra*", lo que parecía un precedente del sistema de responsabilidad en cascada finalmente establecido en la Ley de propiedad intelectual de 1879.

No se puede negar el influjo, aunque sea sólo desde un punto de vista terminológico, que esta ley tuvo sobre los Códigos promulgados con posterioridad, pues desde el Código penal de 1848 hasta el de 1944 la referencia a las conductas típicas se efectuó con respecto a la propiedad *literaria*, al castigarse en ellos a los que "*cometieren alguna defraudación*" de dicha "concreta" propiedad.

41 El artículo 17 señalaba que "*ninguna composición dramática podrá representarse en los teatros públicos sin consentimiento del autor*". Además de este segundo Título, la ley constaba de un primer Título rubricado "*De los derechos de los autores*", y un tercero, titulado "*De las penas*".

42 Lo que fue criticado por ROGEL VIDE, *Autores, coautores...*cit., pp. 44-45.

43 En su artículo 20 se recogía que también se aplicarían las penas previstas a "1.º *Los que reprodujesen las obras de propiedad particular impresas en español en países extranjeros*, 2.º *Los autores de obras que las introdujesen en los dominios españoles sin permiso del Gobierno o en mayor número de ejemplares de los que se fijasen en el permiso mismo*, 3.º *El impresor que falsificase el título o portada de una obra o que estampase en ella haberse hecho la edición en España, habiéndose verificado en país extranjero* y 4.º *El propietario de un periódico que usurpe el título de otro periódico existente*".

44 Este artículo 19 concretaba que la indemnización no podría bajar del valor de dos mil ejemplares, aunque si se probaba que la edición fraudulenta llegase a tal cifra, la indemnización no bajaría del valor de tres mil ejemplares, y así sucesivamente, entendiéndose siempre por valor del ejemplar el precio a que el autor o su derechohabiente venda la edición legítima.

3. Los Códigos penales de 1848 -la reforma de 1850- y de 1870

Un año después de la ley de propiedad literaria de 1847 vería la luz el segundo Código penal de 1848, de igual inclinación liberal que el anterior aunque con un tono más moderado⁴⁵. Este Código introdujo una estructura interna que se mantendría prácticamente intacta en "todos" los códigos penales sucesivos. Su contenido se dividía en tres libros: Libro Primero dedicado a unas "*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas*", Libro Segundo a los "*Delitos y sus penas*" y Libro Tercero bajo el epígrafe "*De las faltas*"⁴⁶.

La ubicación de los delitos contra la propiedad intelectual se situaba dentro del Libro Segundo, en el Título XIV, dedicado a los "*Delitos contra la propiedad*" y, dentro de éste, en el Capítulo IV referido a las "*Defraudaciones*", en su Sección segunda: "*De las estafas y otros engaños*". La consideración de esta clase de infracciones como *defraudaciones* parecía implicar la causación de un perjuicio, algo que se mantendría hasta el Código penal de 1995. Su regulación conjunta con los delitos de estafa, hasta la revisión del Código penal de 1944 en 1963, atribuía a este tipo de infracciones la consideración de conductas *engañosas*. Resulta de interés destacar que la regulación conjunta de estos delitos con los relativos a la propiedad industrial, introducida en este Código, se mantendría hasta nuestros días. Por otro lado, la descripción de la conducta típica permanecería inalterada hasta el Código de 1944.

Recogidos únicamente en el artículo 446, éste disponía que:

"Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 444, los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial.

Los ejemplares, máquinas u objetos contrahechos, introducidos o expendidos fraudulentamente, se aplicarán al perjudicado, y también las láminas o utensilios empleados para la ejecución del fraude, cuando sólo pudiesen usarse para cometerle.

Si no pudiese tener efecto esta disposición, se impondrá al culpable la multa del duplo del valor de la defraudación que se aplicará al perjudicado".

La multa recogida en el artículo 444 -prevista para quien enajenare, arrendare, gravare o empeñare una cosa fingiéndose su dueño y para el supuesto de la estafa de gravamen- era "*del tanto al triplo del importe del perjuicio irrogado*", algo inferior que la prevista en el Código penal anterior -que llegaba al cuádruplo-. Se exigía, por tanto, la causación de un perjuicio, dando así sentido a la inclusión de estos delitos en el capítulo dedicado a las defraudaciones.

Tal y como ocurría en el Código penal anterior, la referencia a la conducta sancionada seguía efectuándose de forma muy vaga, ya que se castigaba a quien *defraudara la propiedad literaria*. Para determinar, pues, cuándo existe este tipo de defraudación era necesario acudir a la Ley de propiedad literaria de 1847 con el fin de descubrir qué conductas, recogidas en esta última, pueden vulnerarla, de suerte que se podría afirmar que cualquier infracción de

45 De "*liberal moderado*" lo califican LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUETA LÓPEZ, *Códigos penales...*cit., p. 190, y de "*inspiración liberal conservadora*" CERESO MIR, *Curso de Derecho...*cit., p. 107.

46 Este Código supone la introducción de la distinción entre *delitos y faltas*.

la ley civil podía constituir en aquel momento también una infracción penal⁴⁷. Se optaba por la técnica de la norma penal en blanco, a completar por lo dispuesto en esta ley, técnica que perviviría para esta clase de infracciones hasta la reforma de 1987.

El párrafo segundo introducía la figura del comiso, que permitía la aplicación a favor del perjudicado -es decir, la entrega a este último- tanto de los objetos y ejemplares ilícitos como de las máquinas, láminas, medios o utensilios utilizados para la realización de éstos. Este comiso se aplicaba cumulativamente junto con la pena de multa del párrafo anterior⁴⁸. Por lo que respecta a la pena de multa recogida en el párrafo tercero del citado artículo 446, su previsión era únicamente subsidiaria para el supuesto de que no pudiese efectuarse el comiso de los objetos reseñados, es decir, esta multa ocupaba el lugar del comiso de los objetos⁴⁹.

Tan sólo tuvieron que pasar dos años para que se produjese una reforma del contenido de este Código, la cual fue conocida como la "*reforma de 1850*", que, sin embargo, no desplegó ningún efecto modificativo con respecto a los delitos relativos a la propiedad intelectual⁵⁰. Tanto su contenido como su ubicación permanecieron intactos, mientras que lo único que varió fue el número del artículo en el que aparecían recogidos: ahora en el artículo 457, con referencia al 455 en lo que a la pena se refiere.

Por su parte, el Código penal de 1870 sí supuso alguna, y no tan ligera, modificación de estos delitos. El Código respondía en mayor o menor medida a un proceso de adaptación a los postulados de la Constitución de 1869⁵¹, instaurada en el período conocido como "sexenio revolucionario" (1868 a 1874), período de profundas y agitadas transformaciones políticas, y paréntesis en el reinado borbónico, que dejan huella de una inspiración liberal en su articulado⁵². La ubicación de tales delitos permanece prácticamente intacta; en el Libro Segundo, referente a los "*Delitos y sus penas*", en el Título dedicado a "*los delitos contra la propiedad*" -aunque ahora pasa a ser el Título XIII y no el XIV-, y dentro del Capítulo IV, referente a las defraudaciones, en su Sección segunda, bajo el epígrafe: "*Estafas y otros engaños*".

Igualmente, la conducta típica sancionada permanecía intacta, ahora en el artículo 552, el cual señalaba que:

"Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550, los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial".

47 Lo que, con acierto, critica QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 582.

48 Aunque como señala PACHECO, *El Código penal. Concordado y comentado*. Edisofer, Madrid, 2000, p. 1269, el comiso era aplicable al interesado civilmente mientras que la multa ordinaria era una sanción sólo penal, considerando la penalidad *copulativa*, "*la ley manda lo uno y en seguida lo otro*".

49 Y era destinada, como aquél, en beneficio de la parte civil; así PACHECO, *El Código...*cit., p. 1269.

50 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte General* (18ª edición). Dykinson, Madrid, 1995, p. 103. La reforma tampoco originó especiales cambios en el resto de contenidos del Código, lo que sirvió para que la consideraran una reforma de "poca monta".

51 LASSO GAITE, *Crónica de la...*cit., p. 418.

52 CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*cit., p. 110.

Lo que sí cambió es, por un lado, la eliminación de los párrafos segundo y tercero recogidos en la regulación anterior, referentes al comiso. Ello parecía lógico, y acertado⁵³, ya que la figura del comiso aparecía recogida como previsión general en el Libro Primero, en el artículo 63.

Por otro, también cambió la naturaleza de la pena a imponer. El artículo 550 disponía la aplicación de la pena de "*arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de tanto al triple del importe del perjuicio que hubiere irrogado*". La pena de multa seguía siendo la misma que la del código anterior y, por tanto, se establecía con base en el perjuicio que se hubiere causado, pero por primera vez para esta clase de infracciones se aplicaba junto a ella una pena de prisión. Dicha pena, aunque irá variando tanto de denominación como de duración, ha permanecido aplicable para esta clase de infracciones hasta la actualidad.

4. La Ley de propiedad intelectual de 1879

Algo más de ocho años después de la entrada en vigor del Código penal de 1870 tuvo lugar la promulgación de una nueva ley que se encargó de regular los derechos derivados de las creaciones originales, ley que finalmente llevó el título de "Ley de propiedad intelectual", de 10 de enero de 1879. A diferencia de su predecesora, esta ley, de vida centenaria, ampliaba su objeto material más allá de las obras literarias. Así lo recogía su artículo 1 al señalar que "*la propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta ley, las obras científicas, literarias o artísticas que puedan darse a luz por cualquier medio*"⁵⁴.

La estructura de la ley era atípica, ya que no se dividía en títulos, capítulos o secciones, y únicamente constaba de unos encabezamientos que dividían variadas cuestiones a desarrollar legislativamente. En plena época de ardua discusión sobre el carácter *temporal* o *perpetuo* de los derechos de propiedad intelectual⁵⁵, la ley se inclinó por la primera de las opciones y así, en su artículo 6, establecía que "*la propiedad intelectual corresponde a los autores durante su vida, y se transmite a sus herederos testamentarios o legatarios por el término de ochenta años*"⁵⁶. Sin embargo, no reconocía expresamente los derechos morales

53 Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870*, Tomo VII, Salamanca, 1897, p. 271.

54 A lo largo del articulado de la ley se hacía mención a diferentes tipos de obras protegidas como: mapas, planos y diseños científicos (artículo 3), discursos parlamentarios (artículo 11), traducciones (artículos 12 a 15), obras dramáticas y musicales (artículo 19 a 25), colecciones legislativas (artículo 28), periódicos (artículos 29 a 30), colecciones (artículo 32) o cuadros, estatuas, bajos y altos relieves, modelos de arquitectura o topografía, y en general todas las obras del arte pictórico, escultural o plástico (artículo 37).

55 Vid., al respecto, YZQUIERDO TOLSADA, "Evolución histórica...cit.", pp. 530-531, PÉREZ CUESTA, "Una perspectiva... cit.", pp. 343-344 y ROGEL VIDE, *Autores, coautores...cit.*, pp. 45-47.

56 El mismo artículo señalaba a continuación que la propiedad intelectual era transmisible por actos *inter vivos*, y su duración, para los adquirentes, era la de la duración de la vida del autor y ochenta años tras su fallecimiento, salvo que este dejase herederos forzosos. En este caso, los adquirentes dispondrían de los derechos los veinticinco primeros años tras la muerte del autor, y los herederos los cincuenta y cinco años siguientes.

a favor de los autores⁵⁷, aunque sí dejaba clara, por fin, la diferencia entre los derechos de autor y los derechos sobre el soporte en el que se incluye la obra⁵⁸.

Otra de las novedades fue la creación de un Registro de propiedad intelectual, estableciendo la *obligatoriedad* de la inscripción de las obras en él para que sus autores pudiesen gozar de los beneficios y derechos recogidos en la ley (artículo 36)⁵⁹. La inscripción debía efectuarse durante el primer año tras la publicación de la obra –aunque sus efectos serían retroactivos hasta la fecha exacta de la publicación–⁶⁰. En caso de no efectuar la inscripción en el plazo fijado, la obra podría ser publicada de nuevo reimpressa por cualquiera –Estado, corporaciones científicas o particulares– durante diez años (artículo 38), y si pasase un año más, transcurridos estos diez años, sin que ni el autor ni su derechohabiente hubiesen inscrito la obra en el Registro, ésta pasaría de forma directa y absoluta al dominio público (artículo 39).

Por otra parte, la ley también describía una serie de *infracciones* o *defraudaciones* a estos derechos de propiedad intelectual, acompañadas de medidas o castigos compatibles con las sanciones del Código penal vigente, aunque todas ellas venían recogidas desordenadamente en artículos separados dentro de la ley. El hecho de que ésta describiese infracciones de carácter penal, al igual que el Código penal, no venía sino a dejar constancia de la instrumentalidad de esta última regulación que, hasta la reforma de 1987, se limitaba a poco más que a imponer la pena⁶¹. Con carácter general, y bajo el encabezamiento de "*Penalidad*", el artículo 46 establecía que:

"Los defraudadores de la propiedad intelectual, además de las penas que fijan el artículo 552 y correlativos del Código penal vigente, sufrirán la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarán al propietario defraudado."

Lo que era considerado "*defraudación de la propiedad intelectual*" venía recogido en varios artículos. Por un lado, en el artículo 47 se extendía la aplicación de tales penas a las siguientes infracciones:

"1º. A los que reproduzcan en España las obras de propiedad particular impresas en español por vez primera en país extranjero.

2º. A los que falsifiquen el título o portada de alguna obra, o estampen en ella haberse hecho la edición en España si se ha verificado ésta en país extranjero.

3º. A los que limiten dichos títulos de manera que pueda confundirse el nuevo con el antiguo, según prudente juicio de los Tribunales.

57 MARCO MOLINA, *La propiedad...*cit., p. 68, señala que, si acaso, había un leve reconocimiento de alguna faceta moral pero únicamente en el Reglamento de aplicación de la ley.

58 El artículo 9 señalaba que "*la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni el de exposición pública de la misma obra, los cuales permanecen reservados al autor o a su derechohabiente*".

59 Algo que fue criticado, entre otros, por BAYLOS CORROZA, *Tratado de...*cit., p. 524.

60 Se excluía de tal requisito a los autores de cuadros, estatuas, bajos y altos relieves, modelos de arquitectura o topografía y en general todas las obras de arte pictórico, escultural o plástico.

61 Vid. QUINTERO OLIVARES en GÓMEZ BENÍTEZ / QUINTERO OLIVARES, *Protección penal...*cit., p. 28.

4º. *A los que importen del extranjero obras en que se haya cometido la defraudación con fraude de los derechos de aduana, y sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que por último concepto les corresponda.*

5º. *A los que de cualquiera de las maneras expresadas perjudiquen a autores extranjeros cuando entre España y el país de que sean naturales dichos autores haya reciprocidad".*

Por otro lado, unos artículos antes, al regular en concreto las "*obras dramáticas o musicales*", la ley ya había hecho mención a otros tipos de defraudaciones de la propiedad intelectual a las cuales les serían de aplicación las sanciones del citado artículo 46 y, por tanto, las sanciones del Código penal. Así, el artículo 24 recogía que:

"Las empresas, sociedades o particulares que al proceder a la ejecución en público de una obra dramática o musical la anuncien cambiando su título, suprimiendo, alterando o adicionando alguno de sus pasajes sin previo permiso del autor, serán considerados como defraudadores de la propiedad intelectual".

Por su parte, el artículo 25 también consideraba como defraudación "*la ejecución no autorizada de una obra dramática o musical en sitio público*". Sin embargo, y a diferencia de las otras conductas, para esta infracción se preveía una pena específica, al castigarla con la aplicación de "*las penas establecidas en el Código y con la pérdida del producto total de la entrada, el cual se entregará íntegro al dueño de la obra ejecutada*"⁶².

Además de todas estas infracciones, la ley, en el artículo 48, recogía dos circunstancias agravantes, aunque no establecía de forma expresa la pena a imponer⁶³:

"1º. La variación del título de una obra o la alteración de su texto para publicarla.

2º. La reproducción en el extranjero, si después se introduce en España, y más aún si se varía el título o se altera el texto".

Ambas circunstancias fueron criticadas por algún sector doctrinal, por suponer una reiteración de otras tipicidades "básicas" recogidas en artículos precedentes, con los problemas que ello provocaba a la hora de determinar el artículo a aplicar⁶⁴. De la primera podría cuestionarse por qué se ha de prever una pena agravada en caso de cambio de título o contenido de una obra para *publicarla*, pero no cuando dicho cambio o alteración de la

62 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 636, consideraba esta sanción de pérdida del producto total de la entrada como una "*agravación sui generis*". A nuestro juicio no se trataba de una agravante, sino de una sanción complementaria por la especial naturaleza de la infracción. De hecho, para estos casos no sería de aplicación la "*pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados*" del artículo 46 -aplicable a los defraudadores de la propiedad intelectual-, ya que no existen tales ejemplares. Por tanto, todas las infracciones llevarían las penas del código y, además una u otra pena complementaria (artículo 25 o 46) según la naturaleza de la infracción.

63 Para QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 635, estas circunstancias no producían otro efecto que el ordinario de imponer la pena respectiva en su grado máximo.

64 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 635.

obra se efectúa para *ejecutarla en público* (artículo 24)⁶⁵. De la segunda, que su contenido era prácticamente coincidente con la infracción recogida en el apartado 4 del artículo 47⁶⁶.

Toda esta amalgama de infracciones recogidas en la ley especial, unas bajo el epígrafe de "penalidad" y otras no, hacía harto difícil delimitar la frontera entre la sanción civil y la sanción penal. Sobre todo cuando el Código penal vigente y los sucesivos hasta la derogación de la ley se limitaban a penalizar tales conductas con descripciones típicas tan vagas como las que se han utilizado hasta la reforma de 1987⁶⁷. Parece no haber obstáculo para entender que la realización de las conductas descritas en los artículos 24, 25 y 47, catalogadas todas ellas por la ley como defraudaciones, podía dar lugar a un *delito* contra la propiedad intelectual bajo la vigencia de aquellos Códigos⁶⁸. Sin embargo, para la punición de tales conductas se necesitaba, además, que hubiesen causado algún perjuicio económico⁶⁹, ya que la pena de multa en dichos Códigos se graduaba en función del perjuicio que se hubiere irrogado. La duda residía en si otras conductas atentatorias de los derechos de propiedad intelectual distintas a las descritas en los artículos mencionados que sí causaran algún perjuicio económico y cumplieran con las exigencias penales podían ser también constitutivas de delito, algo que no parecía oportuno, dada la directa remisión de la ley penal a la civil, sin que aquella estableciese ningún requisito específico distinto, salvo la exigencia de un perjuicio para el establecimiento de la pena de multa⁷⁰.

Por último, en el artículo 45 se recogía un sistema de responsabilidad en cascada para el supuesto de defraudaciones contra la propiedad intelectual cometidas por medio de la publicación de obras. En tales casos respondería, en primer lugar, el autor de la defraudación, y en su defecto, sucesivamente, el editor y el impresor, salvo prueba en contrario de la culpabilidad respectiva⁷¹.

La Ley de propiedad intelectual de 1879 apareció unos años antes del primer gran Convenio internacional relativo a los derechos de propiedad intelectual: el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, de 9 de septiembre de 1886, revisado en París el 24 de julio de 1971 y ratificado por España el 2 de julio de 1973. Este Convenio estableció una serie de principios y disposiciones básicas sobre tales derechos y unos estándares mínimos para la protección de las obras literarias y artísticas a reconocer por los Estados firmantes, como forma de acercamiento de las legislaciones mundiales en cuestiones nucleares relativas a tales derechos. La tardía ratificación del Convenio por

65 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., pp. 635-636, insiste en que se trata de una reiteración de modalidades específicas.

66 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 636.

67 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., pp. 599-604 y BUSCH, *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania. Análisis de derecho comparado. Perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*. Ed. Cedecs. Derecho Penal, Barcelona, 1995, pp. 49-50.

68 MIRÓ LLINARES, *La protección penal...*cit., p. 57.

69 CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Vol. 2º, (3ª edición). Bosch, Barcelona, 1943, p. 222.

70 Así, CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (3ª edición)...cit., p. 222.

71 CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (3ª edición)...cit., p. 223, no había culpabilidad existiría si se prueba que el editor o el impresor han obrado de buena fe, creyendo erróneamente en la licitud de la edición o impresión.

España implicó un tardío reconocimiento de sus previsiones en nuestras fronteras, aunque ciertamente algunas de ellas ya venían recogidas en la Ley de 1879⁷².

5. Los Códigos penales de 1928 y 1932

El Código penal de 1928 supuso una interrupción de algo más de dos años en la tendencia legislativa penal a la hora de abordar el tratamiento de este tipo de delitos. Aprobado el 8 de septiembre de 1928, entró en vigor el 1 de enero de 1929 y vino a constituir el llamado Código penal de la dictadura de Primo de Rivera, instaurada años antes a consecuencia del golpe de Estado dirigido por éste el 13 de septiembre de 1923, como contraposición a las directrices del régimen de la Primera República española. Tras el mencionado golpe de Estado, se promulgaron sucesivas disposiciones penales a modo de reformas parciales o *parches* sobre diferentes cuestiones de la Parte general y especial de Derecho penal⁷³. La idea era refundir todas esas reformas en un nuevo texto por medio de una Comisión creada *ad hoc*. Sin embargo, más allá de dicha labor de refundición, el Código penal de 1928 proclama una nueva ley penal⁷⁴ que cambia de forma considerable el contenido del Código predecesor con base en los postulados autoritarios del nuevo régimen⁷⁵.

A diferencia de los anteriores códigos, que comenzaban con un Libro Primero dedicado a "*Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas*", el Código Penal de 1928 divide su contenido en un Título Preliminar bajo el epígrafe "*De la ley penal y su esfera de aplicación*", referente a cuestiones de aplicación de la ley penal en el tiempo, en el territorio y según la condición de las personas, y un Libro Primero bajo el epígrafe "*De la infracción penal y de su represión*", dedicado al resto de cuestiones de la Parte general de Derecho penal. El contenido de la Parte especial, se mantiene recogido en dos libros: "*Delitos y sus penas*" (Libro Segundo) y "*De las faltas y sus penas*" (Libro Tercero).

Con respecto a la ubicación sistemática de los delitos relativos a la propiedad intelectual no se produjeron especiales cambios. Los delitos aparecen en el Libro Segundo, "*Delitos y sus penas*", Título XIV, "*Delitos contra la propiedad*", Capítulo IV, "*Delitos de defraudación*", Sección segunda, ahora denominada "*Delitos de estafa, chantaje y otros engaños*". Persiste su inclusión entre las defraudaciones y, ahora de manera expresa, se recoge su naturaleza de "engaño", propia de las estafas.

72 Otros dos textos de importancia internacional sobre la materia anteriores a la Ley autoral de 1987 fueron la Convención Universal de Ginebra de 1952, sobre derechos de autor, revisada en París en 1971 y ratificada por España en 1974, y la Convención internacional de Roma de 1961, sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores fonográficos y los organismos de radiodifusión, en el que se recogen las bases del reconocimiento de los derechos conexos a favor de estos otros titulares.

73 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales...*cit., pp. 666-667 y RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte General...*cit., p. 108.

74 Vid. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte General...*cit., pp. 108-109 y CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español (Exposición y comentario)*. Bosch, Barcelona, 1929, pp. 2-3.

75 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales...*cit., p. 667, VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., p. 63.

La descripción de los tipos mantenía prácticamente los mismos términos que en el Código penal de 1848. Junto con veintiuna conductas referentes a supuestos de defraudaciones o chantajes⁷⁶, el artículo 725, apartado 17, señalaba que:

"Incurrirán en las penas del artículo anterior... Los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial".

Lo que sí suponía una separación total con las previsiones precedentes era lo referente a las consecuencias jurídicas derivadas del delito, recogidas en el artículo 724, en donde se castigaba:

"1º. Con pena de tres meses a un año de reclusión si la defraudación excediere de 100 pesetas y no pasare de 1.000, o si, aun sin exceder de 100 pesetas, el culpable hubiera sido condenado anteriormente por delitos de robo, hurto o estafa, o dos veces por faltas de hurto o estafa.

2º. Con la de seis meses a seis años de reclusión, si la defraudación excediere de 1.000 y no pasare de 25.000 pesetas.

3º. Con la de seis a doce años de reclusión si la defraudación excediere de 25.000 pesetas y no pasare de 250.000 pesetas.

4º. Con la de doce a veinte años de reclusión si la defraudación excediere de 250.000 pesetas, imponiéndose la pena al grado máximo cuando la defraudación excediere de 1.000.000 de pesetas."

Destaca el hecho de que por primera vez se elimine la pena de multa para esta clase de delitos, siendo únicamente aplicable una pena privativa de libertad de *reclusión* en prisión cuya duración varía en función de la cuantía de la defraudación y que, como se puede apreciar, es susceptible de llegar al extremo de los veinte años de prisión, extensión del todo intolerable con respecto a esta clase de infracciones, en aquella y en cualquiera época, no sólo partiendo del principio de proporcionalidad sino también desde cualquier prisma político-criminal con el que se quieran visualizar dichas actividades infractoras⁷⁷.

La otra particularidad del Código penal de 1928 fue la previsión en el artículo 726 de un catálogo de agravantes aplicables a estos delitos y al resto de conductas defraudadoras mencionadas en los veintiún apartados del artículo 725. La agravación consistía en la aplicación de las penas previstas para los tipos básicos en su *grado máximo* -si ya en ellos no estuviera establecido- siempre que concurriese alguna de las circunstancias siguientes:

1º. Que para realizar o intentar el engaño característico del delito, el culpable hubiere utilizado documentos falsos o fingidos, con apariencia de documentos reales, expedidos o que parezcan serlo por alguna oficina o Centro del Estado, la Provincia o el Municipio cuando estos hechos no sean penados separadamente.

76 Se destacó la excesiva dosis de casuismo con la que se cargaba la descripción de las conductas de muchos de los artículos; así, entre otros, CEREZO MIR, *Curso de Derecho...*cit., p. 115.

77 La excesiva gravedad de este sistema de penas fue denunciado duramente por BUSCH, *La protección penal...*cit., pp. 48-49 y VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., pp. 62-63.

2º. Que el culpable hubiere hecho uso con propósito de lucro, para sí mismo, para otro, o para alguna entidad a la que pertenezca o a la cual preste servicios de cualquier clase, de cantidades, valores u objetos en cuya custodia o cuidado tuviera intervención.

3º. Que el culpable perteneciere a una asociación, agrupación u otra organización de cualquier clase, que tuviere por fin la realización de delitos análogos al que sea objeto de la condena.

Esta última agravante supuso un genuino precedente de la actual circunstancia agravante de la letra c) del artículo 271 del Código, de pertenencia a organización o asociación dedicada a cometer actividades infractoras de los derechos de propiedad intelectual. Si acaso, la previsión tiene más sentido y justificación en la actualidad que en aquellos años donde la comisión de estas actividades por agrupaciones delictivas era inusual.

Finalmente, el artículo 731 castigaba la conducta de introducción de obras de arte en el Reino para vender o especular comercialmente con ellas. Dicha previsión fue considerada superflua, mero reflejo del ánimo del legislador de querer penalizarlo todo, ya que el apartado 17 del artículo 725 castigaba con carácter general "*cualquier defraudación de la propiedad intelectual*"⁷⁸.

Afortunadamente, la vida de este Código fue corta y poco después de su segundo aniversario fue declarado anulado y sin vigencia. Otro momento histórico de enorme trascendencia en la historia política española, como es la proclamación de la Segunda República, el día 14 de abril de 1931, supuso un nuevo cambio en la codificación penal del país, que comenzó con la anulación del Código penal de 1928 –y de todas las reformas parciales penales efectuadas durante el tiempo de la dictadura– y el restablecimiento del Código penal de 1870, y finalizó con la promulgación al año siguiente de un nuevo Código⁷⁹, aunque bien es cierto que éste mantenía prácticamente el mismo espíritu y contenido que aquél.

Con respecto a los delitos relativos a la propiedad intelectual, el Código de 1932 no supuso innovación alguna, ya que su contenido coincidía exactamente con la regulación del Código de 1870 –el cual recuperaba su estructura en tres Libros–. Así, la ubicación de los delitos contra la *propiedad literaria*⁸⁰ seguía siendo en el Libro II, "*Delitos y sus penas*", en el Título dedicado a los "*Delitos contra la propiedad*" (ahora Título XIV), en el Capítulo IV, relativo a las "*Defraudaciones*", en su Sección 2ª, "*Estafas y otros engaños*". La descripción de la conducta típica, ahora en el artículo 527, establecía que:

"Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 525, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial".

78 Vid. VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., p. 64.

79 Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales...*cit., p. 971 y LASSO GAITE, *Crónica de la...*cit., pp. 757-ss.

80 CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (3ª edición)...cit., p. 222, señalaba, tras la entrada en vigor de la Ley de propiedad intelectual de 1879, que la expresión *propiedad literaria* no era exacta, "*pues la protección penal de este artículo se extiende no sólo a las obras literarias sino también a las producciones científicas y musicales*", por lo que prefería la expresión "*propiedad intelectual*".

Tampoco se producían cambios con respecto a las penas a imponer del artículo 525 que seguían siendo, de forma acumulativa, arresto mayor en sus grados mínimo y medio y multa de tanto al triplo del importe del perjuicio que se hubiere irrogado, sin que se recogiese ningún sistema específico de agravantes.

6. El Código penal de 1944, la revisión de 1963 y el Texto refundido de 1973

Como se ha podido comprobar, la aparición de un nuevo Código penal viene a ser reflejo legal de un momento histórico concreto e importante de la historia política de nuestro país, que supone una ruptura con el régimen precedente. Otro buen ejemplo es el Código penal de 1944 de la dictadura del General Franco, régimen que se instauró en España tras el Alzamiento Nacional contra la Segunda República el 18 de junio de 1936 y la consiguiente Guerra Civil española que duró hasta marzo de 1939. Tuvieron que pasar desde entonces más de cinco años para que se reformase el Código penal, manteniéndose en vigor, mientras tanto, el Código de la República, aunque bien es cierto que con anterioridad ya se habían publicado un gran número de leyes penales especiales⁸¹. Además de por la dureza y severidad de sus penas⁸², el Código penal de 1944 se caracterizó por su larga vida. De hecho, constituye el Código anterior al vigente, aunque cierto es que fue objeto de importantes y necesarias revisiones –en 1963– o refundiciones –en 1973–, entre las reformas más importantes⁸³.

Con respecto a su estructura, el Código mantenía la división en los tres libros: "*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas*" (Libro I), "*Delitos y sus penas*" (Libro II) y "*De las faltas y sus penas*" (Libro III). Los delitos contra la propiedad intelectual se ubicaban, como en el Código anterior, en el Libro II, Título –de nuevo– XIII, dedicado a los "*Delitos contra la propiedad*", Capítulo IV, "*De las defraudaciones*" y Sección 2ª, "*Estafas y otros engaños*".

Tampoco parecía ofrecer cambios la descripción de la conducta típica, para lo que el legislador utilizaba, en el artículo 533, prácticamente los mismos términos que los empleados en el Código penal anterior (y en el de 1870), al señalar que:

"Incurrirán en las penas señaladas en el artículo 531 los que cometieren alguna defraudación de la propiedad intelectual o industrial".

Sin embargo, se podían apreciar dos novedades de necesaria mención.

81 Vid., al respecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales...* cit., pp. 1173-1174. Así, por ejemplo, la ley sobre delitos monetarios de 1938, contra la masonería y el comunismo de 1940, contra el aborto de 1941, sobre el delito de adulterio de 1942 o sobre infanticidio y abandono de niños de 1942. Previamente, en 1939 se habían dictado dos leyes con las que se privaba de eficacia a las resoluciones emitidas en perjuicio de representantes del nuevo régimen y se declaraban no delictivos los hechos cometidos por sujetos de ideología coincidente con la del régimen, cometidos entre el 14 de abril de 1931 y el 18 de julio de 1936.

82 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / RODRÍGUEZ RAMOS / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales...* cit., p. 1177.

83 Vid., sobre su gestación y contenido, LASSO GAITE, *Crónica de la...* cit., pp. 797-ss y CERESO MIR, *Curso de Derecho...* cit., pp. 117-121.

Por un lado, una cuestión terminológica, y es que en el mencionado artículo ya no se hacía referencia, tal y como se venía efectuando desde 1848, a una defraudación de la propiedad *literaria* sino, por primera vez, a una defraudación de la propiedad *intelectual*. Este cambio quizá encuentre su explicación en el deseo de mantener una correspondencia con la terminología utilizada por la Ley de propiedad intelectual de 1879⁸⁴ vigente, que, como su nombre indica, se refería a ella como propiedad *intelectual*. También, para disipar cualquier duda respecto a que dicha protección se extiende a cualquier tipo de obra artística, científica y literaria, y no solamente a esta última⁸⁵. Sea lo que fuere, seguía siendo necesario acudir a la legislación especial vigente –a la citada Ley de 1879– para determinar qué conductas eran susceptibles de constituir una "*defraudación de la propiedad intelectual*", ya que la técnica utilizada para regular estas infracciones seguía siendo la de la ley penal en blanco.

La segunda de las novedades tiene que ver con las consecuencias jurídicas. El artículo 531 disponía la aplicación de "*la pena de arresto mayor y una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que se hubiere irrogado*". Aunque se seguían aplicando ambas penas de forma cumulativa –la determinación de la multa en orden al perjuicio causado seguía exigiendo la causación de éste⁸⁶–, la pena de arresto mayor pasaba a poder ser aplicada en toda su extensión y no sólo en sus grados mínimo y medio, como en la regulación anterior⁸⁷.

Pero como se mencionó *supra*, el Código penal de 1944 fue objeto de importantes reformas. Una de las más importantes, de significativa repercusión sobre los delitos contra la propiedad intelectual, fue la revisión que se hizo con el Decreto de 28 de marzo de 1963, que dio origen al conocido como "*Texto Revisado de 1963*".

La estructura del Código se mantuvo intacta y los delitos relativos a la propiedad intelectual fueron incluidos en su Libro II, "*Delitos y sus penas*", Título XIII, "*De los delitos contra la propiedad*", Capítulo IV, "*De las defraudaciones*", pero de forma independiente en una Sección 3ª, titulada "*De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial*", que constaba de un único artículo, por aquel entonces el 534, que señalaba que:

"El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales.

La misma pena se aplicará a los que de igual manera infringieren los derechos de propiedad industrial.

La reincidencia, en ambos casos, se castigará con la pena de prisión menor".

Entre sus novedades cabe destacar la ya mencionada a su ubicación. Por primera vez desde el Código de 1848, estos delitos pasaron a regularse, junto con los relativos a la propiedad industrial, en una sección propia, autónoma y separada del delito de estafa⁸⁸, lo

84 Como apunta MIRÓ LLINARES, *La protección penal*...cit., p. 55.

85 CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (3ª edición)...cit., p. 222.

86 Vid. JIMÉNEZ ASENJO, *Manual de*...cit., pp. 262-265.

87 Vid. VEGA VEGA, *Derecho de*...cit., p. 65.

88 La extracción de estas infracciones de la Sección dedicada a las "estafas y a otros engaños" y su inclusión en la

que resultaba afortunado, ya que la comisión de los tipos no exigía, ni exige, la utilización de un medio engañoso⁸⁹. Su inclusión entre las defraudaciones, sin embargo, permanecía inalterable.

En segundo lugar, y en relación con la descripción típica, cabe apreciar un cambio en la terminología empleada: de castigar a "*los que cometieren alguna defraudación de la propiedad intelectual*" se pasa a penar al "*que infringiere intencionadamente los derechos de autor*". Por un lado, para referirse a la acción típica se utilizaba un verbo "infringir" de contenido más dilatado y genérico. Por otro, para referirse al objeto de aquella acción se optaba por la denominación "*derechos de autor*" –en concordancia con la denominación utilizada en el epígrafe de la Sección 3ª– en sustitución de la de "*propiedad intelectual*". Era la primera vez que se utilizaba esta expresión en una ley española, quizá por influjo del Convenio de Berna y de la doctrina alemana y francesa del momento, que comenzaba a utilizarla⁹⁰. A pesar de ello, el cambio no supuso el abandono de la técnica de la ley penal en blanco⁹¹, ya que seguía siendo necesario acudir a la Ley de propiedad intelectual para saber cuáles eran las infracciones y los derechos infringidos⁹².

Otra novedad fue la inclusión en la descripción típica de una referencia a un elemento subjetivo, el de cometer las infracciones de derechos de autor "*intencionadamente*", lo que sirvió para consolidar una interpretación dolosa del tipo⁹³, siendo, para algunos, exigible *dolo directo*⁹⁴.

Por último, resultan de enorme importancia las modificaciones operadas en torno a las consecuencias jurídicas aplicables. Con motivo de su regulación separada e independiente en sección propia se establecen, por primera vez, desde el Código de 1848, unas penas propias e independientes, desechando la técnica de remisión a tales efectos a artículos precedentes⁹⁵. La única de las penas que permanece intacta con respecto la redacción originaria de 1944 es la pena privativa de libertad que sigue siendo, en toda su extensión, el arresto mayor. Sin embargo, la multa deja de establecerse en proporción al importe del perjuicio que se hubiere irrogado y se cifra en una cantidad fija que oscila entre las 10.000 y las 100.000 pesetas. A pesar del cambio, para la penalización de la conducta parece que seguía siendo necesaria la

Sección siguiente motivó el cambio del número de artículo que las recogía, antes en el artículo 533, ahora en el 534.

89 Cfr. VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., pp. 67-68.

90 Así, MIRÓ LLINARES, *La protección penal...*cit., p. 62.

91 QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 598 y MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*. Comares, Granada, 1987, p. 1282.

92 Cfr. QUINTERO OLIVARES en GÓMEZ BENÍTEZ / QUINTERO OLIVARES, *Protección penal...*cit., p. 21, CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*. Tomo II, Vol. 2º, (14ª edición). Bosch, Barcelona, 1982, p. 955 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 253.

93 BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*cit., p. 253 y MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código penal...*cit., p. 1282.

94 VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., p. 69.

95 Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 597 y 633, CARMONA SALGADO, "El tipo básico..."cit., p. 87 y VEGA VEGA, *Protección de...*cit., p. 353.

producción de un perjuicio, exigencia derivada de la inclusión –y, por tanto, consideración como tal– de estos delitos entre las defraudaciones⁹⁶.

Otras novedades se recogen al final del párrafo primero y en el párrafo tercero del artículo 534. La descripción típica del párrafo primero concluía señalando que los culpables de estas infracciones, aparte de las penas señaladas, serían castigados "*independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales*", lo que fue criticado por poner en riesgo el principio *ne bis in idem*⁹⁷. El párrafo tercero preveía el castigo de la reincidencia con una pena de prisión menor. Esta medida agravatoria fue criticada por su excesivo rigor y por su previsión exclusiva para estos delitos⁹⁸.

La otra gran reforma en la que se vio inmerso el Código penal de 1944 fue operada en el año 1973 con la promulgación de un Texto refundido con el que se trató de poner orden a todos los parches legislativos efectuados en el texto del Código penal desde 1963. Su trascendencia reformadora fue reducida. De hecho, el contenido de las infracciones contra los derechos de autor se mantuvo intacto tanto en su ubicación como en su contenido hasta 1987⁹⁹. Desde el Texto revisado de 1963 hasta la reforma de 1987 sólo varió la cuantía del importe de la pena de multa como reflejo de la devaluación de la moneda española, la cual, en incremento, pasó de sus cifras iniciales de 10.000 a 100.000 pesetas a 20.000 a 400.000 pesetas, para finalizar con un importe de 30.000 a 600.000 pesetas, todo ello efectuado en reformas de 1974, 1978 y 1983¹⁰⁰.

7. El objeto de protección antes de la reforma del Código penal de 1987.

Como se acaba de indicar, antes de 1987, el artículo 534 del CP de 1944, en su texto originario, castigaba a "*los que cometieren alguna defraudación de la propiedad intelectual*", lo que obligaba a acudir a la antigua Ley de propiedad intelectual de 1879 para determinar qué conductas eran vulneradoras de estos derechos y qué bien jurídico se protegía. Conductas que eran de muy variada naturaleza y gravedad, que afectaban tanto a la esfera patrimonial como "espiritual" de los autores, aunque aquella ley aún no reconociera unos derechos morales y patrimoniales propiamente dichos. Lo mismo sucedió en los Códigos

96 También requería perjuicio CUELLO CALÓN, *Código penal y Leyes penales especiales*. Bosch, Barcelona, 1963, p. 533. En sentido contrario, BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho...*cit., p. 253 y MANZANARES SAMANIEGO / ALBÁCAR LÓPEZ, *Código penal...*cit., p. 1282.

97 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 634.

98 Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...*cit., p. 634, quien señalaba que para los demás delitos la subida de grado sólo era aplicable a partir de la *doble reincidencia*, en virtud del artículo 61.6ª vigente.

99 Antes de 1973 se había creado la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con la promulgación del Convenio de Estocolmo de 1967, ratificado por España en 1969. Además, el 24 de julio de 1971 se produjo en París la revisión de dos importantes textos internacionales: el Convenio de Berna de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, suscrito por España en 1973, y la Convención Universal de Ginebra de 1952, sobre los derechos de autor, ratificada por España en 1974. Esta suscripción y ratificación tardía quizá expliquen la ausencia de cualquier tipo de impacto del contenido de dichos textos en la reforma del Código penal de 1973, para lo cual también era necesaria una adaptación de la ley de propiedad intelectual a ellos, lo cual se produciría en 1987.

100 Vid. VEGA VEGA, *Derecho de...*cit., p. 66.

penales precedentes que, como hemos visto, han utilizado referencias igual de imprecisas y necesitadas del auxilio de legislación extrapenal para saber qué es lo que se castigaba. Sin embargo, la inclusión de estos delitos entre las defraudaciones, su ubicación junto a las estafas y el hecho de que la pena se estableciese en función del importe del perjuicio que se hubiere irrogado –algo que ha resultado prácticamente invariable en todos los Códigos hasta 1963–, parecían inclinar la balanza hacia una consideración “patrimonial” del contenido de los delitos.

Pero la reforma de 1963 con la cual se pasaba a castigar al “que infringiere intencionadamente los *derechos de autor*”, con una ubicación nueva de los delitos en una sección propia, separada de las estafas, y ello unido a la eliminación de la referencia al “perjuicio causado” para el establecimiento de la pena, abrió la posibilidad y el debate en nuestro país de considerar tutelados por la legislación penal los derechos *morales* de la propiedad intelectual, todavía no reconocidos legalmente, aunque sí a nivel internacional. Y ello a pesar de que los delitos seguían estando ubicados entre las defraudaciones, lo que para algunos parecía seguir requiriendo la causación de un perjuicio¹⁰¹. Para superar esta indeterminación, la reforma de 1987 supuso el abandono de la técnica de ley penal en blanco en la regulación de estos delitos y dio paso –sobre todo a partir del reconocimiento expreso de los derechos patrimoniales y morales de autor por la Ley de propiedad intelectual–, a un importante y abundante desarrollo doctrinal en la determinación del bien jurídico protegido en esta clase de delitos. Es a partir de este momento cuando se puede apreciar el mayor, y cada vez más progresivo, interés por la protección de la vertiente patrimonial de la propiedad intelectual.

IV. TUTELA PENAL DESDE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EN 1987 HASTA EL VIGENTE CÓDIGO PENAL DE 1995

Ya se ha hecho mención a la importancia que supuso el año 1987 en la regulación de la propiedad intelectual, tanto en el orden penal como en el civil. El Código penal fue objeto de reforma en lo relativo a tales delitos en virtud de la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, la cual venía a ejercer de acompañamiento de la nueva Ley de propiedad intelectual –que reemplazaba a la obsoleta Ley de 1879– promulgada por la Ley 22/1987, del mismo día; dato, este último, que no venía sino a ser reflejo de la voluntad por parte de los poderes políticos de efectuar una reforma multidisciplinar e interrelacionada de la materia para dotarla de un contenido más preciso y desarrollado y de una protección adecuada a las exigencias del momento¹⁰².

101 Vid. JUFRESA PATAU / MARTELL PÉREZ-ALCALDE, “Los delitos contra los derechos de autor”, en *Revista jurídica de Catalunya*, ANY XC – Número 3, Barcelona, 1991, pp. 622-624 y 627 y BOIX REIG / JAREÑO LEAL en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. II. (Artículos 234 a Disposiciones finales). Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 1325. VEGA VEGA, *Derecho de...cit.*, p. 69, BUSCH, *La protección penal...cit.*, p. 49 y GONZÁLEZ GÓMEZ, *El tipo básico...cit.*, p. 48, parecen inclinarse por la tutela de dichas facultades morales. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado...cit.*, p. 598, seguía considerándolos delitos contra la propiedad y defraudaciones.

102 En términos similares, JUFRESA PATAU / MARTELL PÉREZ-ALCALDE, “Los delitos...cit.”, p. 622. También CARMONA

Dentro del marco penal, lo más destacado de la reforma, y lo que justifica su tratamiento en epígrafe separado, es su carácter integral, al menos en lo que se refiere a la descripción de las conductas típicas, objetos materiales y los sujetos pasivos, y el hecho de venir acompañada de un catálogo de agravantes y de consecuencias jurídicas adicionales a las penas. Esta detallada regulación, nunca vista hasta el momento, resultó un rotundo acierto y una mejora en el tratamiento legal de los delitos.

Sin embargo, los precedentes legislativos de esta regulación habían mostrado un carácter continuista con la regulación que estaba vigente¹⁰³. Éstos fueron el Proyecto de Código penal de 1980 (PCP de 1980) y la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983 (PANCP de 1983), infructuosos intentos ambos de reforma global del Código penal para armonizar dicho cuerpo penal con las disposiciones de la Constitución Española de 1978, lo que no se conseguiría hasta 1995. Los dos proyectos seguían utilizando la vaga y escueta expresión de "*infringir los derechos de autor*" para describir la conducta típica, que obligaba a acudir a la Ley especial para determinar cuáles eran esos derechos y las formas de infringirlos. Igualmente, ambos coincidían en las penas: "*prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses*", aplicables de forma alternativa.

El PCP de 1980¹⁰⁴ introdujo novedades importantes de orden sistemático, ya que por primera vez creaba un Título -el VIII- dedicado a los que hacía llamar "*Delitos contra el orden socioeconómico*", entre los que incluía a estos delitos en un Capítulo III, bajo el título "*De las infracciones de los derechos de autor*" -dicho Título vería finalmente la luz en el Código de 1995, aunque compartiendo espacio con los delitos patrimoniales¹⁰⁵-. Por su parte, la PANCP de 1983¹⁰⁶ seguía con la ubicación vigente hasta la fecha, en una Sección 3ª denominada "*De las defraudaciones de los derechos de autor*". En coherencia, la pena se establecería "*según el perjuicio causado*". Además se excluía la referencia al

SALGADO, "El tipo básico...cit., pp. 83-85, quien analiza con detalle el proceso de gestación de la Ley de propiedad intelectual y reforma penal de 1987.

103 Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", en *ADPCP*, sept-dic, 1990, p. 811.

104 Disponía en un único artículo 352 que "*el que infringiere intencionadamente los derechos de autor legalmente reconocidos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la infracción*".

105 Con esta incorporación parecía que se venía a reconocer no sólo la protección de intereses individuales en tales infracciones, sino también intereses económicos colectivos. Así, CARMONA SALGADO, *La nueva...cit.*, p. 64. STAMPA BRAUN / BACIGALUPO, "La reforma del Derecho penal económico español. Instituto de estudios económicos", en *Revista Jurídica de Cataluña*, número extraordinario, Barcelona, 1980, p. 161, criticó la decisión al considerar que tales infracciones no estaban vinculadas a un bien jurídico supraindividual. También, QUINTERO OLIVARES, "Observaciones sobre la Parte especial del Anteproyecto de Código penal. Delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden socioeconómico", en MIR PUIG, (Ed.) *La reforma del Derecho penal*. Bellaterra, Barcelona, 1980.

106 Disponía en un único artículo 250 que "*el que infringiere los derechos de autor será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, según el perjuicio causado. Se decretará, además, la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos oficiales con expresa autorización para ser reproducida, total o parcialmente, en los demás medios de información*".

elemento subjetivo: "*intencionadamente*", vigente desde 1963¹⁰⁷. Su mayor novedad fue introducir la consecuencia accesoria de la publicación de la sentencia condenatoria en los periódicos oficiales y en los demás medios de comunicación¹⁰⁸, consecuencia vigente en la actualidad.

La reforma del Código penal de 1987 que finalmente vería la luz iba mucho más allá que estas previsiones, que no hacían sino reflejar el poco interés que el legislador penal había mostrado hasta la fecha por la materia¹⁰⁹. Fue tan trascendente como para considerarla una regulación penal *nueva*. De hecho, el resto de modificaciones operadas en el futuro (1995, 2003 y 2010), a pesar de su importancia, han girado sobre los términos establecidos en 1987.

En cuanto a su ubicación seguía siendo la misma que en el Código penal anterior: Libro II, "*Delitos y sus penas*", Título XIII, "*De los delitos contra la propiedad*", Capítulo IV, "*De las defraudaciones*" y Sección 3ª, "*De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial*".

Con referencia a su contenido, el tipo básico de tales infracciones, recogido en el artículo 534 *bis a*), señalaba en dos párrafos que:

"Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas quien intencionadamente reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización".

Además, el artículo 534 *bis b*) recogía modalidades agravadas, al señalar que:

1. *Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior, concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:*
 - a) *Obrar con ánimo de lucro.*
 - b) *Infringir el derecho de divulgación del autor.*
 - c) *Usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución.*
 - d) *Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.*
2. *Se impondrá la pena de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro, concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

107 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los derechos de...cit., pp. 811-812, se cuestiona si dicha supresión era, en realidad, un *lapsus* del legislador.

108 Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Los derechos de...cit., p. 812.

109 Vid. BUSCH, *La protección penal...cit.*, p. 51-52 y QUINTERO OLIVARES en GÓMEZ BENÍTEZ / QUINTERO OLIVARES, *Protección penal...cit.*, p. 24.

- a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales supuestos el Juez podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado".

Además, se recogían dos disposiciones más en relación a estas infracciones. El artículo 534 *bis c*) hacía mención a la consecuencia accesoria de publicación de sentencia condenatoria en un periódico oficial, prevista con carácter potestativo para los Jueces y en todo caso aplicable a costa del infractor. El artículo 534 *ter* recogía una concreta disposición sobre la responsabilidad civil derivada de tales delitos. Ésta se regiría por las disposiciones de la Ley de propiedad intelectual de 1987 relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios, lo que derogaba, para estos dos extremos, las previsiones del Código penal relativas a la responsabilidad civil.

Con esta regulación quedaba clara la prioritaria preocupación del legislador por salvaguardar de forma preeminente la vertiente patrimonial de la propiedad intelectual. Fíjese que seis conductas del tipo básico tenían carácter económico (reproducir, distribuir, comunicar públicamente e importar, exportar y almacenar, estas últimas comprendidas en el derecho de distribución) y sólo una (el plagio) moral. Por otro lado, de las seis conductas agravadas, tres tenían carácter moral (artículo 534 *bis b*) 1 b), c) y d) –las cuales se correspondían con los derechos morales del artículo 14.1, 3 y 4 de la nueva Ley de propiedad intelectual-) y tres carácter patrimonial (artículo 534 *bis b*) 1 a) y 534 *bis b*) 2 a) y b)), aunque las dos conductas hiperagravadas del 534 *bis b*) 2, que recibían unas penas todavía más graves, tenían este último carácter. Si se tiene en cuenta, pues, el efecto agravatorio de la pena, como muestra de un mayor interés en la protección de unos u otros derechos, éste era también mayor en relación con las conductas de contenido patrimonial.

Por otro lado, las tres agravantes de cualidad moral sólo estaban castigadas cuando además se cometiese "*cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior*" que, como vimos, tenían una predominante naturaleza patrimonial. Con esta regulación, las posibilidades numéricas, simples o de combinación, de conductas sancionadas que exigían la vulneración de algún derecho de propiedad intelectual de contenido económico eran claramente superiores.

Y como argumentos de apoyo, la ubicación de los delitos entre los delitos contra la propiedad (Título XIII) y entre las defraudaciones (Capítulo IV) y el hecho de que se protegieran los derechos de los *cesionarios*, cuyo contenido es exclusivamente económico, eran clara muestra de la intención del legislador.

No obstante, no hay que olvidar que en el tipo básico se penalizaba la conducta del plagio, sin que se exigiese elemento alguno de carácter económico, como, por ejemplo,

el ánimo de lucro -que se convertiría en elemento del tipo básico en el Código de 1995-. Además, el mero hecho de que la legislación derogada recogiese tres circunstancias agravantes de contenido moral, aunque operasen siempre con respecto a conductas de contenido eminentemente patrimonial (las del tipo básico), dejaba constancia de su toma en consideración para la ampliación de la pena, lo que supone, aunque fuese de un modo indirecto o secundario, una forma de *protección*.

A la vista de estos argumentos cabía señalar que los delitos protegían tanto los derechos patrimoniales como los morales de propiedad intelectual, aunque se apreciaba un marcado acento patrimonialista al salvaguardar de forma mucho más significativa los primeros¹¹⁰.

En sede civil, la Ley de propiedad intelectual de 1987 consiguió dotar definitivamente a este tipo de propiedad especial de un nivel de desarrollo amplio y detallado, adaptándolo a las necesidades marcadas por los avances tecnológicos del momento, a las que, como era lógico, no podía dar respuesta la desfasada Ley de 1879, promulgada en una época en la que no existían, por ejemplo, el cine, la televisión o las fotocopias¹¹¹. De hecho, la regulación penal se correspondió con ella, al utilizar su misma terminología para describir las conductas típicas, objetos materiales y sujetos de los tipos penales, elementos a los que se remitía normativamente.

En cuanto a su estructura, constaba de cuatro Libros: el primero titulado "*De los derechos de autor*", el segundo "*De los otros derechos de propiedad intelectual*", el tercero "*De la protección de los derechos reconocidos en la ley*" y el cuarto "*Del ámbito de aplicación de la ley*". Entre sus mayores logros y aciertos cabe destacar, especialmente, el definitivo reconocimiento expreso, junto a los derechos patrimoniales, de los *derechos morales* de autor -algo de lo que ya se venía dejando constancia tanto en textos internacionales como por la jurisprudencia y doctrina nacional¹¹²-. Pero también la inclusión de los programas de ordenador en su objeto material, la no necesidad de registro de la obra para poder disfrutar de los derechos de la ley, el establecimiento de un sistema general de transmisión de tales derechos y el reconocimiento de los *derechos afines* o *conexos*; los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas, productores de grabaciones audiovisuales y entidades de radiodifusión¹¹³, previsiones todas ellas vigentes en la actualidad. También instauró el polémico derecho remuneratorio por copia privada, con el que se venía

110 Por todos, CARMONA SALGADO, "El tipo básico...cit., págs. 96 a 129 y ARROYO ZAPATERO / GARCÍA RIVAS, "Protección penal de la propiedad intelectual", en ARROYO ZAPATERO, L / TIEDEMANN, K., *Estudios de Derecho Penal económico*. Colección Estudios. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, págs. 163 a 166.

111 Así, GIMBERNAT ORDEIG, "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual", en *PJ*. Número especial IX: Nuevas formas de delincuencia. CGPJ., Madrid, 1988, p. 743.

112 Así, MARCO MOLINA, *La propiedad*...cit., pp. 175-176.

113 Vid. CARMONA SALGADO, *La nueva*...cit., pp. 35-37. Ya la Convención internacional de Roma, de 1961, sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores fonográficos y los organismos de radiodifusión, delimitaba los contornos de estos otros sujetos a los que consideraba titulares de derechos de propiedad intelectual, y diseñaba el contenido esencial de cada uno de éstos que debería ser reconocido por los Estados firmantes en sus futuras legislaciones.

a compensar económicamente a autores, editores, productores y artistas por los beneficios dejados de obtener por aquella incontrolable, y por ello legalizada, práctica realizada por los usuarios.

Ciertamente, la ley fue un éxito¹¹⁴. Principalmente por mostrar preocupación por la institución en el momento más álgido de la evolución de las tecnologías analógicas, y también por haber centrado muchas de sus energías en los intereses patrimoniales de los implicados en la producción cultural. De hecho, la regulación penal tuvo cuenta de ello, al recoger ya en dicha sede la tutela de los intereses patrimoniales no sólo de los autores sino también de los titulares de los derechos *afines* a la propiedad intelectual. A pesar de su éxito, la ley hubo de adaptarse a las nuevas manifestaciones expresivas de los objetos sobre los que recaen los derechos de propiedad intelectual –y a las nuevas modalidades de ataque–, un *handicap* para toda regulación sobre la materia, que corre el ineludible riesgo de quedarse obsoleta en poco tiempo ante la aparición de adelantos tecnológicos que obliguen a su adaptación. Por ello, esta Ley de propiedad intelectual de 1987 fue objeto de un proceso de refundición que dio origen al vigente texto regulador, el *Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual*, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia¹¹⁵. La estructura en cuatro Libros se mantendría en iguales términos salvo la referencia al Libro segundo, que con la entrada en vigor de la Ley 5/1998, de 6 de marzo, pasó a denominarse "*De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección "sui generis" de las bases de datos"*¹¹⁶.

V. TUTELA PENAL DESDE LA APROBACIÓN DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL DE 1995

El actual Código penal de 1995 entró en vigor con la promulgación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Su necesidad se venía apuntando desde hacía años, ya que el texto vigente seguía siendo, aunque con innumerables modificaciones, el Código penal de 1944, de la época del régimen franquista. La nueva situación política de España, su introducción en un nuevo marco político y económico europeo y las nuevas formas delictivas aparecidas con carácter constante y crecientemente acelerado en este nuevo contexto así lo alentaban.

114 Vid. GIMBERNAT ORDEIG, "Consideraciones sobre los...cit., p. 747.

115 Básicamente refundía y armonizaba la Ley de propiedad intelectual de 1987, su modificación de 7 de julio de 1992 (por la Ley 20/1992), y algunas leyes de incorporación al Derecho español del contenido de varias Directivas comunitarias como la Ley 16/1993, de incorporación de la Directiva 91/250/CEE, sobre protección jurídica de los programas de ordenador; la Ley 43/1994, de incorporación de la Directiva 92/100/CEE, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual; la Ley 28/1995, de incorporación de la Directiva 93/83/CEE, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable y la Ley 27/1995, de incorporación de la Directiva 93/98/CEE, sobre armonización del plazo de protección del derecho de autor y afines.

116 Precisamente dicha ley se encargaba de incorporar al Derecho español la Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Con respecto a los delitos relativos a la propiedad intelectual, este nuevo Código penal constituyó también una modificación, en términos de cantidad y profundidad, de enorme trascendencia. Bien es cierto que muchas de sus novedades se establecieron con base en los términos introducidos por la reforma de 1987, y en este sentido viene a ser una prolongación de la línea legislativa marcada desde entonces¹¹⁷.

Previamente, el Proyecto de Código penal de 1992 (PCP de 1992) introdujo algunas modificaciones finalmente tomadas en consideración en 1995. Así, la fusión en un mismo Título XII de los "*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*", aunque manteniendo la inclusión de estos delitos entre las "*Defraudaciones*", bajo el epígrafe, "*De la infracción de los derechos de propiedad intelectual*". Con respecto al contenido, ya introducía el sistema escandinavo de días multa, y mantenía los dos niveles de circunstancias agravantes (artículo 260), en los términos de la regulación de 1987. Sin embargo, para el tipo básico sólo preveía la pena de multa (de seis a veinticuatro meses), mientras que para los tipos agravados se disponía, además de ésta, la de prisión¹¹⁸.

Finalmente, el 23 de noviembre de 1995 vio la luz el nuevo Código penal, el cual vino precedido de un Proyecto de Código penal de 1994 (PCP de 1994) que ya recogía muchas de las novedades que finalmente fueron introducidas por aquél¹¹⁹. Los delitos relativos a la propiedad intelectual aparecen regulados en los artículos 270 a 272 del CP. Entre las novedades o modificaciones introducidas por el actual Código penal en el momento de su entrada en vigor en 1995 destacan:

- La ubicación sistemática de los delitos. Se produjo la fusión en un mismo Título (XIII) de dos clases de delitos bajo la denominación "*Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*". Dentro de estos, por primera vez desde el Código penal de 1848, los delitos que nos ocupan fueron extraídos del capítulo dedicado a las defraudaciones, pasando a estar regulados en un Capítulo XI propio, titulado "*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*", en su Sección 1ª, "*De los delitos relativos a la propiedad intelectual*". A partir de este momento, la causación de un perjuicio deja de ser una exigencia marcada por su ubicación y dicho extremo tendrá que determinarse con base en los elementos requeridos en el tipo.
- La nomenclatura con la que se hace referencia a estos delitos, que pasa de ser "*De las infracciones del derecho de autor*" a la actual "*De los delitos relativos a la propiedad intelectual*".

117 Así, MORENO CÁNOVES / RUIZ MARCO, *Delitos Socioeconómicos (Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código penal. Concordados y con jurisprudencias)*. Ed. Edijus, Zaragoza, 1996, p. 54.

118 También cambió la terminología utilizada para la pena de prisión, y se pasaba, con respecto al primer nivel de agravación, del *arresto mayor* (de un mes y un día a seis meses) a la pena de *prisión de seis meses a un año* y, con respecto al segundo, de la *prisión menor* (de seis meses y un día a seis años) a la *pena de prisión de seis meses a cinco años*.

119 Así, la previsión para el tipo básico de la pena de prisión aplicable de forma alternativa con la de multa, la inclusión del ánimo de lucro y el "en perjuicio de tercero" como elementos del tipo básico y la simplificación del catálogo de agravantes.

- En cuanto a la pena prevista para el tipo básico, ésta será la de prisión de seis meses a dos años o, de forma alternativa, la multa de seis a veinticuatro meses, frente a la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas de la legislación anterior. Se introduce el sistema escandinavo de días multa, que también afecta a la pena de multa de los tipos agravados¹²⁰. Otra variación es la regulación de la pena de prisión, ya que se abandonan los términos de arresto mayor o prisión menor, con sus marcos de extensión definidos, por una referencia general en todo caso a la *pena de prisión acompañada por la extensión de duración que se estime oportuna*.
- Se introducen dos nuevos elementos en la descripción típica del tipo básico: el "*ánimo de lucro*" y el actuar "*en perjuicio de tercero*", que sustituyen la referencia subjetiva de actuar "*intencionadamente*".
- Se introduce un apartado tercero en el artículo dedicado al tipo básico, en el que se dispone que "*será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador*".
- Se simplifican las agravantes, abandonando el sistema de dos niveles y recogiendo únicamente dos circunstancias: "*a) que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica*", y "*b) que el daño causado revista especial gravedad*".
- Con respecto a estas dos agravantes, además de las penas previstas, se sigue atribuyendo la potestad al Juez de decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, aunque el legislador de 1995 especifica que "*el cierre temporal no podrá exceder de cinco años*"¹²¹.

Sin duda alguna, varias de estas modificaciones fueron un claro reflejo del proceso de "patrimonialización" al que progresivamente se ha visto sometida la regulación de estos delitos¹²². El dato más concluyente fue la inclusión del elemento del ánimo de lucro y de la cláusula "en perjuicio de tercero" en el tipo básico, que venían a requerir para el castigo de toda conducta, incluso para el plagio, una intencionalidad de obtener un beneficio económico y una potencialidad para originar un perjuicio patrimonial, lo que únicamente se consigue con la vulneración de derechos económicos de explotación en exclusiva. Cualquier lesión que afectase únicamente a los derechos morales (por ejemplo, el plagio no destinado a su explotación) resultaba a partir de entonces atípica. Ello unido a la eliminación de las agravantes relativas a la vulneración de derechos morales –pasándose a recoger dos tipos

120 Se pasa de la "*multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas*" a la "*multa de ocho a veinticuatro meses*".

121 Vid., en referencia a estos cambios, JORGE BARREIRO en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al...*cit., pp. 764-765 y ARMENDÁRIZ LEÓN, "Delitos relativos a la propiedad intelectual: referencia al tipo básico del art. 270 CP", en *ICADE, Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales*. Derecho Penal, sept-dic, 1997, pp. 268-269.

122 Vid. MIRÓ LLINARES, *La protección penal...*cit., pp. 205-ss.

agravados de exclusivo contenido patrimonial-, su ubicación entre los delitos patrimoniales y la inclusión del tipo protector de los dispositivos *anticopy* del apartado tercero del artículo 270, de tutela del derecho de explotación de distribución de autores y productores, vino a despejar toda duda, latente en la legislación precedente, sobre que el único bien jurídico protegido en estos delitos pasaba a ser *la vertiente o contenido patrimonial de la propiedad intelectual*, esto es, *los derechos de explotación en exclusiva de propiedad intelectual*¹²³.

Pero aun a pesar de esta consolidación, tan sólo transcurridos ocho años desde su publicación, esta regulación fue sometida a nuevas modificaciones en virtud de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó el Código penal de 1995 que, entre muchas otras cuestiones, afectó a los delitos relativos a la propiedad intelectual. Ello no fue sino una muestra más del continuo proceso de adaptación y cambio al que se ve abocada toda regulación sobre propiedad intelectual. El cada vez más sofisticado y veloz desarrollo de nuevas tecnologías digitales y de telecomunicaciones surgidas a finales de siglo pasado y principio del presente, y su mayor facilidad de adquisición y utilización por el ciudadano medio, permitió la aparición de nuevas formas de vulneración de tales derechos respecto de las que no existían previsiones legales. Esta nueva fenomenología infractora, su mayor facilidad comisiva y la aparición, y proliferación, desde hacía ya algunos años, de grandes grupos de criminalidad organizada dedicados a cometer esta clase de conductas delictivas a gran escala en la práctica totalidad de países del mundo, contribuyó a una mayor preocupación respecto de los bienes tutelados y alentó al legislador a efectuar una nueva revisión de los tipos penales a los efectos de responder mejor a esta nueva realidad. Ello sin olvidar la influencia mediática generada por algunos grupos de presión, como las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual o algunos colectivos de autores afectados, que han demandado esa mayor protección penal¹²⁴.

Recogidos igualmente en el Libro II, "*Delitos y sus penas*", del Título XIII, "*Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico*", del Capítulo XI, "*De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores*", en su Sección 1ª, "*De los delitos relativos a la propiedad intelectual*", los tipos penales, en virtud de la reforma de 2003, son los que se transcriben:

"Artículo 270. 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.

123 De esta consideración, entre otros, MIRÓ LLINARES, *La protección penal...*cit., pp. 192-255, GONZÁLEZ RUS, "Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual", en ROMEO CASABONA (Ed.), *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje al Prof. Dr. Don. Ángel Torío López. Comares, Granada, 1999, pp. 755-768, el cual corrobora su posición en *Derecho Penal español...*cit., p. 554, BOIX REIG / JAREÑO LEAL en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código...*cit., pp. 1324-1327 y ARMENDÁRIZ LEÓN, "Delitos relativos..."cit., p. 271.

124 Vid. RODRÍGUEZ MORO, "La nueva protección penal de la propiedad intelectual (Análisis de la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003)", en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor, Tomo XXIV*, Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 331-332.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses a quien 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 castigada 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.

Artículo 271. Se impondrá la pena de prisión de un año 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 perteneciere 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.

Artículo 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 ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o el Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial."

A modo de síntesis, la citada Ley de 2003 amplió el contenido de la regulación de la conducta de *importación* del artículo 270.2 con el pretexto de dar así respuesta a una cuestión debatida en el seno de la doctrina y jurisprudencia: la de la penalización o no de las llamadas "importaciones paralelas", es decir, de productos adquiridos lícitamente en otro país para venderlos aquí por debajo de su precio. La opción de legislador ha sido castigarlas salvo que la importación se efectúe de un Estado miembro de la Unión Europea a otro. Se consolida el principio de libre circulación de productos y servicios dentro de las fronteras de la Unión Europea en sede penal, con las consecuencias eminentemente patrimoniales de tráfico económico-mercantil que ello implica, lo que pasa a ser tenido en consideración a efectos penales. También amplió el radio de acción, en relación con el objeto material del tipo,

de la conducta del artículo 270.3 (relativo a la vulneración de los sistemas *anticopy* –que, téngase en cuenta, protegen los derechos “patrimoniales” de reproducción, distribución y comunicación pública–), antes previsto únicamente para los programas de ordenador, ahora para cualquier tipo de obra, lo que responde a la era digital, en la que la mayoría de los formatos de obras pasó a ser susceptible de llevar dispositivos digitales de control de copia. En materia de agravantes, se añadieron las circunstancias de las letras c) y d) del artículo 271, y se varió el contenido de la recogida en la letra b), que de la especial gravedad del *daño causado* pasó a referirse a la especial gravedad de los *hechos*, introduciendo además dos criterios de indubitado carácter económico para determinarla. Se eliminó el último párrafo del artículo 271, referente al cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, resolviendo así problemas de adaptación con otros preceptos del Código. Finalmente, se produjo un aumento de las penas. El tipo básico prevé las de multa y prisión de forma acumulativa, antes alternativa, y se amplía el límite inferior de la multa tanto en el tipo básico como en los agravados¹²⁵.

De todas estas modificaciones no se desprende argumento alguno con el que cuestionar la consideración del bien jurídico protegido señalado con anterioridad a la reforma. Más bien al contrario. De sus términos se puede apreciar precisamente su consolidación o fortalecimiento. Pero además, si echamos un vistazo a las cuestiones que el legislador varía o añade, es decir, de las que se preocupa, aunque la reforma no genera cambios de gran trascendencia sí supone un pequeño paso más en ese propósito político-criminal de reforzar en vía penal única y exclusivamente la tutela de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual¹²⁶.

Por último, hay que hacer referencia a la última de las reformas efectuadas en el Código penal, que es la llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, que reformó aquél en una gran cantidad de aspectos. Respecto a los delitos relativos a la propiedad intelectual, la reforma simplemente añadió a la regulación de 2003 (recogida *supra*) un párrafo segundo al apartado primero del artículo 270, con la siguiente redacción:

“No obstante, en los casos de distribución al por menor, atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo siguiente, el Juez podrá imponer la pena de multa de tres a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días. En los mismos supuestos, cuando el beneficio no exceda de 400 euros, se castigará el hecho como falta del artículo 623.5.”

Además, se produce el añadido del referido número 5 a la falta del artículo 623. Esta segunda modificación es de singular importancia en la regulación penal de los derechos de autor, pues por primera vez se recoge en el Código penal una “falta” relativa a ellos. Dicho artículo, en ese nuevo apartado 5, castiga con las penas de localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses, a *“los que realicen los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2, cuando el beneficio no sea superior a 400*

125 Vid. RODRÍGUEZ MORO, “La nueva...cit., pp. 332-ss.

126 Así, MIRÓ LLINARES, *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Fundación autor, Madrid, 2005, p. 139.

euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenida en los artículos 271 y 276, respectivamente".

En principio, en términos generales, ambas especificaciones se refieran a la "distribución al por menor", pero lo cierto es que su inclusión en el Código ha respondido únicamente a la concreta realidad del *top manta*. Bajo los amplios términos de los tipos penales vigentes hasta la fecha, los "manteros", normalmente inmigrantes en situación irregular, aunque constituyan el último eslabón de una ilícita cadena productiva de la que apenas se lucran, cometían el delito. Y ello a pesar de que lo hagan por encontrarse en una grave situación de necesidad y pobreza. La reforma ha tenido en consideración dicha realidad, que había sido criticada por varios colectivos sociales y jurídicos desde el punto de vista del principio de proporcionalidad¹²⁷. El legislador ha optado por imponer a estos sujetos una pena menos grave. Así, se prevé un tipo atenuado de aplicación potestativa para los supuestos de distribución a pequeña escala que cumplan con los requisitos establecidos, aunque siempre que el beneficio obtenido sea superior a 400 euros, y una falta si dicho beneficio no supera los 400 euros. No obstante, su aplicación queda supeditada a que no se den las circunstancias de los tipos agravados, pues en tal caso resultarán aplicables estos.

Como se puede apreciar, el acento de la reforma vuelve a estar en cuestiones patrimoniales que tienen que ver con la explotación de las obras (con el derecho de distribución). Quizá esta nueva aportación no sea sintomática de ninguna línea legislativa orientada a la patrimonialización de los delitos, sino que tan sólo regula una realidad surgida en el tiempo. Lo que está claro es que, desde hace años, el legislador penal ya sólo presta atención a la tutela de esta vertiente de la propiedad intelectual.

Pero que la tutela penal de los derechos de propiedad intelectual se produzca en este sentido patrimonialista no es sino muestra del tipo de protección que, con los años, se ha ido dispensando a esta propiedad especial en sede civil. Y es que se podría decir que aquélla es heredera del continuo proceso expansivo de la propiedad intelectual en la ley que la regula, la cual, reforma a reforma, le ha ido asignando un sentido cada vez más propietario¹²⁸. Y es que una regulación extrapenal restrictiva de los derechos, que concentra cada vez más usos en el poder de autorización de los titulares –excluyéndolos de la utilización libre por parte de los usuarios–, lo normal es que se corresponda con unos tipos penales que adelanten las barreras punitivas, al menos para dar amparo a los ataques más graves que se produzcan contra esos nuevos usos tutelados.

Ello se puede apreciar con suma claridad en las reformas operadas en la Ley de propiedad intelectual por las Leyes 23/2006 y 19/2006, que han tratado de adaptar la ley al entorno digital¹²⁹. Así, por ejemplo, cabe destacar cómo se ha ampliado el alcance de algunos

127 Vid. CASTIÑEIRA PALOU / ROBLES PLANAS, "¿Cómo absolver a los "top manta"? (Panorámica jurisprudencial)", en *InDret* 2/2007, Barcelona, abril, 2007, pp. 11-14.

128 Vid. XALABARDER PLANTADA, "Derecho de autor...cit., pp. 530-ss.

129 La Ley 23/2006, modificó el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, con el objeto de incorporar al Derecho español la Directiva comunitaria 2001/29/CE, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Por su parte, la Ley 19/2006, amplió los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y estableció normas

derechos de explotación, como el de reproducción, que pasa a abarcar cualquier fijación "directa o indirecta, provisional o permanente" de la obra, esto es, prácticamente todo uso que se haga de ella. Lo mismo ha sucedido con el derecho de comunicación pública, que pasa a comprender toda "puesta a disposición del público" a través de Internet. También se puede apreciar en la reducción de la operatividad de algunos de los límites a los derechos de autor, como el derecho a la copia privada, o en la aplicación del famoso canon compensatorio a casi cualquier dispositivo digital que permita, aunque sea como finalidad indirecta o secundaria, la reproducción o almacenamiento de obras.

Esta respuesta legal es fruto de una inercia que se sigue a la hora de regular esta materia. La inercia de la expansión de los derechos de propiedad intelectual como única medida ante la adversidad. La de robustecer los contornos del "instrumento" que se diseñó para proteger el fomento de la producción cultural, esto es, los propios derechos de autor, sin reflexionar si ello sigue resultando positivo para alcanzar ese fundamento propio de la ley, es decir, ese fomento de la creatividad y de la producción cultural¹³⁰. Las formas de acceso a la cultura y de negocio han cambiado lo suficiente como para preguntarse qué tipo de protección es la más productiva para la consecución del fin que se busca.

Evidentemente, tal y como apuntamos, los efectos de esa expansión se han visto reflejados en la regulación penal de la propiedad intelectual, que ha adelantado o endurecido su intervención. A veces incluso respecto de realidades concretas que se han dejado de producir escaso tiempo después de entrar en vigor la normativa. Así ha sucedido, por poner algún ejemplo, con la previsión en la reforma de 2003 de la agravante relativa a la pertenencia a una organización o asociación dedicada a la comisión de ilícitos de esta clase, claramente diseñada para intervenir ante el supuesto de piratería física conocido como *top manta*, realidad que, poco tiempo después, caía en "relativo" desuso en detrimento de la piratería digital.

Ahora es momento de ahondar en las razones y fines que podrían justificar esta "expansión" del Derecho penal en la materia, es decir, la aplicación de un Derecho de consecuencias jurídicas tan trascendentes a este tipo de vulneraciones. Habría que analizar los niveles de gravedad que deberían ser requeridos por una intervención penal "necesaria" y no meramente simbólica. Si ésta constituye el reclamo de un sector verdaderamente necesitado de este tipo de tutela, según qué casos, o que bien se podría defender con los mecanismos civiles de protección. Un dilema fundamental que responde al "hoy" de la institución jurídica, al "hoy" de la tutela civil y penal de la propiedad intelectual y que, por su trascendencia,

procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios, respondiendo así a la transposición de la Directiva 2004/48/CE -conocida como Directiva antipiratería-, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. Además, el contenido del actual texto refundido de 1996 también fue modificado por la Ley 3/2008, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, que deroga el art. 24 de la Ley, la Ley 10/2007, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, la Ley Concursal 22/2003 y la vigente Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil.

130 Vid. XALABARDER PLANTADA, "Derecho de...cit., pp. 538-544, señala que "de esta manera, quizá sin darnos cuenta, hemos convertido la regla (dominio público e interés público) en excepción y la excepción (derecho exclusivo) en regla".

merece otro extenso análisis que, más allá de estas breves consideraciones, se escapa del objeto del presente trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J., "Historia del Código penal de 1822", en *ADPCP*, Tomo XVIII, fascículo I, enero-abril, Madrid, 1965.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, C., "Delitos relativos a la propiedad intelectual: referencia al tipo básico del art. 270 CP", en *ICADE, Revista de las facultades de derecho y ciencias económicas y empresariales*. Derecho Penal, sept-dic, 1997.
- ARROYO ZAPATERO, L. / GARCÍA RIVAS, N., "Protección penal de la propiedad intelectual", en ARROYO ZAPATERO, L. / TIEDEMANN, K., *Estudios de Derecho Penal económico*. Colección Estudios. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994.
- ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Bosch, Barcelona, 1970.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho industrial. Propiedad industrial, propiedad intelectual, Derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal* (2ª edición). Civitas, Madrid, 1993.
- BOIX REIG, J. / JAREÑO LEAL, A. en VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios al Código Penal de 1995*. Vol. II. (Artículos 234 a Disposiciones finales). Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- BUSCH, C., *La protección penal de los derechos de autor en España y Alemania. Análisis de derecho comparado. Perspectiva comunitaria de la lucha contra la piratería intelectual*. Ed. Cedecs. Derecho Penal, Barcelona, 1995.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Ariel Derecho, Barcelona, 1986.
- CARMONA SALGADO, C., "El tipo básico del nuevo delito contra la Propiedad Intelectual", en *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Tomo XIII. Propiedad Industrial e Intelectual. Libertad Sexual. Incendios Forestales*. Ed. De derechos reunidos, Madrid, 1991.
- La nueva ley de propiedad intelectual*. Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T., / ROBLES PLANAS, R., "¿Cómo absolver a los "top manta"? (Panorámica jurisprudencial)", en *InDret* 2/2007, Barcelona, abril, 2007.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general I* (3ª edición), Tecnos, Madrid, 1985.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte especial*. Tomo II, Vol. 2º, (14ª edición). Bosch, Barcelona, 1982, (3ª edición). Bosch, Barcelona, 1943.
- Código penal y Leyes penales especiales*. Bosch, Barcelona, 1963.
- El nuevo Código penal español (Exposición y comentario)*. Bosch, Barcelona, 1929.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", en *ADPCP*, sept-dic, 1990.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Los derechos del autor de obras de arte*. Civitas, Madrid, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual", en *PJ*. Número especial IX: Nuevas formas de delincuencia. CGPJ., Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *El tipo básico de los delitos contra la Propiedad Intelectual*. Tecnos. Madrid, 1998.

- GONZÁLEZ RUS, J.J., "Bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad intelectual", en ROMEO CASABONA, C.M. (Ed.), *El Nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro homenaje al Prof. Dr. Don. Ángel Torío López. Comares, Granada, 1999.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870*, Tomo VII, Salamanca, 1897.
- JIMÉNEZ ASENJO, E. *Manual de Derecho penal especial*. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950.
- JORGE BARREIRO, A. en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*. Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- JUFRESA PATAU, F. de P. / MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C., "Los delitos contra los derechos de autor", en *Revista jurídica de Catalunya*, ANY XC – Número 3, Barcelona, 1991.
- LASSO GAITE, J.F. *Crónica de la Ley de Propiedad Intelectual*, (3ª edición). Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- LIPSZYC, D., *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco, Paris, 1993.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. / RODRÍGUEZ RAMOS, L. / RUIZ DE GORDEJUELA, L., *Códigos penales españoles*. Ediciones Akal, Madrid, 1988.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L. / ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. *Código penal (comentarios y jurisprudencia)*. Comares, Granada, 1987.
- MARCO MOLINA, J., "La formación del concepto de derecho de autor y la originalidad de su objeto", en MACIAS CASTILLO, A. / FERNÁNDEZ ROBLEDO, M.A. (Coords.), *El derecho de autor y la nuevas tecnologías. Reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual*. La ley, Madrid, 2008.
- La propiedad intelectual en la legislación española*. Marcial Pons, Madrid, 1995.
- MIRÓ LLINARES, F., *Internet y delitos contra la propiedad intelectual*. Fundación autor, Madrid, 2005.
- La protección penal de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*. Dykinson, Madrid, 2003.
- MISERACH RIGALT, A., "Delitos contra la propiedad intelectual", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Editor. Tomo VI, Barcelona, 1985.
- MORENO CÁNOVES, A. / RUIZ MARCO, F. *Delitos socioeconómicos. (Comentarios a los artículos 262, 270 a 310 del nuevo Código penal. Concordados y con jurisprudencias)*. Ed. Edijus, Zaragoza, 1996.
- PACHECO, J.F., *El Código penal. Concordado y comentado*. Ed. Edisofer, Madrid, 2000.
- PÉREZ CUESTA, E. "Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor", en *Revista de Derecho privado*, Madrid, abril-1981.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo III: Infracciones patrimoniales sobre el propio patrimonio, daños y leyes especiales* (2ª edición). Ed. Edersa, Madrid, 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G., en GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. / QUINTERO OLIVARES, G., *Protección penal de los derechos de autor y conexos*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.
- "Observaciones sobre la Parte especial del Anteproyecto de Código penal. Delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden socioeconómico", en MIR PUIG, S. (Ed.), *La reforma del Derecho penal*. Bellaterra, Barcelona, 1980.

- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte General* (18ª edición). Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ MORO, L., "La nueva protección penal de la propiedad intelectual (Análisis de la reforma del Código penal por la Ley Orgánica 15/2003)", en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor, Tomo XXIV*, Universidad de Santiago de Compostela y Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROGEL VIDE, C., *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Tecnos, Madrid, 1984.
- SÁDABA, I., *Propiedad intelectual. ¿Bienes públicos o mercancías privadas?* Catarata, Madrid, 2008.
- STAMPA BRAUN, J.M. / BACIGALUPO, E., "La reforma del Derecho penal económico español. Instituto de estudios económicos", en *Revista Jurídica de Cataluña*, número extraordinario, Barcelona, 1980.
- VIRGILIO LATORRE, *Protección Penal del Derecho de Autor*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- XALABARDER PLANTADA, R., "Derecho de autor: el desarrollo de objetivos de protección. ¿Cuán lejos hemos evolucionado desde las raíces?", en *ADI*, Tomo XXVIII, año 2007-2008, Madrid, 2008.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. "Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo XCVI, abril 1988, nº 4.
- VEGA VEGA, J.A., *Protección de la propiedad intelectual*. Colección de Propiedad intelectual. Ed. Reus, Madrid, 2002.
- Derecho de autor*. Tecnos, Madrid, 1990.