

Nº Dobu 382329

Nº Libu 382330

12. 1099 36





**UNIVERSIDAD DE VALENCIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ASPECTOS PENALES DE LA PROTECCION DEL DERECHO DE  
AUTOR**

Tesis presentada para la colación de grado de Doctor en Derecho,  
por el Ldo. VIRGILIO LATORRE LATORRE

Director: Prof. Dr. D. TOMAS S. VIVES ANTON  
Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia

Valencia 1.993

UMI Number: U607221

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607221

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.  
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against  
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC  
789 East Eisenhower Parkway  
P.O. Box 1346  
Ann Arbor, MI 48106-1346

## **SUMARIO**

---

### **I.- A MODO DE INTRODUCCION: NECESIDAD DE ANALISIS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

### **II.- ACOTACIONES HISTÓRICAS, SOCIALES, CULTURALES Y LEGISLATIVAS.**

- 1.- En Roma.-
- 2.- Concepción medieval.-
  - 2.1.-De los Privilegios.-
- 3.- De lo legislativo.-
- 4.- En España.-

### **III.- NOMEN IURIS**

### **IV.- NATURALEZA JURIDICA**

- 1.- Teorías
  - 1.1.-Del Derecho de Propiedad
  - 1.2.-Del derecho sobre bienes inmateriales
  - 1.3.-Del Monopolio
  - 1.4.-De la Personalidad
- 2.- Porque es necesario concluir
  - 2.1.-Cuestiones Preliminares

2.2.-Derecho Moral de autor y Constitución

2.3.-Constitución y LPI '87

2.3.1.-Contrarios

2.3.2.-Partidarios

2.3.3.-Crítica

2.3.4.-Toma de posición

2.4.-Conclusión

## **V.- INFRACCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

### **A)Reforma del '63**

1.-Cuestiones Preliminares

2.-Estudio del tipo

2.1.-Norma penal en blanco

2.2.-Delimitación

3.-Bien Jurídico

3.1.- Derechos de autor

3.1.1.- Derecho moral

3.1.2.-Derechos patrimoniales

3.1.3.- Derecho moral-patrimonial

3.2.- Toma de posición

4.- Tipicidades

4.1.- Tipicidades genéricas

4.1.1.- La triple vertiente protectora  
de la propiedad intelectual

4.1.2.- Articulado genérico

4.1.3.- Tipicidades genéricas  
complejas

4.1.4.-Las sedicentes tipicidades del  
art. 47 LPI

4.1.4.1.-Cuestiones Preliminares

4.1.4.2.-El art. 47 LPI

4.2.- Tipicidad abierta

## **B)Reforma del '87**

1.-La cuestión terminológica

2.-Ubicación sistemática

3.-Tipicidad

3.1.-Abandono de la técnica de la norma penal en  
blanco

3.2.-Estructura del tipo en blanco

3.3.-Bien jurídico

3.3.1.-Derecho de autor y conexos

3.3.2.-Derecho de autor: su concepto  
unitario

3.3.3.-Toma de posición: interactividad

4.-La conducta típica

4.1.-Art. 534 bis, a): Reproducir, distribuir y comunicar  
públicamente

4.1.1.-Reproducir

4.1.1.1.-Antecedentes: El contrato  
de edición

4.1.1.1.1.-Derechos del autor (en  
el contrato de edición)

- 4.1.1.1.2.-Obligaciones del autor  
(en el contrato de edición)
- 4.1.1.1.3.-Derechos y  
obligaciones del Editor
- 4.1.1.1.4.-Otras singularidades del  
contrato de edición
- 4.1.1.1.5.-Otros contratos en  
relación con el de edición

4.1.1.2.-La conducta típica de  
reproducir

4.1.2.-Distribuir

4.1.3.-Comunicar públicamente

4.1.3.1.-Antecedentes: Contrato de  
representación

4.1.3.2.-La conducta típica de  
comunicar públicamente

4.1.4.-Importar, Exportar y Almacenar

4.2.- Art. 534 bis b), 1: Ánimo de lucro, derecho de divulgación,  
modificación sustancial

4.2.1.-Obrar con ánimo de lucro

4.2.2.-El derecho de divulgación

4.2.2.1.-Antecedentes

4.2.2.1.1.-Derecho de inédito

4.2.2.1.2.-Derecho de  
arrepentimiento

4.2.2.2.-Infringir el derecho de  
divulgación

4.2.3.-Derecho de respeto a la integridad de la obra

4.2.3.1.-Antecedentes

4.3.3.2.-Modificar sustancialmente  
la integridad de la obra sin autorización del autor



4.3.-Especial trascendencia de la cantidad o el valor de las copias /  
especial gravedad del daño causado

4.3.1.-Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posea  
especial trascendencia

4.3.2.-Que el daño causado revista especial gravedad

## **VI.- EL PLAGIO**

1.-Antecedentes: Derecho de Paternidad

2.- Concepto de plagio

2.1.-Sus orígenes

2.2.-Concepto doctrinal

2.3.-Concepto jurisprudencial

2.4.-Plagio y usurpación de la condición de autor

2.5.-Plagio, transformación, e interpretación y  
ejecución artística

3.-Criterios para la determinación del plagio

4.- Alcance de la tutelabilidad

5.-La averiguación del plagio

6.- Supuestos especiales

6.1.- Obra obscena. Obra ilícita

6.2.- El plagio de otra obra plagiada

6.3.- El plagio sobre obras idénticas

6.4.- El plagio directo sobre la misma obra

6.5.- El plagio inverso

6.6.- Las Cover Version y el plagio

## **VII.- OBJETO**

### **1.-Características que deben reunir las obras**

1.1.- Materialización por medios expresivos

1.2.- Originalidad

1.3.- Formas de manifestación

1.3.1.- Medios expresivos protegibles

1.3.1.1.- Concepto de obra

1.3.1.2.- Obras novísimas. Medios expresivos electrónicos e informáticos

1.3.1.2.1.- Vídeo

1.3.1.2.2.- Programa, soporte y obra creada por ordenador

## **VIII.- SUJETO PASIVO**

1.-Consideraciones generales. Su regulación legislativa

2.- Autoría de la obra en colaboración, compuesta y colectiva

3.- Autor asalariado

4.- El autor de los informes forenses

5.- La obra cinematográfica. Su autoría

5.1.- Análisis de la aportación creativa en la obra cinematográfica

5.2.- Naturaleza de los aportes creativos en las obras cinematográficas

5.3.- Los sujetos titulares del derecho de explotación de las obras cinematográficas

6.- El autor de la obra insertada en las publicaciones periódicas

7.- La comunidad

8.-Los otros titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual

9.-Los cesionarios

10.-Toma de posición: Las consecuencias

## **IX.- AUSENCIA DE TIPO DE INJUSTO**

1.- El derecho de cita

2.- La parodia

3.- La copia privada

3.1.-Publicación y copia privada

3.2.-Copia no lucrativa

3.3.-Uso privado o personal

4.- El consentimiento del autor

## **X.- AUTORIA. RESPONSABILIDAD EN CASCADA. AUTOPLAGIO**

1.- Autoría.- Responsabilidad en cascada

1.1.- Artículos 12 y 14 CP

1.2.- Artículos 13 y 15 CP

1.2.1.-Posición tradicional

1.2.2.-Posición de Vives

1.3.- Artículo 45 LPI

1.4.- El título V del Libro IV de la LECRIM

1.5.-La autoría en la nueva LPI

2.- Autoplagio

2.1.- Del autor

2.2.- Del coautor

## **XI.- CULPABILIDAD**

### **A)Reforma del '63**

#### **1.- El término " intencionadamente"**

- 1.1.- Elemento subjetivo
- 1.2.- Culpabilidad dolosa
- 1.3.- Doble función del dolo
- 1.4.- Toma de posición

### **B)Reforma del '87**

#### **1.- Dolo directo de primer grado**

- 1.1.- Clases de intención
- 1.2.- Clases de voluntad
- 1.3.- Posición de Gimbernat

#### **2.- Intención y dolo**

#### **3.- Voluntad e intención**

- 3.1.- Sus consecuencias

#### **4.- Intención según la jurisprudencia**

#### **5.- El error**

#### **6.- La presunción de la inscripción registral**

## **XII.- FORMAS DE APARICION**

### **1.- Iter Criminis**

- 1.1.- La consumación

1.2.- Formas imperfectas

2.- Concurso de delitos

### **XIII.- PENALIDAD**

1.- Antecedentes Histórico - Legislativos

2.- La penalidad del artículo 534.1

2.1.- Las sanciones del RPI

2.2.- Las sanciones de la LPI de 1.879

2.2.1.-Cuestiones Preliminares

2.2.2.- Leyes especiales

2.2.3.- Naturaleza de las sanciones

2.2.3.1.- Administrativa

2.2.3.2.- Penal

2.2.4.- El inciso independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales (arts. 25 y 46 LPI)

2.2.4.1.- Comiso

2.2.4.2.-Responsabilidad Civil

2.2.4.3.- Leyes Especiales y CP

2.2.5.-Las agravantes

2.2.5.1.- Art. 48 LPI

2.2.5.2.-Último párrafo del art. 534

3.-La penalidad de la reforma de '87

3.1.-Cuestiones preliminares

3.2.-Las penas

3.3.-Las medidas: Preventivas/ Cautelares/  
Publicación Sentencia

## **I.- A MODO DE INTRODUCCIÓN: NECESIDAD DE ANÁLISIS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.-**

La Propiedad Intelectual ha despertado ansias en aspectos jurídicos, sociales, culturales y morales (hasta su denominación es harto discutida); ello convirtió en pacífica la opinión de la rabiosa necesidad de reforma de la actual Ley de Propiedad Intelectual de 10 de ENERO de 1879, a la que se le reconocían méritos importantes como la de ser precursora en la protección de los derechos de autor adelantándose a muchos países por su temprana aparición como texto positivo, y por la amplitud y abanico de protecciones que dispensaba.

Esta opinión generalizada entendía que la Ley era arcaica y "que, para estar en consonancia con las técnicas de reciente aparición y el régimen universal de protección de las obras intelectuales, la Ley española requiere una radical reforma"<sup>1</sup>, porque "el legislador de entonces no podía prever, las profundas transformaciones sobrevenidas y más en particular, las consecuencias del desarrollo de los medios de difusión de las obras de creación que han permitido, por primera vez en la historia, el acceso de la mayoría de los ciudadanos a la cultura, pero que, paralelamente, han facilitado nuevas modalidades de

---

<sup>1</sup> Miserachs Sala, Pablo, Acotaciones Históricas a la Reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, Revista La Ley, Año VI, Núm. 1174.

defraudación de los derechos de propiedad intelectual"<sup>2</sup>.

No parece que las referidas críticas fueran bastante para determinar la necesidad de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, pues si bien es cierto que el *corpus mechanicum* puede en su variación constante escapar a la protección de las obras que en él se contienen, de tal manera que el soporte al quedar ajeno, ajene consigo a su contenido, y queden de esta forma desprotegidos los derechos de autor, la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879 había prevenido con carácter de pronóstico tal eventualidad al establecer en su artículo 1, que: "La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta Ley, las obras científicas, literarias o artísticas QUE PUEDAN DARSE A LA LUZ POR CUALQUIER MEDIO" .

Por otra parte, la Ley de 1.879 estaba complementada por los diversos convenios internacionales que han sido oportunamente ratificados por España<sup>3</sup> y que son de aplicación directa en virtud del artículo 10.2 en relación con el artículo 53.1 de la C.E.; convenios que venían a suplir las evidentes deficiencias de la Ley y que garantizan la efectiva protección de los derechos de autor, no sólo en el país firmante sino que se extiende también a todos los unionistas haciendo así posible el amparo internacional del autor. También los conflictos normativos originados por la necesaria adecuación de la protección real de los derechos de autor, fundamentalmente en el ámbito penal, habían quedado resueltos mediante el mecanismo interpretativo jurisprudencial que supuso, en algunos casos,

---

<sup>2</sup> Preámbulo de la Ley de Propiedad Intelectual de 22/1.987, de 11 de Noviembre.

<sup>3</sup> Unión de Berna para la protección de los derechos de las obras literarias y artísticas (1.886); la Convención Universal de Ginebra sobre el derecho de autor (1.952), y el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (1.971)

expresa derogación de los límites caducos de la Ley que habían impedido una verdadera protección al autor; en ese sentido, la sentencia del TS. Sala 2ª de 14 de Febrero de 1986, declaraba: "... todo lo cual lleva a la conclusión de que la inscripción registral no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo del derecho ..., sintonizando con lo recogido en los Convenios Internacionales, que recogen la aspiración generalizada de otorgar protección sin la exigencia de requisito alguno registral".

Si como indicábamos únicamente fuera criticable la Ley por los motivos dichos, su anacronismo se convertiría en nostalgia, pero lo cierto es que contiene graves deficiencias que suponen una nula protección de los derechos de autor, y que a modo de ejemplo podemos señalar: - La no inclusión del derecho moral, y su declaración de inalienable e imprescriptible.- La falta de regulación del contrato de edición.- La prohibición de transmisión de determinados derechos (cesiones ilimitadas en el tiempo, transmisión de todos los derechos sobre obras futuras, etc.).

De otra parte existía la necesidad urgente de una nueva Ley de Propiedad Intelectual, que aglutinara la dispersa y enmarañada legislación existente, con observación de los derechos de autor en su sentido más profundo otorgándoles la calidad de derecho fundamental, aunque bien es cierto que la desprotección que hasta el momento se ha sufrido lo ha sido también, en gran parte, debido a la vacilante y timorata jurisprudencia que debiera haberse mostrado más sensible hacia los derechos de los autores, limitando o prohibiendo determinadas prácticas mediante su nulidad, y ampliando la protección con declaraciones interpretativas al paso que efectuaba críticas al legislador urgiéndole a una revisión de la Ley (Sala 2ª TS de 14 de Febrero de 1986).

En conclusión, puede señalarse el carácter asistemático y fragmentario



de la Ley de 1879, que unido a la falta de valoración doctrinal del derecho moral, y el acusado sello proteccionista de la obra escrita o gráfica, obligaba a una profunda reforma de la misma dirigida a preservar los derechos de los sujetos creadores, en su rica combinación de ideas e imaginación plasmadas en cualquier soporte objetivable, que no haría sino garantizar el libre pensamiento, la libre difusión de éstos y en definitiva, la libertad creadora y de expresión.

Para la consecución de estos propósitos se han mantenido posturas de todo orden, desde las puramente formales como el abandono de la denominación de la Ley (Propiedad Intelectual por derecho de autor), o la creación administrativa de órganos encargados de tutelar los derechos de autor, hasta cuestiones de fondo basadas fundamentalmente en la clarificación del derecho moral, el establecimiento de diferencias entre el derecho de autor y derechos conexos, la regulación puramente patrimonial o de explotación de la obra, así como adecuar la protección a los novísimos soportes de creación, y sobre todo la adaptación al cambio cuantitativo y cualitativo operado en la creación intelectual (fundamentalmente la artística), que ha supuesto el desplazamiento de la imprenta en favor de las comunicaciones electrónicas ( de la galaxia de Guttemberg a la de Marconi, según expresión acuñada por Lacruz Berdejo). Si bien todo ello escapa aparentemente al contenido del presente estudio, como luego veremos, la creación intelectual desde el aspecto de su protección penal es necesario considerarla un todo, que alcanza a órdenes a veces ajenos a la propia Ley Especial, que también en este ámbito requiere una nueva formulación, que dependerá del concepto de creación, de la naturaleza de ésta y de los elementos normativos que se adopten en la formulación del precepto penal sancionador.

Este sentimiento generalizado a que hacíamos referencia impulsó

diferentes iniciativas legislativas<sup>4</sup> en orden a la aparición de un nuevo texto legal, cuyo precedente más antiguo se encuentra localizado en el proyecto que por indicación de la asociación de la Librería Española se redactó regulando el contrato de edición, el derecho de la editora de fijar precio de venta, declarando el registro obligatorio, y salvando la penalidad de la exigencia de ese requisito.

En 1928 hubo un segundo proyecto promovido por la Conferencia Nacional del Libro de 1927, que como notas más destacadas incluía el señalar como marca el título de una obra, y reformaba el procedimiento de inscripción de las obras. Seis años después se llegó a publicar en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, un proyecto que reglamentaba la fotografía, el gramófono, y otros medios novedosos de difusión, así como regulaba específicamente el contrato de edición y recogía por primera vez expresamente el llamado "droit de suite". Desde esta fecha hasta 1958 se nombraron distintas comisiones por el Ministerio de Educación Nacional, y en ese tiempo el Instituto Nacional del Libro Español (INLE) elaboró dos proyectos, uno en 1945 y otro de 1956. En 1963 aparece un nuevo anteproyecto del Ministerio de Información y Turismo y se nombra en 1966 una nueva comisión, otra en 1979, que redacta finalmente en Octubre de 1984 un nuevo borrador en sustitución del proyecto de Pio Cabanillas de 1981. Posteriormente, en noviembre de 1.985, se elabora otro anteproyecto que en Febrero de 1.986 toma cuerpo de proyecto, que desemboca en la actual Ley de Propiedad Intelectual de 1.987.

Como pone de manifiesto Bercovitz la Ley de Propiedad Intelectual y la correspondiente modificación del Código Penal no son textos legales

---

<sup>4</sup> Miserachs Sala, Pablo, Acotaciones históricas a la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, Revista La Ley, Año VI, Nùm. 1174.

improvisados. Obedecen a una clara preocupación social por la protección de la creación intelectual, y a un importante esfuerzo institucional.<sup>5</sup>

Un estudio sobre los aspectos penales del derecho de autor, no puede abordarse sin tener presente a la propiedad intelectual como un todo<sup>6</sup>. No sólo porque lo impone la unidad del sistema jurídico, sino porque tradicionalmente el tipo penal ha sido una norma penal en blanco. El auxilio de la Ley Especial era más que un requisito una imposición. La situación no ha variado con la nueva regulación de la serie bis del art. 534. La LPI sigue siendo una fuente muy valiosa, aunque de menor radio, para delimitar el alcance de las conductas típicas, y para identificar los elementos del tipo de injusto.

Estas consideraciones aconsejaban analizar los derechos de autor desde diversas vertientes partiendo de la naturaleza jurídica de la institución, cuyo conocimiento se inicia con la nomenclatura que le otorguemos. No obstante, la naturaleza jurídica no necesariamente es tan determinante como pudiera parecer,

---

<sup>5</sup> Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. Presentación de los Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, 1.989. Menciona como trabajos previos los desarrollados por el Senado (Comisión de Educación, de Universidades, Investigación y Cultura durante los años 1.984 y 1.985); y la Ley reguladora de los derechos de autor y derechos conexos del Colegio de Abogados de Barcelona (1.985). Este esfuerzo no ha sido el mismo en lo que respecta a la reforma penal del art. 534. Los debates parlamentarios han sido tortuosos y poco clarificantes (Carmona, Arroyo/García Rivas).

<sup>6</sup> Vega Vega, Derecho de autor, Tecnos, 1.990. El autor ha desarrollado una monografía de conjunto, esto es, analizando los derechos de autor en su vertiente civil, administrativa, penal e internacional (los Comentarios de Bercovitz, también se encuentran en la misma línea aunque con primacía del aspecto civil). A pesar de estimar imprescindible el estudio del derecho de autor en su globalidad, las limitaciones de este estudio a los aspectos penales de su protección, obliga a analizar, eso sí con generosidad, sólo lo relacionado con lo relevante penal. En cualquier caso, como se podrá observar, salvo algunos aspectos marginales, de una u otra forma se recorren prácticamente todas las sendas.

dada la autonomía de que goza el derecho penal para la concreción de los supuestos y la elección de los valores a proteger.

Teniendo todo ello presente, era preciso explicar los diversos derechos o facultades pertenecientes al autor, y luego determinar cuándo su lesión tenía relevancia penal. Dado que se disponía de una doctrina aislada y parca sobre la legislación derogada (Ley de Propiedad Intelectual/Código Penal), pero cuya proximidad ofrecía un alto valor interpretativo, el estudio de la materia parecía conveniente ensamblarlo entre la inmediatamente anterior y actual hasta donde ello era posible. En algunos apartados la dualidad era oportuna, y en otros la unidad, bien porque era materia común, bien porque facilitaba el entendimiento del tema estudiado. En estos últimos, a su vez se ha utilizado un doble método: acudir a la **absorción**, u optar por la **inclusión** en la forma de "antecedentes". Se gana de este modo en concreción y en sistemática, pues las partes "comunes" pueden leerse tanto en referencia a una como a otra legislación, y las "incluidas", por su ubicación, facilitan su inteligencia: se complementan e interfieren ayudando a las labores interpretativas.

El resultado no es exactamente un estudio comparativo entre la regulación derogada y la vigente. La legislación actual en muchos aspectos muestra una natural continuidad, y los "grandes temas" siguen siendo objeto de fuertes discrepancias. En este sentido la doctrina se presenta decididamente invariable. La sistemática adoptada, pues, no es sino reflejo de las zonas problemáticas abordadas ya de antiguo por los estudiosos de la creación intelectual, si bien acompañada con la estructura objetivista del delito.

En algún lugar de este estudio se dice que el derecho de autor apenas si está iniciando la delimitación de su estructura. Su progresiva espiritualización provoca convulsivos cambios en su hermeneútica, que ayuda a cambios

legislativos más enraizados con "el momento creativo", que con la obra creada. Esto, por otra parte, trae como consecuencia una disparidad tan enorme entre los diferentes investigadores sobre la clase delito ( a modo de ejemplo: de peligro abstracto/lesión - mera actividad/resultado), bien jurídico, exclusión de injusto:atipicidad/justificación, culpabilidad, autoría y participación, etc., que en otros delitos haría dudar sobre el cientifismo de las opiniones sustentadas.

A lo más que se puede aspirar en estos casos es a preservar una férrea coherencia, ofreciendo soluciones interpretativas acordes con la naturaleza del derecho, según la opinión que se mantendrá del derecho de autor como derecho subjetivo unitario, pero teniendo presente, como ya se ha resaltado que el legislador penal puede otorgar una protección a unos aspectos en defecto de otros, o hacer cargar la protección con desigual intensidad sobre alguna de las facultades. En cualquier caso, todas las facultades con mayor o menor borrosidad se encuentran presentes en la lesión del derecho de autor.

Finalmente, la materia es tan extensa que resulta inagotable, no se agota y agota. No se renuncia a su estudio completo, pero sí se ha de ser consciente en todo momento que la empresa tiene como objetivo el estudio de "aspectos" penales de la protección del derecho de autor.

## II.- ACOTACIONES HISTORICAS, SOCIALES, CULTURALES Y LEGISLATIVAS

### 1.- En Roma.

El derecho romano no llegó a contemplar en la obra creada una entidad separable de su soporte físico, debido a la doble circunstancia del carácter materialista de este derecho en la protección centrada en el medio de reproducción más que en la obra misma. El intelecto sólo estaba adscrito al hombre libre a quien dignifica y honorifica, de tal manera que el trabajo intelectual produce repugnancia, porque el pensador, el poeta, y el artista se siente pagado por la fama, y al ceder el manuscrito no reserva ningún derecho, y sin embargo, en aquella época ya se consideraba ilícita la usurpación de la paternidad, la publicación contra su consentimiento y el plagio, según se deduce de textos de Virgilio, Marcial y Quintiliano, en los que López Quiroga <sup>7</sup> ha creído ver la existencia del derecho moral del autor. Lo evidente es "la confusión entre el derecho del corpus mechanicum y la creación intelectual incorporada a él. Al carecer esta última de un régimen jurídico específico quedaba sujeta al régimen común de las cosas corporales de naturaleza mueble (en lo que respecta al autor

---

<sup>7</sup> López Quiroga, Julio, La Propiedad Intelectual en España, Madrid, 1.918, pág. 3. Señala este autor que " conocemos el célebre sic vos non vobis de Virgilio y los no menos célebres textos de Marcial y Quintiliano, con que flagelaban a plagiarios y usurpadores; lo que demuestra que ya los autores en la antigüedad "sentían" algo que pudiéramos calificar de su derecho"

sólo se consideró la tutela de la reputación y de la paternidad) <sup>8</sup> . Las limitaciones cuando existían derivaban de una cierta preeminencia de la comunidad por el ingreso de la obra del ingenio de relieve, en el acervo cultural de un pueblo determinado" <sup>9</sup> .

## **2.- Concepción medieval.**

En un principio el autor sigue en la misma situación, se mantiene el sistema de copia, que se hace si cabe más restringido con el cristianismo, hasta el punto de que "muchos libros de esta época no llevan el nombre de su autor, y es que también renunciaban a esta gloria al realizar el voto de humildad (y de pobreza)"<sup>10</sup>. El ejemplar se reduce a un ente físico y su copia es un fin en sí mismo, no pudiéndose impedir que el poseedor de uno de esos ejemplares copiados lo reproduzca a su vez <sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Ascarelli, Tulio, Teoria de la concorrenza dei beni inamateriali, Milán, 1.956, pág. 684.

<sup>9</sup> Alvarez Romero, Carlos Jesús, Significado de la publicación, Madrid, 1.969, pág.13

<sup>10</sup> Danvila y Collado, Manuel, La Propiedad Intelectual, Madrid, 1.882, pág. 42.

<sup>11</sup> Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, El Código Penal de 1.870, concordado y comentado, Tomo VII, Salamanca 1897, págs. 240-285. Para este autor: ¿"Quien (puede) desconoce(r) los grandes servicios hechos a la causa de la civilización durante la Edad-Media por las órdenes monásticas, sobre todo por los monjes Benedictinos, en cuyos monasterios los restos del saber antiguo hallaron asilo, saliendo multiplicados en hermosos é ilustrados códices que son hoy admiración de doctos, artistas y curiosos en las bibliotecas de Europa?" .

## 2.1.- De los privilegios.

La imprenta se convierte enseguida en un medio difusor de ideas, pensamientos y obras literarias, y lo valioso ya no va a ser el libro considerado físicamente, como una pieza en que constan unos signos determinados, sino los pensamientos, las concepciones, las creaciones literarias, intelectuales, filosóficas o científicas que en este libro aparecen plasmadas <sup>12</sup>.

El privilegio no es tanto, la obra intelectual, como la obra impresa por lo que contiene, prohibiendo la reimpresión, que alcanza a todo aquél que no posea la autorización del privilegiado.

Se indica como primer antecedente del privilegio el otorgado por el Senado de Venecia el tipógrafo Aldo Mauricio para la edición de Aristóteles. En 1469 la República de San Marcos otorga al librero Giovanni de Spira el privilegio de edición, que implica en este caso el monopolio de toda la industria durante cinco años<sup>13</sup>.

"Lo que se concede con el privilegio no es un derecho de propiedad intelectual, sino el derecho de explotación económica de la obra, mediante la publicación y venta de los ejemplares multiplicados por su impresión. La ausencia

---

<sup>12</sup> Baylos Corroza, Hermenegildo, Tratado de Derecho Industrial, (Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal), Ed. Civitas, Madrid, 1.978, pág. 135.

<sup>13</sup> Pérez Cuesta, Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor, Revista de Derecho Privado, 1.981, pág. 334. El privilegio pasó a su hermano Vindelino, que en 1.471 publicó por primera vez una Biblia traducida al italiano. Privilegios parecidos obtuvieron, por esos años, en Roma, Nicola Jenson, que fue creado (sic) Conde Palatino en 1475 por el Papa Sixto IV por sus méritos editoriales, y Daniel Barbao y Aldo Mauzio en los últimos años del siglo XV.



del derecho de propiedad intelectual se advierte con mayor claridad si se tiene en cuenta que los privilegios se establecían generalmente a favor de los editores" <sup>14</sup>.

Es en esta época cuando surge una nueva categoría de profesionales, la de los impresores y libreros, que para la mejor defensa de sus intereses se organizan bajo formas de tipo gremial. Esta organización aparece para garantizar la rentabilidad de la industria editorial en su conjunto, lo que favorece un derecho patrimonial a favor del autor producto de los vaivenes del mercado que ante un impulso de la demanda se genera una oferta que facilita la retribución del autor.

Como quiera que los objetivos del sistema de privilegios son favorecer la producción de libros y facilitar la censura en unos momentos de auge de la Reforma<sup>15</sup>, al Estado le es indiferente la duración de los mismos, pues el objetivo de rentabilidad y control lo obtiene de igual modo, pero en evitación de la figura odiosa del monopolio concede el privilegio con duración determinada, que suele ser de carácter reducido.

Posteriormente se conceden los privilegios a los propios autores, o bajo su autorización ( *Rerum Venetiarum* libro XXIII di Sabellico -1.486-; *Phoenix* di

---

<sup>14</sup> Alvarez Romero, op. cit, pág. 16.

<sup>15</sup> Forns, José, *Derecho de Propiedad Intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura*, Anuario de Derecho Civil, 1951, pág. 989; señala que por encima de los beneficios que para el interés colectivo representase la difusión del saber, preocuparon los efectos que sobre el nuevo y dilatado contingente de lectores pudiera producir el contacto con ideas para cuya comprensión no les juzgaban lo suficientemente preparados. Por eso las primeras manifestaciones legales fueron normas de censura que soberanos e Iglesia establecieron en forma de licencias previas y obligatorias para toda publicación, a fin de garantizarse de que las obras impresas no ofrecían con su propugnación el peligro de socavar los principios en que la autoridad seglar y religiosa descansaban.

Pietro da Ravenna- 1.492; verdaderos antecedentes del derecho de autor)<sup>16</sup>.

### 3.- De lo legislativo.-

El Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra, "Act of 8 Anna c. 19", de 10 de Abril de 1710, es el primer documento legislativo<sup>17</sup>, mediante el que se produce una inversión con respecto al estado anterior: el titular del monopolio será el autor, quien lo cederá al editor; también establece plazos en beneficio exclusivo del autor, y distingue entre obra inédita y obra publicada, pues dos son las finalidades del Estado:

- la preocupación económica por el autor y por sus familiares, y
- el fomento de la ciencia y de los conocimientos de la cultura.

La protección se dispensa a través del copyright, que se establece en 1734 por 14 años <sup>18</sup>. En EEUU, a través del Act. de 1790<sup>19</sup>.

Se inicia desde aquí, hacia Europa una corriente legislativa que se concreta en la Ley de 1793 en Francia que declara el derecho de los autores a toda clase

---

<sup>16</sup> Ascarelli, op. cit., pág. 685.

<sup>17</sup> Los antecedentes a esta Ley pueden verse en Pérez Cuesta, op. cit., pág. 336 y 337.

<sup>18</sup> Un extenso y detallado estudio sobre el Estatuto Ana y los Copyright Act puede verse en Forns, José, op. cit., págs. 991 a 998.

<sup>19</sup> Ascarelli, op. cit., pág. 686. Señala que con esta ley sobre el derecho de autor sólo se protegía la reproducción de libros, cartas, planos de residentes en Estados Unidos con obligación de depósito de la obra para adquirir el derecho.

de obras a reproducirlas, y en sus artículos 4 y 5 establece la confiscación, y una multa en beneficio del autor equivalente al precio de 500 a 3000 ejemplares de la obra original<sup>20</sup>.

En Alemania, también en 1793, se regula el contrato de edición y se concede la protección al autor a través del derecho del editor, a quien se ha cedido la obra.

En Italia, la Ley de la República Cisalpina de 1801, que declara que las producciones de la inteligencia son la más preciosa de las propiedades y comprende toda clase de obras literarias y artísticas.

#### **4.- En España.**

En el año de 1474 se publicó el primer libro titulado "Trove en lahors de la Verge Maria", obra editada en Valencia <sup>21</sup>. Sin embargo, la primera disposición relativa a la impresión de libros que aparece en España es la pragmática de los Reyes Católicos, dada en Toledo en 1480<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Antes del Decreto de 13 de Enero de 1793, que por cierto tenía como objeto de regulación la libertad de los teatros públicos, el derecho de autor en Francia arranca de las decisiones acordadas del Consejo del Rey de 1777, según señala Pérez Cuesta, op. cit., pág. 335.

<sup>21</sup> Baylos, op. cit, pág. 143.

<sup>22</sup> Ley I<sup>o</sup>, tít. 15, lib. 8<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación que dispone que no se pague derecho alguno por la introducción de libros extranjeros en nuestros reinos.

Y la necesidad de obtener una licencia para la impresión de libros la determina la pragmática de 8-7-1502 <sup>23</sup>, que tiene como finalidad, controlar las obras que sean apócrifas y supersticiosas y reprobadas y cosas vanas. También pretende el control de precios.

Entre los privilegios más antiguos, es de citar el de Juan Ramírez Escribano en 1503 del Consejo del Reino para la impresión de las pragmáticas que se otorga por 5 años y que consiste en que "ningún otro sin su poder lo puede imprimir en el reino ni fuera de él, ni venderlo, so pena de 50.000 maravedies, la mitad para la cámara y la otra mitad para el dicho Juan Ramírez, y de perder lo que o viene imprymido o toviere para vender con otro tanto para el dicho Juan Ramírez".

Ha de distinguirse en este sistema entre la facultad o licencia que es preciso obtener para imprimir libros (institución que obedece a la finalidad de llevar a cabo un control de los precios y una censura del contenido de la obra) y el privilegio propiamente dicho, que suele aparecer añadido en forma de declaración, de que queda prohibida su reimpresión no autorizada.

Carlos I y su hijo el príncipe Felipe dieron en 1554 las reglas que había de observar el Consejo sobre licencias para imprimir nuevos libros, dado que se habían impreso libros inútiles y cosas de poco provecho (Ley 2ª, tít. 16, lib, 8º

---

<sup>23</sup> Ley Iª, tít. 16, lib. 8º de la Novísima Recopilación; la licencia debían concederla los presidentes de las Audiencias en Valladolid y Granada, y en Toledo, Sevilla, Burgos, Salamanca y Zamora, los Arzobispos de estas ciudades, bajo pena de ser quemados los libros, y multa que se dividiría en tres partes: una para el denunciador, otra para el Juez y una tercera para el Fisco Real.

de la Novísima Recopilación)<sup>24</sup>.

El 7 de Septiembre de 1555, se concede el primer privilegio al autor directamente en la persona de Gregorio López, del Consejo de Indias, en la primera edición de su glosa a las Siete Partidas <sup>25</sup>.

Durante el reinado de Carlos III se transforman los privilegios por Real Orden de 20 de Octubre de 1.764 y se reconocen exclusivamente a los autores, se hacen transmisibles y caducan si no se solicita su prórroga; de solicitarla, la propiedad intelectual es perpetua <sup>26 27</sup>.

---

<sup>24</sup> De Ansorena, Luis, Tratado de la Propiedad Intelectual en España, Sáenz de Jubera Hermanos Editores, Madrid, págs. 13 y ss.. Se suceden diversas pragmáticas- sanciones sobre libros prohibidos por el Santo Oficio de la Inquisición (1.558); sobre prohibición de imprimir o introducir en el Reino, misales, diurnales, pontificales, breviarios, sin obtener licencia Real (1.569); tasación del precio de las Cartillas para enseñar porque los hijos de pobres, como son niños, rompen muchas cartillas; obligatoriedad de envío de un ejemplar de cada obra para que fueron tasados antes de ponerse a la venta ( 1.598) (Ley 6<sup>a</sup> del tít. 16, lib. 8<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación, que en sus leyes 7<sup>a</sup> a 15<sup>a</sup> regula toda la materia sobre impresión y su licencia).

<sup>25</sup> Baylos,op. cit., pág. 143.

<sup>26</sup> Con antelación, por Real Orden de 14 de Noviembre de 1.762, Carlos III abolió la tasa, disponiendo la venta de libros con absoluta libertad, a excepción de varios libros cristianos

<sup>27</sup> Aclaratoria de la Real Orden de 20-10-1764, fue la de 14 de Junio y cédula del Consejo de 5 de Julio de 1778. Entremedias se dictó la cédula del Consejo de 8 de Junio de 1769 y la de 20 de Abril de 1.773. Se suceden otras disposiciones, Real Orden de 21 de Junio y cédula de 1 de Julio de 1.784, sobre prohibición de venta de libros extranjeros sin licencia; las Reales Ordenes de 1 de Mayo y 28 de Junio de 1.785 regulando las versiones literales y parafrásticas de oficio de la Iglesia; La Real Orden de 29 de Noviembre de 1.785 ordena a los jueces la más rigurosa justicia en esta materia; Reales Ordenes de 19 de Diciembre de 1.761, y 31 de Marzo de 1.793, regulan cuestiones menores; el Decreto de 11 de Abril, inserto en la cédula del Consejo de 3 de Mayo de 1,805,

Por decreto de 10-6-1813<sup>28</sup> <sup>29</sup> y 4-1-1834 s<sup>30</sup> (Reglamento de imprentas) se estableció la propiedad intelectual con carácter exclusivo durante la vida del autor, siendo transmisible a los herederos por término de 10 años.

El 10 de julio de 1847 <sup>31</sup> se promulgó la Ley de Propiedad Literaria, que

---

creó un sólo Juez de imprenta; por Real Orden de 19 de Mayo de 1.785 y por Real resolución de 2 de Octubre de 1.788 se regula la censura previa de los periódicos. y se regla la publicación de los mismos . De Ansorena, Luis, Idem. págs. 16 y ss.

<sup>28</sup> Disponía este Decreto: Siendo los escritos una propiedad de su autor, éste sólo, o quien tuviere su permiso, podrá imprimirlos durante la vida de aquél cuantas veces le conviniere, y no otro, ni aún con pretexto de notas o adiciones. Muerto el autor, el derecho exclusivo de reimprimir la obra pasará a sus herederos por el espacio de diez años, contados desde el fallecimiento de aquél. Pero si al tiempo de la muerte del autor no hubiere salido aún a luz su obra, los diez años concedidos á los herederos se empezarán á contar desde la fecha de la primera edición que hicieren. Cuando el autor de una obra fuere un Cuerpo colegiado, conservará la propiedad de ella por el término de cuarenta años, contados desde la fecha de la primera edición. Pasado el término indicado, los impresos pasarán a ser propiedad común.

<sup>29</sup> El 10 de Noviembre se había declarado la libertad política que duró hasta el 4 de Mayo de 1.814, que Fernando VII declaró nula la Constitución. Por Circular de del Consejo Real de Junio de 1.817 renovó la publicación de las leyes penales en cuanto a la propiedad de los autores sobre sus obras. En 5 de Agosto de 1.823 - en el segundo período constitucional que comprendió desde el 7-3-1820 hasta el 1 de Octubre de 1.823- las Cortes Constitucionales declararon la propiedad intelectual de la misma naturaleza que la común (perpetua), declaración que se anuló el 1 de Octubre de ese año tras la nulidad, nuevamente, ordenada por Fernando VII.

<sup>30</sup> Con posterioridad se promulgaron la Real Orden de 1.836 sobre esculturas; La Real de Orden de 3 de Mayo de 1,837 sobre la representación de obras dramáticas, que fue ampliada por la Real Orden de 4 de Marzo de 1.844.

<sup>31</sup> Otras disposiciones complementarias de la Ley de Propiedad Literaria fueron: La Real Orden de 1º de Julio de 1.847; Real Orden de 6 de Enero de 1.849; Real Orden de 22 de Marzo de 1.849; Real Orden de 22 de Marzo de

señaló plazos de protección más largos que los reconocidos en la legislación extranjera. Esta Ley se convirtió en 1879 en la actual Ley de Propiedad Intelectual.

---

1.850; Real Orden de 1 de Abril de 1.851; Real Orden de 31 de Enero de 1.853; Real Orden de 11 de Octubre de 1.853; Real Orden de 24 de Marzo de 1.866; Decreto de 4 de Septiembre de 1.869; y el art. 52 de la Ley de 18 de Junio de 1.870, que prohibía a la mujer publicar escritos ni obras científicas o literarias sin permiso del marido. Góngora, Francisco, Manual de la Propiedad Intelectual, 1.926, págs 2 y 3 de la Sección Primera. Legislación.

### III.- NOMEM IURIS.

La disputa en la denominación sobre la esencia derivada de la creación intelectual, ha sufrido distintos avatares aún no resueltos en la doctrina internacional, quien parece decantarse por "derecho de autor" según se desprende de los Convenios Internacionales ratificados por España, cuya tradición jurídica en este campo no ha dejado lugar a dudas sobre el "nomem".

En Francia se le denomina "propriété intellectuelle et droit d'auteur"; en Alemania, "Urheberrecht" o derecho de autor para designar el contenido patrimonial, personal y moral, y "geistiges Eigentum" o propiedad intelectual; en el mundo anglosajón, "copyright"; en Italia, "diritto d'autore". Es un autor de este país, Carnelutti, quien resume las denominaciones de la siguiente manera: "Este es un tipo de derecho que por su origen se llama derecho de autor, por su contenido derecho de exclusiva, por su objeto, derecho sobre la obra intelectual".

En España, el primer antecedente fue la Ley de Propiedad Literaria de 1847, y en 1879 se publicó la Ley de Propiedad Intelectual, manteniéndose hasta tal punto que la vigente Ley 22/1.987 de 11 de Noviembre sigue conservando idéntica formulación (Propiedad Intelectual), quizás por la evidente influencia napoleónica, aunque la cuestión queda zanjada por otros imperativos que vendrían a explicar el mantenimiento del concepto en la Ley actual<sup>32</sup>, cuales son, la

---

<sup>32</sup> Con parecidos argumentos se expresó el Grupo Socialista, Diario de Sesiones del Senado, sesión de 7 de Octubre de 1.987, Núm. 46, Pág. 1757



inclusión terminológica en la Constitución en su artículo 149.1<sup>33</sup>: "El Estado tiene competencia sobre las siguientes materias: 9. Legislación sobre propiedad intelectual e industrial".<sup>34</sup>

Ello obliga a legislar bajo el nomen iuris de propiedad intelectual, y aunque no impediría hacerlo bajo otra denominación, en este supuesto el Estado perdería la exclusividad sobre esta materia.

Un sector doctrinal defiende esta denominación, desde el plano positivo, siempre y cuando se entienda por propiedad intelectual el poder directo y exclusivo que el autor tiene sobre su obra, de tal modo que cabe extender dicho concepto sobre bienes inmateriales. A su vez, la función social de la propiedad obtiene su máxima expresión en la propiedad intelectual.<sup>35</sup> Y desde el plano

---

<sup>33</sup> Como señala Díaz y García Conlledo, Miguel, Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido, pág. 812: en la legislación penal o no, se utilizan tanto la expresión derecho de autor como propiedad intelectual:

De propiedad intelectual hablan, además del art. 149.9 CE, la rúbrica del Capítulo III del Título IV del Libro II del CC. y el artículo 429 del citado texto legal, el mismo nombre de la LPI, las rúbricas de su libro II y del Título II de su Libro III y muchos de sus arts. y el art. 534 bis a) del CP.

A derecho/s de autor se refieren la rúbrica del Libro I de la LPI y varios arts. suyos (3, 11) y la rúbrica de la Sección 3ª del Capítulo IV del Título XIII del CP.

<sup>34</sup> Roldán Barbero, Horacio,. Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales, Revista de la Ley, 1.988-2, pág. 918. Se muestra contrario a estos argumentos, porque el art. 149.9 CE tiene una función limitada que no alcanza a determinar la esencia de un bien jurídico, y porque "el término propiedad, referido a los productos intelectuales, se tranfiguran en algo distinto a lo que dictan nuestras norma experienciales".

<sup>35</sup> Bondía Román, op. cit., págs. 156 y ss. Peña y Bernaldo de Quiros, Comentarios a los artículos 428 y 429 CC, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, Dirigidos por Albadalejo, Tomo V, Vol. 2º, Edersa,

negativo, porque la alternativa derechos de autor son sólo una parte de la propiedad intelectual, pero no toda ella, como lo acredita la vigente LPI que da acogida además a otros derechos, y en particular a los derechos de ejecutantes e intérpretes<sup>36</sup>. Además la nomenclatura derecho de autor "se referiría al sujeto del derecho omitiendo el objeto".<sup>37</sup>

No obstante, es ampliamente compartida la idea de que el nomen derecho de autor es más acorde con su naturaleza jurídica, en evitación de la confusión que puede originar el término propiedad equiparada a la común, y por tanto de significación puramente patrimonialista que, como luego veremos, quedan largamente distanciadas. Y también, porque es más definidor y amplio al poder abarcar la complejidad de la creación. Por otra parte, no es necesario una constante diferenciación entre *corpus mechanicum* y *mysticum*, al centrar su naturaleza en el derecho personal, que se constituye como proyección del sujeto, de la personalidad que crea.

Sin embargo es cierto, que resulta problemática la rúbrica de la Sección 3ª del Capítulo IV del Título XIII con el contenido del art. 534 bis a) y Ley de Propiedad Intelectual, hasta el punto que ha movido a que autores como Quintero Olivares/Gómez Benitez y Díaz García Conlledó, se inclinen por la denominación Derechos de autor y conexos. Y también es preocupante que el nomen derechos de autor se refiera al sujeto y no al objeto. Ante tal situación se ha pretendido

---

Madrid, 1.985.

<sup>36</sup> Díaz y García Conlledó, op. cit. pág. 813. En este sentido se expresan Carmona Salgado, Quintero/Benitez, Morillas, CFGE 2/1.989

<sup>37</sup> Bondía Román, op. cit., pág. 157. Corresponde a una cita de Satanowky, I, Derechos intelectuales, Vol I, pag. 56, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1.954.

otorgar al término derecho de autor, un carácter neutro, pues, se dice, "no alude al contenido del derecho sino sólo al titular".<sup>38</sup>

Estas críticas son consecuencia de operar en el derecho de autor trasladando la institución de los derechos reales; si así se hace estarían justificadas. Pero incluso por los que apoyan la titulación propiedad intelectual reconocen que no es un mero dominio, que es el resultado de un proceso creativo, y por ende, no cabe más remedio que tener como referencia permanente al autor. De otra parte, la denominación que se adoptase tenía indudable trascendencia en la regulación anterior del CP que era una norma en blanco. En la actualidad, sin embargo, las dificultades son de carácter menor, pues sea derecho de autor, sea propiedad intelectual, en la esfera penal, la taxatividad del art. 534 bis a) obliga referirse a los titulares de los derechos de propiedad intelectual, y éstos pueden, podrían ser, los derechos de autor<sup>39</sup>. Más adelante habremos de ocuparnos de esta cuestión.

La Ley del '87 dedica, y probablemente no de forma casual, su primer artículo al autor y el segundo a la propiedad.

La clave de la discusión, pues, se encuentra en que el concepto de propiedad intelectual se adscribe a la doctrina de la propiedad y el derecho de autor al de la personalidad, y por tanto, la aparente cuestión banal se convierte en esencial porque como luego veremos la naturaleza jurídica quedará determinada según la

---

<sup>38</sup> Díaz y García Conlledó, op. cit. pág. 816.

<sup>39</sup> Morillas Cueva, Lorenzo, Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal, Poder Judicial, nº Especial IX, págs. 421 a 424. Aunque para rechazarla, este autor, se ha referido a la denominación propiedad intelectual en sentido estricto, como equivalente a derechos de autor.

postura adoptada, y las consecuencias son radicalmente distintas.<sup>40</sup>

Sólo queda por apuntar, que la doctrina a la hora de elaborar una teoría congruente de todos los postulados de la creación intelectual ha indicado, desde intenciones distintas al nomen, el concepto de **derechos intelectuales**, más comprensivo aunque más abstracto, que pudiera ofrecer una denominación cercana a las restantes que no encontrarían graves dificultades en su aceptación para convertirse en universal, y por otra parte, se le otorgaría relevancia a aquello que configura la creación, el proceso creativo, unido por igual al sujeto y a la obra, sin perjuicio del mantenimiento de la naturaleza de las obras intelectuales.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Boix Reig, Javier, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 938. Señala que la polémica derecho de autor/propiedad intelectual ha creado tensiones entre lo individual y lo colectivo, entre la dimensión falsaria o fraudulenta de la conducta, entre la dimensión moral o patrimonial del derecho a proteger, y en fin en torno al auténtico alcance de la naturaleza del dicho derecho.

<sup>41</sup> Se han inclinado por esta nomenclatura, autores como Picard, Mouchet y Radaelli, y Roldán Barbero.

#### **IV.- NATURALEZA JURIDICA**

Sin perjuicio de estudiar en su momento las diferencias entre propiedad intelectual y propiedad común, la característica quizás más esencial o al menos que mejor define o identifica a aquélla es un "**ius prohibendi**", apreciándose por Desantes: "**un minus**", el derecho intelectual no llega a ser una propiedad, porque se limita a garantizar la exclusiva de una cierta actividad en relación con la creación y no como en la propiedad común que la integra la totalidad de posibilidades de una cosa; y un "**plus**", pues el derecho desborda los límites del dominio, toda vez que llega incluso a impedir a los otros propietarios con sus propias cosas lo que decidan libremente, al prohibirse emplearlas en materializar la creación que ejemplarizan (pues el propietario del libro impreso no puede reproducirlo en otro ejemplar)<sup>42</sup>.

Esta exclusividad o efecto suspensivo de la concurrencia es una de las razones que obliga a limitar la duración del derecho de los autores; la otra, reside en el hecho de que la obra es la eclosión del espíritu a través de generaciones y de ella participa naturalmente la sociedad.

##### **1.- Teorías.-**

###### **1.1.- Teoría del derecho de propiedad.**

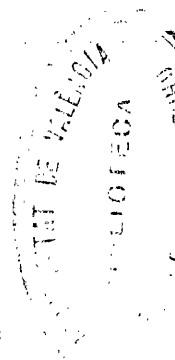
---

<sup>42</sup> Desantes, José Maria, La Relación contractual entre Autor y Editor, Ed. Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1.970.

Aparece como la consecuencia lógica a un planteamiento simple que aparentemente no ofrece fallas: sí aquello que produce el hombre le pertenece, y pertenencia indica dominio y señorío, por tanto, el fruto del pensamiento del hombre, al establecerse en un corpus mechanicum (propiedad) le pertenece (propietario).

THIERS llegó a decir: "la primera de mis propiedades soy yo, yo mismo", luego los frutos producidos por esa propiedad le deben pertenecer<sup>43</sup>

Con la Revolución Francesa, y el caldo de cultivo ideológico de la misma, se quiere dispensar una efectiva protección al autor y dotar de un mayor tecnicismo al simplismo con que se había operado hasta entonces en el concepto de derecho de propiedad, pero al mismo tiempo se teme caer en el intervencionismo y en el monopolio, y se declara que la propiedad es un derecho natural sin límite alguno, y se da libertad a la impresión de toda clase de obras. Sin embargo, el efecto que se produce es contrario al previsto, pues se origina una auténtica desprotección del autor y del editor, con lo que se hace una nueva formulación que consiste en la necesidad de respetar la propiedad del creador porque es uno de los derechos del hombre de origen natural, preexistente a toda ley, sagrado e inviolable <sup>44</sup>.



Es a partir de entonces cuando se hace necesario introducir matizaciones en

---

<sup>43</sup> Es, Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, Naturaleza Jurídica de los Derechos Intelectuales, Revista de Derecho Privado, Madrid 1949, pág. 748, quien recoge la cita de la obra de Thiers, De la Propriété, París 1.848, pág. 31. López Quiroga, op. cit., pág. 8, quien entiende que la obra intelectual constituye un valor porque puede ser cambiada, vendida y comprada, y en consecuencia "este valor, creado por el hombre, ha de pertenecer, ha de ser propiedad de alguien, y es indudable que debe ser del que lo crea".

<sup>44</sup> Baylos, op. cit., pág. 399 a 401.

la teoría por la oposición del concepto de dominio, y empieza a configurarse la propiedad como especial o "sui generis". Tan es así que en el proyecto de Código Civil de 1.882, aparece, "De algunas propiedades especiales", donde entre las de aguas y la minería aparece la literaria. La misma nomenclatura vuelve a aparecer en la Ley de Bases por la que se articula el vigente Código Civil <sup>45</sup>.

El Estado, a partir de esos momentos, cumple una función de tutela, otorgando a la institución de la propiedad un carácter híbrido, debido al interés público que despierta. Es justo el interés social lo que hace que pueda hablarse de un señorío dominical; dominio que justifica el principio de exclusión dimanante de la creación y que da sentido al concepto de monopolio que sólo puede explicarse desde la óptica de la propiedad.

Al mismo tiempo que se evolucionaba en la teoría de la propiedad, aparecían detractores que minaban sistemáticamente sus avances, desde las grandes formulaciones a las más refinadas y complejas teorizaciones, que pueden resumirse<sup>46</sup> de la siguiente manera:

a) Partiendo de la formulación del contenido de la propiedad en base a las ideas, se planteaba la dualidad consistente en que no publicadas impedía el nacimiento del derecho de propiedad como tal, y cuando se publicaban no se podían retener y se perdía su señorío.

b) Se entendía que nos encontrábamos ante un derecho de utilización económica y no ante un derecho de propiedad, al faltar elementos de ésta como

---

<sup>45</sup> López Quiroga, op. cit., pág. 13 y Espín Cánovas, Diego, Derecho Civil Español II, 3ª Edición, Madrid 1.968, pág 284.

<sup>46</sup> El resumen se extrae de Baylos, op. cit., págs. 409 a 416.

son el goce y disfrute.

c) Los derechos corporales se establecen para asegurar a sus titulares el goce privativo de esas cosas, mientras que los derechos de autor se establecen para prohibir a los terceros la explotación de la obra, añadiéndose que este " ius prohibendi " configura el monopolio como derecho exclusivo lo que le aleja del derecho de propiedad, donde se concurre libremente en el mercado económico en un estado de competencia.

d) Se produce una intervención de la administración que confiere titularidad formal para el disfrute del derecho.

e) Se es autor pero no propietario de una idea.

- La propiedad recae sobre una cosa individual, estos derechos se refieren a una categoría de cosas.
- La propiedad es perpetua, la creación limitada por plazos.
- No se aprecia el lado social de este derecho.

A pesar de estas notas diferenciadoras, y de que comúnmente es aceptada la teoría con múltiples matizaciones, lo cierto es que la teoría del derecho de propiedad reúne dos elementos esenciales, a saber:

a) La de tratarse de **poderes jurídicos** sobre un bien exterior.

b) La de incluir como un elemento fundamental la **relación de pertenencia** de la obra al que la ha creado.



## 1.2.- Teoría del derecho sobre bienes inmateriales.

Nace esta teoría a través de Kohler, habiéndole precedido Schopenhauer, y nace como reacción a la teoría del derecho de propiedad, por cuanto el dominio clásico se refiere a cosas materiales, y la obra del creador es de carácter inmaterial<sup>47</sup>, y por tanto de naturaleza distinta al derecho de propiedad, surgiendo de esta manera una nueva categoría, cual es, el derecho sobre bienes inmateriales (INMATERIALGÜTERRECHT).

Sin embargo, es paralelo el planteamiento al del derecho de propiedad al señalar este poderío jurídico sobre un bien externo y autónomo al autor. La diferencia se encuentra únicamente en la peculiaridad del objeto sobre el que recae, que en un primer momento se consideró como pura inmaterialidad al considerar que la creación intelectual no es un cuerpo físico, para después derivar al razonamiento de que el bien inmaterial se caracteriza por ser autónomo e inmaterial, en suma, por ser un ente espiritual<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Ascarelli, op. cit., pág. 317. Define al bien inmaterial como una creación intelectual que, perteneciendo a uno de los tipos de creaciones intelectuales, sea después tutelada en el ordenamiento jurídico considerado, tutela que a su vez se coordina con la constitución de la creación intelectual en un individualizado bien inmaterial a tenor de una especial normativa, diversa por los varios tipos de creaciones intelectuales tutelables.

<sup>48</sup> Baylos, op. cit., págs. 100 a 106. Acude este autor para explicar la delimitación ontológica del bien inmaterial a la teoría de las formas, pues "en toda creación han de distinguirse dos manifestaciones: **la forma externa** (äussere Form) y **la forma interna** (innere Form)... Forma externa de la obra será, aquella disposición concreta y determinada que ha atribuido el autor a los medios expresivos (palabras, trazos, colores cuerpos), que es lo que se nos manifiesta y podemos percibirla ya como un ente exterior a su creador. Pero esa forma externa presupone una trabazón íntima, una concepción ya organizada de todos los elementos que van a manifestarse en ella. Ese **núcleo esencial** sería su forma interna, (y por consiguiente) lo que constituye el objeto tutelado, es decir la obra misma, es la forma que resulta de tratar con los medios expresivos el contenido,

A pesar de que se ha querido ver en la concepción de Kohler el nacimiento de las tesis dualistas, el mismo Kohler no deja lugar a dudas en este punto, pues su teoría sólo se ocupa de los bienes inmateriales referidos al derecho patrimonial del autor al considerar que "le droit morale" o "individualrecht" es inherente al individuo, al derecho general de la personalidad, y que no corresponde al creador específicamente como autor<sup>49</sup>.

La mayor aportación de Kohler, no obstante, se encuentra en el estudio separado del objeto del derecho de los creadores. Por una parte, las "cosas" sobre las que recae la propiedad y por otra, las creaciones intelectuales que protege el derecho del autor. Las cosas son entes materiales sobre las que impera un señorío físico, a las que se oponen las obras intelectuales con su inmaterialidad que impide cualquier organización jurídica, pero unas y otras son entes autónomos sobre los que se refleja un poder jurídico, y por consiguiente el objeto jurídico es irreductible al sistema de cosas materiales.

Las críticas se han dejado sentir rápidamente, desde la doctrina francesa (Roguin, Roubier), italiana (Francheschelli, Casanova y Pugliati), así como desde la propia alemana, al coincidir en que la teoría sobre los bienes inmateriales

---

la que se proyecta en lo interior desde un núcleo íntimo (forma interna), y se manifiesta al exterior en una apariencia sensible determinada (forma externa).

<sup>49</sup> Ascarelli, op. cit., pág. 766. El derecho moral no constituye un autónomo derecho que encuentre su hecho constitutivo en la existencia de la obra del ingenio, debiendo por el contrario desembocar en una peculiar disciplina, en los límites de la obra del ingenio, del general derecho de paternidad de cada uno por las obras acabadas, pudiendo identificar el derecho de autor en sentido propio en el derecho patrimonial que puede considerarse como único, derivando la tutela moral en relación a cada obra del ingenio creada, pero del general derecho de personalidad por cada obra consumada.

carece de finura y profundidad de análisis, y que es una bella y simple construcción, pero formada de metáforas no siempre inocuas, y que no es más que una generalización verbal para expresar derechos parciales<sup>50</sup>.

Algardi denuncia la parcialidad de la construcción de la teoría de los bienes inmateriales al elevar a categoría única aquello que les distingue del resto de los bienes, cuando en realidad la diferencia radica en el mismo bien con aquellas peculiaridades que le hacen singular: "En la piedra preciosa, objeto del derecho no es la luz que distingue la piedra de la que es falsa, sino la piedra misma, aún cuando, privada de aquella luz, perdería su naturaleza por devenir piedra común".<sup>51</sup>

### 1.3.- Teoría del Monopolio .

El concepto de monopolio deviene del campo económico y consiste en que el

---

<sup>50</sup> Baylos, op. cit., pág. 424 a 428, recoge estas críticas, exponiendo los fundamentos esgrimidos por los diversos autores: Casanova, en concreto, insiste en lo perjudicial que resulta introducir en el derecho ideas filosóficas y niega además esa especie de cosificación del espíritu que se observa en la doctrina de los bienes inmateriales, pues el espíritu no es cosa, sino acto.

Roguin: "El derecho no puede regir una cosa inmaterial, pues el fenómeno puramente psíquico (el pensamiento, la idea) carece de relevancia. Cuando la tiene es porque se ha exteriorizado en una materia, lo que demuestra que el derecho no recae en modo alguno sobre cosas inmateriales. La teoría por otra parte no se ocupa de dar un concepto completo y determinado de bien inmaterial.

Para Francheschelli, la categoría de los bienes inmateriales, no es legislativa, no es dogmática (no se pueden obtener deductivamente reglas válidas), no es científica, y en definitiva no proporciona un concepto jurídicamente utilizable.

<sup>51</sup> Algardi, Zara, *Il plagio litterario e il carattere creativo dell'opera*, Milano 1.966, pág. 104

titular es el único que está facultado para vender una cosa, el único que tiene poder para ofrecer el bien que constituye el objeto del monopolio, y cuando se trata de monopolio legal, la facultad alcanza a la impedición de que se haga por cualquier otro una oferta de productos idénticos.

En consecuencia, su definición radica en la falta de un verdadero aspecto positivo, que para sus detractores es el lado negativo de la teoría ante la falta de determinación de un objeto de derecho, que en este caso es básicamente un *ius prohibendi*, y no verdaderos bienes sobre los que el titular ejerza señorío de ninguna clase.

Para Francheschelli<sup>52</sup> el contenido de este derecho es la facultad de excluir a otros de una actividad económica que se determina por su referencia a la creación intelectual; y que el objeto es esa misma actividad de la que los demás aparecen excluidos.

La obra intelectual, sin embargo, es algo más, pues su exclusividad radica sobre productos intelectuales, en efecto, " 18 paquetes de sal y cigarrillos constituyen 18 bienes económicos iguales y distintos; 18 copias de un libro constituyen 18 ejemplares distintos, pero una sola obra: distinta por su materialidad, mientras que la intelectualidad que la impregna es única. **Es idealmente único y materialmente múltiple**"<sup>53</sup> .

---

<sup>52</sup> Un detallado estudio de la posición de Francheschelli desarrollada en su *Trattato de Diritto Industriale II*, y de la evolución de la doctrina italiana en su empeño de adaptar una construcción económica, cual es, el monopolio, al campo jurídico, puede verse en Baylos, op. cit., pág 439 y ss.

<sup>53</sup> Algardi, Zara, op. cit., pág 102.

#### 1.4.- Teoría de la Personalidad.-

Como señala, con acierto, Rodríguez Arias<sup>54</sup>, las teorías personalistas nacen ante el olvido por el legislador de la persona del autor, al ocuparse únicamente de la defensa de la obra intelectual.

Kant<sup>55</sup> partía de que la publicación de un libro, consistía en hablar con el público a través de él, y por tanto el derecho de autor era un **derecho de la personalidad** que suponía la imposibilidad de que otro le haga hablar en público sin su consentimiento. De la anterior afirmación nace esta posición que quedó delimitada en última instancia por la doctrina Alemana representada por Gierke<sup>56</sup>, para quien la obra intelectual no es objeto del derecho de autor en su totalidad sino únicamente en tanto que es y permanece como bien personal de su autor y en su esfera personal, extinguiéndose más allá de ese límite, cuando ya la obra se ha convertido en una entidad independiente de él, sobre la que no sería justo que ejerciese dominio alguno. Pero hasta en tanto, y a pesar de su publicación, conserva el señorío sobre la consistencia íntima, interna y externa de su obra.

En esta misma línea Bertauld, considera que la usurpación de una creación

---

<sup>54</sup> Rodríguez Arias, op. cit., pág. 758.

<sup>55</sup> Kant, Principios Metafísicos del Derecho, Editorial Américalée, Buenos Aires, Argentina, pág. 102.

<sup>56</sup> Como señala Baylos, op. cit., pág. 464 a 467, las posiciones personalistas han sido defendidas, además de por Gierke (Deutsches Privatrecht, Munich-Leipzig, 1.936), especialmente por Candian (Il diritto di autore nel sistema giuridico, Milán, 1.953), y por Ciampi (Diritto di autore, diritto naturale, Milán, 1.957).

intelectual no es un atentado a los bienes de sus autores, a su patrimonio,"no es un robo, es una violencia"<sup>57</sup>.

Posteriormente se modifica esencialmente la teoría (Ciampi) al considerarla originalmente basada en el derecho natural, pues entre los derechos originarios que posee el hombre se encuentran no sólo, los que hacen relación a su integridad corporal, a su vida y a su salud, sino también los que se refieren a su inteligencia, a un espíritu y al ejercicio de sus facultades de todo orden. El derecho natural protege el acto de creación intelectual que es inherente a la propia naturaleza humana, y en este sentido en el derecho Romano ya se concedía con la "actio doli" y con la "actio iniurarium", una eficaz defensa de la personalidad del autor, pues precisamente el derecho de autor no es más que una manifestación de la protección general a la libertad y a la persona del hombre<sup>58</sup>.

Rodríguez Arias<sup>59</sup> entiende por su parte que las teorías personalistas encuentran su fundamento, desde las siguientes posiciones:

a) **De la gestión de negocios.**- Basada en las doctrinas de Kant quien considera el libro como un medio de comunicación (de habla, de puesta en relación) con el público; el editor gestiona ese habla, sustituye a uno de los interlocutores, el autor; en conclusión, el derecho de autor es un derecho personal, porque sólo él puede hablar, nadie sin su autorización puede hablar en su nombre.

---

<sup>57</sup> La cita proviene de la obra de Bertauld, Questions pratiques et doctrinales du Code Napoléon, I, 1.867, pág. 185 y ss., y corresponde a Rodríguez Arias, op. cit., pág. 830.

<sup>58</sup> Da cuenta de este proceso, Baylos, op. cit., págs. 465-466.

<sup>59</sup> Rodríguez Arias, op. cit. págs. 758 y ss.

b) **De la prestación de un servicio o contrato de cambio.**- El autor , según esta teoría, viene a celebrar un contrato con la sociedad, por el que el autor recibe justa recompensa a su esfuerzo (fruto), y la sociedad alcanza un derecho a conservar el uso. Esta relación autor-sociedad hace que el derecho sea de carácter personal.

El derecho de autor no es sino una manifestación de la protección general al trabajo humano, en cuanto atribuyen al autor compensaciones determinadas precisamente en consideración a su trabajo y esfuerzo. En ese sentido, el derecho de autor es, sobre todo, un derecho de vinculación social<sup>60</sup> , tanto en la creación de la obra como en los efectos que posteriormente atribuye al derecho de la creación intelectual.

c) **De la personalidad.**- El Derecho de Autor es un derecho de personalidad cuyo objeto está constituido por una obra intelectual considerada como parte integrante de la esfera de la personalidad.

Rodríguez Arias combate la configuración del derecho de autor como una gestión de negocios, apoyándose en Caravantes<sup>61</sup>, señalando que no cabe confundir, como hace dicha teoría, la propiedad con la paternidad, pues, en efecto, hablar de pertenencia de la obra al autor para considerar al editor un intermediario, es una mera manifestación sobre paternidad, que no alcanza a la explotación de la obra, y por consiguiente, a la gestión del negocio.

---

<sup>60</sup> Proudhon, Pierre Joseph, *Les Majorats Litteraries*, París 1.863, pág. 112 y 113. Perteneciente Proudhon al socialismo utópico, entendía la creación intelectual como un producto sujeto a cambio, adelantándose así a las nuevas corrientes socializadoras.

<sup>61</sup> Caravantes, Vicente, *Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre propiedad literaria*, Rev. Legislación y Jurisprudencia, 1.876.

La prestación de un servicio o contrato de cambio, ha de correr igual suerte, porque como señala Quiroga, que considera que la obra es útil, susceptible de valoración porque puede ser cambiada, vendida o transmitida, este valor ha de ser propiedad del autor, por lo que el eje dinamizador del derecho de autor reside en el trabajo como medio más genuino de adquirir la propiedad<sup>62</sup>.

De otra parte, el autor no es un trabajador, sino un creador, que son conceptos bien distintos, y en consecuencia, la protección al autor no puede venir dada desde la óptica del trabajador al que hay que retribuir.

La crítica más demoledora a la teoría de la personalidad la efectúa Stolfi<sup>63</sup>, quien sostiene que el derecho " a la explotación económica de su obra, no posee nada de común con la personalidad, por ser un derecho de dominación sobre una parte del mundo exterior, que consiste en retirar de la misma, todo lo que ella es capaz de brindar. Por tanto, si es lícito despojarle de lo que es propio y del producto de su trabajo, su libertad recibirá el más grave atentado. Y por último, es contrario a la naturaleza de las cosas identificar el sujeto y el objeto, como lo hace la teoría del derecho de personalidad".

---

<sup>62</sup> En parecidos términos se expresa Alonso Martínez, Estudios sobre la propiedad, 1.874, págs. 401 y ss. citado por Rodríguez Arias, op. cit., pág 762., cuando afirma que " aunque se diga que una cosa es el derecho del trabajo y otra la renta, no hay que olvidar cómo no se da la renta que no proceda de aquél, sin duda origen y título de propiedad".

<sup>63</sup> La cita de Stolfi, Diritto civile. Analisi del diritto di proprietà, Vol. I, págs. 307 y ss., corresponde a Rodríguez Arias, op. cit. pág. 832.



Sobre la confusión inaceptable de sujeto y objeto, Algardi<sup>64</sup>, manifiesta que "individualizar en la creación de la obra la razón de la tutela no debe necesariamente conducir a concebir el objeto de la creación y por consiguiente de la tutela como contenido en el ámbito de la personalidad del autor (sujeto); la obra del ingenio tiene una **individualidad propia**, distinta de la del autor, su posición es aquella de una res autónoma frente a su creador, así como el hijo es un individuo autónomo frente al padre".<sup>65</sup>

## 2.- Porque es necesario concluir.-

### 2.1.- Cuestiones Preliminares

Aparentemente se ha producido una discusión sobredimensionada sobre la naturaleza jurídica de la creación, mas es evidente que las sucesivas tomas de posiciones adquieren relevancia ante la necesidad de dotar de una correcta metodología al estudio de una institución verdaderamente compleja, pues ello conduce a procesos legislativos acordes con la protección que debe dispensarse al autor y su obra, y por otra parte, facilita una correcta interpretación de los derechos inherentes a la creación espiritual, estableciendo los supuestos en los que los atentados deben criminalizarse, o sencillamente debe otorgarse la debida

---

<sup>64</sup> Algardi, Zara, op. cit., pág 100 .

<sup>65</sup> En el mismo sentido se pronuncian Díez Picazo- Gullón, sistema de Derecho Civil III, pág. 235. Para quienes " la obra del ingenio, una vez creada, asume una existencia separada, se independiza del autor, sale de su órbita y gana autonomía. Por esto, en algún sentido, se ha podido decir que la obra es una cosa. En un lenguaje figurado, la obra es hija del autor. Pero el hijo es algo distinto y separado del padre".

protección al autor como persona inscrita dentro de un ordenamiento jurídico lleno de valores, que algunos entienden que derivan del mismo derecho natural.

Como ya indicábamos en lo tratado en el apartado dedicado al "nomen iuris", la nomenclatura adscrita al concepto de propiedad intelectual o derecho de autor conlleva necesariamente una postura determinante de la concepción que se comparta en el espinoso tema de la naturaleza jurídica de la institución, y así se ha producido una confusión en las legislaciones nacionales y supranacionales, doctrina e incluso jurisprudencia que simultanean los dos conceptos con la inclusión de valores distintos.

Sería oportuno partir de un análisis previo, cual es, lo conveniente de hablar de propiedad o derechos, como elementos señoriales de la protección a dispensar.

¿ Se protege al autor, a la obra, a la plasmación espiritual, o a los derechos de éste sobre aquélla ?.

Parece indudable que la protección al autor separado de su creación carecería de sentido en el ordenamiento jurídico, con la salvedad de cuando éste se ocupa del mismo como persona independientemente de la condición de autor. Aún más alejada se encuentra la posibilidad de que objeto protegible se considere a la plasmación espiritual, que no es identificable y resulta una ficción relacionada con el mundo de los símbolos, y que interpretada la misma como idea o pensamiento es elemento definidor del ser humano. Sólo los derechos del autor sobre su obra suscitan graves dudas, si se consideran como haz de derechos complejos que se entremezclan para implicar al autor y a su obra, de suerte que se cree una nueva categoría diferenciada del resto de instituciones conocidas en el derecho clásico. Sin embargo, ello requiere la confusión de dos supuestos protegibles, el autor y la obra, que en este caso se confunden, lo que implica

identificar una nueva categoría, no conocida en nuestro derecho, con el riesgo de una creación jurídica arbitraria, caprichosa, injustificada y carente del rigor técnico necesario en este tipo de construcción, además de que de esta manera se incidiría en la polémica creada sobre el derecho a ser autor y el derecho de autor, con la seguridad de que se crearía una construcción tan débil que necesitaría estructurarse un derecho sobre otro derecho<sup>66</sup>.

Parece que todo indica que debe de fijarse una propuesta de base, cual es, la obra en sí con toda su simbología, con toda su carga espiritual, bajo el concepto de creación, y con un soporte cualquiera (*corpus mechanicum*), continente del *corpus mysticum*, situada en el contexto social-jurídico de sus orígenes y destino.

Las ideas nunca han sido protegidas por el ordenamiento jurídico, sólo su plasmación en un soporte idóneo atrae la atención normativa, porque como en su momento veremos la originalidad que distingue a una obra reside en el proceso creativo, que sólo es posible identificar cuando se traslada al mundo material. Más aún, la plasmación puede sufrir modificaciones mediante un segundo proceso creativo que tan sólo será de nuevo reconocible a través de otro soporte idóneo.

A modo de ejemplo, el argumento de una película carece de relevancia en cuanto objeto protegible que no haya alcanzado su posterior estadio, el guión, que sólo obtendrá protección en calidad de obra literaria; únicamente la película, con su adaptación, escenografía, interpretación, fotografía y realización adquirirá

---

<sup>66</sup> Rodríguez Arias, op. cit., pág 842, rechaza esta formulación, y prefiere utilizar la de "derechos de derechos", porque no forman una nueva especie de derechos, sino una modificación o limitación de los mismos.

todos los requisitos para alcanzar el carácter de obra intelectual protegida.

En apoyo de lo anterior, basta con señalar los antecedentes históricos que hemos visto, desde el Derecho Romano, eminentemente materialista con una fuerte estructura edificada en el conjunto de derechos reales, hasta la época de los privilegios, en su primera etapa que persigue un control de la producción del pensamiento bajo el instituto de la censura, y una segunda de control económico del mercado con la concesión de los privilegios a los editores; privilegios que posteriormente corresponderían a los autores, pero con el objetivo patrimonialista y de productividad de una industria que se encontraba en franca crisis. Es a partir del positivismo cuando se empieza a elaborar una doctrina que explique la institución con tan especiales peculiaridades, dado que aparecen continuas diferencias y contradicciones que impiden la aparición de un concepto monista y deseable, donde tuvieran cabida conceptos como el de propiedad, creación, intelecto, espíritu, monopolio, trabajo, bienes, idea, personalidad y derechos.

Los conceptos dichos, se configuran con el tiempo en soporte de distintas teorías que trataban de explicar la creación intelectual destacando en primer lugar el objeto sobre el que recae la protección, y en segundo lugar acondicionando las contradicciones observadas, con la incorporación de los complementos necesarios, traídos de las teorías criticadas que mantenían otros objetos.

Así surgen teorías que no son sino la depuración, en algún caso, o la complementación en otro, de otras teorías anteriores con una técnica más adecuada.

La teoría de la propiedad intelectual es la primera que con rigor trata de explicar la naturaleza jurídica de la obra de creación, y lo hace con el acierto que

le atribuye la solidez metodológica amparada por el ordenamiento jurídico y los precedentes históricos. Sin embargo, no supo responder con la coherencia necesaria a cuantas críticas se produjeron y siguen vivas, cuando en la misma teoría se comprendían implícitamente las respuestas.

Desde la doctrina social, se dice, quedó evidenciado que la producción del hombre le pertenece, sólo las aberraciones de los sistemas estructurados bajo la oportuna normativa jurídica rompen un principio natural, de ahí se concluye el señorío sobre su creación intelectual, que hasta este momento reúne cuantos requisitos son exigibles para la creación de la propiedad: traditio y señorío o dominio. Además conserva su carácter enajenable, regulado especialmente, que no la convierte en extraña a todo el sistema jurídico de la propiedad común.

Esta especialidad, que para nada afecta a la esencia de la propiedad, ha permitido la introducción de otros institutos directa o indirectamente ligados a ella que no vienen sino a reafirmar su contenido de derecho real, y que convierten su atipicidad en una extensión de su capacidad protectora. Es de esta manera como se le adscribe el monopolio para la efectiva protección del derecho del trabajo que al autor le corresponde como creación personal a través del intelecto; y en consecuencia, el autor como persona que crea (derecho de la personalidad), genera un derecho sobre su obra, que le produce rendimientos (derecho del trabajo), que para su preservación, "ius prohibendi", agota su esencia en el monopolio, para traducirse en verdadera propiedad protegible de la que dimanen derechos fundamentalmente patrimoniales.

Es indudable que aparecen una serie de derechos -un haz de derechos- de la creación intelectual que en su aspecto patrimonial convergen en la propiedad, hasta tal punto que algunos autores han querido explicar la naturaleza de la misma mediante derechos reales de goce del corpus mechanicum o bien como

servidumbre especial pero siempre desde la concepción del dominio<sup>67</sup>.

La ligazón de la propiedad intelectual con el monopolio y el trabajo, sobre todo si aquél lo situamos en relación con los bienes muebles, no ha impedido que se mantengan las dudas acerca del sistema de plazos regulados en la legislación especial, que suponen un límite al concepto de propiedad. Las dudas, en todo caso, quedan despejadas de la siguiente manera:

- La regulación en este caso no tiene que ver con la naturaleza del objeto, pues el legislador ha considerado que la sociedad ha participado en la creación y por tanto debe establecerse desde el mismo momento de su creación una relación contractual de transmisión implícita en la misma.

- El enriquecimiento cultural de la sociedad impide que las obras intelectuales sean de carácter privativo de manera perpetua, y existen razones de interés general para considerarlas de dominio público al cabo de un tiempo, en base a la ficción de una expropiación cuyo justiprecio es la explotación, el dominio durante un lapso de tiempo.

- Es posible por otra parte concebir una propiedad "ad tempus".

- No existe por otra parte ningún elemento que impida la perpetuidad, más aún el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879 establecía que ésta se regirá por el derecho común, en concreto por lo regulado en el Libro Segundo - "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones"- título IV - "De algunas propiedades especiales" - capítulo III - "De la propiedad intelectual" -.

---

<sup>67</sup> Rodríguez Arias, op. cit. pág 843

Todo ello explica, en primer lugar, que la propiedad intelectual es un derecho de vinculación social (derecho del trabajo), y en segundo lugar, construye con rigor una respuesta satisfactoria a la atipicidad del sistema de plazos, extraño a la propiedad común.

También se objeta que las obras intelectuales se proyectan al exterior, que en definitiva es su destino, y sin embargo, se dice, que el propietario tiene el goce de la cosa por sí sólo. Pero ello no quiere decir que el propietario no haya o pueda proyectar la cosa hacia el exterior, ni que el autor no goce por sí sólo, o que el único fin o destino de la obra intelectual sea su proyección al exterior, pues de otra manera no se entendería el derecho de inédito, consustancial a todo creador, o el mismo derecho de arrepentimiento; no obstante, es preciso distinguir que el goce es temporal como igualmente sucede en el usufructo, que hasta su constitución, se conserva la posesión y el goce y disfrute, y que puede entenderse permanente. En todo caso, el autor sólo transmite la copia y no el original que conserva en su poder, y de esta manera lo que hace es que los demás puedan participar en la parte alícuota que les pueda corresponder de esa propiedad por la compra de uno de los *corpus mechanicum*.

Lo que ocurre es que el autor como el propietario puede decidir qué hacer con lo que le pertenece, y como quiera que cada cosa mantiene la ambivalencia entre su goce y su utilidad económica, en este caso el autor la proyecta de conformidad a sus intereses que generalmente son lucrativos aunque se enmascaren en otros personales.

Piénsese en la divergencia del artista pintor o escultor, que expone y que no vende parte de sus obras por querer conservarlas para sí, y el resto lo dedica a su utilización económica.

Es cierto que la obra intelectual se caracteriza por un derecho de exclusiva que no es inherente al derecho de propiedad, que se establece para el goce, pero también lo es, que esta cuestión como algunas otras que atacan a la teoría de la propiedad, queda resuelta porque en sí misma la propiedad es excluyente, pues de otra manera dejaría de ser propiedad, lo que sucede, es que ésta en particular es más vulnerable a los ilícitos y requiere una más adecuada protección, y el mecanismo efectivo para conservarla, es el de prohibir la reproducción de la misma o su alteración, porque de otra manera el legal propietario, autor, vería sistemáticamente atacado su patrimonio.

Es por ello, que en la misma publicación se crea la ficción de un contrato de limitación de derechos al adquirente, que para nada es extraño a la institución de la propiedad. Y así, vb.gr. la venta de una propiedad mueble o inmueble en la que se establece la prohibición de hacer o no hacer. Piénsese por ejemplo en la venta de una casa con prohibición de derruir la fachada o determinadas ornamentaciones, o la obligación de convertirla en museo; prohibición y obligación que encuentran su justificación en la libre voluntad contractual, principio general de derecho privado<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> En parecidos términos se expresó la Corte de Casación Toscana, en su Sentencia de 20-12- 1.861: "El autor deberá privarse de la posesión exclusiva, conformándose con dividir con el público y con cada uno de los individuos que lo constituyen en el uso y disfrute de la propiedad de aquél sujeto para quien, al crearla y publicarla, había entendido dedicarla; mas no por eso podrá decirse y sostenerse con verdad que deban por necesidad caducar aquellos derechos, aún fraccionados, de propiedad y de dominio que no sean absolutamente incompatibles con el uso y el disfrute por él transferido al público; entre los cuales derechos es esencialísimo poder perseguir la obra publicada en las reimpressiones o reproducciones que sucesivamente puedan hacerse de ella de modo que obtenga de las mismas aquella utilidad pecuniaria de que puedan por ventura ser susceptibles".



Ahora bien, ¿ por qué el comprador de la obra, puede destruirla ? (en su momento veremos si puede reproducirla para su uso privado).

Para responder correctamente a la pregunta formulada, es necesario distinguir entre obra original y copia de la misma (reproducida con autorización del autor). Como luego veremos en el apartado dedicado al derecho moral del autor, la disposición que puede hacer el poseedor de la obra, distinto del autor, varía en cuanto al objeto de la cesión que no puede ser en modo alguno distinto del que dió lugar a su creación, mas cuando es una copia, se entiende que la ficción contractual a la que ya hemos hecho referencia, viene a ceder por el precio pagado una parte de la obra que cae en el dominio privado del poseedor que le permite realizar cuantas disposiciones desee a excepción de la ya señalada, de reproducir o alterar la obra, quedando intactas las otras facultades dominicales incluida la de destruir<sup>69</sup>.

En cualquier caso se reconoce, y de ahí su activa presencia en la última doctrina, que la teoría de la propiedad estructura debidamente la naturaleza de estos derechos, de tal manera que señala claramente el objeto sobre el que recae y relaciona adecuadamente al autor con su obra estableciendo un señorío de dominio necesario si se quiere explicar claramente la obra intelectual.

## **2.2.- Derecho Moral de autor y Constitución.**

---

<sup>69</sup> Peña y Bernaldo Quirós, op. cit, pág. 722. Se muestra partidario también del derecho de destrucción, y aunque no distingue entre copia y original, sostiene una triple limitación : a) que no sea en abuso de derecho; b) las obras artísticas son de arquitectura, arquitectura y pintura mural; c) con la precisión de que el dueño no puede realizar deformación, mutilación, modificación, o atentado perjudiciales al honor o a la reputación (Convenio de Berna). Más adelante se habrá de volver sobre esta cuestión..

A nadie, por otra parte, se le escapa que existe un amplia fenomenología que queda fuera de esta teoría ( De la Propiedad ): el autor como persona que crea. Creación que no puede separarse de la obra material y que se define como el corpus mysticum. Es aquello que los franceses han denominado "droit morale", es decir, los derechos por todos reconocidos que escapan a los patrimoniales, y que para el autor son si cabe más importantes, aquellos que en su momento se entendió que hacían a la propiedad intelectual, la más sagrada y que en palabras de Peces-Barbas ha de considerarse como "mucho más espiritual, mucho más moral, y que está mucho más vinculada directamente a la persona"<sup>70</sup>.

Hemos dejado para el final la mencionada cuestión por estimar que es la que arroja más luz sobre la construcción técnica de la naturaleza jurídica de estos derechos. En efecto, ha existido un especial interés en estructurar la obra intelectual o bien desde ópticas monistas o dualistas -sin que la clasificación sea admitida con identidad de criterios por todos los tratadistas- y ello en el empeño de atender separadamente al derecho patrimonial o al moral, para después conjugarlos en una amalgama abstracta de confluencia de ambos; y también han existido intentos de terceras categorías como la del belga Picard<sup>71</sup>, pero sin la

---

<sup>70</sup> Oposición formulada a la enmienda 63, defendida por Mendizabal Uriarte, al artículo 20.2 del Anteproyecto de Constitución

<sup>71</sup> Picard considera que los derechos intelectuales están integrados por dos elementos, uno personal, intelectual y moral, y otro patrimonial. Se trata pues de una figura jurídica compuesta de dos elementos de distinta naturaleza que se unen en una síntesis propia y manifiestan una acción recíproca.

Picard analiza los elementos del derecho, y encuentra como base definidora al objeto y establece que si bien los derechos que recaen sobre las cosas del mundo material componen el grupo de los derechos reales, y los que versan sobre acciones positivas o negativas son los personales u obligaciones, los que tienen por objeto cosas incorpóreas, productos intelectuales en definitiva, constituyen una

solidez necesaria en una teoría que hacía tambalear estructuras históricas de nuestro derecho.-

Desde distintas posiciones se ha sustentado, empezando por el teórico del derecho sobre los bienes inmateriales, Kohler, que junto al *Inmaterialgüterrecht*, se encuentra el *Individualrecht*, que es una manifestación del derecho general de la personalidad, eso que ha de conocerse como *droit morale* que no es un derecho que corresponde al creador específicamente como autor sino que le es atribuido como persona.

Storch, parece extraer igual consecuencia de lo expresado en la S. 9-12-85 TS 1. : "El derecho moral del autor, si bien es aceptado como definidor de la personalidad del autor, no puede considerarse un derecho de la personalidad porque carece de la nota indispensable de la esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto no toda persona es autor".

Es así, pues, que lo que podemos denominar la categoría de facultades morales del derecho de autor, no son más que, según el citado jurista, facultades derivadas del derecho a la integridad moral, siquiera esta integridad moral esté, en cierto modo, delimitada por la cultura jurídico social de una nación. Es por ello que - sigue manteniendo- su protección sería subsumible en la protección constitucional del artículo 18.1 de la Constitución Española, desarrollado en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona de 1.978, y la Ley Orgánica de Protección del Honor, la Intimidad Personal y Familiar a la

---

nueva categoría: la de los derechos intelectuales.

Para un estudio más detallado de la posición de este autor, ver, Baylos, op cit., y Rodríguez Arias, op. cit.

Propia Imagen, de 1.982.- Storch<sup>72</sup>.

La jurisprudencia inglesa ha acudido a igual expediente, otorgando protección a los derechos morales del autor bajo el instituto de la difamación, en lo que respecta a los autores ingleses; los autores de los países unionistas, sin embargo, deben estar amparados por lo dispuesto en el art. 6 bis CRB (redacción Bruselas)<sup>73</sup>.

De todo ello han de extraerse las siguientes consecuencias:

Una.- Es la citada legislación la que da cobertura general al autor en defensa de su honor, intimidad y propia imagen que se particulariza, o se especializa mediante legislación específica, que en algún caso es obsoleta al constituir reiteración de mecanismos protectores, pues cualquier variación introducida en la obra, aún mejorando el texto, viene a violentar la imagen del autor por defecto o exceso, causando agravio o perjuicio al buen nombre del autor.

Dos.- ¿ Qué significan los derechos de corrección, arrepentimiento, inédito, reivindicación de la paternidad de la obra, la preservación del fin para el que fue creada, la obligación

---

<sup>72</sup> Storch de Gracia y Asensio, José Gabriel, Derecho a la Producción y Creación Intelectual, Derecho de Autor y Derecho de Propiedad sobre la Obra Concreta (Reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos), Rev. La Ley, Año VII, Núm 1.461.

<sup>73</sup> Forns, José, op. cit, pág 1000, atribuye la distinción, a los personalistas, con base en las ideas de Kant, y su posterior desarrollo por Gierke, expresada en términos parecidos a las tesis anglosajonas del right privacy.

de publicar por el editor en los plazos establecidos, la traducción o adaptación, según esta concepción ?. El significado se encuentra en el establecimiento de una casuística precisa y determinante de aquellos supuestos en los que la imagen y el honor del individuo/autor debe ser protegido, con mención terminológica expresa, junto con los remedios utilizables en su conjunto, pero entendiéndose que ello supone una división frontal de los bienes a proteger, sin que sea dable la confusión de éstos por pertenecer a categorías distintas.

Tres.- Es esa protección de bienes jurídicos distintos, lo que obliga en su esencia a establecer, si se puede denominar así, facultades amparadas en contenidos valorativos separados, que ofrecen una correcta descripción de la naturaleza de estos bienes, lo que explica la inalienabilidad de los derechos morales que recogen las legislaciones, por ser de esfera personal(honor).

Cuatro.- La manifestación del espíritu es producto de la actividad del hombre que conlleva su proyección pública como individuo y por tanto, sujeto a los ataques a su honor, intimidad e imagen, y por consiguiente, sin perjuicio de que la propiedad en sí encierra valores ideales, la actividad concretada en el objeto material (propiedad) con el contenido que se quiera, como tal actividad generada por el hombre, establece en sí misma una doble dimensión, no exclusiva del autor.

Esta teoría que bien podíamos denominar, "**de la protección independiente de los dos derechos que conforman el derecho de autor**", no puede sostenerse con la aparición de la Constitución de 1.978. El nuevo orden constitucional, ha

introducido un reconocimiento expreso de derechos entre los que se incluyen en el artículo 20.1.b el siguiente: A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica<sup>74</sup>. Lo que obliga a un examen del citado artículo en aras a valorar si en el mismo se viene a reconocer el derecho moral (perteneciente al derecho de autor), y en caso positivo, los límites a su protección. Para ello, en primer lugar, es de obligada determinación si nos encontramos ante un derecho genérico e impersonal (aquello que ha sido llamado facultad), o ante un derecho subjetivo, y en segundo lugar, el alcance de la protección que se otorga a los

---

<sup>74</sup> Serrano Alonso, Eduardo, Sugerencias para una reforma del Derecho de Autor, Actualidad Civil, número 2, Semana 6- 12 Enero 1.986, pág. 16. Se muestra contrario este autor a la consideración de derecho fundamental, el referido a la producción intelectual, porque "teniendo muy presente la gran dosis de arbitrariedad que hay a la hora de enumerar o catalogar los llamados derechos fundamentales, que es cuestión sobre la que no puedo entrar, pero que debe insinuarse", estima que el derecho de autor ha de configurarse como un derecho de propiedad "que adquiere peculiares características en razón a su objeto, pero sin que el objeto desvirtúe su naturaleza -que, insisto es la de ser un derecho de propiedad-, no se ve muy claro el porqué el género, en este caso el derecho de propiedad, no ha sido configurado como derecho fundamental y sí lo ha sido una de sus variedades, el derecho de autor". Son muchas y graves las objeciones que caben dirigir a las afirmaciones vertidas por el autor, pues en un Estado de Derecho no puede aceptarse que el legislador pueda ser considerado como arbitrario, será en todo caso un inepto, pero nunca arbitrario, de otro modo, la tiranía estaría servida. Pero no es ésta la objeción más importante que pretendía esgrimir, sino aquella dirigida a despejar la relación que declara existente entre género y especie. Para afirmar tal conexión es preciso aceptar, en primer lugar, que la obra intelectual es una propiedad, y ello no parece posible salvo que se cosifique el espíritu, en un momento en que la tendencia es -al contrario- la espiritualización de la cosa; y en segundo lugar, que la peculiaridad que afirma, se limite a constituir un rasgo diferenciador de la relación género-especie, sin advertir que dependiendo de la entidad de la singularidad, ésta puede alcanzar tal autonomía que rompa la conexión; y por último, que el método de género-especie no es válido sino se acota el ámbito del género, pues la relación se hace interminable, infinita, vg.: si afirmamos, sin más, que la protección que se dispensa a la vida en el artículo 15 CE, alcanza a toda la especie humana, ello no nos permite, sin embargo, afirmar, que se extiende al género de los animales mamíferos.

derechos recogidos en el artículo 20 de la CE<sup>75</sup>.

Con respecto a la primera cuestión, el artículo 20.1 obliga igualmente al reconocimiento y a la protección de aquellos derechos que a continuación recoge, y entre los que se encuentran en su apartado b) los de producción y creación intelectual. Se derivan pues, dos consecuencias del citado precepto, una positiva, la de protección, y otra negativa, de abstención que básicamente viene a consistir en no interferir y no producir ingerencias en el derecho reconocido. La primera consecuencia, aquella llamada positiva, se completa a través del artículo 9.2 de la CE: Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este remover los obstáculos para la plenitud y participación en la vida cultural, afecta naturalmente a los autores como creadores o transmisores de cultura para hacer efectiva la participación de los receptores (ciudadanos en general), pues de entenderse de otra manera haría ineficaces los derechos fundamentales del individuo, pues torpemente se caería en la contradicción del ejercicio de una libertad interferida o restringida. Así pues, puede concluirse que el Estado tiene una obligación protectora del derecho de creación. Y también puede igualmente llegarse a la misma conclusión con respecto a la obligación de abstenerse o no interferir en el ejercicio de ese derecho.

---

<sup>75</sup> Un estudio detallado de la constitucionalidad del derecho de autor, a través del derecho comparado y discusiones parlamentarias, puede verse, a propósito de la crítica que efectúa a la STS S 1ª de 9 Dic. 1.985, en Otero Lastres, José Manuel, La Protección Constitucional del Derecho de Autor: Análisis del Artículo 20.1 b) de la Constitución Española de 1.978, Rev. La Ley, Año VII, Núm 1442, 30 de abril de 1986.

Sabido lo anterior, queda por desvelar el real contenido del derecho que se reconoce y protege, y qué mejor, que situarlo en la sistemática del propio texto constitucional, a saber, Capítulo Segundo, "Derechos y libertades", Sección 1ª, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"; lo que suscita una primera cuestión, ¿nos encontramos ante un derecho, ante una libertad, o ante ambos?. La cuestión no es banal, pues de la respuesta que se obtenga se derivan consecuencias bien distintas, a saber, si nos encontramos ante una libertad no cabe duda que la misma es inherente a la condición humana y por tanto, todos tienen derecho a ella. Sin embargo, si fuere un derecho fundamental se abre una doble vía dependiendo de su ejercicio; de una parte, que afectara a todos, y de otra, sólo a una colectividad en razón de su naturaleza. La discusión transcurre en la dialéctica de lo conocido como derecho subjetivo pleno y las facultades de configuración jurídica, y no cabe duda que nos hallamos ante lo que se ha denominado un derecho de libertad, que no es otra cosa que la versión terminológica de los derechos fundamentales, diferenciados de las libertades públicas. Y es justo esa diferenciación lo que obliga a que en el propio artículo 20 de la CE se hable de derechos y de libertades en el nº 1, para en el nº 4 comprenderlos conjuntamente bajo el concepto de " Estas libertades tienen su límite... "; de tal manera que la llamada facultad de configuración jurídica viene a convertirse en un derecho fundamental.

Como tal libertad, no puede depender para su vigencia, de su mero ejercicio, y por tanto puede concluirse que el derecho-libertad<sup>76</sup> a la producción

---

<sup>76</sup> Otero Lastres, op. cit, Llega a igual conclusión, de lo declarado por la Sentencia del TC de 16 de Marzo de 1.981, y del análisis que efectúa al art. 5.3 de la Ley Fundamental de Bonn, y del párrafo primero del artículo 33 de la Constitución Italiana, que recogen el principio del que el arte y la ciencia son libres (de lo que se desprende- según el Tribunal Constitucional Alemán- que estamos ante una constitucional objetiva que constituye un derecho de libertad individual), y en los que se encuentra inspirado el artículo 20,1,b de la CE.



creación literaria, artística, científica y técnica no es de carácter impersonal y genérico, como declara la sentencia del TS 1ª de 9-12-85, basándose en que no toda persona crea o produce arte, "y sólo cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho de autor".

Es cierto que de la sistemática del artículo 20 no puede deducirse en ningún caso que los derechos reconocidos y protegidos en el mismo no queden afectados a propósito del concepto de facultad, el ejemplo claro se encuentra en el apartado c) del nº 1 del citado artículo, pero también lo es que de los apartados a) y d) puede concluirse que deja de ser una facultad para convertirse en un derecho fundamental-personal, y por ello habrá que atender al bien protegido que indudablemente debe ponerse en relación con aquellos susceptibles de ejercitarlo. Y si hemos mantenido, a diferencia de la sentencia citada, que el derecho afecta a todos, porque el derecho de producción y creación es anterior al resultado que se derive de éstas, no queda más remedio que aceptar que nace aquí el derecho de autor en su doble vertiente patrimonial y moral.

Porque si bien es cierta la distinción entre el derecho a ser autor y el derecho de autor<sup>77</sup>, también lo es, que el ejercicio del primero conduce

---

<sup>77</sup> Storch de Gracia y Asensio, José Gabriel, op. cit.. Concluye este autor que el derecho constitucionalmente protegido en el artículo 20.1.b CE no es un derecho subjetivo pleno, sino más bien una de las llamadas facultades de configuración jurídica, porque lo que protege la Constitución es la expectativa de que toda persona puede ser autor, la posibilidad de creación intelectual en todas las personas físicas, pero no el derecho de autor, que no es esencial a la persona. Y en efecto, no le faltaría razón si el derecho de autor se circunscribiese a garantizar el fruto del esfuerzo del creador intelectual, pero como quiera que este derecho es de mayor alcance, pues consiste en la comunión de diversos derechos, unos de contenido patrimonial, y otros, de carácter moral (de la personalidad), ovida esta configuración, para convertir estos últimos derechos en, también,

indefectiblemente al segundo, y ambos de esta manera se encuentran igualmente recogidos en el artículo 20.1 b) de la CE, pues no puede entenderse que de un derecho constitucional derive otro ajeno a la propia Constitución, y que el derecho a la producción y creación no conlleve el reconocimiento y protección de los derechos que nacen de las mismas, pues ha de entenderse que son de carácter inseparable<sup>78</sup>.

A mayor abundamiento, de no entenderse así, dejaría de comprenderse la duplicidad que aparentemente ofrece el tantas veces repetido artículo 20 CE, cuando en su apartado a) lo dedica "A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción". Expresión no es sino el estado primitivo de creación, en toda creación hay expresión, aunque no en toda expresión existe creación, por tanto la creación es comprensiva de la expresión. Más dudoso sería en el caso de la producción que pudiera situarse al mismo nivel de la expresión, en cuanto a resultado final, pero que mantiene orígenes distintos. Lo que realmente les separa es el fin; los pensamientos, ideas y opiniones quedan desvestidos de uno de los elementos definidores de la creación, lo estético, que no es ajeno a

---

facultades derivadas del derecho a la integridad moral, y remite su protección, porque no le queda otro remedio, a la genérica del artículo 18.1 CE (Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona y Ley Orgánica de Protección del Honor, la Intimidación Personal y Familiar y a la propia Imagen).

<sup>78</sup> Otero Lastres, José Manuel, op. cit., Se expresa en igual sentido, pues según señala el artículo 20.1.b), no sólo se limita a reconocer los derechos, sino que también los protege: "Se reconocen ... y protegen los derechos". El contenido de esta obligación de proteger - amparar, favorecer y defender los derechos a la producción y creación artística-, entiende, en palabras de Sánchez Agesta (Sistema Político de la Constitución Española de 1.978, 2ª Edición, Madrid. 1.981, pág. 131, que" se extiende hasta el reconocimiento del derecho del creador sobre el resultado de su acto de creación".

la producción, que contiene una carga sujeto - producto.

Sin necesidad de toda la interpretación sistemática que se ha desarrollado, es necesario establecer la diferencia existente entre los dos derechos reconocidos y protegidos, producción y creación, porque todos convenimos que son de naturaleza distinta, por su sentido semántico, y su sentido lógico, de otra manera no se comprendería la repetición de derechos en el mismo artículo y apartado de la Constitución. Producir se encuentra más ligado a lo material, a fabricar, a elaborar un producto. Sin embargo, crear requiere partir de la nada al todo, es de origen, aquello que da vida, y por tanto, más unido a un sentido espiritual, en donde lo que menos, es el producto, y lo que más el acto de su configuración, el resultado es una etapa posterior que evidentemente no puede en modo alguno desprenderse del acto creador en cuanto identificará ese acto, pero se conduce por mecanismos distintos.

Por tanto, se está en disposición de concluir en esta primera fase, que el artículo 20.1.b), viene a reconocer y proteger el derecho de autor en toda su dimensión, incluida la moral<sup>79</sup>.

Una segunda propuesta, es aquella que obliga a interpretar el repetido artículo 20 de la CE, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la propia CE: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Pues bien, el artículo 27 párrafo segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que les

---

<sup>79</sup> A igual conclusión llega Otero Lastes, op. cit.

correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor"<sup>80</sup>. No hay duda de la operatividad de este artículo; el artículo 10.2 es taxativo en este punto, y la duda sobre la calidad de derecho fundamental ha quedado suficientemente despejada, y por demás la redacción contiene elementos idénticos a aquella norma que debe interpretar, (derecho de protección, producción, y científicas, literarias o artísticas), añadiendo justo lo que otorga el verdadero alcance al artículo 20.1.b de la Constitución, "intereses morales y materiales"; lo que quiere decir, que todo humano tiene derecho a la protección de las obras de las que sea autor, y no sólo a crearlas, sino también a los avatares que sufran. Lo que es lo mismo que reconocer implícito el derecho de autor en las normas en estudio, pues la protección que el Estado se haya obligado a prestar por mandato constitucional en sus dos vertientes, positiva y negativa, como ya hemos estudiado, alcanza inexorablemente al resultado del ejercicio del derecho que se reconoce, pues el reconocimiento se dirige al derecho, y la protección a su ejercicio, que conduce a un resultado; pues de otra manera quedaría vacío de contenido el artículo 9.2, ùlt.parf. en relación con el artículo 20.1.b de la Constitución, ya que el reconocimiento del derecho a crear no garantiza la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural: toda vez que ello requiere un autor que crea, y un ciudadano que se

---

<sup>80</sup> El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, se completa : " I.- Toda persona tiene el derecho de tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, de gozar de las artes y de participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten". Forns, José, op. cit., pág. 1.016 a 1018, señala como antecedente a este artículo la IX Conferencia Interamericana de Bogotá, de Marzo 1.948, que se expresó en idénticos términos. No obstante, y aun partiendo de ese texto en el primer proyecto de la ONU no se contemplaba el párrafo segundo, que con redacción distinta fue propuesto por la Delegación Francesa, y ardorosamente rechazado por la Delegación de Estados Unidos, con el argumento que el derecho moral no interesaba a la opinión pública, y que pertenecía a un sector reducido y débil; al final y por la insistencia Francesa, con el apoyo cubano y mejicano se introdujo la declaración de Bogotá.

recrea. Es, pues, necesario abarcar al resultado de la creación para hacer efectivo el derecho a través de su protección.<sup>81</sup>

También en esta segunda fase se está en disposición de concluir que la protección que dispensa el artículo 20.1.b de la CE alcanza en su globalidad al derecho de autor.

Más vidriosa se presenta una última cuestión, aquella suscitada por Storch de Gracia y Asensio, José Gabriel, que invocando un tratado internacional, reintroduce la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de autor, entendido como derecho moral, a propósito de la discutida Sentencia del TS S1<sup>a</sup> de 9 de Diciembre de 1.985.

Mantiene Storch<sup>82</sup>, que puesto que la Convención de Roma de 3 de Junio de 1.928 recoge que: "Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, y lo mismo después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva el derecho a reivindicar la paternidad de la obra, así como el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra, que fuese perjudicial a su honor o a su reputación", ..."tal precepto internacional está refiriéndose pues, a una modal manifestación del derecho al honor del autor..." y entiende que el derecho moral del autor es una facultad derivada del derecho a la integridad moral, y "por ello, su protección sería, acaso, subsumible en la

---

<sup>81</sup> Forns, op. cit., pág. 1.019, sostiene que al sancionar unidos por primera vez como derechos esenciales e indiscutibles el del creador intelectual sobre los beneficios de su obra y el que todos tenemos a participar de la cultura, del arte y de la ciencia, el derecho de autor se sitúa en su verdadero y justo plano y se enfoca el complejo fenómeno de la creación intelectual en su total aspecto filosófico, social y realista de medio de comunicación espiritual.

<sup>82</sup> Storch, op. cit.

protección constitucional del artículo 18.1 de la Constitución...".

Esta conclusión de Storch choca con otra que mantiene en el mismo estudio, y que es su objeto fundamental, pues nada impide que el autor sea protegido como tal en el artículo 20.1.b de la CE, y que como persona le ampare el derecho fundamental recogido en el artículo 18 de la misma Constitución.

Otra cuestión es que la esencia del derecho moral radique, no en el hecho de ser autor, sino en el de ser persona. El autor no es nadie distinto a otra persona, salvo por una más permanente y fácil exposición pública, y lo que le otorga un derecho moral sobre sus obras no es otra cosa que ésta es inseparable a su persona, y es ésta la que se ve atacada cuando se agrede aquélla. Y los ataques de que es objeto, lo son al honor, reputación y prestigio, mas sólo cuando esos ataques estén relacionados con la obra intelectual caerán en la esfera del derecho moral del autor, en el resto de los casos se regirá por el derecho fundamental ordinario. Es de este modo que la Convención de Roma sólo menciona honor y reputación, pues la intimidad, por ejemplo, caería fuera de la órbita del derecho moral del autor.

Ahora bien, distinto es que, dada la inescindibilidad de los derechos de autor, estos obtengan reconocimiento constitucional conjuntamente, y que el derecho moral nazca como un derecho personal. Y que en determinados ámbitos coincida con el derecho regulado en el artículo 18 de la CE. Y que para su protección, dada la nula regulación de la legislación española se deban utilizar los procedimientos que desarrollan el citado derecho, aunque por la norma específica, art.20.1.b, desecharíamos la general, art. 18 de la CE.

### **2.3.- Constitución y Ley de Propiedad Intelectual 22/1.987**

Con la aparición de la nueva Ley de Propiedad Intelectual se ha avivado la polémica sobre la protección constitucional del derecho de autor.

El rango ordinario que ostenta la LPI ha provocado toda suerte de declaraciones alrededor de la constitucionalidad de la ley, por infringir la reserva sustancial según establece el art. 81.1 CE.

En efecto, la consideración del derecho de autor como derecho fundamental trae consigo, que su desarrollo se produzca por medio de Ley Orgánica. Resulta, pues, de suma importancia determinar si el procedimiento de elaboración de la Ley ha sido el adecuado, y si la Ley padece de inconstitucionalidad, habida cuenta que sirve de soporte para la nueva regulación de los artículos 534, 534 bis, a), b), c) y ter del CP.<sup>83</sup>

La doctrina -tanto civil como penal- se halla dividida en posiciones encontradas, como no podía ser de otra manera dadas las posturas que se adoptaron alrededor de la Sentencia del TS, Sala 1,<sup>a</sup> de 9 Diciembre de 1.985.

**2.3.1.- Se muestran contrarios a que en el art. 20.1.b) CE se encuentre instalado el derecho de autor<sup>84</sup>:**

---

<sup>83</sup> De otra parte, traería como consecuencia, la virtualidad protectora de la Ley 62/1978, de 26 de Diciembre, y el acceso al recurso de amparo

<sup>84</sup> Son partidarios de esta tesis, además de los que a continuación serán estudiados, en la doctrina civil: Serrano Alonso, E., Sugerencias para una reforma del derecho de autor, Actualidad Civil N<sup>o</sup>2, Semana 6-12 Enero 1.986, Vicent Chuliá, Compendio crítico de Derecho mercantil, Bosch, 1.988, y Samaniego Bordú, Gonzalo, Introducción a la nueva ley de propiedad intelectual, Boletín 1.483, págs. 130-180; y en la penal, Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte

**Bercovitz Rodríguez-Cano**<sup>85</sup>. Señala este autor que en primer lugar, tanto a la redacción del proyecto como al procedimiento de tramitación parlamentaria no le ha pasado desapercibida esta cuestión<sup>86</sup>, ostentado, al final, el rango de ordinaria.

En segundo lugar, los derechos a la producción y creación - literalmente- no incluyen los derechos sobre lo producido o creado.

En tercer lugar, es contradictorio otorgar una mayor protección constitucional a la propiedad intelectual que a la propiedad común, de hacerlo así traería como consecuencia que el derecho de autor sea un derecho de la personalidad y en ese caso, el derecho moral carecería de autonomía. Por tanto, el reconocimiento se produce en el art. 33 CE, que por otra parte, al ser considerado un derecho fundamental porque según el art. 53.1, son todos los del Capítulo II, permite interpretar adecuadamente el art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 15.1. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En cuarto lugar, en caso de duda, es preferible interpretar restrictivamente el art. 81.1 CE, so pena de colapsar el funcionamiento legislativo.

---

Especial, 7ª Edición, y Bajo Fernández, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos, Madrid, 1.987.

<sup>85</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Comentario al artículo 1º de la LPI, Coordinador Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Tecnos, Madrid, 1.989, págs. 19 a 25.

<sup>86</sup> Bercovitz, op. cit., pág 19,. Subraya que el proyecto incluía en la disposición adicional 4ª la declaración de orgánica de la reforma del art. 534 CP. Por una enmienda del Sr. Mardones (Grupo Mixto), se desdobló el proyecto en dos leyes una ordinaria (la LPI), y otra Orgánica (la reforma del art. 534 CP)



**Arroyo Zapatero, Luis-García Rivas, Nicolás** <sup>87</sup>.

Distinguen estos autores entre el derecho a ser autor y el derecho de autor. El primero es "la capacidad potencial de toda persona para crear una obra literaria, artística, científica o técnica ". El segundo consiste en un "haz de facultades pertenecientes al creador y que tiene por objeto la obra creada"<sup>88</sup>. Sólo el primero, en opinión de los autores, se encuentra instalado en el art. 20.1.b) CE, "porque se trata de un rasgo y carácter que pertenece a toda persona <sup>89</sup>" que es reconocido por la Constitución como derecho fundamental.

Distinto es el derecho de autor, como lo demuestra- siguen diciendo-, el sistema de plazos, la transmisión a herederos, e incluso un hipotético trasvase del patrimonio "de autor" a la colectividad, junto a la determinación de la titularidad en la obra colectiva a una persona jurídica, pues en estos casos se pone de manifiesto que "los derechos de autor, tanto en lo que se refiere a los derechos morales como a los derechos de explotación, encuentran su genuino fundamento constitucional en el precepto que reconoce el derecho (no fundamental) a la propiedad privada, esto es, el art. 33 CE "<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Comentario a la Ley Orgánica 6/1.987 de 11 de Noviembre, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, págs. 1.986 a 2005, Tecnos, 1.989.

<sup>88</sup> *Ibíd*em, pág 1.988

<sup>89</sup> *Ibíd*em, pág. 1.988

<sup>90</sup> *Ibíd*em, pág 1.989

**Carmona Salgado**<sup>91</sup>. Con base en la fundamentación jurídica de la Sentencia de 9-12-85 TS S1<sup>a</sup>, se inclina por no incluir el derecho moral en el art. 20.1, b) CE, porque es un derecho personalísimo (que sólo puede ser realizado por su propio titular) pero no de la personalidad (el que recae sobre un bien de esta cualidad). "En orden a este razonamiento- dice - se ha concluido que el derecho de autor contiene facultades personalísimas, pero no es un derecho de la personalidad; la obra es algo creado por la persona, aunque claramente distinto y separado de ella".<sup>92</sup>

Refuerza esta idea con el hecho de que "el art. 20,1,b) CE protege una facultad interior; en cambio cuando se produce o crea, lo que se protege es el resultado exterior, que hace surgir un derecho especial: el de autor. Este último no es un derecho de la personalidad porque carece de la nota de la esencialidad al no ser consustancial a la persona, ya que no todas son autores, y conlleva además la necesidad de su exteriorización. De esta forma, dicha característica origina el nacimiento de otro derecho en favor del público, adquirentes, receptores, etc., cuyo objeto es un bien material, siendo el del primero un bien inmaterial<sup>93</sup>, cuyo contenido (interior) está orientado a satisfacer íntimas necesidades, por lo que "un eventual atentado al mismo podría originar alguno de los delitos que tutelan la libertad personal dentro del Código penal (amenazas o coacciones), pero no el nuevo art. 534 bis, a), puesto que aún no hay obra que

---

<sup>91</sup> Carmona Salgado, Concepción, La Nueva Ley de Propiedad Intelectual, Editorial Montecorvo, Madrid, 1.988.

<sup>92</sup> *Ibíd*em, pág. 124

<sup>93</sup> *Ibíd*em, pág. 126.El entrecomillado pertenece las fundamentaciones mantenidas por la mayoría del Tribunal en la Sentencia de 9 de Diciembre de 1.985, en el caso del escultor Pablo Serrano.

proteger"<sup>94</sup>. El Derecho de autor, sin embargo, "no afecta la libertad de actuación, sino al tener de la persona, es decir a expresiones concretas y exteriorizadas de su libertad intelectual. La lesión de este segundo derecho sí podría, en cambio, tipificar en el mencionado artículo del texto punitivo"<sup>95</sup>.

Concluye que es preciso distinguir "el derecho a la creación intelectual, tutelado a través del art. 20,1,b) de la CE, y el derecho de autor, cuyo carácter fundamental se entiende reducido en todo caso a su aspecto moral, y sólo como modal ejercicio del derecho al honor, pero nunca extensible a su vertiente patrimonial, que sólo goza de de protección constitucional a nivel general".<sup>96 97</sup>

Ha reforzado su tesis, posteriormente, con un nuevo argumento que, básicamente, consiste en que dada la naturaleza -a su juicio- eminentemente patrimonial de la infracción, el legislador no se ha mostrado partidario de la consideración de derecho fundamental del derecho moral.<sup>98</sup>

### **2.3.2.- Se muestran partidarios del reconocimiento del derecho de autor como derecho fundamental y su inclusión en el art.**

---

<sup>94</sup>Ibídem, pág 131

<sup>95</sup> Ibídem, pág, 131

<sup>96</sup> Ibídem, pág 132

<sup>97</sup> Ha insistido con los mismos argumentos en una obra posterior. Carmona Salgado, Concepción, El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual, en Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por Cobo del Rosal, y coordinados por Bajo Fernández. Tomo XIII. págs. 103 a 106. Edersa, 1.991.

<sup>98</sup> Carmona Salgado, Concepción, Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1.987 sobre propiedad intelectual, Poder Judicial , n<sup>o</sup> Especial IX, pág.338.

## 20.1,b) CE<sup>99</sup>:

**Rodríguez Tapia**<sup>100</sup>. Asienta su posición favorable a reconocer al derecho de autor como fundamental e instalado en el art. 20,1,b) CE, en "una serie de indicios interpretativos" que se infieren, en primer lugar, de los debates parlamentarios constituyentes<sup>101</sup>; en segundo lugar, de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1.948, que por vía del art. 10.2 CE lleva al reconocimiento y protección de los derechos materiales y morales de los autores; en tercer lugar, del derecho comparado más reciente, y en concreto del art. 42 de la Constitución portuguesa de 1.976, que declara comprendida en la libertad de creación, los derechos de autor; y en cuarto lugar, la libertad de creación precisa materializarse pues la protección se dispensa no a las ideas sino a la forma de expresarlas, de tal manera que se genera un derecho que "es otorgado a cada persona que cree una obra una serie de poderes sobre ella, derivados

---

<sup>99</sup> Además de los que a continuación se analizarán: En la doctrina civilista, Perez de Castro, El Derecho de propiedad sobre las obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra, Actualidad Civil, 1.987, núm. 4. Bondía Román, Fernando, Propiedad Intelectual, su significado en la sociedad de la información, Ed. Trivium, Madrid, 1988, págs. 103 a 108. Caramés Puente, Jorge, Comentario al art. 40 de la Ley de Propiedad Intelectual, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, pág. 609, Tecnos, Madrid, 1.989. Y en la Penal: Quintero Olivares y Gómez Benitez, Protección penal de los derechos de autor y conexos, Cuadernos de Cívitas, Madrid, 1.988. Chirinos Rivera, Sonia, A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual del autor, Poder Judicial, nº Especial IX.

<sup>100</sup> Rodríguez Tapia, Jose Miguel, Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de Noviembre de 1.987, ADC, 1.988, págs. 253 a 325.

<sup>101</sup> De las enmiendas al antiguo 19,1,b), y particularmente de la número 63 al Anteproyecto de 5 de Enero de 1.978, "lo cierto es que lo que se discutía era la oportunidad de reconocer la propiedad intelectual". Y también de las alusiones en las enmiendas a la triada de obras del ingenio, literarias, artísticas y científicas.

implícitamente de un reconocimiento primario: su condición de autor, de padre de la obra, lo que significa poder disponer y explotarla según su voluntad. No existen autores sin obras<sup>102</sup>”.

En una aproximación más afinada a la cuestión, Rodríguez Tapia, partiendo de la ubicación del derecho de autor en el art. 20,1,b), distingue entre el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53 CE), contenido normal y contenido constitucional.<sup>103</sup> Por ello -asegura- es posible que contenido constitucional y contenido esencial coincidan, pero puede suceder que el contenido constitucional rebase los mínimos esenciales reconocibles, o que por el contrario, que el contenido constitucional no sea bastante para colmar de rasgos esenciales al derecho a la creación y producción intelectual (que es el caso). El contenido constitucional del art. 20,1,b) no hace mención a la atribución de la titularidad del derecho, y sin embargo tal elemento pertenece al contenido esencial, a la vista del art. 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, puesto que allí aparecen como titulares los autores, y no los financiadores o adquirentes. "De aquí podríamos deducir que es esencial al derecho de autor la atribución al autor de un estatuto diferente, de un ámbito de poderes sobre sus obras que se reconoce a terceras personas." Pues "reconocer el mismo derecho al adquirente que al creador haría irreconocible la institución del derecho de autor así regulado. Esto no quiere decir que no puedan ser titulares de este derecho todos los españoles o

---

<sup>102</sup> Rodríguez Tapia, Siete derechos ..., pág. 254.

<sup>103</sup> Ibídem, pág 262. Contenido esencial (abstracción) sería, para Rodríguez Tapia, aquella parte imprescindible del derecho que lo hace reconocible. Contenido normal (reiteración o frecuencia), el conjunto de poderes y facultades, unos esenciales, otros accesorios, con que suele investirse al titular del derecho. Y contenido constitucional (mandato constitucional), sería el conjunto de o contenido de un derecho resultante de las normas constitucionales aplicables al supuesto de hecho que hace nacer el derecho o en que se desenvuelve su ejercicio.

todas las personas, sólo significa que para acceder a tal protección exige cumplir el supuesto de hecho, esto es, crear o producir alguna obra literaria, artística o científica, de manera que si la relación de un sujeto con una obra intelectual es la derivada de su adquisición, podrá recabar la protección de su propietario, pero no la del autor".<sup>104</sup>

**Jufresa Patau**<sup>105</sup> se pronuncia por la esencialidad del derecho de autor, porque -dice-, " es evidente que todos, aun en las más groseras o simples manifestaciones, somos autores en algún momento de nuestras vidas, y no cabe confundir la categoría <<autor>> con <<autor de mérito>>; pero es que esa concepción pasa por considerar los derechos fundamentales como derechos de una sola lectura (positiva), lo que, recurriendo a la analogía, significaría lo mismo que negar el carácter de derecho fundamental a la libre sindicación porque no todos pertenecemos a un sindicato<sup>106</sup>. Los derechos fundamentales tienen un aspecto positivo y otro negativo, de tal forma que se tiene derecho también a su no ejercicio. Eso, precisamente, distingue el derecho del deber"<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Rodríguez Tapia, op. cit., pág.264. Igual criterio mantiene con respecto al objeto del derecho, pues "aunque no forme parte del contenido -estrictamente hablando-, la correcta delimitación de un objeto de cierto derecho subjetivo lo hará reconocible o logrará proteger el interés para el que fue creado".

<sup>105</sup> Jufresa Patau, Frances de P., El Fundamento Constitucional del derecho de autor., Revista la LEY,1.988-4, págs. 951 a 955.

<sup>106</sup> Roldan Barbero, Horacio, Personalismo y Patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales, La Ley. 1.988-2, pág. 915-Entiende este autor que "la impersonalidad atribuida a la actividad creadora, bajo el alegato de que no toda persona crea o produce arte, conduce, sin embargo, a una conclusión peligrosa: la relativización de todos aquellos derechos fundamentales que, por razones varias, no son ejercitados por todos los ciudadanos ( la libertad de reunión, la libertad de cátedra o la libertad sindical, por ejemplo)

<sup>107</sup> Jufresa Patau, op. cit., pág. 952.

Para **Roldán Barbero**<sup>108</sup>, la actual Constitución, más allá de las predecesoras, ha otorgado carta de naturaleza a los derechos personales del autor, de tal modo que "la vena espiritual del acto de crear debe trascender, en lógica consecuencia, al producto de esa creación, sobre el cual adquiere su autor un dominio que se justifica moralmente".

Sin embargo en el ámbito de la protección patrimonial de la obra, mantiene que la protección quedaría amparada por el art. 33.1 CE (derecho de propiedad privada), con las limitaciones establecidas en los arts. 33.3 y 44 CE.

De acuerdo con el voto particular a la Sentencia de 9-12-85, **Boix Reig**<sup>109</sup> sostiene que el derecho moral "conforma un interés jurídico de rango constitucional, más concretamente como derecho fundamental del art. 20 de nuestra Constitución", porque el concreto derecho de autor y el derecho genérico a crear, se encuentran indisolublemente unidos: "la efectiva protección de este último sólo tiene lugar si se efectúa ex ante y ex post al momento de la efectiva producción, (pues) de lo contrario la protección jurídica pretendida por el art. 20 de la Constitución devendría ilusoria, siendo una mera proclamación jurídica sin la menor virtualidad".<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Roldan Barbero, Horacio, op. cit., pág 917.

<sup>109</sup> Boix Reig, Javier, op. cit., pág. 941.

<sup>110</sup> Chirinos Rivera, op. cit., pág. 406, se expresa en el mismo sentido: la capacidad de crear en abstracto es una potencialidad del hombre que ni siquiera es preciso reconocer constitucionalmente, lo determinante, ya no es, pues, la facultad de protección potencial, sino la actual (Delgado Porrás, A., Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual, Madrid, 1.988).

Sobre esta capacidad potencial, Roldan Barbero, op. cit. pág 915, ha insistido, que "No todas las personas están en condiciones - o se dedican- de/a producir obras del espíritu. Ahora bien, esa posibilidad existe potencialmente para todos.

### 2.3.3.- Crítica

Bercovitz se apoya, básicamente, en tres puntos para negar la naturaleza de derecho fundamental al derecho de autor. Todos ellos son rechazables.

En primer lugar, porque con independencia de que no es la voluntad del legislador, sino el sentido objetivo del texto, lo que determina el contenido de la ley, si algún análisis cabe efectuar sobre los trabajos legislativos, no es el de aprobación de la LPI, sino el referido a la elaboración del art. 20,1,b ) CE, de los que se desprende, y el propio Bercovitz reconoce, la intención legislativa de incluir el derecho de autor como fundamental<sup>111</sup>.

En segundo lugar, la literalidad del art. 20,1,b) es sólo una referencia, a lo más un indicio, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales, como ha puesto de manifiesto, Rodríguez Tapia, al distinguir entre contenido esencial, normal y constitucional. De otra parte, el propio Rodríguez Tapia, Díaz Conlledó, Sonia Chirinos y Boix Reig, entienden inseparable el vínculo entre el creador y lo creado, si no se quiere convertir el art. 20,1, b), en una mera declaración vácua y programática.

En tercer lugar, Bercovitz construye sus postulados partiendo de que el derecho de autor es una propiedad especial, pero ello requiere la previa determinación de si el derecho de autor goza de una naturaleza jurídica emparentada con el dominio o con la personalidad, o con ambas a la vez, y si de

---

<sup>111</sup> Bercovitz, Comentarios ..., pág. 22. Jufresa Patau, Frances de P., El Fundamento Constitucional del derecho de autor, La Ley, pág. 954. Otero Lastres, op. cit.. Y Rodríguez Tapia, op. cit. pág. 253.



ello se derivan dos derechos subjetivos, uno patrimonial y otro moral, o es un sólo derecho, el de autor, con dos vertientes, la moral y patrimonial o de explotación. Si nos inclinásemos por una teoría monista radicada en la propiedad, la tesis de Bercovitz no ofrece reparos, pero si por el contrario la naturaleza es mixta o monista pero con las dos vertientes dichas, la posición de Bercovitz ha de ser rechazada, pues al menos el derecho moral, resulta de difícil encaje en la protección del art. 33 CE, y tampoco es satisfactoria su inclusión en el art. 18 CE, por las razones más arriba apuntadas.

Aún resulta más discutible, sino rechazable, la adscripción que efectúa del art. 33 CE a los derechos fundamentales, pues siendo cierto que el Capítulo Cuarto está dedicado a las garantías de las libertades públicas y derechos fundamentales, y el art. 53.1 se refiere a todo el Capítulo Segundo, sin diferenciar Sección, este artículo se limita a declarar que los derechos y libertades "vinculan a todos los poderes públicos", como no podía ser de otro modo, pues no es imaginable que con independencia de la clase de derecho de que se tratase, así no fuera. Pero ello no autoriza a extender la naturaleza del derecho fundamental a los derechos contenidos en la Sección Segunda del Capítulo Segundo<sup>112</sup>, como así lo pone de relieve, desde un plano positivo, el art. 53.2 que delimita el ámbito de dichos derechos a los de la Sección Primera, y el art. 53.3 desde uno negativo, pues va más lejos de los derechos para introducirse en

---

<sup>112</sup> En el mismo sentido Cobo del Rosal/Vives Antón, Introducción General, Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa, Comentarios a la Legislación Penal, Tomo III, Delitos e Infracciones de Contrabando, Dirigidos por Cobo del Rosal, Coordinados por Bajo Fernández, pág. 7, Edersa, 1.984, con cita de Prieto Sanchis, L.: Las Leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución Española de 1.978, en RFDUC, núm. 62, 1.981, pág. 133. Este criterio doctrinal coincide con el Fundamento Jurídico 2, a) de la STC 76/1.983 de 5 de Agosto, citada por Cobo/Vives, *Ibidem*, pág. 21.

"los principios rectores de la política social y económica". El Capítulo Cuarto trata "de las garantías de la libertades y derechos fundamentales", porque contiene una regulación mixta, y y garantizado lo más, garantizado lo menos.

Un último argumento que cabe oponer a la consideración de la propiedad común como derecho fundamental es de carácter contradictorio, pues de una parte estima correcto el cauce de ley ordinaria porque el derecho de autor no está reconocido en el derecho fundamental del art. 20,1,b)<sup>113</sup>, y de otra, sin embargo, afirma que está incluido en el art. 33 CE, al que considera fundamental. De tal manera que carece de sentido aceptar la ley como ordinaria porque no es un derecho fundamental (art. 20,1,b), y a renglón seguido decir que es un derecho fundamental pero instalado en otro artículo (art. 33)<sup>114</sup>

En cuarto lugar, sobre la interpretación restrictiva del art. 81.1, sólo cabe aludir a los fines garantistas del precepto, y si ello se tiene presente en todo momento resulta de ineludible aplicación el principio "pro orgánico-fundamental", esto es, dar valor a lo que más garantías ofrece, en defecto de lo que las aminora o restringe.

Tampoco la tesis defendida por Arroyo Zapatero y García Rivas es acertada, pues trazan una línea divisoria entre el derecho a ser autor y el derecho de autor por vía del sistema de transmisión, de plazos, y la titularidad de la obra colectiva, lo que demuestra -a su juicio- que el derecho de autor reside en el art. 33 CE. Ahora bien, olvidan que el sistema de transmisión sólo afecta a los derechos de explotación, pues los derechos morales son irrenunciables e inalienables (art. 14), y que aun transmitidos (los de explotación) se contienen

---

<sup>113</sup> Bercovitz, op. cit., pág. 19

<sup>114</sup> *Ibidem*, pág. 23

diversas limitaciones, como son: 1) que quedan reducidos a las modalidades cedidas expresamente previstas (art. 42). 2) Son nulos los pactos sobre las obras futuras, tanto para su creación, como para abstenerse de hacerlo (art. 43). 3) En las obras pictóricas, si la obra no ha sido divulgada, no cabe exposición pública si el autor no lo autoriza (art. 56). 4) Aun habiendo sido divulgada una obra, el autor mantiene el derecho a retirarla del comercio (art. 14.6). 5) Y por último, tiene derecho a acceder al ejemplar único o raro de su obra (art. 14.7).

El sistema de plazos sólo rige sobre los derechos de explotación (art.26) pero en modo alguno sobre los derechos morales (art. 15), esto es, son imprescriptibles o perpetuos (art. 41, párrf. segundo).

Sobre la obra colectiva, habré de pronunciarme más adelante, pero puede anticiparse que la coordinación de una persona jurídica en la obra colectiva también deja a salvo los derechos morales del autor, pues el art. 8 no habla de titularidad, sino los derechos pertenecientes a quien la edite y divulgue.

Así pues, cabe concluir que los derechos morales no encuentran asiento en el art. 33 CE, y en consecuencia, la solución que proponen los autores no puede ser aceptada.

Asímismo debe ser rechazada la posición que mantiene Carmona Salgado, por las siguientes razones:

En primer lugar porque la doctrina de los derechos personales y

personalísimos, que extrae de la doctrina de Díez Picazo-Gullón<sup>115</sup>, es adaptable (por confusión) al derecho de autor, si se entiende que "un derecho forma parte de la personalidad con tal de que esté ínsito en la persona o suponga un desarrollo de la misma"<sup>116</sup> con independencia de su ejercicio, lo que viene avalado por lo dispuesto en el art. 20,1,d) (libertad de cátedra), especialmente cuando esté "ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la fama o reputación, amén de la dignidad, (pues) no cabe que un sistema de regulación de los derechos de autor, expropie de su auténtico creador decisiones o poderes en los que van comprometidos dichos valores".<sup>117</sup>

Efectivamente, el propio reconocimiento de los derechos morales en su amplia diversidad, implica necesariamente un flujo de personalidad en la obra

---

<sup>115</sup> Díez Picazo-Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol II, 1.990, pág. 237. El discurso de los autores resulta impecable: De un derecho personalísimo se habla cuando el ejercicio de defensa y la defensa de una determinada situación de poder sólo puede ser realizada por el propio titular: un derecho es personalísimo cuando su ejercicio no puede ser confiado a otro. Sin embargo los derechos de la personalidad son derechos sobre algunos bienes de la personalidad. Ahora bien, tales derechos no son incompatibles, más al contrario en muchas ocasiones coinciden, y en otras se separan, pues "los derechos de la personalidad son siempre personalísimos", dicen los propios autores. La característica irconfundible que imprime la LPI es que son personalísimos, pero ello, como hemos visto, no obsta a que también sean derechos de la personalidad, esto es, que el carácter personalísimo sea una consecuencia necesaria de su adscripción a los derechos de la personalidad. Los autores lo niegan porque la obra intelectual, la obra del ingenio no es un bien de la personalidad. Es algo creado por la persona, pero perfectamente distinto y separado de ella. Es esta, una visión simplista de la creación, como los propios autores reconocen al criticar la teoría de la propiedad. La obra no es sólo una cosa. Es la proyección y plasmación del autor en una obra del espíritu. El autor se desnuda, renuncia a su intimidad, y se expresa para todos y ante todos.

<sup>116</sup> Roldán Barbero, op. cit., pág. 915

<sup>117</sup> Rodríguez Tapia, op. cit. pág 254.

creada de imposible distingo. En este sentido la confluencia del corpus mysticum y material adquiere verdadera carta de naturaleza. La obra es una prolongación del autor, que va unido indefectiblemente a la aceptación, rechazo, estima, valoración, etc., que sufra su creación intelectual.

En segundo lugar, es la propia Ley de Propiedad Intelectual quien despeja toda duda sobre el derecho de autor como derecho personal en su art. 2: La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter PERSONAL y patrimonial. Hasta el punto de que "la naturaleza personal de las facultades del art. 14 determina que al ejercicio de éstas sea aplicable, por analogía si se quiere, el régimen sobre la capacidad para los actos relativos a derechos de la personalidad"<sup>118</sup>.

En tercer lugar, porque la adscripción de Carmona Salgado a una tesis monista-unitaria<sup>119</sup>, resulta contradictoria con la escisión de ambos derechos, no solamente el moral y patrimonial, sino el de protección a la creación y a lo creado, pues ello (considerar al derecho como unitario) obliga a que el "reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado"<sup>120</sup>.

En cuarto lugar, el distinto valor de protección penal que se otorga al

---

<sup>118</sup> Caffarena Laporta, Jorge, Comentario al art. 14 de la Ley de Propiedad Intelectual, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1.989, pág. 266 y 267.

<sup>119</sup> Carmona Salgado, La nueva Ley de propiedad Intelectual. pág. 120 y ss.

<sup>120</sup> Bercovitz, op. cit., pág 23, y la propia Carmona Salgado, op. cit, pág 132, nota 50. Por este motivo no puede tampoco aceptarse la solución que ofrece Joldan Barbero, op. cit. pág. 917, de destinar los derechos morales al art. 20,1b) y los derechos patrimoniales al rt. 33 CE

derecho de creación y al derecho sobre lo creado <sup>121</sup>, no resulta concluyente. En efecto, la diversidad de la protección es común a otros derechos fundamentales, y opera bajo el principio de "última ratio" y "mínima intervención". Un supuesto expreso y paradigmático de diversa protección -en abstracto y en concreto-, lo ofrece el art. 191 CP. Establece este artículo una protección genérica a la inviolabilidad del domicilio ( art. 191.1 CP- art. 18.2 CE); una protección también concreta a determinados contenidos de ese domicilio ( papeles y efectos, art. 191.2 CP); y una protección igualmente concreta al modo del registro (vejación injusta contra las personas o daño innecesario de sus bienes, art. 191.3 CP). La selección de los valores y su protección corresponden al legislador, y esa tarea se efectúa del modo técnico y político-criminal que estima más conveniente. De tal manera que la protección penal o bien se lleva a cabo - con arreglo a los principios enunciados - mediante la referencia exclusiva de los derechos fundamentales, en cuyo caso la diversidad resulta obvia porque atiende al propio derecho en su forma pura y a sus consecuencias; o bien se extrae de "valores inmanentes", en cuyo caso la sistemática a que alude la autora, carece de sentido. En uno y otro caso, como ya se adelantaba, resulta inconcluyente.

Y aún lo es más, invertir el proceso, esto es, determinar la naturaleza de un derecho fundamental por la naturaleza de tipo penal respectivo y no al contrario. En efecto, la naturaleza del delito, si resulta fiel reflejo del derecho fundamental, habrá de obtenerse en referencia al derecho fundamental y no al revés. Es este el mandato de la ley al Juez que dispone el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes **interpretarán y aplicarán** las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales.

---

<sup>121</sup> Muñoz Conde, op. cit, pág. 287.

#### 2.3.4.- Toma de posición

Un primer acercamiento a la cuestión ha sido expuesto en el apartado anterior "Derecho Moral y Constitución", que, desde la posición asumida, no deja dudas de la consideración del derecho de autor como un derecho fundamental. Por tanto, las tesis favorables a la inclusión del derecho de autor en el art. 20,1,b) CE serán, en todo caso, complementadas, con las mínimas excepciones criticadas.

Como punto de partida conviene tener presente la Sentencia del TC 113/1.985 de 7 de Noviembre<sup>122</sup> : "El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, reconocido y protegido en el apartado b) del mencionado precepto constitucional, no es sino una concreción del derecho - también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo- a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones<sup>123</sup>, difusión que, referida a las obras teatrales, presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe para ser representada".

Se contienen en esta resolución los elementos informadores y esenciales del derecho de autor. Se establece, de una parte, que el derecho de producción y creación es una **concreción del derecho de libertad de expresión**; y de otra, y en consecuencia, que **debe ser de la misma naturaleza y contener los mismos**

---

<sup>122</sup> Única que aborda, aún de forma tangencial el derecho a la producción y creación literaria, pues la 35/1987, de 18 de Marzo, se limitó a una cuestión meramente procesal sin entrar en fondo del amparo promovido.

<sup>123</sup> El voto particular del Magistrado Rubio LLorente a esta Sentencia, sostiene de que el derecho recogido en el art. 20,1,b), sea una concreción de la libertad de expresión, y a su juicio, es un derecho autónomo.

requisitos y exigencias. Tales requisitos y exigencias vienen concretados en el **derecho a expresar y difundir** (libremente pensamientos, ideas y opiniones), y si se observa, expresar resultaría sinónimo de producir y crear, y difundir sería una consecuencia necesaria de esta libertad, esto es, **la concreción material**, si se puede llamara así<sup>124</sup>.

Y no puede ser de otra manera, si no se quiere dejar vacío este derecho, pues de nada serviría poder expresar (crear), si tal forma de pensamiento no se difundiese. Sólo basta pensar, para entenderlo así, en un sujeto al que permitiera expresarse libremente en una habitación vacía y sin comunicación exterior, o que se permitiese escribir un artículo o una obra literaria que luego no fuese difundida. En estos casos se respetaría la libertad formal, pero no la real. Para hacer efectivo este derecho es preciso el control sobre la obra creada; el control sobre la difusión, lo que entraña el nacimiento de facultades morales y de explotación o patrimoniales. En este sentido se pronuncia el TC, cuando el derecho a la producción y creación lo liga a la difusión, del que dice, no se agota en la publicación, sino que, cuando se trata de obras teatrales, se extiende a la representación pública. Creada la obra no termina la protección, sino que requiere la difusión ( "difusión que, referida a las obras teatrales, PRESUPONE no sólo la publicación impresa), y por tal hay que entender, no sólo la publicación, sino también, cuando la naturaleza de la obra lo requiera, la ejecución o representación

---

<sup>124</sup> Roldán Barbero, op, cit., pág. 909, señala que "En España, las Cortes de 1.813 procedieron a sustituir el régimen del privilegio por el del derecho de propiedad. Esa apropiación de la obra por parte del autor se hallaba cohesionada a otro derecho igualmente reconocido en la tradición liberal del ochocientos: << la libertad de escribir, imprimir y publicar ... sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación >>, tal como sentenciaría la Constitución de Cadiz. Libertad de Expresión y propiedad de lo expresado eran, así, dos secuencias de un sólo fenómeno".



pública. Ello es demostrativo, que el art. 20,1, b), no se limita a la sola producción y creación, sino que alcanza momentos posteriores, que, por otra parte, resultan permanentes, pues la publicación, divulgación, representación, el conocimiento en general y público de la obra, es una decisión del autor.

Así, la difusión, publicación y ejecución de que habla el art. 20 CE y el TC, está llena de prerrogativas concedidas al autor para dar a conocer la obra en el momento que estime preciso, del modo que considere conveniente y en los términos que juzgue idóneos, mediante la cesión de aquellos derechos que no sean personales; porque crear o producir sin difusión, carece de sentido a los efectos del art. 20,1,b) CE<sup>125</sup>.

Esta idea se refuerza con lo dispuesto en el art. 20.2 CE : El ejercicio de estos derechos (sin excepción) no puede restringirse mediante ningún tipo de censura. Así pues, otorgar protección a la libertad de creación, presupone protección a lo creado. Interpretarlo de otro modo "significaría tanto como afirmar que la libertad de expresión como derecho fundamental no se halla en la base de la proscripción de la censura, porque la censura se proyecta en un momento posterior, en muchas ocasiones".<sup>126</sup> Mutatis mutandis, este planteamiento es trasladable al derecho a producir y crear obras literarias, artísticas, científicas y técnicas, pero con la singularidad que ofrece el hecho de que el autor ocupa un lugar preeminente, de tal manera que su derecho a ser reconocido como el creador, "tiene consecuencias morales y económicas

---

<sup>125</sup> García Sanz, Rosa María, El Derecho de autor de los informadores, Ed. Colex, 1.992, pág. 31 y ss. Señala que "el derecho de autor no es otra cosa que una modalidad de la puesta en eficacia de la facultad de difusión", a la que considera una facultad nuclear de donde arrancan el resto, tanto morales como patrimoniales o de explotación.

<sup>126</sup> Jufresa Patau, op. cit., pág. 954

imprescindibles, (pues) en tanto ligado al libre desarrollo de la personalidad y a la fama y reputación, amén de la dignidad, no cabe que un sistema de regulación de los derechos de autor, expropie de su auténtico creador decisiones o poderes en los que van comprometidos dichos valores"<sup>127</sup>.

#### 2.4.- Conclusión.-

Puede concluirse , por tanto, que el derecho de autor supone un haz de derechos que se entrelazan; unos de carácter personal y, otros de carácter patrimonial; los primeros con claras connotaciones de derechos reales (propiedad intelectual), y los segundos, aunque cercanos al derecho general de personalidad, obtienen su especificidad (derecho moral), al referirse a la creación intelectual producida por el autor.

Ambos derechos, no suponen entidades autónomas y claramente diferenciadas, más al contrario, se encuentran interrelacionadas de forma tan compleja y sólida que configuran un sólo derecho: el derecho de autor. En efecto, como señala Rintelen <sup>128</sup>, "el derecho de autor es el derecho de señorío

---

<sup>127</sup> Rodríguez Tapia, op. cit, pág. 254.

<sup>128</sup> Citado por Baylos, op. cit. p. 471 ,nota 279 . También cita a Hubmann (La unidad del derecho se deduce de de la unidad del objeto y de la inviabilidad práctica de una separación entre intereses personales y económicos); y Ulmer (Las facultades del autor pueden efectivamente dividirse en dos grupos, pero no están entre sí en la relación en que se encuentran dos tipos diferentes de derechos subjetivos, como los ven las teorías dualistas. El derecho de autor no es únicamente la suma de las facultades que corresponden al autor, es más bien el derecho único, del que fluyen las facultades que lo integran). En España se muestran partidarios de la doctrina unitaria: Díez Picazo y Gullón, Peña y Bernaldo de Quirós, y Serrano Alonso.

ideal y material sobre una obra espiritual creada".

Esta particularidad no es exclusiva del derecho de autor, pues también la propiedad común participa de ella, y así, se ha de convenir, que junto a los intereses económicos, la propiedad puede encerrar intereses ideales, e incluso de tal índole, que el interés económico esté supeditado a esos intereses ideales. A modo de ejemplo, una casa que encierra todos los recuerdos de niñez de un sujeto (interés ideal), su valor económico será superior al de construcción, y que aún cuando no sea su valor de mercado, lo es de oferta; es cierto que el comprador no pagará el precio porque valore los intereses ideales, pero sí que lo es que el precio se encuentra fijado en función de tales valores.

Pero quizás, donde más fácil es de advertir la concurrencia de esos intereses ideales junto a los patrimoniales, es en los objetos pertenecientes a personas de relevancia pública (mitificadas); una camiseta, y además usada, carece de valor económico, pero es bastante que perteneciera o fuere usada en una actuación o en una competición para que la relación personal prime e influya decisivamente sobre la económica.

Ahora bien al derecho, ese aspecto ideal no le interesa, y por consiguiente no lo protege, al menos directamente. La protección otorgada lo es a la propiedad de esa prenda con el valor de mercado que tenga, para lo que sí tendrá en cuenta el interés ideal, pero sólo y únicamente para eso; el régimen de tutela seguirá el de los derechos reales; y su sustracción, será un delito contra la propiedad; un desgarrar o una mancha, uno de daños, etc..

Sin embargo, la implicación de los derechos que confluyen en el derecho de

autor, sí le interesa al derecho, pero como un todo, porque no sólo se produce una relación entre la obra creada y el autor, sino que llega mucho más lejos, porque es la proyección de éste en aquélla, a través de un proceso de combinación de elementos sensibles articulados de forma única (significante-significado)<sup>129</sup>. Y esta proyección crea expectativas materiales, dignas, susceptibles y necesitadas de protección.

**El núcleo fuerte, por consiguiente, reside en esa proyección (personal), con necesarios influjos en la explotación ( patrimonial-real) de la obra intelectual, con claras consecuencias en el orden y régimen de protección del derecho de autor.**

Se han producido diversos intentos para ofrecer una cumplida explicación a la idea de proyección personal influenciadora de la explotación de la obra intelectual de modo que, a través de contemplar el derecho de los creadores como un derecho subjetivo absoluto y remisivo<sup>130</sup>, tal proyección consistiría en un facere, esto es, el objeto ya no será la obra intelectual como bien inmaterial sino un "facere regido por ella", que queda facultado por el derecho, porque no estamos en presencia de una cosa-masa, sino de una cosa-energía<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> El hombre simbólico-objeto cultural, Baylos pág. 478.

<sup>130</sup> Absoluto porque el titular puede jurídicamente hacer lo que hay que hacer, sin intermedio de persona alguna y con la obligación general de abstención de la comunidad. Remisivo porque el contenido del derecho no determina descriptivamente ese hacer, sino que confía su definición a la remisión al objeto. Baylos, op. cit. págs. 595 a 602.

<sup>131</sup> Guasp, Jaime, conferencia en el Curso organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid sobre derecho de autor, con el título La ejecución de los derechos de autor: no publicada, y citada por Baylos, op. cit., pág 602, según las notas que recogió personalmente.

Esta posición sustentada por Baylos, en un intento de ofrecer una nueva visión unitaria del derecho de los creadores, adolece de contradicciones insalvables. En efecto, como él mismo reconoce, la propiedad es igualmente un derecho absoluto y remisivo que consiste, además del goce y disposición, en un facere; si bien añade que al producirse la remisión, en el derecho de los creadores, la actividad a desarrollar por el sujeto es autónoma (no está ligada sólo al disfrute de la cosa, como es el caso de la propiedad que se encuentra ligada a la identificación cosa- objeto); pero al mismo tiempo -como no podía ser de otro modo -, reconoce que ese sector de actividad ha de ser descrito y puesto en relación con la creación espiritual.

Así pues, su autonomía será normativa y no naturalística, que parece ser la de la propiedad, pero, a su vez, nada impide que ésta pueda serlo y que actualmente lo sea, dada la progresiva espiritualización de la propiedad que se observa. De otra parte, un sector constreñido a su descripción, determinado por reglas, no parece que goce de una absoluta autonomía que le sirva de nota diferenciadora. Pero es que además, todo ello ha de ser puesto en relación, siempre, con la obra intelectual ( el objeto), produciéndose una superposición de objetos ( un objeto, la obra intelectual, que da lugar a otro objeto, un facere), sin que en ningún momento se detenga a distinguir entre objeto formal y material. Y por último, ese facere, en su concepción, se encuentra dirigido a la explotación, careciendo de autonomía el derecho moral del creador que estaría sujeto únicamente a su libertad de decisión.

En realidad, después de coincidir en la propuesta de estimar a los derechos de los creadores como un **derecho unitario**, su haz multiplicador, sigue un régimen extraño a la teoría<sup>132</sup> clásica con una fuerte base en los derechos

---

<sup>132</sup> Su nomen, hipoteca mobiliaria, etc.

reales. No en vano sus antecedentes se remontan a los privilegios, que incluso se otorgaban a los editores y no a los autores. Con posterioridad, la imagen de que la obra intelectual no es sólo algo que un día se creó, sino que alguien la creó, ahonda en la necesaria protección del autor-persona, en defecto del autor-obra, si bien la explotación de la obra sigue anclada en un régimen cercano a la propiedad monopolista.

Esas progresivas modificaciones, con inclusiones, cada vez más evidentes, de derechos de la personalidad, hasta convertirse en los derechos esenciales a los que se supeditan los económicos, hace que se participe de diversos institutos para su regulación, que los aproxima a los distintos derechos tradicionales conocidos, sin que se rijan inequívocamente por uno de ellos, ni siquiera por la mixtura de varios, más al contrario, adquieren una categoría nueva, la de derechos de autor, derecho único con las peculiaridades ya descritas, bajo un régimen, si se puede denominar así, de propiedad personalizada, de **propiedad con contenidos ideales dignos de protección** .

## **V.-INFRACCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR.**

### **A) Reforma del '63**

#### **1.- Cuestiones preliminares.**

Vuelve a suscitarse la cuestión del nomen iuris referido al título de la Sección en la que se incluye el tipo regulador de las conductas antijurídicas en materia de obras intelectuales. Hasta la reforma del 63 la denominación correspondía al título de defraudación de la propiedad intelectual, para modificarse defraudación en infracción, y propiedad en derechos de autor. A pesar del cambio de nomenclatura la Ley especial mantiene su denominación original, la de Ley de Propiedad Intelectual, grave contrasentido si tenemos en cuenta que el tipo penal es una norma en blanco que adquiere contenido de la propia Ley especial, cuyo objeto regulador es la creación intelectual en su resultado, la obra material. Por otra parte, y a pesar de que el proceso creativo es idéntico, se mantiene el término propiedad industrial, a diferencia de la intelectual que desaparece por completo. Y por último la sección que acoge el tipo penal se encuentra en el capítulo de las defraudaciones, entroncadas éstas, con el concepto de propiedad.

Parece, por tanto, que no existió causa justificadora del abandono de la anterior denominación, defraudación de la propiedad intelectual, conservando la Ley especial que le sirve de soporte con su mismo contenido y nombre, y manteniendo el tipo criminal entre los delitos contra la propiedad. Para mantener

una mínima coherencia debiera haberse producido una reforma de mayor amplitud, que la estética, que crea la tentación de interpretar el artículo 534 del código penal como una norma fatua, que no encuentra apoyo legal, ni dentro ni fuera del código que la contiene.

En este sentido, Quintano entiende que " se haya sustituido el nombre de propiedad intelectual por el de derecho de autor, y que se silencie la referencia a defraudación,.... han de considerarse como simples desahogos léxicos de pretendido modernismo, que en nada han cambiado las premisas materiales, ni siquiera las formales sistemáticas, por seguir constituyendo delitos contra la propiedad y defraudaciones, por imperativo de los respectivos epígrafes del título y capítulo"<sup>133</sup>. Esta posición ha sido apoyada por la sentencia de la Sala 2 del TS. de 30 de abril de 1979, al declarar que "en la clásica tipicidad del envío que caracteriza a esta propiedad aparecen como prevalentes las modalidades defraudatorias, cuya incardinación y tendencia procede del C.P. de 1848, que ha persistido en los posteriores y cuya modificación se recoge e inserta en la revisión de 1963, al crear una sección propia diferenciada de las estafas dando nueva redacción al artículo 534 cuya acción consiste en infringir intencionadamente los derechos de autor, cuyo concepto de infracción equivale al de defraudación que emplea el artículo 46 de la referida ley de 1879". Sin embargo, ésta y otras sentencias posteriores a la modificación de 1963, no obstante lo declarado, no exigen la concurrencia de perjuicio o daños económicos para la constitución del delito.

Y en efecto, es ésta una de las consecuencias de la modificación introducida por la reforma del '63, que pone de aviso sobre la nueva dimensión de la figura típica.

---

<sup>133</sup> Quintano, op. cit.



Tanto la Ley 79/1.961 de 23 de Diciembre, de Bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras Leyes Penales, Primera c) , como el Decreto 691/1.963, de 28 de Marzo, por el que se aprueba el texto revisado de 1.963 del Código Penal, 1, e), señalan que el nuevo art. 534 se independiza de las Estafas, creando una sección nueva (ley de Bases), y se configura un precepto por entero nuevo por la extensión que reviste y el sentido espiritualista que representa (Decreto de Reforma). Y así ha de verse el nuevo art. 534 introducido por la reforma del '63, pues la modificación de defraudación por infracción, y propiedad intelectual por derechos, es de mayor alcance que unos meros desahogos léxicos, que dijera Quintano.

El cambio del verbo nuclear supone la conversión de un delito de resultado en un delito de mera actividad, y ello implica una decidida ampliación del objeto de protección. Se ha pasado del tejido subcutáneo a la epidermis. La mera lesión de los derechos de autor, aún cuando no se obtenga ningún beneficio o no se produzca perjuicio alguno, realizará el tipo de injusto. Esta decisión político-criminal, deriva de la nueva concepción del bien jurídico, pues se hace más valorable, más relevante, y en definitiva, más trascendente, porque alcanza al elemento espiritual de la creación.

Así, dentro del derecho de autor tendrán cabida, no sólo los derechos de explotación de la obra, sino también los derechos morales, esto es, la ligazón del autor con su obra. Se pone el acento, por tanto, en el proceso creativo, núcleo intangible y esencial, que será el objeto formal protegido, como veremos más adelante.

## **2.- Estudio del tipo.**

Dice el artículo 534: El que infringiere intencionadamente los derechos de autor será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales.

.....

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

Queda formulado como todo precepto penal en forma de proposición, cuyo término típico normativo consiste en infringir los derechos de autor y el psicológico hacerlo intencionadamente, por lo que se requiere dolo directo.

También al consistir la infracción en lesionar los derechos de autor (término normativo valorado), y no encontrarse los mismos definidos en el precepto, hemos de considerarlo como un tipo penal en blanco con reenvío a normas especiales que le dan contenido.

### **2.1.- Norma penal en blanco**

Se echan en falta por tanto "las exigencias de taxatividad con la determinación del ámbito de lo punible, dimanantes del significado esencial del principio de legalidad, (que) requieren que la formulación de los tipos se lleve a cabo mediante términos rígidos, en los que la discrecionalidad del intérprete quede reducida al mínimo (pues el injusto penal es un injusto tipificado).<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup> Cobo/Vives, op. cit., pág. Siguen diciendo : Y no cabe hablar de tipicidad allí donde una defectuosa técnica legislativa o una manipulación más o menos enmascarada dejan al arbitrio del intérprete y en su caso del juzgador, la determinación del contenido de las posiciones legales". Y terminan con lo

En efecto, el tipo estudiado encuentra su contenido en normas extrapenales, que si ya de por sí vician el principio de legalidad al conculcar la taxatividad exigible, añade un plus cuando el reenvío se dirige a normas dispersas, que aparecen normativamente bajo rangos distintos y dispares- leyes, reglamentos y ordenes ministeriales- y abocan a la antítesis del principio de legalidad, a la inseguridad jurídica, producto de quedar sujetos a una desorbitada interpretación judicial, sobre todo en este supuesto indefinido y genérico, que no hace mención alguna a qué derechos de los comprendidos en las leyes que le sirven de sustento, al ser atacados, dan lugar a la actividad penal<sup>135</sup>, hasta tal punto que la jurisprudencia ha reconocido una segunda tipicidad abierta en algunos artículos de las normas reguladoras de la propiedad intelectual.

---

siguiente: "Sería equivocado pensar que el riesgo de la falta de determinación del contenido típico tiene lugar solamente cuando se emplean cláusulas normativas pendientes de valoración. Desde luego, en tales casos existe, por regla general, un atentado por demás flagrante al principio de legalidad. Puesto que la ley remite, con el empleo de tales cláusulas, órdenes normativas imprecisas y deja, en último término que sea el juez quien determine su contenido, el uso de los mismos en las formulaciones legales, representa una forma de eludir las exigencias de la reserva absoluta de ley que, ...., impide de toda suerte de remisión normativa, tanto si ésta tiene lugar en favor del ejecutivo, que detenta la potestad reglamentaria, cuanto si tiene lugar en favor de la judicatura. Y es que se produce una negación, más o menos solapada, pero sumamente grave, de la sustancial raíz de la que nace y se nutre el principio de legalidad: La concesión de hecho de atribuciones legislativas, nada menos que en materia penal, al poder judicial o al ejecutivo. Se desvirtúan así la misma división de poderes con fuerte menoscabo, en este caso, para el poder legislativo y sus privativas funciones en el orden criminal. El principio de legalidad se reduce a una mera y vacía formalidad, a una simple excusa, inadmisibles dentro del sistema constitucional vigente".

<sup>135</sup> Se produce así una vulneración del principio de legalidad desde el plano formal (no se respeta la reserva absoluta de ley), y desde el plano material (principio de taxatividad). Cobo/Vives, *Ibíd*

Cualquier infracción<sup>136</sup> de los derechos de autor conduce en principio a la configuración del tipo, de conformidad con la interpretación literal del artículo 534<sup>137</sup>, lo que ha obligado a una valoración jurisprudencial moderada, pero no carente de manifiesta inseguridad jurídica, al ser también de carácter abierto, pues no queda agotada con declaraciones genéricas y está sujeta al análisis particularizado de los supuestos a resolver.

La dispersión de normas de distinto rango no sólo afecta a la taxatividad inherente al principio de legalidad sino que además como declara la sentencia de la S 2ªTS de 15-12-69, el esfuerzo interpretativo de los tribunales no puede quedar "predeterminado incondicionalmente por las invocaciones a la represión

---

<sup>136</sup> Guinarte Cabada, Gurmensindo, El art. 534 del Código Penal como norma penal en blanco. Determinación de las infracciones típicas, en Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Cobo del Rosal, y Coordinados por Bajo Fernández, Tomo XIII, pág. 4, Edersa, 1.991. Aunque referido a la Propiedad Industrial, opina este autor que "al aludir la norma del Código al ámbito de lo penalmente ilícito con el verbo << infringir >> no delimita de conformidad con lo que exige el principio de legalidad el núcleo de la conducta típica. Es insostenible que todo mero infringir pueda constituir una acción u omisión en el sentido jurídico-penal y en este ámbito". Y concluye que ello supondría, en primer lugar, no respetar el carácter fragmentario del Derecho penal, y en segundo lugar, ello implicaría una confusión entre ilícitos penales y civiles y mercantiles.

<sup>137</sup> Mestre Delgado, Esteban, Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal, pág. 521 y 522. Opina el autor que de este modo se vulnera el principio de proporcionalidad en una doble dimensión: de una parte, se sancionan infracciones reglamentarias y no bienes jurídicos esenciales; y de otra, la sanción se produce con independencia de la entidad o incidencia de la conducta en la protección de derechos.

penal contenidas en disposiciones internas de orden administrativo<sup>138</sup> carentes de rango necesario para vincular a los tribunales de justicia en su función aplicativa de la ley".

No obstante, y con apoyo en una relativizada jurisprudencia constitucional, se ha señalado que la reserva absoluta de ley no impide la llamada colaboración reglamentaria.

No hay que confundir esta cuestión con la licitud genérica de los preceptos penales en blanco, esta confusión se produce en algunos autores que desarrollan la reserva de las leyes penales en blanco, sobre la legitimidad de éstas; cuestión que resuelven con la exigencia de que la remisión sea adecuada, entendiendo de esta manera que "la certeza y seguridad de la descripción puede incluso superar otras en las que no existan elementos normativos"<sup>139</sup>.

Esteban Mestre<sup>140</sup>, sin embargo, se muestra contrario a toda habilitación genérica, pero con apoyo en la STC de 21 de Enero de 1.988, considera que "la colaboración reglamentaria en la tipificación de las infracciones respeta las exigencias derivadas del principio de legalidad tan sólo si los elementos fundamentales de la tipificación están contenidos en la norma de rango legal, de

---

<sup>138</sup> En este sentido, Mestre Delgado, Esteban, *Ibíd.*, pág. 523, sostiene que "la fórmula de las remisiones genéricas de las normas penales a las administrativas es un *tertium genus* entre la punición penal y la sanción administrativa que impide a una y otra cumplir con eficacia sus propios fines protectores".

<sup>139</sup> Rodríguez Ramos, Luis, *Reserva de Ley Orgánica para las normas penales, Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, Tomo I, págs. 299 a 306, Ed. por Edersa, 1.982.

<sup>140</sup> Mestre Delgado, Esteban, *op. cit.*, pág. 515.

tal manera que únicamente pueden ser sancionadas las acciones u omisiones subsumibles en las normas de rango de Ley".<sup>141</sup> Resultaría, pues, respetuosa con el principio de legalidad toda remisión meramente ejecutiva -que en realidad ya no es tal -, siempre que quedara preservada en la ley penal, la determinación del contenido indisponible (elemento esencial<sup>142</sup>), esto es, el análisis de la descripción de la conducta punible.<sup>143</sup> Pues "la certeza del Derecho es la certeza

---

<sup>141</sup> La Sentencia de 29 de julio de 1.985, también citada por Mestre Delgado, *Ibídem*, pág. 515, declara que la posibilidad de que el reglamento sea llamado por la Ley para integrar de diverso modo sus mandatos no queda excluida en el ámbito de la reserva de Ley, pero ello siempre que "la remisión al reglamento no suponga deferir a la normación del gobierno el objeto mismo reservado".

En parecidos términos se ha expresado Arroyo Zapatero, Luis, Principio de legalidad y Reserva de Ley en materia penal, *Revista de Derecho Constitucional*. Año 3, Núm. 8, Mayo Agosto, 1.983, pág 34, que siguiendo el fundamento político del principio de legalidad desarrollado por Brícola (la reserva absoluta vendría dada no sólo por la garantía de la mayoría frente al Estado, sino también por la garantía del respeto a las minorías), afirma: "el reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa".

<sup>142</sup> El contenido esencial es una exigencia de la Constitución en su art. 53.1, que ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Ver nota 49 de Mestre Delgado, *op. cit.*, pág 315

<sup>143</sup> Mestre Delgado, Esteban, *Ibídem*, pág 516. Arroyo, *Ibídem*, añade dos elementos más: la remisión debe ser resultado de la necesidad y no de la mera conveniencia, y debe satisfacer las exigencias de certeza.

El criterio de "lo estrictamente necesario", ha sido también invocado por: Lamarca Perez, Carmen, *Legalidad Penal y Reserva de Ley en la Constitución Española*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año, 7, núm, 20, Agosto-Mayo, 1.987, pág 113; y Queralt, Joan, *De algunas bases del Derecho penal español*, *Anuario de Derecho Penal ADP*, 1.985, pág 320, para quien "Únicamente resulta admisible la remisión, manteniendo el grado de certeza propio de la garantía del principio de legalidad, cuando se trata de una necesidad de técnica legislativa y no de una mera conveniencia".

de la acción, porque es la garantía de la acción".<sup>144</sup>

Ahora bien, en este caso, no habría en realidad remisión. No es imaginable un reglamento ejecutivo de una ley penal. Y sobre todo, si el reglamento informa la ley de cualquier modo, el núcleo típico no queda delimitado en la propia ley, sino remitido. Y si no lo informa, el reglamento carece de relevancia. Es por esto que tienen razón Cobo/Boix<sup>145</sup>, cuando afirman que "la exigencia de determinación del hecho punible en la ley, de su taxatividad, es inherente al principio de legalidad, pues, por más que exista reserva de ley, o de ley orgánica, en materia penal, ésta deja de tener sentido cuando no es dicha ley la que, en última instancia, determina todas y cada una de las características de la conducta sancionable, sino que remite su concreción a otras fuentes, como pueden ser normas incluso de rango inferior al de ley o el propio juez". Pues en definitiva, **ya no sólo se trata de una cuestión de certeza y seguridad jurídica, sino de competencias atribuidas en un estado democrático a la clásica división de poderes.**

Pero es más, la remisión a otras leyes<sup>146</sup>, tampoco resultaría respetuosa con el principio de legalidad, pues si bien se mostraría acorde con la reserva absoluta, no lo haría con la sustancial, esto es, con la reserva de ley orgánica (art.

---

<sup>144</sup> Cobo/Boix, op. cit., pág 201, con cita de López de Oñate, F, La certeza del derecho, Buenos Aires, 1.953, pág. 180

<sup>145</sup> Cobo/Boix, Garantías constitucionales del derecho sancionador, Comentarios a la Legislación Penal, Dirigidos por Cobo del Rosal, y coordinados por Bajo Fernández, Tomo I (Derecho Penal y Constitución), 1.982, pág. 199 .  
S

<sup>146</sup> Para Arroyo Zapatero, op. cit., pág 35, si bien es obligado "trasladar parte de la que actualmente es materia reglamentaria a la ley orgánica", lo que no constituye núcleo esencial y complemento esencial, basta regularlo como ley ordinaria, frente a la concepción reglamentaria. Ahora bien en el tipo penal no caben distinciones de este orden.

81.1 CE), que quedaría así vulnerada, y en consecuencia, las garantías exigidas para el desarrollo de los derechos fundamentales<sup>147</sup>. Pues, de aceptarse esta legitimidad, no hay duda que ante la exigencia de esta limitación, remisión adecuada, que hay que entender como taxativa, el legislador hubiere incorporado al tipo como elementos normativos definitivos, aquellos pertenecientes a la ley extrapenal que le dotan de contenido, mas de haberse elegido esta opción las normas que rellenan la ley penal deben elevarse al rango de orgánicas.

Todo ello nos obliga a concluir que el requisito de taxatividad debe operar igualmente en el reenvío, lo que obliga a elevar a rango de orgánica la ley que le sirva de soporte, por ser, sin más, un elemento normativo que afecta a derechos fundamentales.

## 2.2.- Delimitación

Sabido lo anterior, es preciso adentrarse con la debida cautela en el estudio del tipo, art. 534, 1º del código penal, para no incurrir en interpretaciones extensivas, odiosas por demás en el ámbito penal, pues este riesgo es permanente desde el mismo momento en que el citado precepto es una norma en blanco que es necesario rellenar a través de normas administrativas que requieren

---

<sup>147</sup> Quintero Olivares, Gonzalo, Protección penal de los derechos de autor y conexos, Cuadernos Civitas, 1.988, pág. 21, parece decantarse tímidamente por esta exigencia: " resulta inviable por inconstitucional confiar a leyes de otra clase , y mucho más Reglamentos, la definición de conductas que puedan integrar delitos, siendo obligado, pues, que la Ley penal formal sea el único instrumento creador de delitos y penas". Ciertamente Quintero se está refiriendo a la reserva absoluta y no a la sustancial, y parece que la prohibición de remisión a otras leyes se limitaría sencillamente a las extrapenales, y no necesariamente a las orgánicas. Es decir, que en su opinión no cabe una remisión a una ley no penal. Pero, entonces, si no cabe una remisión a una ley no penal (y esta ha de ser orgánica), con mayor razón no cabría a una no orgánica.



encontrarse imbuídas de elementos protectores cuya conculcación adquiere relieves graves, por su entidad objetiva y subjetiva.

Ha sido la jurisprudencia quien de manera constante ha tratado de delimitar el ámbito del art. 534, declarándolo norma en blanco y de reenvío, que obliga al completo examen de la legislación rectora de la propiedad intelectual (ley y reglamento) STS 2ª de 27-4-79, y quien ha advertido de la necesaria separación de la triple vertiente protectora de la obra intelectual y no necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal, sin que la remisión extrapenal del artículo 534 CP pueda implicar sin más, la indeferenciada criminalización de toda conducta antijurídica del debido respeto a los derechos intelectuales. STS 2ª 15-12-69. Señalando que la atracción a la órbita penal, más allá de los ordinarios remedios impenetrables de la jurisdicción civil y de la pronta y resuelta intervención de la autoridad gubernativa, queda reservada para aquellos comportamientos de neta tipicidad criminal.

No ofrecen duda en ese sentido los supuestos recogidos en la ley de 1879 articulados específicamente con referencias al Código Penal o con la inclusión de terminología puramente penal, que encajan "per se" como tipicidad genérica, tal como sucede en los artículos 24, 25 y 46 de la misma, mientras que quedan como tipicidades abiertas la de los artículos 7º y 8º. STS 2ª de 27-4-79.

Dicho de otra manera, que en ningún caso los artículos citados, junto con otros olvidados, constituyen tipos delictivos específicos, pues ha de entenderse que cuando se declara que el artículo 534 es una norma en blanco con reenvío a leyes administrativas especiales, no se ha de construir el tipo con normas que sustituyan al citado artículo pues el único tipo legal es el general, el resto de la normativa a que se hace referencia es meramente indicativa, de donde hay que extraer otra conclusión, cual es , que como indicativos no agotan los

supuestos a considerar infracciones.

Salvo las tipicidades genéricas, que no ofrecen duda alguna como inscritas dentro del ámbito penal del art. 534 del CP, es necesario atender por grupos a aquellas infracciones de la ley especial que luego puedan constituir una conducta delictiva, para delimitar los supuestos que objetivamente revisten la gravedad suficiente, y que con nitidez deban ser criminalizados.

### **3.- Bien Jurídico**

La determinación del objeto de protección de la norma recogida en el art. 534.1 aparentemente no ofrece dificultad, toda vez que la proposición normativa directamente liga la infracción con los derechos de autor (el que infringiere los derechos de autor). Así las cosas, si convenimos que el bien jurídico constituye el fundamento de la infracción, y la infracción es la lesión o puesta en peligro de ... los derechos de autor, éstos, indudablemente, serán el objeto formal a proteger, o lo que es lo mismo el bien jurídico protegido en el tipo del art. 534.1.

Ahora bien, el tipo habla de derechos de autor, y lo primero que habrá de conocerse es qué son los derechos de autor, y cuáles, y si esta denominación en plural obliga a considerar al tipo de pluriofensivo. Sobre esta última cuestión, ha de señalarse que nada obsta a que aún cuando se haga referencia a derechos de autor, el bien jurídico esté constituido por un sólo derecho, y de éste modo sea considerado uniofensivo, como tendremos oportunidad de comprobar más adelante. Y a la misma conclusión se habría de llegar, si la lesión o puesta en peligro de los derechos fuere alternativa y no acumulativa.

Para concluir con éxito la averiguación del bien jurídico es, pues, preciso, desgranar cada uno de los derechos que le pertenecen al autor en relación con la obra intelectual por él creada, para luego determinar cuáles de ellos, infringidos, constituyen el injusto.

### **3.1.- Derechos de autor.**

Siguiendo la clasificación de Vega<sup>148</sup> aunque con contenido distinto, podemos formular la siguiente :

3.1.1.- Derecho moral.

3.1.2.- Derecho patrimonial.

3.1.3.- Derecho moral-patrimonial.

#### **3.1.1.- Derecho moral.**

Fue en la revisión de Roma de 28 de Junio de 1928 donde apareció por vez primera la denominación derecho moral (artículo 11 bis,2) y se precisó su alcance en el art. 6 bis<sup>149</sup>. Francia formuló el deseo de que el derecho moral

---

<sup>148</sup> Vega Vega, Jose Antonio, Consideraciones de Política Criminal sobre el plagio como infracción de los derechos de autor, Revue International de Droit Pénal, núm 1, 1.978, págs. 389 a 395.

<sup>149</sup>. Una exposición detallada de los antecedentes de la expresión "derecho moral", y sus controversias entre las diversas doctrinas (Kant, Morillot, Kholer y Gierke), puede verse en : Perez Serrano, Nicolás, El Derecho moral de los autores, ADC, 1.949, pág 10y ss.

se reconociera en las legislaciones internas con carácter inalienable y uniformidad en sus manifestaciones, pero fue la propuesta italiana que apelando a su propia legislación, inspirada en los principales ideales de la doctrina fascista, que dispone la protección más amplia a los intereses morales de los autores, quien consiguió su inclusión<sup>150</sup>.

La propuesta se refería a la incorporación de un nuevo art. 6 bis en el que se configurara un derecho con independencia de los derechos de carácter patrimonial con una triple vertiente reivindicatoria de la paternidad, el derecho a la publicación y velar por la integridad de la obra, para lo que se remitía a las legislaciones nacionales para la reglamentación del derecho, mencionando especialmente la facultad de publicación y los problemas que respecto a la integridad podían plantear las obras de ejemplar único.

La conferencia de Bruselas, revisión del Convenio de Berna (1.948), "patrocina su protección incluso después de la muerte del autor, al menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales".

No obstante, para Molas Valverde, el artículo transcrito no "se halla a la altura que requiere el derecho moral de autor que debe ser inalienable e imprescriptible, sin que lo limite, por tanto, la extinción de los derechos patrimoniales, ya que incluso admitiendo el dominio público, éste no autoriza que se lesione el derecho moral del autor con deformaciones o adaptaciones a géneros distintos e inferiores, de sus obras", y añade que "después de la muerte del autor por respeto a su memoria y por razón de cultura, cuando la inteligencia del legislador aprecie debidamente el rango y valor supremo de la obra del espíritu, la protección de ésta será perpetua por lo que atañe a los derechos morales

---

<sup>150</sup> Alvarez Romero, op. cit., pág. 56.

vinculados a la misma, aún en contra de los herederos o propietarios de ella si fuera necesario".<sup>151</sup>

A pesar de ser el texto internacional más avanzado, es superado por legislaciones nacionales como la Francesa que en su artículo 6 de la Ley de 11-3-57, Ley de Propiedad Literaria y Artística, dispone:

El autor gozará del derecho al respeto de su nombre, de su calidad de tal y de su obra.

Este derecho irá unido a su persona.<sup>152</sup>

Es perpetuo,inalienable e imprescriptible <sup>153</sup>.

Es transmisible por causa de muerte a los herederos del autor.

Su ejercicio podrá ser cedido a terceros en virtud de disposiciones testamentarias.

En el "ancien regimén" de la legislación española no se hacía mención al

---

<sup>151</sup> Molas Valverde,J., Propiedad Intelectual, Suma Jurídica para la Práctica Forense, Barcelona, 1962,pág. 149. Del mismo autor, Normas Procesales de Especialización en Propiedad Intelectual, Barcelona, págs. 88 y 89.

<sup>152</sup> Perez Serrano, op. cit, pág 22 y 23, señala que es un derecho absoluto, lo que significa un deber de todos los demás sujetos jurídicos con respecto a su titular (sentido positivo), y una abstención de perturbación de todos (sentido negativo). A su vez es un derecho de la personalidad, porque la paternidad del autor, y la integridad de la obra afecta a los atributos de la personalidad.

<sup>153</sup> Desbois, Henri, Le Droit d'Auteur en France, Propriété Littéraire et Artistique, Dalloz. Troisième Edition, París, 1.978, pág. 470. La perpetuidad se justifica por la longevidad de la obra que sobrevive a la extinción del monopolio y continúa llevando la expresión de la personalidad del autor. La inalienabilidad procede de la naturaleza extra-patrimonial de los atributos del derecho moral: el autor no puede renunciar a la defensa de su personalidad bajo pena de cometer un suicidio moral. Del mismo modo la noción de imprescriptibilidad está ligada a la de perpetuidad e inalienabilidad.

derecho moral, salvo en el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual, que dice: el autor que enajenare una obra dramática conserva el derecho de velar por su reproducción o representación exactas, sin perjuicio de que el propietario haga uso también de este derecho. El artículo 85 del propio Reglamento, dispone que los requisitos exigibles en carteles, programas, impresos o manuscritos de las funciones, de figurar los títulos, autores y traductores sin modificación alguna "se observarán aún para obras que hubieran pasado al dominio público". El artículo 93 del mismo cuerpo legal, recoge el derecho de arrepentimiento, en el que luego nos detendremos. Y por último, el artículo 8 LPI (derecho de inédito).

Ahora bien, sólo la analogía podía conducirnos a considerar los citados artículos inscritos dentro del derecho moral y como reconocimiento tácito del mismo dentro del Derecho positivo español -que en todo caso sería fragmentario y asistemático-, aunque es cierto que ni terminológica, ni conceptualmente aparece desarrollado el derecho que nos ocupa, hasta el punto de que reconociéndose el doble contenido patrimonial y moral de la propiedad intelectual, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de Junio de 1965, declara:..."queda reservada a la legislación de cada país el establecer las condiciones de ejercicio del derecho moral de autor, dado que los acuerdos de la citada conferencia (la de Roma de 1928), mientras no se desarrollan en condiciones posteriores, son conceptos meramente programáticos, que no pueden servir de fundamento a un Tribunal para hacer declaración de derechos, y como en tanto no se ha adaptado aún la legislación de propiedad intelectual al citado convenio, el que no se ha desenvuelto en normas legales, el mismo no puede servir para el reconocimiento del derecho que pretende el recurrente, al no existir la disposición legal que específicamente lo sanciona".

Sin embargo con la entrada en vigor de la Constitución (arts. 10.2 y 20,

1, b)), como hemos visto más atrás<sup>154</sup>, ya no puede admitirse la doctrina sostenida en la Sentencia transcrita.

El reconocimiento expreso viene de la mano de la Ley 22/1.987 de 11 de Noviembre, que en su preámbulo recoge como innovación relevante "la expresa regulación del derecho moral, que, integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, tiene carácter irrenunciable e inalienable y constituye la más clara manifestación de la soberanía del autor sobre su obra<sup>155</sup>". Se concreta este reconocimiento en el Libro I, Título Primero, Capítulo III, Sección 1ª, arts. 14 a 16. Tiene también reflejo en el art. 2 -La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial-; art. 24 (droit de suite); art. 40 y 41 (post mortem); art. 56 (exposición) ; arts, 66, 67 y 68 (Edición); art. 78 y 81 (representación), art. 93 y 94 (cinematografía-radiofonía); art. 95 (programas de ordenador); art. 107 (artistas, intérpretes o ejecutantes).

Por último, indicar que de este derecho moral dimana la protección a la paternidad, la reputación del autor, y su libertad creadora manifestada en el interés de que su obra sea juzgada y conocida como él mismo quiere ofrecerla a la posteridad y no de otro modo, pues se refiere a los valores espirituales y estéticos de la obra, lo que configura otros derechos como los de arrepentimiento, inédito, que se reconozca su paternidad, el aseguramiento de la integridad de la obra y el derecho a introducir modificaciones en la misma.

---

<sup>154</sup> Ver IV, 2.2 y 2.3.

<sup>155</sup> Correlato de todo ello es la inembargabilidad e inexpropiabilidad del derecho moral de autor, como señala CAffarena Laporta, Jorge, op. cit., pág. 266.

Este conjunto de derechos que luego desarrollaremos, sólo y únicamente pueden adscribirse al derecho moral *strictu sensu*, cuando se hallan en estado puro, es decir, cuando no participen o estén dirigidos a fines lucrativos<sup>156</sup>.

El derecho moral abarca: El derecho de divulgación o publicación, que a su vez comprende, el derecho de inédito, y el derecho de arrepentimiento; el derecho de paternidad; y el derecho de respeto de la obra<sup>157</sup>.

### **3.1.2.- Derechos patrimoniales.**

Los intereses patrimoniales quedan encuadrados doctrinalmente en lo que se conoce como el derecho de explotación que queda definido según Baylos<sup>158</sup> como "el derecho exclusivo que pertenece al autor de determinar las condiciones de toda clase, incluidas las económicas conforme a las cuales habrá de tener lugar la comunicación pública, difusión y publicación de su creación".

En nada se aparta, el contenido del derecho de explotación de un negocio jurídico ligado por la libertad de las partes en su voluntad de establecer pactos conducentes a la celebración de un contrato, con la especialidad de que su objeto es la obra intelectual y su fin la publicación o difusión.

Nos encontramos, pues, en la otra cara de la obra espiritual que viene a

---

<sup>156</sup> Perez Serrano, op. cit. pág 9. Considera como nota determinante del derecho moral el que carezca de "contenido económico patrimonial"

<sup>157</sup> Coincide básicamente con la regulación del art. 14 de la vigente LPI, que añade el acceso al ejemplar único o raro de la obra.

<sup>158</sup> Baylos, op. cit., pàg. 627



completar los derechos de autor, quien una vez ha decidido ponerse en comunicación con el mundo, lo hace bajo las reglas del mercado, acudiendo a instituciones mercantilistas que protejan sus intereses pecuniarios, considerando a su obra como un producto material al que adecúa un valor-trabajo en el objetivo de la consecución de la plusvalía reconocida en todo negocio, del que el autor es el titular; como si de un comerciante individual se tratase, que entra en relación con asociados a los que cede parte de sus derechos para la explotación lucrativa de su negocio.

En pos del aseguramiento de sus beneficios, la Ley y el Reglamento de propiedad intelectual establecen derechos de exclusión a favor de los autores, que genéricamente aparecen bajo la figura de la prohibición de la reproducción en sus distintas modalidades: actualización objetiva, y actualización personal.

La actualización objetiva, modalidad de comunicación, presentación o utilización, se encontraba recogida en el artículo 7 de la LPI: "nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aún para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición". Nótese que el derecho exclusivo se otorga al propietario, término puramente patrimonial, y no al autor, porque la protección es puramente económica.

El artículo 5 del RPI, regula la refundición y el extracto de las obras originales, exigiendo la autorización por escrito del autor o propietario, cuyo derecho de propiedad no haya prescrito. La traducción tiene su regulación específica en el artículo 2.2, que exige igualmente la autorización del autor por escrito. El artículo 64 del mismo cuerpo legal : "Tampoco será lícita la edición con fines mercantilistas de los planes y argumentos de las obras teatrales, sin permiso de sus autores o sus derechohabientes", parece considerar la licitud de las ediciones cuando no se persigan fines mercantiles, autorizando de esta

manera, lo que en la época era común: la publicación en revistas y periódicos de los argumentos de las obras, cuyo único objetivo era el de informar al público. En cualquier caso es de destacar el mantenimiento de la constante patrimonialista, y en esta ocasión reservada a los autores.

Sólo en las disciplinas sobre obras de arte, el derecho de reproducción se reserva a los autores, y en ese sentido el artículo 9 de la antigua LPI: "La enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la obra, los cuales permanecen reservados al autor o a sus derechohabientes"; y el artículo 10 del mismo texto legal, que es consecuencia del anterior: "Para poder copiar o reproducir en las mismas o en otras dimensiones, y por cualquier medio, las obras de arte originales existentes en galerías públicas en vida de sus autores, es necesario el previo consentimiento de éstos".

Esta regulación especial de las obras de arte atiende a las singulares características de estas obras, que posteriormente se les ha reconocido otro derecho nuevo, inherente a ellas, el "droit de suite", que supone una protección peculiar por ser obras de dificultosa difusión y acceso, de carácter único, y sujetas a radicales variaciones de valoración en el tiempo por su carácter de irrepetibles e irreproducibles<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Del "Droit de suite", se ha discutido si forma parte de la propiedad intelectual o más bien es un derecho conexo (Desbois, Henri, op. cit. págs. 376 a 378, se inclina por considerarlo un derecho de explotación más, junto a los de reproducción y ejecución, si bien por sus singularidades, la violación del "droit de suite" no constituiría un ilícito penal, porque sanción penal se dirige a la reproducción y representación sin autorización, y el "droit de suite", en sentido estricto, no se correlaciona con esas conductas), en cualquier caso, lo cierto es que viene a amparar los intereses patrimoniales del autor, especialmente sobre determinadas obras, las pictóricas, que exigían mayor tutela, pues en muchos casos venían a producir el enriquecimiento de personas que no eran el autor.

---

Después se fue ampliando el campo, hasta la formulación general establecida en el artículo 14 ter del Convenio de Berna:

"1) En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor - o después de su muerte las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de las obras posteriores a la primera cesión operada por el autor".

Quedan así concretadas las obras intelectuales amparadas por el droit de suite: Son toda aquellas obras de arte originales (pictóricas, escultóricas, etc.), y los manuscritos originales. Por consiguiente, toda obra primera y única (literaria, musical, etc.).

"2) La protección prevista en el párrafo anterior no será exigible en los países de la Unión mientras la legislación nacional del autor no admita esta protección y en la medida en que la permita la legislación del país en que esta protección sea reclamada".

En virtud de este apartado, las legislaciones nacionales, sólo regulan este derecho con respecto a las obras pictóricas (Francia por Ley de 11 -1.957, art.42, Italia por Ley de 22-4-1.941, arts.144 y ss. y Alemania por Ley de 9-9-1.968).

"3) Las legislaciones nacionales determinaran las modalidades de la percepción y el monto a recibir".

En la legislación española no se recogía expresamente este derecho. La doctrina ni siquiera por vía interpretativa, entendió que precepto alguno de la Ley y Reglamento de Propiedad Intelectual pudiera amparar, ser antecedente o residuo de este derecho de creación Francesa por medio de Ley de 20-5-1920, sin embargo, y como ya hemos hecho referencia al tratar del derecho de reproducción, el art. 9 de la LPI, dedicado a la reproducción de las obras de arte, establecía que salvo pacto en contrario (la doctrina consideraba este derecho inalienable), la enajenación de la obra de arte, no lleva consigo la enajenación del derecho de reproducción, ni del de exposición pública de la misma obra, y como quiera que el derecho de reproducción es aquél instituido para hacer efectivos los derechos patrimoniales del autor, inscritos en el derecho de

Aún considerando consecuente el artículo 9 de la LPI, es preciso realizar algunas observaciones, como la de que introducía por primera vez el término "originales", hasta ese momento desconocido en la legislación de la propiedad intelectual, y que es de suma importancia por cuanto si es discutible la novedad para la protección de las obras intelectuales, no cabe duda alguna sobre la necesidad de la originalidad, pues de otra manera la protección de la propiedad intelectual carecería de eficacia, protegiendo obras producto de su propia conculcación. A pesar de este mérito, el artículo sólo otorgaba protección cuando se trata de obras de arte en galerías públicas, quedando desprotegidas las que se encuentran en lugares públicos o privados que no sean galerías, pues el artículo 7 no era de aplicación al referirse exclusivamente a las obras literarias y musicales, y el artículo 8 lo hacía sobre las no publicadas.

Quizás el más representativo de los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual en materia de protección patrimonial, era el artículo 21 : "Nadie podrá hacer, vender ni alquilar copia alguna sin permiso del propietario de las obras dramáticas o musicales que después de estrenadas en público no se hubiesen impreso", que aunque se recoge en el apartado de obras drámaticas y musicales, y por tanto, de aplicación limitadas, utiliza conceptos claros de

---

explotación, es fácil deducir que quedando vedada al propietario la reproducción y exposición, se articule una solución intermedia consistente en la participación de la plus valía alcanzada por la obra en el tiempo, una vez cedidos sus derechos patrimoniales. Los artículos 144-155 de la Ley Italiana del Derecho de Autor, establecen unos porcentajes situados entre el 2 y el 10% dependiendo del montante de la operación económica. El artículo 42 de la Ley Francesa, con una franquicia de 10.000 francos lo sitúa en un 3%. Inicialmente el art. 24 de la nueva LPI (desarrollado por el Real Decreto 395/ 1.988, de 25 de Abril) establecía un porcentaje del 2%. Por Ley 20/1.992, de 7 de julio, se ha modificado el art. 24 estableciéndose un porcentaje del 3 % siempre que el precio sea igual o superior a 300.000 pesetas por obra vendida o conjunto que pueda tener carácter unitario.

negocio jurídico, como el de vender o alquilar, y referido siempre al propietario.

En la actualización personal, se incluye igualmente la comunicación al público, la simple presentación o la utilización de los elementos de la obra.

La Ley y el Reglamento de la Propiedad Intelectual regulaban la actualización personal, siempre referida a obras dramáticas y musicales, y pensando en una única ejecución, la realizada en Teatro a la que se dedica el Título II del RPI, otorgando el derecho al propietario, y no al autor. También en igual sentido el artículo 19 párrafo primero de la LPI de 1.879.

Existen ejecuciones de obras musicales exentas de la obligación del previo permiso del propietario, según regula el artículo 101 del RPI que dispensa de tal obligación en la ejecución en funciones religiosas, en actos militares, en serenatas y solemnidades civiles, de carácter gratuito, así como los actos y representaciones organizados por los organismos y corporaciones del Estado y de Movimiento, y los cantos y organizaciones de la Iglesia Católica (estos dos últimos, uno extinto y el otro debe entenderse en cumplimiento de lo establecido en los artículos 14 y 16 de la CE, equiparado a las demás confesiones religiosas, o de otra manera, inconstitucional).

La falta de regulación de otras normas de ejecución, obligó a promulgar órdenes que establecieran la debida protección a otras creaciones desconocidas en la LPI como fueron la Orden de 14-2-1942, sobre ejecución de obras en discos y derechos de interpretación, y Orden de 15-6-1959 sobre transmisiones por televisión.

El derecho comparado reconoce este derecho unánimemente, y es recogido

detalladamente en las legislaciones más avanzadas, y en especial en la francesa Ley de Propiedad Literaria y Artística de 11-3-1.957 (modificada en 1.985), que en su artículo 26 dispone:

"El derecho de explotación que pertenece al autor comprende: El derecho de representación y el derecho de reproducción".

Y en su artículo 27:

"La representación consistirá en la comunicación de la obra al público, directamente y de un modo especial, por medio de:  
La recitación pública, la ejecución lírica, la representación dramática, la representación pública, la difusión por cualquier procedimiento de palabras, sonidos o imágenes, la proyección pública y la transmisión de la obra radiodifundida por medio de altavoz y eventualmente por medio de una pantalla de radiodifusión colocada en lugar público".

La Ley Francesa transcrita, se ha inspirado en el modelo del Convenio de Berna, que en su artículo 11, dice:

1) Los autores de obras dramáticas, dramático musicales y musicales gozaran del derecho exclusivo de autorizar: 1º la representación y la ejecución pública de sus obras, comprendidas la representación y ejecución pública por todos los medios o procedimientos".

Y en el 11 bis:

"1) Los autores de obras literarias y artísticas gozaran del derecho exclusivo de autorizar: 1º la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2º, toda comunicación pública por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º, la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, sonidos o de imágenes radiodifundidas".

### **3.1.3.- Derecho moral - patrimonial.**

No es frecuente que las formas descritas en los apartados anteriores, las pertenecientes al derecho moral y al patrimonial, se presenten en estado puro, lo común es que unas participen de las otras, pues salvo alguna excepción de la que en adelante nos ocuparemos, las infracciones del derecho de autor sólo pueden producirse cuando la obra quede plasmada de cualquier manera en un corpus mechanicum, y se exteriorice a través de la publicación, lo que obligadamente se realiza mediante el ejercicio del derecho de explotación de la obra, momento en el que aparecen los ilícitos en sus distintas variantes, que arrancando de intereses patrimoniales afectan en algunos casos, también a intereses morales.

Se está, por tanto, en disposición de declarar que los estados puros no son objeto de atención de las disposiciones penales, en primer lugar, por la dificultad de que aparezcan inequívocamente, y en segundo lugar, porque de aparecer, la conculcación de los mismos sería atajada por vías ajenas a la penal, y en tercer lugar, las infracciones, en todo caso, corresponderían a las comunes del Código Penal.

Hemos de partir pues, de estas formas mixtas, como los supuestos de las acciones a considerar típicas para el estudio del delito de infracción de los derechos de autor, en su doble dimensión de plagio y usurpación.

### **3.2.- Toma de posición.**

Para abordar con garantía el estudio del objeto formal, es preciso no perder de vista en ningún momento, las conclusiones alcanzadas en el análisis efectuado

acerca de la naturaleza del derecho de autor.

Con la claridad y rotundidad que permite una materia que probablemente se encuentra iniciando el diseño de su estructura, se apostaba, al estudiar la naturaleza del derecho de autor, por una concepción **monista** que entiende el derecho de autor como una **amalgama entrelazada de derechos que convergen en uno solo**, porque la teoría tradicional, hoy dominante pero en franca retirada, de estimar el derecho de autor de forma dual, esto es, compuesto de un derecho patrimonial y otro moral, y en especial aquellas otras que pivotaban especialmente sobre uno de ellos en defecto del otro (teoría de la propiedad, teoría de los bienes inmateriales, y teoría de la personalidad), no satisfacían, porque no tenían en cuenta en su globalidad al autor y su obra, esto es, al **núcleo creativo**.

Es precisamente esta diversidad del fenómeno, autor y obra, lo que inclinó a la teoría dual, a estimar concurrentes dos derechos, el moral (autor) y el patrimonial (obra), sin reparar en que no son entidades autónomas y separables, sino que forman un conjunto, la obra intelectual que, por serlo, requiere de un **proceso**. Es justo este proceso el que frecuentemente es olvidado de manera inexplicable. Como si la obra y el autor se encontrasen en espacios y tiempos distintos, en compartimentos estancos, desligados y destinados a la diversidad. Y quizás así se entendió, por la teoría dual, dada la presencia de dos sustantivos equiparables, sin percatarse que ambos se encuentran unidos por un verbo, crear, y de este modo conforman una oración, esto es, la conjugación de ambos sustantivos por medio de un verbo dan lugar a una proposición.

Pues bien, de igual modo, reacciona el derecho de autor, que aún cuando comprende derechos exclusivos, y derechos morales, no resulta de la suma de ambos, sino que constituye una **entidad diferenciada** de los mismos. Y ello,



porque la obra intelectual es el resultado de un proceso, llamado **núcleo creacional**, que liga indisolublemente al autor con su obra, de tal manera que ésta le corresponderá en tanto en cuanto el proceso creativo le pertenezca. Si esto es así, la verdadera protección radica en el núcleo creacional del que se derivan derechos de explotación y derechos morales, pero siempre entrelazados, es decir, que en los derechos de explotación debe haber un reflejo de los derechos morales, y en éstos, de los de explotación<sup>160</sup>.

En efecto, el derecho exclusivo del autor a reproducir, no es sino el reflejo del derecho a publicar, y el derecho a la integridad de la obra, es a su vez el reflejo del derecho exclusivo del autor a que se reproduzca del modo que sólo él quiere que se haga.

Se entiende esto con mayor facilidad, si aún cuando estemos en un delito de mera actividad como tendremos oportunidad de examinar, acudimos a la ficción jurídica del daño, para explicar las implicaciones entre ambos derechos. Y así el daño económico que sufre el autor cuando otros reproducen su obra sin su consentimiento, repercute en el daño moral de que tal obra no ha sido publicada del modo y condiciones que el autor ha deseado (derecho de publicación o divulgación). E igualmente, publicar una obra ignorando la paternidad del autor, produce daños patrimoniales a éste, toda vez que se le sustrae al conocimiento

---

<sup>160</sup> Mouchet-Radaelli, Protección penal de los derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1'954, pág. 169. Denuncian, estos autores, los errores en que han caído la mayoría de las teorías, al no "tener en cuenta que, en gran parte, los ataques contra los derechos del autor son fundamentalmente ataques contra la personalidad (derecho moral), y aun en aquellos casos en que sólo parece estar afectado un interés patrimonial (por ejemplo, reproducción de una obra sin consentimiento) hay también una ofensa a la personalidad del creador intelectual'.

general y le priva o limita las expectativas económicas de futuro<sup>161</sup>.

Algardi señala con acierto, que "una neta distinción entre derecho patrimonial y derecho personal de autor, no es concebible ni sobre el plano lógico, ni mucho menos sobre el jurídico. El derecho originario del autor es unitario y durante todo su iter, economicidad y personalidad del derecho se entrecruzan y compenentran: cada violación de un derecho patrimonial lesiona indirectamente la personalidad del autor, como cada lesión de su personalidad repercute sobre sus derechos exclusivos". En especial si se tiene presente que tales derechos, los exclusivos, responden a una doble dimensión de derechos económicos y derechos patrimoniales, pues el autor dispone de un derecho excluyente, bien para obtener beneficios a través de la multiplicación de su obra (bien económico), o en su caso, para evitar que otros publiquen cuando hace uso del derecho de inédito, o incluso cuando por mera liberalidad renuncia a los beneficios (bien patrimonial).

Así pues, el bien jurídico consistirá en el **núcleo creacional** (iter creativo) que da lugar a un **derecho unitario**, compuesto de un **entrelazado haz de facultades**, **reconducibles al derecho de exclusiva y derecho moral del autor**<sup>162</sup>.

---

<sup>161</sup> Algardi, op. cit., "La obra del ingenio no es nunca un bien puramente patrimonial, así como la paternidad no es un interés puramente moral". Es más, el conocimiento o desconocimiento de la paternidad es inherente a la reproducción de la obra (para determinadas obras como las literarias), derecho exclusivo o patrimonial por excelencia del autor.

<sup>162</sup> De este modo el bien jurídico se compondrá de ambos derechos a la vez conjuntamente y no por separado.

#### 4.- Tipicidades.

Los derechos de índole moral y patrimonial se extienden al creador de la obra y a sus representantes, es decir, a los derechohabientes. En los supuestos de obras anónimas o con seudónimo, al editor. El derecho de explotación, al propietario de la obra, sin que queden afectados los derechos morales, que se reservan al autor, definido éste como el creador, que adopta distintas formas; en colaboración, coautor; traductor en cuanto a la traducción; y últimamente han adquirido fuerza, los que se han denominado derechos conexos.

La cuestión es, cuáles de los derechos al ser conculcados daban origen al encaje jurídico en el tipo del art. 534.1 del CP, o de otra manera, qué conductas habrían de considerarse típicas en el ámbito penal, cuando la triple vertiente protectora de los derechos de autor, se desmembra para enfrentarse a hechos antijurídicos.

A juicio de la mayoría (doctrina y jurisprudencia), sólo tres supuestos son nítidos para atraer la esfera penal:

- En el caso de absoluta reproducción servil del original, que da lugar a la figura del plagio.
- La explotación usurpatoria de ediciones o representaciones no autorizadas.
- Cuando los hechos tengan encaje en los supuestos contemplados en la Ley y Reglamento de la Propiedad Intelectual, con clara referencia al Código Penal.

Las infracciones al derecho de autor, quedan por tanto sujetas a los vaivenes jurisprudenciales, dependientes de una extremada casuística, y fundamentalmente

de la valoración de la prueba, en especial de la prueba pericial en los supuestos de plagio.

Puede no obstante decirse, que si bien estamos en condiciones de afirmar que los tres supuestos citados no ofrecían duda alguna, también estamos en disposición de afirmar que las infracciones del derecho de autor comprendidas en el primer bloque estudiado, los derechos morales puros, no daban lugar a la constitución del tipo penal, y ello en armonía con lo declarado en el capítulo correspondiente a la naturaleza de la propiedad intelectual, y en base a las siguientes razones:

a) El artículo 534 del Código Penal, se encuentra situado en la Sección 3ª del Capítulo IV, dedicado a las defraudaciones, que comprende igualmente - Del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles -, y este Capítulo IV se halla incluido en el Título XIII dedicado a los delitos contra la propiedad.

Por otra parte, la regulación data de la reforma de 1963, y hasta esa fecha la denominación del tipo, era la de defraudación de la propiedad intelectual, en concreto el C.P. de 1944 en su artículo 533, establecía la penalidad con reenvío al artículo 531 que acogía un supuesto de estafa, y más aún, el Código de 1920 en la Sección Segunda dedicada a las estafas establecía en su artículo 730 la falsificación de obras artísticas o literarias con el ánimo de defraudar, y en el 731, el que con el mismo propósito introdujere<sup>163</sup>.

Remontándonos en el tiempo, por Decreto de 10 de Junio de 1813, se juzgan por las leyes vigentes "sobre usurpación de la propiedad ajena" a los

---

<sup>163</sup> En el 732 se facultaba al Tribunal la publicación de la Sentencia para su conocimiento público.

contraventores de las atribuciones otorgadas al autor.

El Código Penal de 1.822 establecía en su artículo 782 la pena de multa del cuatro tanto del perjuicio a quien turbase el uso exclusivo de la propiedad que concedía la ley de autor; igual pena recogía el art.783 para los introductores de las obras contrahechas en el extranjero<sup>164</sup>.

El Código Penal de 1850, en su artículo 457 igualmente considera al delito como defraudación, como así lo había hecho en el artículo 446 el de 1.848 del que deriva. Con la reforma de 1870, se convierte en el artículo 552 con igual contenido.

El de 1.928 también lo regula como defraudación, incluyéndolo en una Sección que gira bajo la rúbrica de "Delitos de estafa, chantage y otros engaños", incluyéndolo en la extremada casuística del artículo 725-17º. El Código de 1.932 se expresa en idénticos términos en su artículo 527<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Una ley de 5 de Agosto de 1.823, imponía una multa del valor de 1.500 ejemplares a quien usurpare la propiedad de una obra, por cada edición furtiva. Imponía, al importador la pérdida de los ejemplares que se encontrasen en poder del contrafactor, pero sin embargo no permitía recoger los ejemplares de quienes los hubiese comprado. Consideraba el delito como un hurto.

La ley de Propiedad Literaria de 1.847, en su Título III trataba De las penas, a las que le dedicaba los artículos 19 a 25, que seguían el régimen de la anterior ley de 1.823, a excepción de los supuestos de reincidencia que añadían penas de multa, y en caso de doble reincidencia, prisión correccional de uno a dos años.

<sup>165</sup> Este repaso a la historia codificadora penal de la Propiedad Intelectual, ha tenido que ser, forzosamente breve, porque todos los comentaristas, sin excepción, de los Códigos Penales, Vizmanos- Alvarez Martínez, Comentarios al Código Penal de 1.848, Tomo II, Establecimiento tipográfico de J. González, Madrid, 1848, pág. 499; Ortiz de Zúñiga- De Castro Orozco, Código Penal Explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de 1.848, Tomo Tercero, Granada, 1848, pág. 30; Francisco Pacheco, El Código Penal concordado y

La jurisprudencia, por otra parte, no ha sido vacilante, todo lo contrario, la Sentencia de la S1ª del TS de 23 de Junio de 1965, que absuelve a la demandada por no encontrar regulación en la legislación española precepto que ampare el derecho moral (ya expresamos nuestra discrepancia), en ninguno de sus fundamentos deja entrever que el procedimiento pudiera ser el acorde con el penal. También la Sentencia de 28 de Julio de 1961 declara que los extremos concernientes al derecho moral deben resolverse por vía distinta a la penal.

b) Si bien es cierto que la acepción derecho de autor, que recoge el artículo 534 puede comprender también el derecho moral, no deja por ello de ser también

---

comentado de 1.850, Tomo III, Imprenta de Manuel Tello, Madrid, 1867, pág. 372; Viada y Vilaseca, Salvador, Código Penal de 1.870, Concordado y Comentado, Tomo III, Madrid, 1890, pág. 560; Jaramillo García, A., Ildefonso, Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1.870 (Código 1.928), Volumen II, La Gaceta Regional, Salamanca, pág. 352; Cuello Calón, Eugenio, Código Penal de 8 de Septiembre de 1.928, Barcelona, 1929, pág. 334, se limitan a reproducir la Ley de Propiedad Literaria o en su caso la de Propiedad Intelectual a la que se remiten; sirva de muestra el comentario de Pacheco : " La declaración de la propiedad literaria é industrial pertenece á leyes especiales. Es esas leyes es donde hemos de buscar su definición y sus condiciones. Aquí no tenemos que ocuparnos en nada de eso: aquí no se trata sino de la sanción con que las garantiza el Código que examinamos". Y en efecto, la práctica totalidad de los autores se ocuparon únicamente de la penalidad. Groizard trató sobre la naturaleza de la propiedad intelectual, pero sólo para terciar en la polémica abierta entre los partidarios de la perpetuidad de la propiedad intelectual, y los contrarios a la misma. En lo que respecta al tipo de injusto, se limita a señalar que : "Todo derecho amparado en la ley citada ó en su Reglamento y que, desconocido o atacado por alguno, sea causa de una defraudación ó de un perjuicio, constituye el delito que va al frente de estas líneas y habrá de ser reprimido con las penas mencionadas". Y es que la remisión a las leyes especiales era un recurso tan común, que ningún autor reparó, y si lo hizo, no lo denunció, que, como recoge Quintano Ripolles, A., Comentarios al Código Penal , Vol. II, Madrid 1.946,pág. 460 , hasta la reforma de 1.944, se conservó intacta la inadecuada expresión "defraudación de propiedad literaria".

cierto, que históricamente las infracciones siempre han sido consideradas de carácter patrimonial. Aún así, la nueva nomenclatura viene a ampliar la protección al autor y a su obra, pues ya no es exigible el perjuicio económico, al menos en la forma determinada en el artículo reformado, que obligaba a la concreción del cuántum, aunque queda abierta la discusión, de si no obstante debe o no darse el perjuicio en cualquiera de sus manifestaciones.

c) Por otra parte, la jurisprudencia, así como la doctrina, vienen declarando que no todos los derechos infringidos deben dar lugar a una acción penal, y en concreto los de esta naturaleza estudiada debían ser acogidos en el ámbito civil.

d) En el fondo lo que subyace son dos cuestiones básicas:

Una.- Que el derecho moral puro es de difícil aparición, porque en la obra intelectual está íntimamente unido al patrimonial, a veces de manera muy delicada, y otras de manera subrepticia.

Otra.- Que la pretensión siempre conduce a atajar las consecuencias patrimoniales derivadas de la conculcación de los derechos morales.

Tampoco los derechos patrimoniales del autor, el derecho de explotación, era bastante para entenderlos inscritos en la órbita penal al ser conculcados. Sólo cuando se encuentren unidos a los morales darían lugar al tipo del artículo 534.1 del CP, pues las infracciones del editor o del ejecutor de la obra, pudieran considerarse delictivas, pero sujetas a tipos distintos de aquél que protege las obras intelectuales, a los tipos comunes del Código.

Si estamos reconociendo, que nos encontramos ante una naturaleza especial, el tipo penal que la proteja, también ha de ser específico y debe tender a incorporar los elementos esenciales del objeto a proteger, que está afecto

igualmente a derechos patrimoniales y personales, en conjunción simbiótica, para que nazca la protección penal, pues de otra manera, de separarlos, de no concurrir ambos, los tipos aplicables, serían de carácter distinto, en concreto de carácter común. En este sentido estaba justificado que el artículo 534.1 apareciera como único artículo de una Sección separada, la 3ª, del capítulo de las defraudaciones.

Lo que sucede es que el carácter predominante es el patrimonial. Históricamente desde los privilegios, el derecho de exclusiva de los autores, de carácter puramente económico, venía a suponer la rentabilidad del trabajo que se traducía en propiedad inseparable del autor, que puesta en conocimiento del público, aquél corría igual suerte en aceptación, crítica y valoración, y es por tanto obligada la aparición de derechos que le otorguen protección a los ataques que de sus obras sufra o pudiera sufrir, y ello desde el derecho de inédito al derecho de arrepentimiento o paternidad de la obra, que directa o indirectamente atraen consecuencias pecuniarias.

De esta manera, sólo aquellas formas mixtas que hemos estudiado en tercer lugar, eran susceptibles de convertirse en supuestos típicos, y aunque no es suficientemente definidor, sí supone un avance en la clarificación del delito estudiado que complementa las declaraciones jurisprudenciales que vienen a establecer como ciertas las siguientes cuestiones:

a) Que los elementos integrantes del derecho de autor son dos, "el elemento espiritual o vínculo moral que liga la obra con su creador,... y otro patrimonial, ligado al interés económico del autor y que fundamentalmente le otorga el derecho de reproducir en exclusiva la obra, ELEMENTO ESTE QUE ALZAPRIMA LA PROTECCION DE ESTA PROPIEDAD... de tal manera que es este bien jurídico protegido, transportado al campo penal, el que se sitúa entre



los delitos patrimoniales con el nombre genérico de defraudación" (STS S2ª de 14 de Febrero de 1984).

b) "Que bajo dicho nomem defraudatorio se cobija en la Ley especial distintas conductas, no sistematizadas, pero que cabe reconducir a las de falsificación, imitación y usurpación, y que la doctrina refunde en dos tipos fundamentales: **el plagio y la suplantación de la personalidad del autor**,... y que a su vez presenta doble vertiente: **el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación**, doble ofensa que ya se comprende, puede darse también en el plagio si la copia se utiliza con fines lucrativos" (STS S2ª de 14 de Febrero de 1984).

#### **4.1.- Tipicidades genéricas.**

Hemos mantenido nuestra oposición, con carácter general, de dotar de contenido a los tipos con normas extrapenales que infringen el principio de legalidad al carecer de la debida taxatividad dimanante del mismo, y hemos criticado especialmente el artículo 534.1 del CP debido a que el reenvío al que se ve obligado encuentra una normativa dispersa y con rangos dispares. Más aún, no sólo vienen a definir conductas delictivas en la más exasperante busca interpretativa, sino que a lo largo de ella acontecen penalidades y responsabilidades en clara pugna con la parte general del código penal.

Es debido a estas penalidades unas veces autónomas, otras en forma de agravación, y las definiciones no sólo de conductas, sino de autorías, lo que nos hace pensar que conculcaba la reserva legal de las leyes sujetas por demás, en virtud del artículo 81 de la CE a leyes orgánicas, que es evidente que no ostentan la Ley, Reglamento, Decretos y Ordenes que regulan la Propiedad Intelectual.

Mas pudiera colegirse de la interpretación de los preceptos sancionados que las penas y agravaciones son de carácter gubernativo o civil a través de lo que disponía en el artículo 49 de la LPI: "los tribunales ordinarios aplicarán los artículos comprendidos en este título en la parte que sea de su competencia" (en igual sentido tienen competencia los gobernadores y alcaldes). También se colige del propio artículo 534 in fine del CP: "...independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales", lo que obliga a estudiar:

#### **4.1.1.- La triple vertiente protectora a la Propiedad Intelectual.**

La existencia de esta triple vertiente protectora de la Propiedad es patente en la propia legislación especial, habiendo sido recogida jurisprudencialmente en la STS de 15 de Diciembre de 1969.

La protección civil se dispensa por el artículo 428 y 429 del CC que quedan amparados por el artículo 5 de la LPI que establece: "La Propiedad Intelectual se regirá por el derecho común, sin más limitaciones que las impuestas por la Ley".

La penal dividida entre las denominadas tipicidades genéricas y aquéllas otras conocidas por tipicidades abiertas.

Y por último, la gubernativa que es la que nos importa en este momento y que despeja las dudas sobre el carácter penal de los preceptos sancionadores de la Ley de Propiedad Intelectual, posición que queda resumida de la siguiente manera:

a).- Que sólo hay dos preceptos que específicamente daban lugar a ella, el artículo 49 párrafo 2º de la LPI y el artículo 63 del Reglamento (quizás también el 52), que facultaban a los gobernadores de provincia y a los alcaldes en defecto de éstos, a la suspensión de la ejecución de la obra, y a decretar el depósito del producto de la entrada.

b).- Que el resto de los preceptos sancionadores quedaban marginados de la potestad gubernativa.

c).- Que ese ejercicio corresponde a los tribunales en aplicación de la Ley Especial, y en particular la penalidad en virtud del artículo 49 párrafo 1º de la LPI.

d).- Que sólo es compatible entre el ámbito civil y penal, la sanción regulada en el artículo 46, según se desprende de la Sentencia del TS S1ª de 6 de octubre de 1915.

Por consiguiente, salvo la compatibilidad del artículo 46 de la LPI, en los ámbitos civiles y penales (el artículo 25 también es reclamado en el mismo sentido), el resto de artículos sancionadores claramente diferenciados del gubernativo, era exclusivo de la jurisdicción penal.<sup>166</sup>

#### **4.1.2.- Articulado genérico.**

La ya citada Sentencia de 27 de Abril de 1979, recogiendo posiciones

---

<sup>166</sup> Ver el Capítulo destinado a la Penalidad

doctrinales, declaraba como tipos genéricos, los de los artículos 24, 25 y 46 de la LPI.

Con respecto al artículo 46, discrepamos que constituyera un tipo genérico, pues no es más que un artículo sancionatorio que incluía el vocablo defraudadores con reenvío al Artículo 534 del CP, pero que no venía a definir ningún carácter típico, ni objetivo, ni psicológico que le hiciera merecedor de considerarse técnicamente un tipo (no hay hecho, ni conducta que se haya de realizar con intención alguna).<sup>167</sup>

Es curioso observar también como la mencionada Sentencia no hacía mención a los artículos del Reglamento (arts. 85, 86 y 87) que vienen a desarrollar los artículos 24 y 25 LPI, y aquellos otros que tienen carácter autónomo. La explicación se encuentra en lo declarado por la propia Sala que establecía la no vinculación interpretativa por normas administrativas (STS de 15 de Diciembre de 1969), y de esta manera salvar en lo posible, ese principio aludido de taxatividad.

Parece que el Alto Tribunal ha estimado las tipicidades genéricas a través de la inclusión en los preceptos de la Ley especial del término jurídico defraudación, y el reenvío directo al C.P., reenvío por otra parte doble, del CP a la Ley Especial y de ésta al CP, lo que podíamos denominar reenvío recíproco.

Los artículos 24 y 25 adolecían de referirse únicamente a la ejecución de obras, y en particular a las dramáticas y musicales, sin que por tanto sea extensivo a otras formas de defraudación, ni a otras obras que las citadas.

---

<sup>167</sup> Ver Capítulo dedicado a la Penalidad

La responsabilidad la hacían recaer tanto sobre las empresas, sociedades o particulares, y por consiguiente, de imposible aplicación en su primer apartado, pues si bien existe una gradación de responsabilidades en el artículo 45 de la LPI, ésta se haya personalizada, y en ningún caso el desconocimiento del autor afecta a la sociedad o empresa, y tampoco sería de aplicación el artículo 15 bis del vigente CP, que también responsabiliza individualmente al director- gerente, e incluso de aplicarse el CP en su artículo 534.1, nunca podría ejecutarse la condena privativa de libertad que en el mismo se determina<sup>168</sup>.

En el fondo el artículo viene a romper el principio de "soi-cietas delinquere non potest", al que un sector de la doctrina se muestra contrario, reclamando la capacidad criminal de las personas jurídicas. "Lo cierto es que las personas jurídicas carecen de propia estimativa y, en consecuencia, de una autonomía y singularizada capacidad de sufrimiento. El mal que representa la pena recae en última instancia sobre sus componentes. Por ello, asiste la razón a quienes afirman que la responsabilidad criminal de las personas es contraria al principio de personalidad de la pena sin que resulten convincentes los argumentos aducidos frente a dicha tesis"<sup>169</sup>.

La explicación a todo ello reside quizás en la consideración puramente gubernativa del artículo 24 al que le afecta sólo lo dispuesto en el último apartado del artículo 25 y 46 de la LPI, impidiéndose de esta manera el reenvío recíproco al que hemos hecho referencia, circunstancia que no dificulta por otra parte la asunción del supuesto para rellenar el artículo 534.1 del CP.

---

<sup>168</sup> Principio de personalidad y sufrimiento de la pena.

<sup>169</sup> Cobo del Rosal-Vives Antón, Parte General, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, pág. 276.

De hecho el artículo 25 de la LPI es comprensivo de la misma conducta recogida en el 24, puesto que la autorización del autor queda limitada a la ejecución, y cualquier modificación traspasa el derecho cedido, y por tanto, es innecesaria la mención a las modalidades que consiguientemente constituiría la defraudación con necesaria remisión al CP, mas obsérvese que el artículo 25 fundamentalmente era sancionatorio en su doble vertiente gubernativa y penal, lo que rompe la sistemática de la Ley, que mantiene las sanciones en un apartado separado, máxime si el hecho se encuentra descrito en el artículo 19.

Por último, no constituiría el delito de infracción de los derechos de autor, si la ejecución no fuese en sitio público. Cabe alguna duda sobre la necesidad de existencia de actividad lucrativa. En apoyo de la concurrencia de esta actividad lucrativa se encuentra la Sentencia del TS de 16 de Junio de 1914 y el párrafo 2º del artículo 19 de LPI. Así pues, las ejecuciones privadas, al no infringir el doble aspecto de sitio público y lucrativas, son ajenas a cualquiera de las tres vertientes protectoras de la propiedad intelectual.

Como ya hemos dicho, la obras que comprenden los artículos citados, son las dramáticas y musicales, y estas últimas en sus distintas modalidades de ejecución y en su variada ejecución posible. En ese sentido se hace mención expresa por el artículo 71 de RPI.

Y con posterioridad adquirió la consideración de obra protegida la fonográfica por Orden de 10 de Julio de 1942. La Sentencia de 15 de Diciembre de 1969 debate la ejecución de las obras a través de la TV, que se encuentra regulada en la Orden de 15 de Diciembre de 1959. Los derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas se recogían en la Ley 17/ 1966 de 31 de Mayo.

En general, se entendía que el derecho de ejecución y el derecho de reproducción son de naturaleza distinta, pues la comunicación de las obras al público puede adoptar modalidades diversas y la cesión de derechos del autor es de carácter limitado y concreto, y si bien todo lo anterior es cierto, no puede sin embargo aceptarse una duplicidad de derechos sobre un hecho común a ambos, pues carece de sentido que se ceda el derecho de reproducción de una obra musical para una película y sin embargo, no se entienda incluido el de ejecución, pues el mismo es inherente y forma parte del anterior. De otra manera, el derecho de reproducción pudiera considerarse de carácter privado y no sujeto a la autorización del autor.

En cuanto a RTV, el derecho de ejecución encuentra su regulación, independientemente de las Ordenes citadas, en el artículo 11 bis del Convenio de Berna del que se ha concluido que cuando el tenedor de un aparato receptor de radio lo pone en acción en lugar o sitio público, ejecutando así las obras radiadas, realiza una verdadera ejecución pública de las mismas.

La Sentencia de la Sección 5ª de lo Penal de la Audiencia de Barcelona de 17 de Noviembre de 1966, condenó al empresario de una cafetería-restaurant de Barcelona, que sin permiso de la Sociedad General de Autores de España ejecutó en el aludido local, por medio de un receptor de televisión, obras nacionales y extranjeras de autores representados por la referida Sociedad.

La Sentencia estimó que el procesado, sin la debida autorización, con finalidad de lucro, y en establecimiento cuyo acceso no está limitado a determinadas personas, utilizó un aparato receptor y difundió obras amparadas por la legislación de Propiedad Intelectual.

La Sentencia no es sino producto del criticable tipo penal que la sustentaba,

y si bien aparentemente no adolece de vicios técnicos, sí es reprochable la interpretación, en este caso no tan ponderada, que de los preceptos penales, administrativos y supranacionales que realizaba<sup>170</sup>.

El planteamiento de la sentencia nos podría conducir al absurdo, pues de estimarse que el autor puede ceder el derecho de ejecución a una entidad radiofónica y televisiva, y denegar el derecho de ejecución al tenedor de un receptor en lugar público, carecería de entidad y utilidad el primero de los derechos. Otra cosa sería que cedido el primer derecho, el segundo estuviera vinculado a unos derechos económicos, en cuyo caso nos encontraríamos ante un ilícito civil, pero en ningún caso, ante uno penal. Pero es que además, ha de entenderse que es el emisor aquél que adquiere los derechos de ejecución y no el receptor, y en virtud de la magnitud de la comunicación pública y el interés de la obra, el autor puede establecer un precio acorde que libera a los potenciales receptores del pago de unos derechos que no les compete.

Además técnicamente no puede considerarse ejecución, la utilización del receptor en sitio público, pues el acceso a las ondas no es exclusivo, ni la acción de pulsar un interruptor es sinónimo de ejecución de una obra, pues de otra manera se impediría el acceso a la información y a la cultura ante el temor de que la conexión con una zona del dial o un canal, pudiera accederse a una obra de la que no se tiene autorización.

Sólo puede entenderse el artículo 11 bis del Convenio de Berna, confuso y anacrónico por otra parte, si se interpretara que el acceso a las obras radiofónicas o televisivas es exclusivo y no común, si la finalidad única y excluyente de ese

---

<sup>170</sup> La Sentencia del TS de 15 de Diciembre de 1.969, en un supuesto análogo, absolvió por no ser dolosa la conducta.



acceso es lucrarse de la mencionada actividad y si pudiera establecerse claramente una diferenciación entre el derecho de reproducción, el del emisor, y el derecho de ejecución, el del receptor<sup>171</sup>.

#### **4.1.3.- Tipicidades genéricas complejas.**

Quintano entiende que los supuestos recogidos en el artículo 24 y 25 de la LPI se repiten innecesaria y extemporáneamente en los artículos 64 y 66 del Reglamento. Afirmación que no compartimos porque los citados artículos corresponden a supuestos complejos, que pudieran ser reiterativos, pero no repetitivos, que como hacen mención al término defraudador, son valorados como de reenvío genérico, mas en los mismos se conjugaban, tanto la tipicidad genérica, como la abierta de los artículos 7 y 8 de la LPI. Y de no ser porque se encontraban incardinados en el Título II (De los Teatros), pudiera considerarse como adscritos a las tipicidades abiertas.

Los artículo 64 y 66, hay que entenderlos como tipicidad abierta derivada, que da lugar a una figura compleja.

De una ejecución es tomado el argumento, el plan y el título, que se adapta a otra obra o se edita. Pues bien, este supuesto participa de los dos derechos básicos de explotación del derecho de autor, ejecución y edición, y su conculcación, eso sí, se produce necesariamente mediante la figura del plagio, que hace quedar afectado también el derecho moral del autor.

---

<sup>171</sup> También es de señalar que son las emisiones las que mantienen intereses estrictamente lucrativos, con la inclusión de la publicidad.

En conclusión podemos decir que nos hallamos ante una tipicidad compleja por derivación.

Otra cuestión, en la que sí coincidimos con Quintano, es el ser impropio de un Reglamento incorporar disposiciones de tipo penal, que en el artículo 52 incluso sobrepasan el más mínimo límite aceptable, pues lo que es una infracción de carácter administrativo que no afecta ni a derechos morales, ni a económicos, queda sujeta a eventuales responsabilidades penales imputables a los propietarios de las obras cuando la infracción de reglamentos en su modalidad imprudente es rechazada por el artículo 534.1 CP.

#### **4.1.4.- Las sedicentes tipicidades del artículo 47 LPI.**

##### **4.1.4.1.-Cuestiones preliminares.**

La sanción contemplada en el art. 46 LPI era aplicable a los defraudadores de la propiedad intelectual. El art. 534.1 CP sin embargo penaliza las infracciones del derecho de autor. La vinculación del art. 534.1 CP con el art. 46 LPI, no podía ser más tormentosa.

La variación introducida por la reforma del '63, modificando defraudación por infracción olvidó la regulación de la Ley Especial. De esta manera como no toda infracción del derecho de autor (delito de mera actividad) es una defraudación (delito de resultado), el art. 46 carecía de virtualidad. Sin embargo una interpretación conciliadora, respetuosa con el principio de vigencia y de unidad sistemática, permitiría la aplicación fragmentaria del art. 46 a aquellas



infracciones del derecho de autor de carácter defraudatorio<sup>172</sup>, lo que por otra parte, sería coherente con la sanción que en el mismo se contiene (pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados).

Esta solución se expande a los arts. 47 y 48 con iguales consecuencias, dada la dependencia que muestran de dicho artículo.

No obstante, como veremos más adelante, esta conclusión apenas tiene relevancia dada la naturaleza que se le asigna al precepto en cuestión.

#### 4.1.4.2.-El art. 47 LPI

La conflictividad del artículo 46 se proyecta sobre el que le sucede. Y es así, porque la mayor parte de la doctrina ha estimado los cinco supuestos que comprende, como conductas típicas del delito de infracción de los derechos de

---

<sup>172</sup> Queralt, Joan, Derecho Penal, Parte Especial, Bosch, 1.986, pág, 335. Invierte este autor el razonamiento expuesto. Queralt entiende que comoquiera que no toda infracción del derecho de autor debe penarse- por imperativo del principio de intervención mínima aunque no alude a él-, la restricción debe efectuarse mediante el ámbito delimitado por la Ley Especial, esto es, sólo serán típicas las defraudaciones: "no creo que sea lícito castigar más allá de lo que la propia legislación especial requiere".

Dos son las objeciones que cabe dirigir a la tesis de Queralt: una, que a pesar de que el art. 534.1 CP es una norma penal en blanco, sigue siendo un precepto penal a través del cual determinar el bien jurídico e interpretar el alcance de las conductas típicas; y dos, que precisamente el legislador del '63, no se limitó a sustituir propiedad intelectual por derechos de autor, sino también defraudación por infracción. Este cambio no puede pasar desapercibido, como no le pasó al legislativo, que en las exposición de motivos del Decreto 691/1.963 de 28 de Marzo, se inclina por una protección más espiritualista y anuncia un precepto enteramente nuevo. En efecto, el nuevo tipo ya no será de resultado, sino de mera actividad. Ya no será preciso la causación de ningún perjuicio patrimonial, característico de la defraudación, como reconoce la práctica totalidad de la doctrina y jurisprudencia. Pero es más, como se tendrá oportunidad de comprobar, la LPI no es una Ley Especial strictu sensu (de serlo *lex specialis derogat legi generale*), y en consecuencia una Ley posterior (Reforma del '63), prevalece sobre la anterior (LPI) por imperativo del principio de posterioridad.

autor<sup>173</sup>.

Ciertamente el artículo 47 describe conductas, y tales conductas aparecen relacionadas con las sanciones contempladas en el artículo 46. De esta manera la doctrina mayoritaria, se ha dejado guiar por la aparente simplicidad que supone una conducta anudada con una sanción para estimar que son verdaderos tipos penales.

Pero tal apariencia, es sólo eso, apariencia. En efecto, si el artículo 46 dispone determinadas sanciones para los defraudadores de la propiedad intelectual, una de dos: o el artículo 47 está demás, porque sean cuales sean las conductas, siempre que sean defraudadoras, serán sancionadas de conformidad con el artículo 46, en cuyo caso, innecesaria resulta, por tanto, la descripción de esas conductas, pues lo determinante no son las conductas, sino que sean típicas, en este supuesto defraudadoras (descritas a lo largo de la LPI); o, quiere decirse que las conductas descritas en el artículo 47 no son constitutivas de defraudación a la propiedad intelectual, son otra cosa, pero se quieren asimilar a las defraudadoras, y por ello se han relacionado casuísticamente.

El artículo 47, se inicia del siguiente modo: "La disposición anterior será aplicable:". La aplicación de la disposición anterior, artículo 46, puede referirse

---

<sup>173</sup> Mascareñas, Carlos, Notas para un estudio sobre la defraudación de la Propiedad Intelectual, Revista Jurídica de Cataluña, pág. 326. En opinión de este autor, el artículo 46 no sólo se aplica a los supuestos del art. 47, sino a todas la defraudaciones, pues entiende que la frase "la disposición anterior será aplicable", hay que entenderla en el sentido de que también será aplicable, de que será, además, aplicable. En iguales términos se pronuncia Quintano, op. cit.. Ahora bien, si el artículo 46 abarca todos los supuestos de defraudación, ¿porqué además los del art. 47?. Porque si son defraudaciones, la norma general bastaba. Y si no son, ¿porqué se han de castigar?.

tanto a que los defraudadores sufrirán las penas del Código penal y la pérdida de ejemplares, como sólo a que, además, sufrirán la pérdida de ejemplares. <sup>174</sup>

Una y otra interpretación son posibles, porque si bien la primera tiene una fuerte base textual; la segunda, obtiene apoyo en el hecho, de que es innecesario que el artículo 46 haga remisión al Código Penal, porque éste ya lo ha hecho con anterioridad por ser norma penal en blanco.

Inclinamos por una u otra, pasa por desgranar el real contenido de los cinco supuestos comprendidos en el artículo 47. Sobre el número 1º, dice Danvila<sup>175</sup>: "Esta disposición es clara, y su inteligencia no puede ofrecer duda alguna". Pero me parece a mí, que no es tan clara, y "su inteligencia ofrece serias dudas". Veámosla. Trata el referido supuesto sobre la reproducción en España de obras de propiedad particular impresas en español por vez primera en país extranjero. Sugiere, de inmediato, el texto transcrito, en primer lugar, que la reproducción de una obra particular, escrita en español o en otro idioma, y publicada en cualquier país extranjero, no lesiona los derechos de autor, es más, y al contrario los realiza, por medio de las licencias de edición. Es preciso, para considerarla defraudatoria, que tal reproducción se efectúe sin autorización, de la que nada se dice en el referido supuesto (y si se dijera en nada se separaría del artículo 7, 8 y 19 LPI). Lo insólito de su redacción alcanza también al hecho de que la reproducción es "infractora" cuando las obras se hayan impreso "por vez primera". Es decir, que si fuere "vez segunda", la conducta sería atípica. En consecuencia si el artículo 46 sólo se puede aplicar a los defraudadores y el artículo 47 depende de aquél, al no ser la conducta defraudadora, no podría

---

<sup>174</sup> Mascareñas, op. cit., pág 327, se inclina por esta última interpretación. En igual sentido se pronuncia Quintano, op. cit., pág. 601.

<sup>175</sup> Danvila y Collado, op. cit., pág. 663

aplicarse.

El apartado segundo, en su inciso segundo, "A los que falsifiquen el título o portada de alguna obra", es, naturalmente, un supuesto de falsificación, en cuyo caso, se imposibilitaría, también, la aplicación del art.46, porque, éste, se refiere a defraudación, y de la propiedad intelectual, no a falsificación<sup>176</sup>. El inciso segundo, no causa sino perplejidad, ¿qué tiene que ver con los derechos de autor, y cuál es su importancia, que se estampe que la edición se ha hecho en España, si se ha verificado en país extranjero?<sup>177</sup>.

El apartado tercero, la imitación de dichos títulos de manera que pueda confundirse el nuevo con el antiguo, se encuentra más cerca de la competencia desleal<sup>178</sup>, que de la infracción de los derechos de autor<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> Danvila y Collado, op. cit. pág 664. Trátase en ella, de verdaderos delitos de falsificación. De igual opinión: Mascareñas, op. cit., pág. 327. Carmona Salgado, La nueva..., pág.305.

<sup>177</sup> Groizard, op. cit., pág. 272. Mantiene este autor sobre el inciso segundo que "no encontramos tan clara ni procedente la segunda parte de la declaración ó sea que se condene a la pérdida de los ejemplares á los que estampen en la portada haberse hecho la edición en España, cuando se haya verificado en país extranjero. Porque una de dos, ó la edición de que se trata se hecho lastimando el derecho de propiedad que su autor tenga reconocido, ó no. En el primer caso está demás su declaración, puesto que la defraudación existe aunque no haya la falsedad previstas y surtirá por sí todas sus consecuencias legales el mero hecho de la ilegítima reproducción de la obra. En el segundo, esto es, sino lastima un derecho de propiedad adquirido, podrá haber un delito de falsedad que castigar, pero no concurrirá en el hecho todos los factores característicos para que caiga dentro del artículo del Código Penal que comentamos". Y Mascareñas, op. cit., llega a decir: "Será una infracción penal, por cuanto un texto legal así lo dispone, pero no lo será contra la propiedad intelectual. Parece que esta conducta podría comprenderse dentro de las falsedades".

<sup>178</sup> Danvila y Collado, op. cit., pág 664. " Esta materia debería más bien ser objeto de la ley de marcas cuando se tratase solo de periódicos, pero respecto de

El apartado cuarto, versa sobre la importación del extranjero (sic) -no se puede importar, sino del extranjero- de obras en que se haya cometido la defraudación con fraude de los derechos de aduana. Después de desmenuzar, en su lugar correspondiente, todo lo relativo a la tipicidad, a la conducta típica, resulta que, al parecer, según dice este apartado, se pueden lesionar los derechos de autor por medio de fraude de los derechos de aduana. Es insólito.

¿Qué tiene que ver el fraude de los derechos de aduana con la defraudación de la propiedad intelectual?. Ciertamente nada<sup>180</sup>.

El apartado quinto, ha sido celebrado por la doctrina, por constituir una incorporación expresa del principio de reciprocidad, siempre deseable, pero de nulo alcance, pues sólo tiene operatividad en "cualquiera de las maneras expresadas". Y tales maneras, que se construyen en los apartados anteriores, ninguna relación guardan con las infracciones del derecho de autor.

---

los libros, el título forma parte de la obra misma, y en muchos casos determina su propia naturaleza".

<sup>179</sup> Groizard, op. cit., pág. 273, requiere la intención de fraude para distinguirlo del dolo civil (competencia desleal).

<sup>180</sup> Groizard, op. cit., pág. 273, se pregunta: ¿Qué se castiga aquí?, la introducción en España de una obra impresa en el extranjero, con la cual se ha cometido una defraudación en la propiedad intelectual?. Pues si es así, sobran las palabras con fraude de los derechos de aduanas. Porque si el precepto hubiese de aplicarse como está escrito, sólo alcanzaría la responsabilidad á los que habiendo cometido la defraudación en el extranjero, además introdujesen el libro en España, con fraude de los derechos de aduanas. Y entonces vendría a resultar que, no la defraudación literaria, científica ó artística era la castigada, sino la defraudación solo de los derechos de aduana, lo cual sería injusto y además absurdo, toda vez que las últimas palabras de la regla que analizamos exige que la pérdida de los ejemplares ilegítimos se aplique á los resos, sin perjuicio de la responsabilidad fiscal que por el último concepto (el fraude en las aduanas) les corresponda".

Sólo se explica el contenido del artículo 47 si tenemos presente que es una mera reproducción del artículo 20 de la Ley de Propiedad Literaria de 10 de Junio de 1.847. Esta Ley, era, verdaderamente, una Ley Especial. En su artículo 19, describía conductas (Todo el que reproduzca una obra ajena sin el consentimiento del autor ó del que le haya subrogado en el derecho de publicarla), e imponía penas (A perder todos los ejemplares; al resarcimiento de daños y perjuicios; a las costas; en caso de reincidencia a una multa; y en caso de doble reincidencia a dos años de prisión correccional). En el artículo 20, se imponían penas a otras distintas conductas, pero éstas no necesariamente debían constituir defraudación, toda vez que no existía un tipo penal de protección bajo el que se englobasen las conductas. Y así, en el artículo 20, se dispensa una protección plurivalorativa, que alcanza tanto, a los derechos arancelarios, como al control del Estado sobre las mercancías (libros) en circulación (seguramente con fines de censura).

Los Códigos de 1.848 y 1.850, finiquitaron la Ley de 10 de Enero de 1.847 como Ley penal especial, y las penas fueron derogadas, rigiendo sólo las del CP<sup>181</sup>.

El mimético traslado del artículo 20 de la Ley de Propiedad Literaria al 47 de la LPI, trajo como consecuencia un efecto perturbador, que sólo cabe apaciguar, entendiendo que el artículo 46, sólo refiere una sanción, la de pérdida de ejemplares<sup>182</sup>; y que esta sanción no es de carácter penal; es, aparte de sus vertientes civiles y administrativas -en relación con el artículo 49 LPI- una responsabilidad civil (parcial en algunos casos) dimanante de una responsabilidad criminal.

---

<sup>181</sup> Pacheco, op. cit., pág. 376. De Castro y Ortiz Zúñiga, op. cit., pág. 32.

<sup>182</sup> Groizard, op. cit., págs. 271 y ss.



#### 4.2.- Tipicidad abierta.

Estamos en condiciones de afirmar que la estructura del tipo nos conduce obligadamente a lo que pudiéramos denominar delito específico patrimonial por encontrarse la norma que lo regula entre los delitos contra la propiedad, aunque al referirse al sujeto pasivo, otorga un rasgo a la personalidad desconocido en otras infracciones patrimoniales. Y como quiera que el aspecto patrimonial de la creación intelectual no puede comprenderse sin referencia a la aportación personal del creador, se da el supuesto de participación de un doble juego de intereses que configuran este delito complejo. Por tanto, es necesario que para su concurrencia se produzca un doble ataque al bien jurídico protegido (derechos morales y patrimoniales), de tal manera que sólo estaríamos ante la presencia de conductas delictivas cuando queden afectados estos dos derechos conjuntamente.

El plagio reúne los requisitos necesarios para la construcción del tipo, pues a través de él se ataca el derecho moral, derecho a la paternidad, y el derecho patrimonial o derecho de exclusiva. Y si bien no se exige perjuicio patrimonial, es necesario que se dé la invocación a causarlo para la perfección del tipo. En este aspecto es importante precisar la distinción que existe entre bien patrimonial y bien económico, pues no cabe duda que la obra como tal forma parte del patrimonio del autor, aunque la misma no tenga consecuencias económicas. Por ello, es requisito la vocación del ataque patrimonial, aunque no necesariamente debe producir perjuicio económico.

De lo expuesto cabe concluir que la conducta típica quedaba limitada a las descritas en los artículos que recogen las tipicidades genéricas y complejas, ambas reconducibles a conductas usurpatorias y de plagio, debiendo ser extraídas estas modalidades a través de un proceso interpretativo de la regulación de los supuestos recogidos en los artículos enunciados que habrán de ser puestos en

armonía con la naturaleza jurídica de los derechos de autor, lo que hace nacer una tipicidad abierta.

Los derechos económicos del autor suponen la exclusión de cualquier otro, impidiéndole la concurrencia en la explotación de la obra en cualquiera de sus formas, de no autorizarlo el autor. Al ser vulnerados mediante utilizaciones abusivas de la obra, se les conoce bajo la denominación de conductas usurpatorias. Conductas usurpatorias que en su aspecto positivo significan la reproducción ilícita de la obra, y en su faz negativa, la no perturbación de la paternidad. Sin embargo, no sólo es imaginable, sino que es frecuente la presencia junto a la violación de los intereses económicos-patrimoniales del desconocimiento de la paternidad a través de la figura del plagio, pues es clara la evidente vocación de reproducir de la conducta plagaria, pues de otro modo, poco sentido tendría el plagio<sup>183</sup>. Es más, el plagio así, no dejaría de ser una conducta carente de lesividad, toda vez que pertenecería a la esfera interna de actuación del individuo, sin posibilidad de producir lesión al derecho de autor.

Tal y como venía redactado el art. 534.1, sólo podían ser infringidos los derechos de autor y por tanto, no cabe que otros derechos que no fueran tales, esto es, que se hallasen cedidos, dieran vida al tipo, pues la realización de conductas atentatorias contra derechos paralelos o cercanos al de autor no realizarían el tipo de injusto penal, serían injustos civiles o en su caso corresponderían a otras figuras penales.

El verbo típico infringir está puesto en relación con los derechos de autor

---

<sup>183</sup> Se excepciona la alteración creativa directa, como por ejemplo cuando se actúa sobre un cuadro, supuesto discutible, ya que el plagio requiere la copia.

(en plural), lo que parece exigir que, o bien sean varios los derechos infringidos, en cuyo caso uno sólo no constituiría un ilícito penal, o bien que es preciso que dado que el derecho de autor se compone de un derecho moral y otro patrimonial se encuentren ambos presentes para hacer nacer la infracción penal. Ha de entenderse sin embargo, que la redacción del art.534.1 era una de las posibles, y todas con igual sentido y alcance. En efecto, es lo mismo infringir el derecho de autor que no es más que un haz multiforme de derechos, o infringir alguno o varios de esos derechos, porque el objeto es el mismo, en un caso expresado en su multiplicidad y en otro en su unidad. No obstante, no deja de ser de interés la fórmula elegida, pues la infracción del derecho de autor hubiera provocado, desde posiciones dualistas, evidentes restricciones del tipo. Se significa de este modo el haz de derechos que corresponden al autor, y por consiguiente era antijurídica, tanto la lesión de uno como de todos, pues uno es parte de todos. Ahora bien, como quiera que esa multiplicidad se encuentra comprometida de tal modo que la presencia de uno implica al otro, toda vez que se encuentran entrelazados, es más que oportuna esa referencia, en plural, a los derechos de autor.

La LPI no ofrece concepto alguno de autor, se preocupa en cambio de definir la propiedad intelectual y su titularidad, lo que no resulta sin embargo extraño, dado que el momento en que nació la ley era un hervidero de discusiones alrededor de la teoría de la propiedad (intelectual)<sup>184</sup>.

Fue necesario el RPI que la desarrolló para que en su art.2 se considerase autor al que concibe y realiza alguna obra científica. El verbo considerar no es

---

<sup>184</sup> Danvila y Collado, op. cit., págs. 69 a 93, en su apartado Principios Fundamentales, realiza una glosa y defensa de la propiedad intelectual, asimilándola a la común y reclamando su perpetuidad.

un recurso a la ficción de la autoría formal, cual sucede en el art.14 CP, más al contrario, el autor coincide con el autor real, esto es, el que **concibe y realiza** (obra científica o literaria), o el que **crea y ejecuta** (obra artística). Pues bien, son los derechos que pertenecen a los que conciben y realizan o crean y ejecutan, y sólo éstos, los que interesan al Derecho Penal. Las infracciones de estos derechos daban lugar a la aplicación del art.534.1 CP.

Ello no obstante, es preciso delimitar el ámbito de protección, toda vez que el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio gradúa la intervención del Derecho Penal a lo estrictamente necesario, esto es, acomoda el Derecho Penal a la última ratio, le otorga la cualidad de mínima ingerencia y de subsidiariedad en función de que el bien jurídico sea digno, susceptible y necesitado de protección.

Las asimilaciones que se recogían en el art.2 LPI, por vía de establecer la titularidad de la propiedad intelectual, no pueden aceptarse, a excepción de las tres primeras, porque el resto no son autores reales, y tampoco son asimilados directamente a ellos, son a lo sumo asimilados a los propietarios de la propiedad intelectual que no necesariamente coinciden con los autores.

De este modo, los derechos de explotación del autor vulnerados por medio de conductas usurpatorias, quedaban ceñidos a que sean los propios autores quienes los ejercitan. De no ser así, porque los cedan, autoricen o enajenen a un tercero, cabe distinguir los siguientes supuestos:

a) **Que los hayan cedido mediante contrato de edición.** En cuyo caso, y como quiera que el autor conserva las expectativas derivadas de la futura explotación de la obra una vez terminada la cesión o licencia, le quedaban afectados sus derechos económicos y sus derechos morales, pues se ha vulnerado

su derecho de publicación en el modo que estimó más conveniente. El editor será aquí, un sujeto pasivo de la acción y perjudicado, pues derechos que tiene cedidos son vulnerados, pero tal vulneración afecta a los derechos de autor que es quien conserva la titularidad. De hecho, si la publicación la realizaba el propio autor en dos editoriales a la vez, sería en todo caso una defraudación común y no específica, pues no se ve vulnerado el derecho de autor por muy subrogado que esté el editor en los derechos de autor.

Las sentencias que interpretaban los derechos de exclusiva para la publicación como bastantes para determinar la infracción de los derechos de autor caen en el error de estimar la subrogación de las editoriales como verdadera titularidad de derechos de autor, y es claro que ello no es así, lo que no quita que las editoriales pudieran mostrarse parte en el procedimiento penal, en calidad de perjudicados, de modo que la infracción no está referida a sus derechos sino a los de autor que se los ha cedido.

Ni siquiera apoyándose como lo hace la STS de 14-2-84 en el art.7 LPI, tienen cabida tales consideraciones, pues dicho artículo prohíbe la reproducción ajena sin permiso de su propietario, y el editor no lo era, es detentador de una licencia a modo de usufructo, pero nunca un propietario en el sentido normativo que cabe otorgarle.

Por consiguiente, esta tipicidad abierta estaba sujeta a la lesión de los derechos de autor de carácter patrimonial (derechos exclusivos) que inciden en los morales (derecho de publicación). De otro modo, aún considerando que hubiese derechos de explotación a favor del editor, que en cualquier caso no lo serían de autor, faltaría la afectación del derecho moral, para integrar, su vulneración, el delito previsto en el art. 534.1 CP. Cosa distinta es la Sociedad de Autores, creada para la defensa de los derechos de autor.

b) **Que el autor enajene la obra.** En este supuesto no quedaría afectado el derecho patrimonial del autor, pues éste ha realizado el derecho exclusivo que le corresponde como autor en una sólo vez, y los avatares que sufra su obra, a excepción del *droit de suite* en las obras artísticas, carece de relevancia, pues la obra ya no es ni patrimonial, ni económica; conserva únicamente todos y cada uno de los derechos morales que le pertenecen, pero no así los económicos que han sido agotados (plagio).

Pudiera, no obstante, suceder que una explotación descuidada de la obra (ediciones mal impresas, número excesivo de ejemplares que provoquen saldos, la no publicación de la obra agotando plazos para no caer en dominio público, etc.) afectara al buen nombre del autor en el futuro, y que ello le produjere perjuicios económicos, pero no son a estos perjuicios a los que se refería el art. 7 y 8 LPI, que se limitaban a prohibir la reproducción sin autorización, y sólo la contravención de tal prohibición daba lugar al tipo del art. 534.1.

Ahora bien, la prohibición, según el art. 7, es del propietario (no así el art. 8 que la regulaba para el autor). De este modo, el editor o tercer propietario, podía impedir la reproducción, pero ello no constituiría ninguna infracción del derecho de autor, constituiría una infracción del derecho del propietario, pero no del autor, y por consiguiente, no se daría la adecuación valorativa al tipo de injusto del art. 534.1 CP.

Venía a confirmar la anterior conclusión el art. 9 y 10 LPI, que excepcionaba la reproducción de las obras de arte, en caso de enajenación, al autor, que es quien seguiría gozando el derecho de reproducción (una especie de antecedente del *droit de suite*).

El editor, por consiguiente, podría demandar civilmente o en su caso estimar

que se había producido otro delito común, falsedades del art. 280 o estafas art. 528, pero en ningún caso al amparo del art. 534.1 CP.

**c) Edición de más ejemplares de los pactados en el contrato de edición.**

Si el término reproducir del art.7 LPI se entiende en sentido lato, se ha de convenir que el editor que imprimía más ejemplares de los estipulados no infringe los derechos de autor protegidos en el artículo 534.1 CP. En efecto, si el acto de reproducir, es un acto único que requiere autorización del autor, cuando consiente al formalizar el contrato de edición, excepciona la prohibición del art.7 LPI, y por consiguiente, el editor queda facultado para reproducir, de tal manera que si en el mismo acto excede el número de ejemplares, habría cometido una estafa si concurre engaño<sup>185</sup>, o un ilícito civil en otro caso. Ahora bien, si finalizado el contrato de edición en el futuro se efectuaba una nueva reproducción, nada obstaba para estimar cometido el delito previsto en el art.534.1 CP <sup>186</sup>.

Si por el contrario, se entiende el término reproducir de forma estricta, cada ejemplar significaría una reproducción, y el exceso en las mismos conduciría a la infracción penal del derecho de autor. Pero lo cierto es que no se reproducen

---

<sup>185</sup> Quintano Ripollés, A., Tratado III, Madrid, 1965, pág. 613. Se pronuncia en parecidos términos, aún cuando en su nota (4) menciona el artículo 72 de la ley argentina de 26 de Diciembre de 1.933 que en su letra d) lo prevé como infracción específica de la propiedad intelectual. No es el caso de Mouchet-Radaelli, op. cit., quienes apoyándose en el mismo artículo, y en el marco argentino, lo consideran una conducta típica.

<sup>186</sup> En España la Ley de 5 de Agosto de 1.823, en su artículo 12, imponía la pena de multa del valor de 1500 ejemplares de cada edición furtiva, al impresor que reservare maliciosamente 25 ejemplares más que los entregados al que mandó hacer la impresión.

un número determinado de ejemplares, sino que se ha realizado una reproducción de un número determinado de ejemplares, esto es, no responde al uso comercial-editorial, mil ediciones de un ejemplar, sino una edición de mil ejemplares. De otra parte, el incumplimiento contractual, acabaría convirtiéndose en la odiosa y reprobable prisión por deudas alejada de nuestro entorno cultural y cuyo rechazo tiene asiento en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1.966.<sup>187</sup>

#### d) Alteración que suponga mejora de la obra.

El art.7 LPI extendía su protección a la prohibición de anotar, adicionar o mejorar la edición, esto es, se opone a cualquier alteración de la obra, aún cuando la alteración suponga una mejora manifiesta de la misma. En este supuesto de mejora, Vega entendía que no puede contemplarse una infracción de los derechos de autor, puesto que "el máximo que puede pedirse es un comportamiento ético del segundo autor por el que se reconozca y publique el origen de su fuente de inspiración"<sup>188</sup>, a lo que cabría añadir, el bien que representa para la colectividad cultural una mejor aportación intelectual. Esta posición no puede sostenerse a poco que contemplemos la obra como el resultado de un iter creativo, que es justo lo que se trata de proteger. Porque es ése y no otro el que merece protección, es el núcleo creacional surgido de un modo concreto, sea cual

---

<sup>187</sup> Por Sentencia de 27 de Abril de 1.979, el TS, estimó que "la actuación clandestina reproduciendo superior cantidad de cassettes de las encargadas" respondía a la modalidad típica de la usurpación. No se ajusta, sin embargo, el supuesto al aquí contemplado, toda vez que un subcontrato de reproducción (que no edición), deriva a la puesta en circulación de más ejemplares por vías al margen de las comerciales, con falsificación de etiquetas.

<sup>188</sup> Vega, Jose Antonio. Consideraciones de política criminal sobre el plagio como infracción de los derechos de autor., pág. 394.



sea el resultado, en tanto sea obra intelectual. Es por esto que quedaba prohibida cualquier alteración de la obra, aún cuando la mejore, pues ello no es más que negar la paternidad, invadir esferas patrimoniales y entorpecer el vínculo creativo. Todo ello, sin perjuicio de que el segundo autor ostente derechos igualmente protegidos sobre una obra derivada.

Cuestión distinta era la alteración que pudiera denominarse técnica, y que consiste en la ejecución de una obra, que concebida de una determinada manera, resulta de imposible realización (proyectos arquitectónicos), lo que aconsejaría introducir variaciones para llevarla a cabo, en cuyo caso no se infringirán los derechos de autor, si bien no tanto porque ello no se considere una alteración, sino porque falta el elemento intencional preciso, aquí también, para dar vida a la infracción.

El plagio que ataca a la íntima conexión autor-obra, y al proceso creativo generador de cultura en su doble aspecto de la individualidad de quien la imagina, le da cuerpo mediante la fantasía, y la plasma de una manera concreta como resultado de todo ese proceso en una obra materializada (*corpus mechanicum*) representativa e identificable, puede adquirir la relevancia penal necesaria para dotar de contenido el tipo descrito en el artículo 534.1 del CP.

Por último, y antes de entrar en el análisis de la figura del plagio sólo señalar que aparecen dos aspectos en la proposición del tipo que pudieran entenderse contradictorios, pues persiguen objetivos distintos, para lo que hay que interpretarlos como términos contrarrestadores para la obtención de un adecuado equilibrio que en materia penal siempre es aconsejable. A saber, por una parte, la abstracción del concepto derecho de autor que conduce a una indefinición

altamente peligrosa por la extensión tan insegura que ocupa<sup>189</sup>; de otra, en evitación de esa abstracción o conducta indefinida, se exige la intencionalidad que obliga a la valoración del ánimo en su nivel de querer y saber, añadiéndole un plus, que obliga a poner en relación el querer y saber con aquello que concretamente se conculca.

## **B) Reforma del '87**

Por Ley Orgánica 6/1.987 de 11 de Noviembre, se modifica la Sección III del Capítulo 4º, Título XIII del Libro II del Código Penal desgajando del art. 534 la propiedad intelectual, y manteniéndose la misma redacción con respecto a la propiedad industrial, con eliminación del inciso referido a las leyes especiales, y desaparición de la reincidencia.

Se crean los artículos 534 bis, a) -tipo básico-, 534 bis, b) - subtipo agravado-, 534 bis, c)- publicación sentencia- y 534 ter,-responsabilidad civil-.

La incorporación de los nuevos artículos coincide en el tiempo con la aprobación de la Ley 22/1.987, de 11 de Noviembre, de Propiedad Intelectual.

Los avatares legislativos para culminar ambas reformas han sido de diverso signo. Habiéndonos ocupado de los referidos a la LPI con anterioridad, nos interesaremos ahora de los antecedentes de la modificación penal protectora de los derechos de autor.

---

<sup>189</sup> La Ley de Bases aconsejaba su definición. Rodríguez Devesa Parte Especial, pág. 510

Es esta una materia que ha estado presidida por el desasosiego doctrinal en una triple vertiente: **su denominación, su ubicación y su tipicidad.**

### **1.- La cuestión terminológica.**

Esta cuestión ha estado siempre presente en los diferentes intentos de modificación del Código Penal en esta materia.<sup>190</sup>

Desde Quintano a Queralt, se tachó la reforma del '63, al incorporar al tipo los derechos de autor, como bien jurídico protegido, como meros desahogos léxicos, y como cuestión de estilo<sup>191</sup>. Sin embargo las consecuencias fueron radicales : incorporación indudable del derecho moral (naturaleza mixta), no exigencia de perjuicio, y por tanto, la consideración del delito como de mera actividad.

El Proyecto de 1.980, sigue manteniendo la denominación derechos de autor (art. 352), pero a pesar de ello, cambia la rúbrica y los considera delitos contra el orden socioeconómico.

El Proyecto Parcial de Reforma de 1.982, devolvió su ubicación a la de 1.963, pero cambiando su rúbrica por la de infracción de la Propiedad Intelectual e industrial, con abandono en al art. 534 de la nomenclatura derechos de autor.

La PANCP de 1.983, vuelve a incluirlos entre los delitos contra el

---

<sup>190</sup> Carmona Salgado, Concepción, La Nueva Ley de Propiedad Intelectual, Ed. Montecorvo, Madrid, 1.988, págs 64 y ss.. Boix Reig, Javier, op. cit., pág. 939.

<sup>191</sup> Quintano, op. cit., pág., 598 y Queralt, Derecho Penal Parte Especial, Bosch, 1.986, pág. 334.

patrimonio, y los califica de derechos de autor (art. 250.1º).

La reforma de 1.987 para agotar todas las posibilidades de combinación, invierte la estructura, pues conserva la rúbrica de infracciones del derecho de autor en la misma Sección 3ª incluida dentro de los delitos contra el patrimonio, y la conducta descrita resulta típica cuando se realice sin la autorización de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual. A su vez la Ley 22/1.987, se denomina Ley de Propiedad Intelectual.

El proyecto del 92 mantiene idéntica estructura, Título XIII, Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico, Capítulo VI, De las defraudaciones, Sección Tercera, De la infracción de los derechos de propiedad intelectual (arts. 255 a 258). Como se ve la única alteración es el título de la Sección, que ya no reza de infracción de los derechos de autor, sino de propiedad intelectual.

Se observa un sucesivo zigzaguear sobre el nomen iuris producto de la naturaleza jurídica que se deriva de una u otra nomenclatura. La importancia de la denominación es obvia dado el alcance de derechos, prerrogativas y coberturas que hace nacer. Regirse por una u otra institución significa acomodarse a una normativa que puede no responder a la sustancial naturaleza de este derecho.

Sin que pueda admitirse como hace Díaz García-Conlledó, que "ambas expresiones, pueden emplearse, porque no prejuzgan totalmente la naturaleza del objeto"<sup>192</sup>, es cierto que el legislador de 1.987 ha arriesgado, quizás apostado, por una denominación a la que ha incorporado una definición (de propiedad intelectual), que coincide y contiene el derecho de autor en su doble faceta, de

---

<sup>192</sup> Díaz García-Conlledó, op. cit., págs. 812 y ss.

personal y patrimonial (art. 2). Desde el plano formal será discutible, pero desde el plano material resulta aceptable. Sobre todo cuando en el frontispicio de la LPI sitúa al autor, y al iter creativo (la creación) (art. 1º).

De otra parte, la inclusión en el art. 534 en su serie bis, del término propiedad intelectual, no tiene la misma dimensión que tenía en su antigua redacción anterior al '63 o en el Proyecto de reforma parcial de 1.982, pues antes se refería a los derechos de propiedad intelectual, ahora a los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual; pero sobre todo, la conducta típica consistía en la defraudación/infracción de la propiedad intelectual, y en el art. 534 bis a), se trata de reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente, importar, exportar, o almacenar. Es decir no se protege directamente la propiedad o el derecho de autor con carácter genérico, sino en aquellos aspectos que resulten lesionados por las conductas descritas. Y estas conductas resultan ajenas a la denominación que utilizamos. La nueva redacción, y ya es bastante, lo único que ha hecho es ampliar la esfera de protección, pues no se contenta con la protección de los autores, sino que se extiende a los propietarios, titulares o cesionarios, y su objeto descansa además de en la triple clasificación de las obras intelectuales - literaria, artística o científica-, en la interpretación o ejecución artística. Pero no necesariamente se ha pronunciado sobre la cuestión terminológica. En este sentido resulta sugerente el hecho de haber dejado intacta la rúbrica de la Sección 3ª (sí lo hace por el contrario el Proyecto 92).

La LPI, sin embargo, sí distingue los derechos de autor (art. 3, párrafo 1º) (propiedad intelectual en sentido estricto dicen, Bercovitz y Bondía), de la propiedad intelectual en sentido amplio ( art. 3.3º, Los otros derechos de la propiedad intelectual).

## **2.- Ubicación sistemática.**

Emparentada con la cuestión terminológica discurre la problemática de la ubicación sistemática de los nuevos tipos incorporados por la LO de 1.987.

Autores como Carmona<sup>193</sup> y Polaino<sup>194</sup> determina el bien jurídico mediante una interpretación sistemática. La inclusión de estos delitos entre los patrimoniales, Sección Tercera, del Capítulo IV, Título XIII, acentúa a juicio de Carmona, el carácter patrimonial, y es determinante para Polaino, aun a pesar de reconocer el carácter personal y socioeconómico (Rodríguez Ramos).<sup>195</sup>

Muñoz Conde<sup>196</sup>, invierte el proceso: dado el carácter patrimonial predominante de los tipos, su ubicación es adecuada<sup>197</sup>. En parecidos términos se expresa Bajo Fernández<sup>198</sup>, que cree que en el momento actual (escribe bajo la reforma del '63) no exista mejor ubicación dado el carácter defraudatorio de la modalidad de conducta relevante.

Por su parte Soto Nieto<sup>199</sup>, a pesar de coincidir con Bajo Fernández en

---

<sup>193</sup> Carmona, Sujetos penalmente ..., pág. 338.

<sup>194</sup> Polaino, op. cit., pág. 426 y 427.

<sup>195</sup> De la misma opinión son Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1990-1991.

<sup>196</sup> Muñoz Conde, op. cit., pág. 286.

<sup>197</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.991, son de la misma opinión

<sup>198</sup> Bajo Fernández, op. cit., pág. 220.

<sup>199</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 963. En parecidos términos se expresa Ferré Olivé: Es necesaria una reordenación del Código, que extraiga estos delitos del capítulo destinado a las defraudaciones, pues se producen confusiones interpretativas cuando se trata de la protección de los aspectos no patrimoniales.

el carácter defraudatorio, reconoce que no es preciso engaño, ánimo de lucro y perjuicio, y propugna de lege ferenda, "la conveniencia de dotar a los delitos contra la propiedad intelectual de una mejor ubicación sistemática, autonomizándoles respecto de rúbricas generealizadoras, comprometidas por inexactas".

Díaz García-Conlledó, advierte que la ubicación es sólo un indicio, y que puede estar sólo parcialmente justificada<sup>200</sup>.

Por contra Roldán Barbero<sup>201</sup>, apoyándose en la ausencia de título de la nueva LO que modifica la protección de los derechos, que él denomina intelectuales, entiende que supone una aparente neutralidad porque han dejado las cosas como estaban, cuando podían haberlas modificado, deduciendo de ello que falta una renovada voluntad patrimonialista.

No coincide Morillas Cueva con esta apreciación, pues la falta de título lo imputa a un lapsu del legislador<sup>202</sup>. La permanencia de la antigua rúbrica, entiende, no responde a las exigencias de la Sección, porque además de los derechos de autor se protegen también los derechos conexos, integrantes, a su juicio, de la propiedad intelectual.

---

<sup>200</sup> Díaz García-Conlledó, op. cit., pág. 839 . Pone como ejemplo los robos violentos, y en particular la trascendencia del art. 512 que adelanta la consumación cuando se produzcan lesiones. Un ejemplo de que la rúbrica no implica la determinación del bien jurídico puede verse en Orts, Parte Especial, Coordinada por Vives Antón, Tirant lo Blanch, 2ª Edición 1.988, pág 591.

<sup>201</sup> Roldán Barbero, op. cit., pág. 919.

<sup>202</sup> Morillas Cueva, Lorenzo, op. cit., pág. 424. Es en el Senado donde se produce una alteración de la rúbrica sin que en el mensaje motivado del Presidente del Senado que eleva al Congreso de los Diputados el 9 de Octubre de 1.987, se aluda a modificación alguna.

No obstante, para Roldán Barbero la especificidad de estas infracciones, pareja a la ostentada por otros derechos de la personalidad, debe incidir sobre su configuración sistemática. En consecuencia propone la creación de un título propio, o en su defecto un capítulo dentro de los delitos contra la libertad, porque, asegura, "no podemos olvidar que el producto intelectual es consecuencia, al fin y al cabo, de la libertad de creación."<sup>203</sup>

No tanto por la sustantividad de estos derechos, y si por el grado de protección otorgado por la LPI a los derechos morales a partir de la reforma del '87, mantiene Romeo Casabona<sup>204</sup>, que ya no es sostenible su encuadramiento actual dentro de los delitos contra el patrimonio, y propone su inclusión dentro de la actual estructura del CP, inmediatamente antes de los delitos contra el patrimonio y después de otros bienes jurídicos más personalísimos, como son la libertad y seguridad<sup>205</sup>.

Si algo ha quedado claro del panorama que presenta la doctrina penal española sobre la actual (también la antigua) ubicación de los tipos protectores de la propiedad intelectual, es que muestra una asintonía entre la rúbrica y su contenido, y entre la Sección y el Título. En efecto, incluso los que se inclinan por un carácter defraudatorio (Soto Nieto) se muestran contrarios a la actual ubicación, porque si bien son patrimoniales no llegan serlo, y porque el carácter defraudatorio al que aluden es extraño a la falta de exigencias dogmáticas de estas

---

<sup>203</sup> En igual sentido se expresa, Bustos, Juan, Parte Especial, Adenda, 1.989, pág. 24. Concluye este autor que tratándose de la protección de un bien personalísimo del autor, ha de excluirse de los delitos contra el patrimonio, y debe ser colocado dentro de los delitos contra la libertad y seguridad, ya que aparece como una forma de libertad de expresión.

<sup>204</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág.

<sup>205</sup> Este criterio es seguido por Díaz Garcia-Conlledó, op. cit., pág. 854.



infracciones.

Los tipos no son de resultado, sino de mera actividad -algunos hasta incluso no los consideran de lesión y los incluyen dentro de los de peligro abstracto-.

Todo ello no quiere decir sino que gozan de una singularidad que les distingue y les separa del resto de las infracciones. Sólo esto ya provoca que se encuentren, al menos, en una Sección única, junto a las infracciones de los derechos de propiedad industrial.

Pero además, resulta indudable que estos derechos nacen de un proceso creativo que se plasma en un soporte tangible o intangible (art. 10). El proceso a su vez tiene su origen en el autor que de este modo lleva a cabo una creación (art. 1º). Y esta creación atribuye al autor un poder de exclusiva en un doble orden, personal y patrimonial (art. 2º).

Estos aspectos no pueden desconocerse a la hora de determinar la naturaleza jurídica de los derechos de autor, y adecuar su ubicación. La naturaleza mixta de este derecho subjetivo, impone un tratamiento diferenciado. Su inclusión dentro de los delitos socioeconómicos, tiene el apoyo de la función social que cumple y la garantía de acceso a la cultura, pero no en todos los casos, el orden socioeconómico resultará afectado, o lo será en tan reducida escala que resultará insignificante.

La posición de Roldán Barbero, es sugerente, pero tampoco puede ser admitida. La tesis de Roldán se resume del siguiente modo: dada la sustantividad de los derechos intelectuales, y dado que el producto intelectual es consecuencia de la libertad de creación, estos delitos deben ubicarse en el título relativo a los

delitos contra la libertad. Una concepción de este tipo reconduciría todos los delitos al mismo título. En efecto, en todos los delitos, de forma mediata o inmediata, se violenta la libertad del individuo. La determinación del bien jurídico se efectúa por la proximidad, por la cercanía y la relevancia del bien a proteger. En un delito de hurto se violenta la libertad porque se realiza contra la voluntad del dueño, en un delito de falsificación de firma o firma en blanco, se lesiona también la libertad porque se lleva a cabo sustituyendo la voluntad del firmante, etc., y todo ello no autoriza a incluir estos delitos en el Título dedicado a los delitos contra la libertad, pues sólo recalarán en ese lugar los que tengan un bien jurídico inequívoco o preponderante que consista en alguna de las clases de libertad.

La propuesta de Romeo Casabona, sin embargo, resulta convincente, pero necesita ser explicada. Casabona propone como ubicación adecuada, la inmediatamente antes de los delitos contra el patrimonio y después de otros bienes jurídicos más personalísimos, como son la libertad y la seguridad, porque a su juicio, en la actualidad se da excesiva importancia a la faceta patrimonial, cuando los bienes jurídicos más relevantes (derecho moral y patrimonial) pertenecen a la persona física: el autor y demás titulares de estos derechos.

Ahora bien el mero hecho de pertenecer estos derechos al autor, ni los convierten en personalísimos, ni implica ninguna suerte de relevancia especial. También la propiedad común pertenece a la persona física.

La relevancia del bien, su singularidad, nace precisamente de que está integrado por derechos de carácter personal y patrimonial (art. 2). Y que este bien mixto, participa, de una parte, y en esencia de voluntades,- decidir, determinar, exigir, modificar, retirar y acceder (art. 14) -, sin ningún contenido patrimonial, y de otra, de contenidos fuertemente patrimoniales -derechos de explotación-(art.

17). Así pues, la voluntad referida a los derechos morales, y la patrimonialidad a los derechos de explotación, aconseja ubicar los tipos, entre los delitos contra la libertad (de decidir) y seguridad, y los delitos contra el patrimonio (explotación). Esta conclusión viene avalada por la propia configuración del tipo recogido en el art. 534 bis a) y b) CP ( usurpación personal -plagio-, y usurpación patrimonial - reproducir, distribuir o comunicar-).

### **3.- Tipicidad**

#### **Art. 534 bis, a)**

Será castigado con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 pesetas quien intencionadamente reprodujere, plagiare, 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

#### **Art. 534 bis b)**

1. Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 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 periodo de dos a cinco años, cuando, además de obrar con ánimo de lucro concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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.

#### **Art. 534 bis, c)**

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

#### **Art. 534 ter**

La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los artículos 534 bis, a), y 534 bis, b), 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.

### **3.1.- Abandono de la técnica de la norma penal en blanco.**

Salvo algunas excepciones en las que luego nos detendremos, la mayoría de la doctrina se congratula de la renuncia que el legislador ha expresado en la reforma del '87 en lo referente a la norma penal en blanco que tradicionalmente había presidido en esta materia, poniendo de manifiesto, como afirma Roldán Barbero, "que era posible huir de la

indeterminación del procedimiento de reenvío".<sup>206</sup>

La única reminiscencia del antiguo sistema se contiene en el art. 534 ter, que en opinión de Quintero Olivares<sup>207</sup> es de grado inferior al que tenía el anterior art. 534. No es acertada, sin embargo, esta consideración. La remisión que el art. 534 ter efectúa a la LPI es en materia de responsabilidad civil, cuya naturaleza es puramente civil aunque nazca del delito, y cuya incorporación al Código Penal es meramente práctica. Sistema que no sigue, en la mayoría, el derecho comparado, y cuya modificación en derecho interno es objeto de estudio.

Se gana, por tanto, en certeza y seguridad, pues por "mucho que una conducta suponga una infracción del derecho de autor, no obstante será impune si no está expresamente tipificada".<sup>208</sup>

Pero son estos unos tipos salpicados de términos normativos (la CFGES<sup>209</sup> los denomina descriptivos con referencias normativas) que necesitan

---

<sup>206</sup> Roldán Barbero, op. cit., pág. 908

<sup>207</sup> Quintero Olivares, op. cit., pág. 28.

<sup>208</sup> Gimbernat, Consideraciones ..., pág 356. En el mismo sentido se pronuncian Soto Nieto, op. cit. pág. 969, y Delgado Porrras, op. cit., pág., 113, para quienes no existe norma penal en blanco y los ilícitos contra la propiedad intelectual están tipificados. El legislador mediante dicha tipificación y la correspondiente pena, se ha pronunciado sobre qué comportamientos antijurídicos contra los derechos de propiedad intelectual merecen ser criminalizados mediante su gravedad.

<sup>209</sup> Circular de la Fiscalía General del Estado, núm. 2/1.989 de 20 de Abril, Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y de la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la LO 6/1.987 de 11 de Noviembre., pág. 678.

ser integrados, en algunos casos, por la LPI.<sup>210</sup>

Sentado, pues, que en sede penal se describen las conductas típicas, las desavenencias de la doctrina se ciernen sobre el grado de vinculación de los tipos penales con la LPI. Carmona invoca el carácter conjunto de la regulación de la LPI y la reforma penal, del que "se deriva una clara concatenación entre ambas clases de preceptos, (en) necesaria relación a la interpretación de muchos de los elementos integrantes de los nuevos tipos legales"<sup>211</sup>. Morillas Cueva considera imprescindible remitirse a la LPI "para un exacto y adecuado conocimiento de la Sección".<sup>212</sup>

Otros autores como Gómez Benítez y Quintero<sup>213</sup>, opinan , el primero, que la LPI tiene un valor de referencia muy relativo para interpretar los términos normativos; y el segundo, que la ley penal es completa y que aún desapareciendo la LPI, sería igualmente aplicable.

Una posición intermedia la ostenta Polaino<sup>214</sup>, quien mantiene que la sustitución de la remisión normativa no ha ofrecido una solución satisfactoria en la actual reforma del texto punitivo, "en aras a la elemental observancia de las condiciones de seguridad y certeza jurídicas, requeridas por el principio de legalidad penal en la tipificación de los comportamientos delictivos".

---

<sup>210</sup> Boix Reig, op. cit., pág. 943.

<sup>211</sup> Carmona Salgado, El tipo básico...., pág. 84

<sup>212</sup> Morillas Cueva, op. cit., pág. 422.

<sup>213</sup> Gómez Benitez/Quintero Olivares, op. cit., págs. 28 y 166.

<sup>214</sup> Polaino, op. cit., pág 429 y 430

Por último sólo tres autores se han pronunciado abiertamente en favor de una interpretación de norma penal en blanco; Rodríguez Devesa, que no ofrece argumentos en favor de su apreciación, y que por el contexto parece más un olvido de la revisión de la reforma del '63; Arroyo Zapatero/García Rivas<sup>215</sup>, que a pesar de considerar que es una norma penal en blanco, dado que define el núcleo esencial de la conducta, satisface, a su juicio, las exigencias del principio de legalidad; y Ferré Olivé para quien el nuevo precepto penal puede caracterizarse "como un elemento normativo de naturaleza idéntica a una ley penal en blanco"<sup>216</sup>.

Para resolver con acierto la cuestión que aquí se trata, y en particular ésta última posición, es preciso no perder de vista que norma penal en blanco se reserva, como subraya Esteban Mestre<sup>217</sup>: a aquellos preceptos en los que el legislador autoriza a otras instancias normativas para configurar la conducta susceptible de represión penal. Se da así la configuración política que señala Mir Puig<sup>218</sup>, pues esas otras instancias extrañas al legislativo, normalmente de rango inferior y distinto, son las que en última instancia determinan la conducta típica.

Y como acertadamente afirma Quintero, el "que una ley penal esté impregnada de elementos normativos, demandantes de una interpretación fundada quizás en elementos extrapenales o en valoraciones metajurídicas, no es equiparable al recurso de la Ley penal en blanco, que implica mantener en la sede

---

<sup>215</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.987

<sup>216</sup> Ferré Olivé, Juan Carlos. Delitos contra los derechos de autor, Anuario de Derecho Penal, Enero-Abril, 1.991, pág. 68.

<sup>217</sup> Esteban Mestre, op. cit, pág 507

<sup>218</sup> Mir Puig, op. cit. pág. 41

penal la definición de las conductas punibles, abdicando en favor de normas que pueden incluso violar las garantías penales".<sup>219</sup>

Así las cosas, entendiendo que el núcleo fuerte de la ley penal, radica en su tipicidad, esto es en la determinación cabal del injusto, no puede aceptarse que nos encontremos ante una ley penal en blanco en la reforma penal operada en la Sección Tercera del Título XIII, Capítulo IV del CP. Pues si bien, como se ha dicho los tipos están inundados de referencias valorativas, y es preciso llevar a cabo una integración con la LPI, ello obedece a una finalidad auxiliadora para perfilar "la significación y trascendencia de las actividades nucleares por aquellos contempladas".<sup>220</sup> La Ley penal no renuncia a interpretaciones extraídas de otros ordenes normativos; su carácter autónomo no quiere decir que se desenvuelva con criterios autárquicos, pues es obvio que cumple una función integradora con el resto del ordenamiento, sin perjuicio de su capacidad de adecuar las instituciones de otras ramas a la peculiaridad sancionadora<sup>221</sup>.

### **3.2.- Estructura del Tipo.**

Tanto el tipo básico del art. 534 bis a), como el recogido en el art. 534 bis b), no ofrecen duda sobre su carácter mixto, y, en consecuencia, alternativo.

---

<sup>219</sup> Quintero Olivares, op. cit., pág. 28.

<sup>220</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 969.

<sup>221</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 153, estima que en principio para conocer el contenido exacto de las acciones típicas hay que acudir a la LPI que otorga un significado más restringido que el común. Y Gómez Benitez, op. cit., pág., 165 y 166, más radical, concluye que no coinciden el contenido del derecho moral en cuestión y la materia de prohibición penal, e incluso la modificación que no está definida es un concepto jurídico indeterminado, al que se añade otro, pues la modificación ha de ser sustancial.



En efecto, la reiterativa disyuntiva "o" ya lo pone de aviso, y a ello se añade la descripción de diversas modalidades de conducta; bastando, desde el plano positivo, la ejecución de una de ellas para realizar el delito. Y desde el negativo : la realización de varias de las modalidades descritas, dará lugar a un sólo delito<sup>222</sup>.

Igual sucede en el art. 534 bis b), que sufre de una doble alternancia - primera y segunda agravación-, pero siempre que se tenga en cuenta que el art. 534 bis b) no aparece en escena hasta que haya adquirido protagonismo el art. 534 bis a); y a su vez, el núm. 2 del b), carece de función hasta que el núm. 1 se haya realizado. Entonces: Sólo es A ( 534 bis b) 2), si es B (534 bis b) 1), y si es C (534 bis a). El recorrido es en una sólo dirección y la progresión escalonada.

Es por esto que llama la atención el criterio fijado por la CFGE 2/1.989, que se inclina por una estructura mixta acumulativa<sup>223</sup>. Pues con independencia de lo acertado de esta clasificación, que con razón han denunciado Cobo/Vives<sup>224</sup> porque en este caso no hay un tipo mixto sino varios, no es posible considerarlo formalmente sino un tipo mixto alternativo, y tampoco se llega a conclusión distinta desde un plano material, si se tienen presentes las consecuencias punitivas de indudable trascendencia que acarrearían: concurso de infracciones con una notable agravación punitiva.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág 153. Polaino Navarrete, op. cit., pág. 429

<sup>223</sup> CFGE 2/1.989, pág. 678.

<sup>224</sup> Cobo/Vives, op. cit., pág. 337.

<sup>225</sup> Polaino, op. cit., pág. 430, no obstante, ha denunciado la problemática de este tipo alternativo: La multiplicidad y diversidad de las conductas típicas alternativas descritas en la figura legal asimismo suscitan nuevos problemas, de

Más controvertida es la cuestión referente a la naturaleza del art. 534 bis b). La doctrina lo ha considerado como una agravación del tipo básico, hasta el punto de que Boix ha acuñado la expresión hiperagravaciones para el núm 2 de dicho artículo (Vid. por todos Soto Nieto y Carmona).

Resolver la naturaleza de este tipo pasa por determinar si nos encontramos ante meras circunstancias que agravan el delito, o son por el contrario, elementos añadidos al tipo básico, y configuran un subtipo agravado. Esto es, son elementos circunstanciales, o por el contrario elementos del injusto. En este último caso nos encontraremos ante un subtipo agravado.

Un somero análisis de los diversos apartados del art. 534 bis b) 1, indicarán con toda probabilidad la naturaleza del tipo: el apartado a) es un elemento subjetivo (ánimo de lucro); el b) y d) son conductas lesivas del derecho moral del autor ( derecho de divulgación e integridad de la obra); y el c) es el plagio básico, pero aquí el servil y más grosero. Resulta, pues, que el art. 534 bis b) es manifiestamente un subtipo agravado.<sup>226</sup>

El n° 2 del art. 534 bis b), no se limita, de otra parte, a agravar el delito,

---

notable relevancia político-criminal, por cuanto dificultan tanto la determinación técnica de la cualidad del sujeto activo como la individualización del sujeto pasivo, al tiempo que propicia arduas cuestiones en relación con los cesionarios en cadena.

<sup>226</sup> Se muestran partidarios de esta concepción, Díaz García Conlledó, op. cit. ,pág 845: En su opinión el que el art. 534 bis b) 1, en lo que respecta a la infracción de las facultades personales, se haya configurado como un subtipo agravado es algo que se debe a una mala técnica legislativa (Bajo: estamos ante nueva tipicidades; Vega Vega: las conductas en muchos casos son autónomas ) que da lugar a consecuencias importantes. Polaino, op. cit. , pág. 436, lo denomina tipo cualificado. Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 2002, se refiere a un aumento de lesividad.

sino que lo califica; especial trascendencia y daño matizan el injusto al modo del art. 506 CP. Es por tanto, también, un subtipo agravado.

Este último subtipo, por su vinculación con el ánimo de lucro (elemento subjetivo), se convierte en un tipo de resultado cortado.<sup>227</sup>

Gimbernat<sup>228</sup> los ha considerado "delitos con objeto plural inequívocamente ilícitos", entendiendo por los mismos los que se realizan sobre una pluralidad de cosas o una cantidad indeterminada de mercancías, que ostentan, ab initio o en un momento posterior, un inequívoco carácter delictivo. Dado que como más adelante se verá, la distribución, almacenaje, importación y exportación puede versar sobre copias lícitas, no puede aceptarse la inclusión de este tipo de delitos entre la categoría propuesta por Gimbernat.

Son de otra parte tipos instantáneos en su modalidad de estado, en los casos de afectación de los derechos morales <sup>229</sup>. La prescripción, por tanto, corre a partir de la consumación (instantánea).

---

<sup>227</sup> Polaino, op. cit., pág. 434. Es un tipo subjetivamente configurado, constitutivo de un delito de resultado cortado, en que, además del dolo del autor, se exige la presencia del ánimo de lucro, que por virtud de la configuración subjetiva del tipo no requiere ser satisfecho objetivamente, toda vez que el desvalor de acción inspirada en el ánimo lucrativo incrementa el desvalor personal de injusto, permitiendo anticipar la barrera de la protección penal a un momento previo al de la realización objetiva.

<sup>228</sup> Los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objetos plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal). Estudios penales y criminológicos, Núm. XV, Universidad de Santiago de Compostela, 1.992, pág. 102

<sup>229</sup> Algardi, op. cit., se inclina por la configuración de delito instantáneo en el plagio.

Por último, resulta también controvertida la clasificación del delito por el modo de comportamiento. Para algunos, Quintano<sup>230</sup>, Carmona<sup>231</sup> y Queralt<sup>232</sup>, nos encontraríamos ante delitos de resultado; para Bustos<sup>233</sup>, de peligro abstracto; y para Quintero<sup>234</sup>, Rodríguez Devesa<sup>235</sup>, Roldán

---

<sup>230</sup> Quintano, Tratado de Derecho Penal III, pág. 614. Opina este autor sobre la reforma del '63 que "es de advertir que aun sin tratarse exactamente de infracciones de mera actividad o formales, la naturaleza misma de las cosas impone que al menos en la practica no se incriminen las formas de acción imperfecta, sino únicamente las consumadas.

<sup>231</sup> Carmona, El tipo básico..., pág. 160. Piénsese, dice la autora, en el supuesto de piratería, integrado por los actos de reproducción y posterior distribución de las copias, cuando sólo se hubiera realizado el primero de ellos, quedando aún pendiente el segundo, si bien la cuestión radica en última instancia en entender que, pese a no exigirse un perjuicio patrimonial determinado, el delito lo es de resultado, coincidiendo éste, y por tanto la consumación de aquél, con el acto en sí de la defraudación.

<sup>232</sup> Queralt, op. cit., pág. 355. La reducción que efectúa de las conductas a las meramente defraudatorias le hace concluir que el delito es de resultado

<sup>233</sup> Bustos Ramírez, op. cit., pág. 24. Conviene reproducir fielmente su pensamiento: "Ciertamente el derecho moral no se puede decir que es un derecho patrimonial, sino que es un derecho personalísimo. Más aún, a pesar de que la ley en el tipo base se refiere al derecho moral, sin embargo, como no se exige perjuicio o daño patrimonial, resulta entonces que basta con la afección del derecho en sí, con lo cual aparecen tales comportamientos propios al derecho de explotación, no en su carácter patrimonial, sino como consecuencia del derecho moral o personalísimo de autor, a lo más se podría decir que se trata de conductas de peligro abstracto".

<sup>234</sup> Quintero, op. cit., pág. 30. Al ser el derecho protegido un derecho de índole espiritual, su ofensa o lesión no se produce con efectos materiales o tangibles, y por este motivo es de simple actividad.

<sup>235</sup> Rodríguez Devesa, op. cit., pag. 537. Tanto con la reforma del '63 como con la del '87, el delito es de mera actividad, porque no se requiere la producción de resultado alguno

Barbero<sup>236</sup>, ante un delito de mera actividad.<sup>237</sup>

No analizaremos la tesis de Quintano, que es seguida, sustancialmente por Carmona, ni tampoco la de Queralt pues al igual que Quintano se refiere a la reforma del '63, y la restricción que efectúa de las infracciones del derecho de autor a las defraudatorias, ha sido criticada y rechazada más arriba. Así pues, sólo nos detendremos en la posición defendida por Carmona.

Dos son las cuestiones que es preciso aclarar para repeler la argumentación de Carmona: una, trata del concepto jurídico de resultado; y otra, del perjuicio del supuesto agravado que señala la autora.

Para abordar el concepto jurídico de resultado, conviene acudir a una, como siempre, sugerente distinción de delitos de resultado y de mera actividad que efectúa Gimbernat, para concluir que en este caso estamos ante un delito de resultado. Para Gimbernat<sup>238</sup> resultado es tanto la incidencia del sujeto sobre el mundo exterior, como la de éste sobre aquél, es decir, que "la relación del sujeto con el mundo exterior puede consistir, además de en producir resultados en éste, también en que sea el mundo exterior el que produzca resultados en el sujeto". De este modo, la diferencia entre delitos de resultado y de mera actividad no residirá en el resultado, que será común a ambos, sino en la separación entre la conducta y el resultado (delito de resultado), pues si es instántanea y coincidente con el resultado estaremos ante un delito de mera actividad. Lo determinante, pues, sería la separación cronológica, y no ontológica. En la conducta de

---

<sup>236</sup> Roldán Barbero, op. cit. ,pág 922, para quien el delito se consuma con la mera actividad reproductora, no requiriendo la producción de resultado alguno.

<sup>237</sup> En el mismo sentido se expresa también la CFGE 2/1.989.

<sup>238</sup> Gimbernat Ordeig, Otra vez: ..., págs. 113-118.

reproducir el resultado lo constituirían las copias ilícitas.

A tales conclusiones llega, entre otras cosas, porque "si existieran acciones consistentes en una mera actividad sin resultado alguno, si todo quedase reducido a algo que no trasciende de (o al) sujeto, entonces ello tampoco podría perjudicar a nadie; y si no perjudica a nadie, no se entiende qué legitimación puede tener entonces el Derecho penal para intervenir y sancionar".

Para rechazar la postura de Gimbernat, bastaría señalar que si las copias ilícitas constituyen ya por sí un resultado, y que éste resultado para legitimar el castigo ha de perjudicar, no se alcanza a comprender el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo, y menos aún es comprensible ligarlo a un "perjuicio" por incidencia del mundo exterior al sujeto. Se castiga por lesionar o poner en peligro un bien jurídico. El castigo por el resultado sólo tiene lugar en una responsabilidad objetiva. Lo que sucede es que la lesión del bien jurídico puede requerir un resultado objetivable diferenciado de la conducta (de la acción en sentido estricto). Pero también es posible que no sea así, que se dé lesión sin resultado alguno. Si esto no se tiene presente la confusión está servida.

La cuestión aparece con mayor nitidez cuando se trata de delitos de peligro abstracto (Gimbernat entiende que algunas conductas como reproducción y almacenamiento lo son), pues en estos supuestos, como en es el caso de los delitos contra la Salud Pública el sujeto "tiene" la sustancia (no la ha elaborado, tampoco cultivado, ni transportado), sólo la tiene, ni siquiera la ha depositado allí, se la han depositado. Nada ha modificado, ni nada ha percibido que haya incidido en él, salvo que se reduzca al absurdo. No puede hablarse de que haya resultado alguno, como tampoco de que haya lesión del bien jurídico. Hay eso sí una puesta en peligro y un adelantamiento de la consumación (consumación anticipada), pero nada más, y nada menos, pues por eso se castiga.

La postura de Gimbernat imposibilita además distinguir la manifestación de voluntad del resultado, pues toda manifestación de voluntad debe ser externa para tener relevancia penal, y toda manifestación externa comporta "un resultado" al modo que sugiere. Pero ello no es resultado jurídico, ni siquiera natural. Los preceptos penales de resultado exigen que un hecho (acción), cause una modificación externa del mundo. La causación se erige como elemento vertebral de la configuración del resultado. Gimbernat por el contrario, aunque no lo expresa exactamente así, ignora la causación porque toda acción es resultado (porque toda acción comporta un resultado).

Si ello es así la distinción entre formas imperfectas y consumadas se hace imposible. Pensemos en una acción agresiva, vb., el lanzamiento de una piedra contra un sujeto que no llega a impactarle. La acción de lanzar la piedra conlleva un resultado que consiste precisamente en el lanzamiento de un objeto contundente contra una persona, para quien indudablemente la situación ha cambiado desde el mismo momento que se percibe del lanzamiento, observa que la piedra se dirige contra él, y que no llega a impactarle porque con suma agilidad la esquiva. Este "resultado" sin embargo no autoriza a calificar el hecho como un delito consumado de lesiones. Para ello es preciso que se haya **producido** una lesión que menoscabe la integridad física del sujeto. Este segundo resultado que es el exigido expresamente por el tipo penal, y que coincide en su sentido jurídico y natural, es el que sirve para distinguir el delito de resultado de los de mera actividad, resolver el problema causal y determinar la consumación del delito. El primer "resultado" carece de relevancia penal<sup>239</sup>, y es discutible desde un plano

---

<sup>239</sup> Jescheck, H., Tratado de Derecho Penal, Parte General, Traducción Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Vol. II, pág. 355. Señala el autor que ciertamente, cabe también considerar a la acción en sí misma una clase de "resultado", pues constituye un efecto del impulso de la voluntad del autor, lo que ha llevado a distinguir entre resultado en sentido estricto y resultado en sentido amplio. Pero

naturalístico.

Resultado es, pues, una modificación del mundo exterior verificable, distinta en las coordenadas de espacio y tiempo de la conducta, pero conectada causalmente con ella y trascendente en el ámbito jurídico-penal<sup>240</sup>, esto es, ciertas consecuencias externas separables ontológica y cronológicamente de ella (de la manifestación de voluntad)<sup>241</sup>.

El supuesto agravado, como lo denomina Carmona refiriéndose al art. 534 bis b) 2, no torna el tipo básico de mera actividad en resultado, porque, en primer lugar, la estructura encadenada del tipo y subtipo, hace que sólo opere el segundo, de haber concurrido el primero; y en segundo lugar, y si cabe más trascendente, como acertadamente señala Boix<sup>242</sup> tampoco en este supuesto se requiere perjuicio para consumar la conducta, ya que "cuando el perjuicio no es especial, pero existe, no afecta a la comunicación del delito, sino sólo al agotamiento. Se trata -sigue diciendo- de un elemento subjetivo del injusto en el tipo agravado, de claro contenido económico, reflejo de tratarse de una modalidad típica usurpatoria".

Sabido lo anterior, no se alcanza a comprender qué modificación exterior

---

**sólo el concepto de resultado en sentido estricto posee importancia dogmática, ya que únicamente él suscita el problema de la relación de causalidad.**

<sup>240</sup> Rodríguez Ramos, Luis, El "resultado" en la teoría jurídica del delito, Cuadernos de Política Criminal, nº 1, 1.977, pág. 53. . En el mismo sentido, Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal Español, Parte general, Ariel, Barcelona, 1.984. Jeschek, op. cit., pág. 355.

<sup>241</sup> Cobo/Vives, op. cit. pág. 292.

<sup>242</sup> Boix, op. cit., pág. 944.



se ha producido, o siquiera qué consecuencias, y tampoco se entiende que ante la eventual concurrencia de formas imperfectas, se modifique el tipo de delito. Siempre pensé que era al contrario. Pero es más, el ejemplo que pone Carmona, no constituiría ninguna forma imperfecta (reproducción para distribuir, sin que pueda llegar a efectuarse), pues olvida que estamos ante un tipo mixto alternativo, y con la sólo realización de una de las conductas estamos ante la consumación. En lo que respecta al supuesto agravado, la no exigencia del perjuicio, pues habiéndolo no necesariamente se realiza el tipo (no se comunica), sólo cuando sea especial, indica que no es preciso ningún resultado para lograr la consumación.

Tampoco puede aceptarse la tesis de Bustos Ramírez (peligro abstracto). La consideración del bien protegido como personalísimo del autor, no autoriza a tanto. También es un bien personalísimo el honor, y no digamos la vida. Y ambos son delitos de lesión. Uno de mera actividad y otro de resultado. Y esto es lo que sucede aquí, que el delito es de lesión pero no de resultado, pues no es preciso que se cause ningún perjuicio, ni en el tipo básico, ni en el agravado. Este es el criterio seguido por Quintero, a pesar de estimar que los bienes son de carácter espiritual; derivando la fase de agotamiento, es decir, el perjuicio sufrido por el titular a la responsabilidad civil.

### **3.3.- Bien Jurídico.**

El art. 534 bis a), ha supuesto a la vez una restricción y una extensión en relación con el antiguo art. 534.1º del CP en cuanto al objeto formal. En efecto, de una parte, ha limitado las conductas, las ha taxado; y de otra, sin embargo tales conductas ya no están puestas, únicamente, en conexión con los derechos de autor, sino que se extienden a los intérpretes y ejecutantes.

Pero por obvio, no deja de ser necesario efectuar algunas aclaraciones que

contribuyan a determinar con fidelidad el bien jurídico.

### 3.3.1.- Derecho de autor y conexos

En primer lugar, conviene tener presente que las conductas consisten en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente; y que el objeto material recae sobre la obra literaria, artística o científica, su transformación o una interpretación o ejecución artística, como acertadamente señalan Arroyo Zapatero/GARCÍA RIVAS<sup>243</sup>. Y en segundo lugar, que si bien la transformación de la obra es objeto de la propiedad intelectual (art. 11), la interpretación y ejecución quedan fuera de su ámbito.

Ahora bien, como el art. 534 bis a), protege la interpretación y ejecución artística, contra toda reproducción, plagio, distribución o comunicación pública, sin la autorización de los titulares de la propiedad intelectual, quiere ello decir que sí forman parte de la propiedad intelectual. Resolver esta aparente contradicción pasa por precisar el concepto de propiedad intelectual.

Como ya se puso de manifiesto más arriba a la hora de tratar la cuestión terminológica, la propiedad intelectual, tiene una doble acepción, estricta (derechos de autor) y amplia (otros derechos de propiedad intelectual). Se

---

<sup>243</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., págs, 1.992 y 1.993, se muestran contrarios así a las posiciones mantenidas por Carmona -La Nueva Ley de Propiedad Intelectual, pág. 331-, Romeo - Poder informático, pág. 156, Rodríguez Devesa -Parte Especial, pág. 537- y Boix -Parte Especial, pág. 944, que erróneamente consideran la transformación (Carmona y Romeo), e interpretación y ejecución (los demás), como conductas, y no como objetos materiales. Carmona, en una obra posterior, El tipo básico, pág. 144 y 152, ha modificado su criterio y es coincidente con Arroyo/García Rivas. Apoya esta tesis, Quintero, op. cit., pág. 49.

distingue con claridad en lo dispuesto en el art. 3, pues declara que " Los derechos de autor son independientes y compatibles con : 3º. Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el libro II de la presente Ley. Y en el Libro II se contienen, entre otros derechos, los concernientes a los de los artistas, intérpretes o ejecutantes (Título Primero).

De este modo, se observa que de la propiedad intelectual se derivan diversos derechos, unos del autor y otros, parece, de los que no lo son. Esta idea viene apoyada, por la división de la Ley de Propiedad Intelectual, que dedica todo el Libro Primero a los "Derechos de autor", y el Libro II, a "Otros derechos de propiedad intelectual". Por consiguiente, autor y artistas, intérpretes o ejecutantes son dos entidades distintas, pero no tan distintas.

En efecto, la Propiedad Intelectual del autor, dice el art. 2 LPI, está integrada por derechos de carácter personal (art. 14)- plena disposición: reconocimiento de su condición de autor, respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación o alteración, o atentado que suponga menoscabo a su reputación, y los contemplados en los números 1, 2, 6 y 7-; y patrimonial ( art. 17)- derecho exclusivo-. El artista, intérprete o ejecutante, goza del derecho al reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones, y a oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesiones su prestigio o reputación (art. 107); y le corresponde un derecho exclusivo de autorizar la reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones o ejecuciones (art. 102.1).

Como se ve, la similitud de derechos es cuasi-idéntica. Y si los derechos les unen, la denominación o regulación no les puede, ni debe separar. Cabe, no obstante, objetar que así como el autor "crea" (art. 1), el artista, intérprete o ejecutante, alcanza esta condición porque representa, canta, lee, recita, interpreta

o ejecuta en cualquier forma una obra (art. 101). Es decir, nada aporta a la obra creada. Sin embargo, el RPI de 1.880, recuérdese aún vigente pues no ha sido derogado por la nueva LPI, resulta concluyente en este punto; su artículo 2 establece : "Se considera autor, para los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, al que concibe y realiza alguna obra científica o literaria, o crea y ejecuta alguna artística, siempre que cumpla las prescripciones legales". La ejecución, pues, separada de la creación forma parte de la condición de autor en las obras artísticas.

La actual regulación del art. 534 bis a), en sintonía con el art. 2 RPI se refiere a la ejecución artística, porque sólo ésta puede ser ejecutada, motivo por el que la redacción modifica el posesivo "su" por el indeterminado "una". Refuerza aún más esta interpretación el hecho de que la conducta típica, como se ha dicho, consiste, entre otras, en plagiar. El plagio, por la construcción del tipo, se halla también referido a toda imitación de una interpretación o ejecución artística e igual sucede en el art. 534 bis b) 1, c), supuesto más grave de plagio. Pero por su propia naturaleza, sólo cabe imitar- copiar- lo que es original. No queda más remedio, por tanto, si le queremos dar sentido al tipo, que otorgar rasgos de originalidad - en el sentido del art. 10.1 LPI- a las interpretaciones para que puedan ser tuteladas penalmente. Así las cosas, el artista, intérprete o ejecutante, no sólo será quien, represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute, sino quien llevando a cabo estas actividades aporte una entidad creativa y sustancial a la obra, convirtiéndose de esta manera la resultante en una especie de transformación. Pues "no crean la obra original con su aportación personalísima, pero ultiman la concreción formal de la obra artística"<sup>244</sup> . El resultado , el

---

<sup>244</sup> Peña y Bernaldo Quirós, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigido por Albadalejo, Tomo V, vol. 2º, artículos 392 a 429 del CC, págs. 724 y 725. En la obra producida hay, pues, una aportación personal objetivada, que da lugar, como la obra intelectual (o como obra intelectual), a un

nuevo ejemplar material constituido por la versión del intérprete o ejecutante, no es consecuencia exclusivamente de la objetiva aplicación de las prescripciones del autor, sino también en parte de la actuación de las normas personales del intérprete; y eso es precisamente lo que en su núcleo íntimo define a la creación espiritual: ser el resultado de la aplicación de las normas personales<sup>245</sup>.

Pero, es más, de no interpretar que autor e intérprete o ejecutante participan de la misma naturaleza, aunque en distinto grado, al modo de autor y transformador<sup>246</sup>, y obra original-preexistente y derivada, el subtipo del art. 534 bis b) se vería privado de intervención en un campo amplio : el de las interpretaciones y ejecuciones de obras artísticas, porque la agravación por lesión de derechos morales está referida al autor (a excepción del apartado c)); derechos morales que coinciden precisamente con los que también le corresponden a los intérpretes y ejecutantes. Gómez Benítez<sup>247</sup> se muestra contrario a subsumir la modificación de sustancial de la integridad de la obra de un intérprete en el art. 534 bi b) 1 d), porque tal modificación, para ser penalmente relevante, debe

---

derecho absoluto de señorío integrado, también, por facultades de explotación, y modalizado, igualmente, por la íntima relación del objeto con la misma persona del sujeto: con frecuencia la aportación de los artistas compromete más la propia persona (se aporta incluso la propia imagen) que la aportación del autor. Y dice en otro lugar: no es mero tópico decir de los artistas intérpretes o ejecutantes que hacen una verdadera creación. En la misma dirección, citando también a Baylos, Desbois, De Sanctis, Stranschnov, Bergström y Greco, Mentha, Gobin, Toulemon, Gaudel, Mouchet y Radaelli, Nordemann, Vinck y Hertin, Bonet Ramón y Giannini, se posiciona Cabanillas Sánchez, Antonio, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, pág. 1431 y 1432.

<sup>245</sup> Baylos, op. cit. pág. 526

<sup>246</sup> Peña y Bernaldo de Quirós, op. cit., pág. 724. En el mismo sentido del texto: su aportación (la del artista) a la obra resultante es parecida a la del adaptador- aunque en otro plano artístico-.

<sup>247</sup> Gómez Benítez, José Manuel, op. cit., pág. 173

producirse "sin autorización del autor". Ahora bien, si también son objeto de propiedad intelectual las adaptaciones (art. 11.1), y cualesquiera transformaciones de una obra artística (art. 11.5), y éstas no corresponden estrictamente a una labor creadora propia de autor, no queda más remedio que ampliar el concepto de autor al modo de la extensión del concepto de originalidad de la obra, sino se quiere dejar zonas opacas a la protección penal.

La interpretación que se propone concilia el contenido del art. 534 bis, a) ad intra, y ad extra, con el art. 534 bis b); explica la inclusión del término propiedad intelectual para otorgar protección a los cesionarios; y permite abordar el bien jurídico de forma unitaria y homogénea.

### **3.3.2.- Derecho de autor: su concepto unitario.**

Todo ello consiente formular un concepto unitario de bien jurídico, pues la referencia a cesionarios, sólo tiene trascendencia desde la perspectiva del sujeto pasivo, y no sobre el objeto formal a proteger.

A la hora de analizar el bien jurídico en el antiguo 534.1 CP, se concluyó que era de naturaleza unitaria porque el derecho de autor nace del núcleo creacional que da lugar a dos derechos (facultades) de carácter personal y patrimonial.

Nada ha cambiado con la modificación introducida por la LO 6/1.987, según hemos tenido oportunidad de comprobar más arriba. Pero no parece tan claro en el caso de la nueva LPI.

La Ley de Propiedad Intelectual se distingue por una incesante sucesión

de definiciones<sup>248</sup>, y entre ellas se encuentra en su artículo 2 la siguiente: La propiedad intelectual está **integrada por derechos** de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.

De esta declaración la mayoría de la doctrina<sup>249</sup> ha interpretado que la LPI es de carácter dualista, pues habla de dos derechos, y no de facultades. Y en verdad el texto parece no ofrecer dudas: la propiedad intelectual está integrada por dos derechos, y por consiguiente la tesis monista de un derecho con dos facultades, resulta difícil de sostener.

Sin embargo, una aguda exposición de Lacruz Berdejo<sup>250</sup> impone una nueva lectura del precepto. El camino seguido consiste en comparar el art. 2 LPI y el 348.1 CC, pues "en cierta medida, parafrasea" aquél, éste. Allí se dice que la propiedad intelectual es el derecho **de gozar y disponer**; y aquí que está integrada por **derechos** de carácter personal y patrimonial. En un caso la propiedad es un derecho subjetivo (Código Civil), y en otro (LPI), la propiedad intelectual (derecho subjetivo) está integrada por dos derechos (subjetivos). De este modo, resulta que la LPI habría creado "una suerte de <<superderecho>> (esto es, un derecho más allá de los derechos subjetivos, e integrado por estos) que no existe en nuestro acervo conceptual".

---

<sup>248</sup> Chico Ortiz, Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual, Estudios. Cree que la Ley ha hecho mal en este sentido.

<sup>249</sup> Vid por todos Carmona, La Nueva Ley de Propiedad Intelectual op. cit., pág. La autora aún siendo partidaria de una posición monista, reconoce el carácter dualista de la nueva LPI. Romeo Casabona, op. cit. pág. 153, es de la misma opinión.

<sup>250</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 31 a 44.

Para Lacruz Berdejo tal modo de proceder sólo puede significar que el art. 2LPI no trata de la naturaleza jurídica sino del objeto (creación intelectual)<sup>251</sup>. Refuerza su tesis, la inclusión del verbo "integrar" ( y no componer) que se contiene en el art. 2LPI pues ello indica que los "derechos" de carácter personal y patrimonial "no constituyen derechos subjetivos independientes formando parte un complejo superior más o menos artificial, sino que nacen como fracción de un derecho subjetivo único del que emanan en calidad de simples facultades a las que la Ley otorga el apelativo de derechos por se posible su disfrute conómico a título de obligación o incluso -con mayores limitaciones que en el caso del dominio- de ius in re aliena; y asimismo su defensa independiente y aislada. Pero ello, siempre a partir de que existen en cuanto parte de un total y único derecho de autor: de aquella titularidad compleja sobre la obra que corresponde al autor por el sólo hecho de su creación (art. 1)".<sup>252</sup>

La naturaleza jurídica es unitaria, porque es artificiosa<sup>253</sup> e insostenible la separación de dos elementos diferentes, uno espiritual y otro material<sup>254</sup>, en

---

<sup>251</sup> *Ibidem*. Basa su posición en que no estamos ante una cosa material, sino ante un objeto inmaterial que por medio de una extrinsecación física se hace susceptible de dominio. Y sin que este dominio sea de plena disposición como lo demuestra que precisamente los derechos morales son indisponibles hasta para el propio autor.

<sup>252</sup> Las críticas efectuadas ya de antiguo, entre otros por Perez Serrano, a la concepción que defiende el derecho unitario, dada la diversidad temporal de protección a los derechos patrimoniales y personales, es rechazada por Lacruz Berdejo, porque "si el derecho moral forma parte esencial del conjunto de derecho de autor, la condición de intransmisible de tal derecho se comunica al conjunto en cuanto tal". Entre otras cosas porque las renunciaciones del autor son a la faceta pecuniaria pero no a la titularidad (patrimonialidad).

<sup>253</sup> La consideran también artificiosa Díez Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol, III, 1.990, págs. 236 y 237.

<sup>254</sup> Manzanares Samaniego, *op. cit.*, pág. 76. Desde el campo de la teoría monista (doctrina alemana), considera al derecho de autor como un derecho



lo que constituye un conjunto armónico de facultades de índole moral y económica, que no pueden ser aisladas **analíticamente** en la forma que el dualismo propugna.<sup>255</sup> Además, "la naturaleza proteica de la propiedad intelectual se conceptualiza mejor en la figura de un derecho subjetivo unitario<sup>256</sup> - del tipo de los derechos absolutos-, de contenido y con aspectos variables<sup>257</sup>.. Una unidad de contenido cambiante por obra del tiempo, compuesta por una serie de facultades<sup>258</sup> y posibilidades de acción, comunicables unas a tercero, y otras no, pero todas comprendidas originariamente bajo un solo concepto, relativas a un peculiar objeto, y en específica relación con la persona del creador, con la cual -aunque una parte pueda despiezarse y transferirse- se halla nuclearmente vinculado, siendo ese núcleo no desplazable a sucesores a título particular el que delimita o mediatiza las posibilidades del adquirente del

---

absoluto y unitario, amplio y territorialmente limitado, de naturaleza propia, en el que se unen de modo **inseparable** elementos de del derecho **inmaterial de bienes** y los elementos del derecho referido a **la personalidad**.

<sup>255</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 153.

<sup>256</sup> Se pronuncian también por un derecho unitario, Peña y Bernardo de Quirós, op cit., pág. 718. Y Serrano Alonso, op. cit., pág. 60.

<sup>257</sup> Baylos, op. cit, pág.471 y 472; Bondía Román, op. cit., pág. 154; y Romeo Casabona, op. cit., pag. 153, dan cuenta de la teoría del árbol de Ulmer para explicar las modernas teorías monistas alemanas: El derecho de autor es como el tronco de un árbol que se nutre de dos haces de raíces, una que da la sustancia económica y otra la sustancia moral, y ambas nutren por igual el mismo árbol. Cualesquiera que sea la cantidad de savia nutritiva de una u otra, lo importante es que está acumulada y unificada en un tronco común. De este tronco común nacen las ramas distintas de las diferentes facultades que el derecho tiene reconocidas. Facultades, pues, que proceden de un derecho de autor único en el que ya no es posible ni útil distinguir por su naturaleza el aspecto moral y el aspecto pecuniario.

<sup>258</sup> A pesar de ello se suele utilizar la nomenclatura derecho moral y patrimonial, porque es más didáctico (Carmona), más ilustrativo y de mayor relevancia (Bondía), y más cómodo (Romeo Casanoba).

derecho de explotación".<sup>259</sup>

### 3.3.3.-Toma de posición :Interactividad.

Nace de todo ello el concepto de la interacción, pues los "derechos" personales y patrimoniales se comportan de forma interactiva, porque "en alguna medida, ambos derechos se confunden y no siempre resulta fácil distinguir entre unos y otros"<sup>260</sup>. El derecho moral "transido de espiritualidad, no deja de tener reflejo en el área de los intereses económicos; defendiendo la paternidad o la integridad de la obra, se está velando por los beneficios que la misma pueda reportar al autor".<sup>261</sup>

Con una mayor concreción se expresa Gómez Benítez<sup>262</sup>, cuando afirma que "forma de divulgación" (art. 14.1 -derecho moral-) confluye con "la forma de acceso al público, por lo que a su vez coincide con la forma de explotación de la obra y, por tanto, de la reproducción, distribución y comunicación pública y, en su caso, de la transformación. En realidad, pues, debe concluirse que el derecho de autor a decidir la forma de divulgación de su obra es el derecho que tiene a decidir la forma de explotación de su obra por primera vez". "Porque es del autor del que depende, en definitiva, la irrupción en el mundo comercial; la explotación no es sino una secuencia, de la libertad de crear y del dominio moral

---

<sup>259</sup> Lacruz Berdejo, op. cit., pág. 36.

<sup>260</sup> Bondía Román, op. cit. pág. 201.

<sup>261</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 970.

<sup>262</sup> Gómez Benítez, op. cit.,pág. 136.

sobre lo creado".<sup>263</sup>

Los autores que ven en el art. 534 bis a) una protección patrimonialista o predominantemente patrimonialista, como los que la ven puramente personalista del derecho de autor, parten de una concepción mixta sobre la que bascula la protección penal en un sentido o en otro. No es así. El derecho de autor tiene una naturaleza unitaria, como se ha visto al estudiar su protección constitucional - su esencia indisoluble-, su regulación civil y su regulación especial (LPI), y no podía dejar de tenerla en su vertiente penal.

Los arts. 534 bis a) y b), no describen únicamente un conjunto de conductas mixtas que infringen el denominado derecho moral (unas) y patrimonial (otras) del derecho de autor, sino que todas y cada una afectan al derecho de autor en su doble faceta con desigual intensidad. En efecto, antes de que la obra entre en el tráfico mercantil del que se derivan los derechos patrimoniales a través de los derechos de explotación, el autor dispone del derecho de divulgación, esto es, el derecho de hacerla accesible por primera vez al público<sup>264</sup>. Pero tal derecho no se limita a una mera decisión de divulgar o no, sino que alcanza también a la

---

<sup>263</sup> Roldán Barbero, op. cit., pág. 922. Por este motivo entiende que la reproducción ilegal pueda entenderse sólo en términos patrimonialistas.

<sup>264</sup> Díaz y García Conlledó, op. cit., pág. 817. parece claro, al menos desde un punto de vista lógico, que la faceta personal es previa a incluso origen de la patrimonial: el acto creador de una obra artística, científica y literaria es, sin duda, algo relacionado estrechamente con la persona del creador, no es algo en cierto modo externo a él, a lo que accede. De este acto creador, derivarán facultades personales y patrimoniales, que casi siempre van a estar muy relacionadas entre sí, de modo que probablemente no se podrá realizar un deslinde absoluto, pues en cada tipo de facultades habrá componentes o implicaciones del otro tipo.

forma de llevarla a cabo (art. 17)<sup>265</sup>: mediante su publicación (reproducción - edición), y representación (comunicación pública). De tal modo que los verbos típicos reproducir, distribuir o comunicar públicamente no pueden desligarse de contenidos morales y patrimoniales<sup>266</sup>; y asimismo acaece con los verbos plagiar, usurpar o modificar, de los que cabe que se deriven connotaciones pecuniarias, en su triple vertiente sobre el patrimonio, perjuicios e indemnización, pues en definitiva plagiar es una **reproducción** (en sentido amplio) en la que se silencia al autor, hasta el punto de que las agravaciones del art. 534 bis b), trasposición del art. 14 (Derecho moral), sólo operan si antes de ha reproducido, distribuido o comunicado al público sin autorización.

Son inaceptables, por tanto, la teorías que imputan un carácter predominantemente patrimonialista a la protección otorgada por el tipo básico del art. 534 bis a)<sup>267</sup>, porque las conductas están situadas en el marco de los derechos de explotación, pues operan con una visión estrecha y desmembrada del

---

<sup>265</sup> Señala Caffarena Laporta, Jorge, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág 267, que las facultades que constituyen el derecho de divulgación, hacen de éste un derecho determinante de los derechos de explotación de la obra. Es ejerciendo el derecho de divulgación como el autor inviste a su obra de un derecho patrimonial en la medida necesaria a la explotación que él permite. El ejercicio del derecho de divulgación aparece pues como presupuesto necesario para el nacimiento de los derechos de carácter patrimonial sobre la obra creada.

<sup>266</sup> *Ibíd*em, En virtud de dicho derecho (de divulgación) el autor tiene la facultad de divulgarla o no y la facultad de oponerse a que otros la divulguen. También tiene la facultad de decidir la forma en que lleva a cabo dicha divulgación.

<sup>267</sup> Carmona, Muñoz Conde, Gimbernat y Polaino, principalmente.

derecho de autor<sup>268</sup>. Es más, la posición más elaborada de Gimbernat <sup>269</sup> , para quien "los delitos contra la propiedad intelectual afectan siempre a derechos de explotación, y como las infracciones de derechos morales sin repercusiones económicas no constituyen nunca, por sí solas, conductas delictivas, de ahí que sea evidente que aquellos delitos se han creado para proteger prioritariamente intereses patrimoniales y sólo secundaria y esporádicamente los de índole personal", pone al descubierto lo que de suyo es evidente: la profunda implicación de los derechos de explotación con los morales. Gimbernat se opone a los que argumentan que el interés protegido es prioritariamente el derecho moral del autor, en base a que las conductas pertenecen al derecho de explotación sin excepción, pues bien causan perjuicio o están destinadas a causarlo, y que una conducta, en principio atentatoria del derecho moral de autor, el plagio, carece de relevancia penal si no está destinada a la explotación. Pues bien, aplicando su misma metodología crítica, olvida que las conductas de reproducir, distribuir, almacenar, importar y exportar si bien pertenecen al derecho de explotación, éste en la LPI se encuentra situado inmediatamente posterior a la Sección de los Derechos morales. Olvida igualmente que los derechos de explotación suponen un ejercicio exclusivo a favor del autor, que nace de la singularidad de la obra intelectual, y no por razones puramente económicas o de control político como es el caso de los monopolios. Tampoco tiene en cuenta que los cesionarios si bien carece de todo derecho moral, ostenta la doble condición de titulares mediatos e inmediatos del derecho de explotación ( defensa de los derechos que le corresponden, e indirectamente de los del autor). En última instancia el hecho de que no ostenten la titularidad de los derechos morales, pone de manifiesto en la

---

<sup>268</sup> La implicación del derecho moral y patrimonial llega a tales extremos, que aún cuando la obra ya se haya divulgado, distribuido o comunicado públicamente, el autor dispone de un derecho mejor sobre una cosa que ha cedido: el derecho de arrepentimiento (art. 14.6).

<sup>269</sup> Gimbernat Ordeig, Otra vez: .... págs. 103 a 112.

conducta plagiaría que ésta va más allá de toda consideración patrimonialista. El plagio por otra parte, si bien es cierto, como se sostiene en otro lugar, que no es punible cuando queda en la esfera privada ( conducta inocua), no se sigue de ello que tenga contenido patrimonial. En primer lugar, porque es de difícil encaje en las conductas de reproducir y distribuir. La reproducción requiere un original, y el plagio no lo es. La obtención de copias igualmente requiere la fidelidad del original, y el plagio como se ha dicho no lo es (art. 18 LPI). Y en igual sentido cabe expresarse de la distribución (original y copias, art. 19 LPI). En segundo lugar, su adscripción a los derechos de explotación porque para que tenga relevancia penal ha de ser explotado, parte de una concepción equivocada de los derechos de explotación. Estos derechos sólo significan que corresponde al autor (por ser el creador de la obra) el derecho exclusivo de poner en circulación la obra del modo que estime más conveniente (reproducción, distribución - almacenaje, importación y exportación-, y comunicación pública) para que sea accesible al público. Pero la puesta en circulación no implica necesariamente (normalmente sí) un acto lucrativo o económico, simplemente quiere indicar que perteneciéndole al autor la obra, a éste, y sólo a éste, corresponde decidir cómo y de qué manera se presenta con exclusión del resto. Sólo ulteriormente adquiere forma comercial y económica la explotación, hasta el punto de que la explotación puede ser gratuita, o por mera liberalidad. En todo caso de interpretarlo al modo que propone Gimbernat, no querría decir otra cosa que, en efecto, el derecho moral y patrimonial, confluyen en la conducta típica de manera inequívoca (derecho unitario).

Y también lo son las que lo hacen desde una visión estrictamente personalista<sup>270</sup>, puesto que el autor, y los derechos morales que le pertenecen sean un "prius", no puede hacernos olvidar que la obra intelectual, el producto

---

<sup>270</sup> En particular Roldán, Bustos y tímidamente Quintero.

de la creación, corresponde a una extrinsecación<sup>271</sup>, susceptible de tráfico jurídico. Y tampoco que la propiedad intelectual es a la vez personal y patrimonial (art. 2 LPI).

La propia regulación del art. 534 bis a), goza de una singularidad que es preciso resaltar en virtud de la cual, el derecho de autor responde a una concepción unitaria. A pesar de la utilización de verbos típicos que inicialmente están implicados con los derechos de explotación, no se requiere perjuicio, ni ánimo de lucro en la conducta típica, circunstancia ésta que ha llevado a Quintero<sup>272</sup> a concluir que estos delitos no son de carácter patrimonial, pues "únicamente contempla(n) como objeto de ataque la dimensión espiritual de la propiedad intelectual".

Así pues, la concepción mixta consecuencia del concepto unitario del derecho de autor, impregna el bien jurídico, pero no porque como sostiene un importante sector doctrinal<sup>273</sup> se otorga protección tanto al derecho personal-moral (plagiar, usurpar, divulgar, modificar), como al patrimonial (reproducir, distribuir, comunicar, ánimo de lucro, especial trascendencia económica y daño de especial gravedad), que acepta así una protección fragmentada, sino porque las conductas descritas en todo caso lesionan el derecho de autor, sin que exista una

---

<sup>271</sup> En el Prólogo a La Propiedad Intelectual, su significado en la sociedad de la información, de Bondía Román, Lacruz Berdejo, explica que extrinsecación es una traducción literal del término empleado por Ascarelli, que distingue lo que es la obra visible, como representación de un arquetipo incorporado a la materia, de lo que sería el arquetipo mismo hecho visible, lo cual sólo puede suceder en las obras de las artes plásticas.

<sup>272</sup> Quintero Olivares, op. cit., pág. 121.

<sup>273</sup> Boix, Díaz García Conlledó, Soto Nieto, Romeo Casabona, Rodríguez Devesa, Jiménez Villarejo y Bajo Fernández.

posibilidad de solapamiento que implique acudir a un concurso . El tipo es alternativo, no acumulativo. El derecho de autor por su propia naturaleza, también<sup>274</sup>. El subtipo agravado- y por esto se considera un subtipo-, supone un plus de injusto.

#### **4.- La conducta típica.**

##### **4.1.- Art. 534, bis a) : Reproducir, distribuir y comunicar públicamente.**

Se contienen estas conductas en el denominado tipo básico (art. 534 bis a) primer párrafo). Incluye también este tipo, otra conducta que no será ahora objeto de análisis, y se le dedicará un tratamiento aparte, dada su trascendencia para los derechos de autor - mediante el plagio se aniquila al autor (Quintano) - , y su complejidad - la tensión entre la originalidad y la novedad, entre la creación y la copia o imitación-. Sin embargo sí hay que decir ahora que tanto su inclusión como su ubicación en el tipo básico es acertada, con independencia de su asimilación a conductas menos graves. Sobre el concepto de plagio y su distinción con la usurpación de la condición de autor, es algo sobre lo que habremos de pronunciarnos más adelante. Sobre su ubicación, detrás de reproducción y delante de distribución, y a pesar de las críticas de Carmona y

---

<sup>274</sup> La Sentencia TS 2ª de 13 de Octubre de 1.988, Ponente García Miguel, se expresa en este sentido: el bien jurídico protegido por el precepto tiene una **doble** manifestación representada por los **aspectos moral y patrimonial** cada uno de los cuales comprende **un haz de facultades**. La infracción penal ha de entenderse cometida en cuanto se ataque o lesione el derecho del autor en **cualquiera de las dos referidas manifestaciones**.



Arroyo Zapatero/García Rivas<sup>275</sup>, no ha de olvidarse que el plagio se realiza mediante una reproducción; baste pensar que la reproducción es una copia. Y que si bien también es posible un plagio de una comunicación, normalmente ésta habrá acabado integrada en un soporte tangible, y en ese caso es reproducción. De otra parte la distribución sólo opera sobre la reproducción, lo que dificultaba su inclusión con posterioridad a la comunicación a la que habría parecido que se refería, cuando ello no es posible. Así pues la ubicación del plagio, con independencia de su asimilación a conductas menos graves, que hubiese requerido un párrafo aparte, con sanción distinta (más grave), es técnicamente correcta desde el punto de vista de la naturaleza, operatividad y secuencia de los derechos protegidos.

Aún cuando ya se ha dicho más atrás, las conductas, con excepción de plagiar, se constriñen a reproducir, distribuir y comunicar. La inclusión de transformar (Carmona- en su primera obra sobre la materia- y Romeo Casabona) probablemente se debió a que la LPI incluye dentro de los derechos de explotación, junto al resto de las conductas dichas, a la transformación (art. 21), y puesto que el tipo relaciona los derechos de explotación y habla de transformación, a éste derecho debía de referirse. Por este mimetismo, esto es, si transformación es igual a transformare, también habría de entenderse de forma

---

<sup>275</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.990. Carmona Salgado, La nueva Ley ....., pág. 337. El argumento de Arroyo/García del plagio "autorizado" será tratado al abordar la fuerza de atipicidad del consentimiento, pues a pesar de lo que mantienen los autores, es posible la aparición de un plagio autorizado, con independencia del valor de la autorización. Carmona, distingue el plagio de la reproducción, porque esta última sólo puede llevarse a cabo mediante "copias", y el plagio es la "copia". Frente a esta interpretación, Rivero Hernández sostiene otra, más acertada: Es posible la reproducción en singular, en que la copia sea una sólo, y no sólo porque el art. 31 haga mención a "copia, sino porque es posible una copia a mano, aunque sea poco frecuente (la Ley Italiana lo prevé en su artículo 13), y porque el art. 18 LPI no lo impide.

idéntica, interpretación o ejecución, como interpretare o executare (Boix, Rodríguez Devesa).

Pero la inteligencia del precepto es clara, pues como señala Arroyo/García<sup>276</sup> y posteriormente Carmona, el legislador ha utilizado para describir las conductas, como no podía ser de otro modo, verbos, y para referirse a la transformación, interpretación o ejecución, la forma de sustantivos, esto es, los ha considerado objetos materiales. Y lo son, además, porque la transformación forma también parte del objeto de la propiedad intelectual (Capítulo II), que obtiene una regulación diferenciada de las creaciones originales, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible (art. 11 LPI), que las asimila a éstas: "también son objeto de propiedad intelectual". De no interpretarse así, un importante sector de la propiedad intelectual quedaría desguarnecido y sin protección, pues se sancionaría a quien transformare, pero no a quien reprodujere, distribuyere o comunicare la obra transformada. La transformación sin autorización, es cierto, ha de forzarse su inclusión, curiosamente en alguna de las modalidades agravadas, seguramente en la modificación sustancial de la obra (art. 534 bis b) 1 d)- en su momento lo veremos-. Lo mismo puede decirse de la interpretación y ejecución, pues no hay más que ver el contenido del art. 102.1: Corresponde al artista, intérprete o ejecutante el derecho exclusivo de autorizar la **reproducción y comunicación pública** de sus interpretaciones o ejecuciones. El derecho exclusivo a proteger es que **el resultado** de su interpretación y ejecución no pueda comercializarse sin su autorización. Si formara parte de la conducta típica interpretar o ejecutar, ésta

---

<sup>276</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.993. Añaden un argumento más: El párrafo segundo del artículo expresa inequívocamente cuáles son los objetos de las acciones de importar, exportar o almacenar "dichas obras o producciones o ejecuciones", lo que no deja lugar a dudas sobre cuál es el objeto de las conductas que figuran en el párrafo primero.

debía referirse a la obra literaria, artística o científica, y en realidad se estaría protegiendo el derecho del titular de dichas obras a autorizar la interpretación o ejecución, esto es, a reproducir y comunicar, pero no los derechos de los intérpretes o ejecutantes que quedarían fuera de la órbita penal.

Esta forma de entender el tipo corresponde, por otra parte, con la configuración clásica, donde un sujeto activo indeterminado, lleva a cabo una acción típica lesionando determinados derechos concretados en objetos materiales pertenecientes al sujeto pasivo. Incrustar conductas antes y después de la concreción del bien jurídico resulta al menos perturbador para el normal entendimiento del injusto.

Como se observa los términos empleados por el legislador son eminentemente normativos, con clara implicación con los contenidos que para cada una de las conductas se definen en la LPI. Describen conductas, pero éstas no se corresponden con el concepto común, sino que requieren una valoración establecida en la LPI. De otra parte, las conductas, alternativas, se encuentran escalonadas al compás del *fluir* y *devenir* del ejercicio de los derechos de autor.

Ello no quiere decir que se participe ni de su configuración, ni de la protección otorgada, ni siquiera de los niveles en que se lleva a cabo la protección. En ese sentido, ya se ha dicho que el plagio no puede equipararse a otras conductas menos graves y que requeriría una regulación aparte; la divulgación que es *frontispicio* del derecho de autor, pues de ella nacen todos los demás derechos, no puede quedar como mera agravación; la híbrida convivencia de los derechos morales con los de explotación, en tipo y subtipo, esto es, en relación de dependencia, causa serias dificultades de aplicación<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> Ferré Olivé, op. cit., pág. 77. Se pronuncia en el mismo sentido del texto.

Sabido todo lo anterior podemos pasar ya a estudiar particularizadamente cada una de las conductas:

#### **4.1.1.- Reproducir.**

##### **4.1.1.1.-Antecedentes: El contrato de edición.**

Históricamente el contrato de edición, negocio jurídico reafirmador de ánimo lucrativo del autor, quedaba limitado a las obras literarias; la legislación dispersa que lo regulaba, seguía haciéndolo en relación a estas obras.

No obstante, se entendía que editar, dar a luz, sacar fuera, según su sentido etimológico, es patrimonio de todas las obras del intelecto, sea cual fuere el modo de publicarlas, de hacerlas llegar al público, mecánica o electrónicamente, con hilos o sin hilos.

En evitación de la aparente confusión de la terminología de este contrato, quizás hubiera sido conveniente denominarlo contrato de reproducción por derivación del objeto del mismo, dar a luz a lo producido, pues en definitiva, lo que se realiza es una reproducción. De esta manera, también se conseguiría que se separara más nítidamente al productor (autor), del reproductor (editor).

Nos inclinamos por mantener la denominación de contrato de edición, porque no sólo se trata de reproducir, sino que también es inherente al negocio, la difusión, que se encuentra comprendida en la edición, y no en la reproducción, que es sólo parte del contrato. En toda edición hay reproducción, pero no en

toda reproducción hay edición. La reproducción, pues, queda imposibilitada de explicar todas las facultades del contrato de edición. Por otra parte, el cambio de voz, acabaría con otros contratos derivados del de edición, como el de reedición. Y por último, porque el objetivo que perseguido, encadena otros efectos contrarios al fin deseado, al incorporar una nomenclatura extraña a la legislación vigente.

Visto lo anterior, estamos en disposición de adentrarnos en la naturaleza de este contrato, cuyo objeto, como ya anunciábamos, radica en dar a luz la obra intelectual. Acto en el que convergen dos intereses, aunque sólo de uno se ocupe el contrato de edición, a saber, dar a conocer el pensamiento del autor y a que se le conozca, y establecer las debidas garantías mediante cláusulas pactadas, entre autor y editor, para el aseguramiento del lucro, de ambos, dimanante de la actividad creadora.

Podíamos definir este contrato, más que como atípico<sup>278</sup>, como una licencia de explotación<sup>279</sup>, y por consiguiente, una autorización que el autor otorga a un tercero, entidad mercantil, para que publique su obra, sujeta a las limitaciones que se pacten. De esta manera, el contrato de edición opera como un instrumento del derecho de autor, cual es el de explotación, entendiéndose que lo que se licencia no es la propiedad intelectual, sino únicamente la reproducción y la difusión, que pueden ser encargadas a terceros, quedando reservados todo el resto de derechos al autor, y en especial, los derechos morales y patrimoniales futuros.

---

<sup>278</sup> Riera Aisa, Luis, Contrato de edición, NEJ, pág. 407. La atipicidad le sugiere la denominación de contrato de concesión.

<sup>279</sup> Baylos, op. cit. pág. 632.

Esa licencia de explotación ha sufrido distintos avatares, hasta reconocerse como un ejercicio del derecho de explotación que le corresponde al autor, conservando intactos todos los demás. En un principio, con la aparición de la Ley de Propiedad Intelectual en 1.879, se le consideró como un contrato sujeto a la voluntad de las partes, sin mayor limitación que la Ley y el orden público<sup>280</sup>, estimándose que junto a este contrato se cedía también la propiedad intelectual. Esta situación se mantuvo de manera irregular en España, hasta 1.965 (las normas supranacionales tampoco lo venían a recoger). Sólo el Convenio de Berna (Revisión de 1.948), hablaba de la obras editadas en relación con las formas de publicación de los ejemplares (artículo 4 apartado 4º).

Es en 1965 cuando el Instituto Nacional del Libro (en adelante INLE) creado en 1.941, redacta lo que llamó Recomendaciones, con un plazo de vigencia de tres años, al mismo tiempo que se crea una comisión encargada de redactar un conjunto de Normas que regulasen el contrato de edición. Normas que se publicarán el 1 de Junio de 1.969.

Las Recomendaciones fueron el antecedente directo de las Normas, y éstas de la Ley del Libro de 12 de Marzo de 1.975.

Las Recomendaciones nacen ante la necesidad de cubrir una laguna legal<sup>281</sup>, la falta de regulación del contrato de edición, que se regía hasta ese momento por la voluntad de las partes, voluntad que se encontraba viciada, dada la manifiesta desigualdad de éstas. De ahí, que con el apoyo de la praxis y de la doctrina, que venía definiendo con precisión, el contrato de edición, se

---

<sup>280</sup> López Quiroga, Julio, op. cit., pág 175.

<sup>281</sup> Desantes Guanter, Jose María, La relación contractual entre Autor y Editor, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1.970, pág. 42.

"recomienda" a los editores la tendencia al contrato tipo, bajo las estipulaciones difundidas por el INLE.

Pero el término de vigencia de tres años, y la calificación jurídica de Recomendaciones, que carecían de fuerza de Ley para su cumplimiento, y sólo ligaba a los editores en cuanto dependientes del citado instituto, hace necesaria la aparición de las Normas que a pesar de que en el Capítulo V.1 disponen que "el INLE se obliga a gestionar de las autoridades competentes la inclusión de las presentes normas en las disposiciones legales que regulen, en su caso, los contratos de edición", nacen con la vocación de obligado cumplimiento, apoyándose en el artículo 37 del Decreto de creación del INLE: "Todos los acuerdos del INLE tendrán fuerza obligatoria para cuantas personas físicas o jurídicas intervienen en la producción del libro y su comercio".

Sin embargo, del propio artículo 37 se deduce el espíritu corporativo de las decisiones de este organismo, que sólo pueden obligar a sus asociados, careciendo por tanto de rango jurídico las normas dictadas, según declara la Sentencia de la S 1ª del TS de 13 de Febrero de 1.972: "no podrán ser invocadas en casación como infringidas las indicadas Normas"<sup>282</sup>.

En cumplimiento de la norma V.1, y con el propósito de regular el contrato de edición con fuerza de Ley, se publica la Ley del Libro de 12 de Marzo de 1.975<sup>283</sup>, que sigue los criterios de las Normas que le preceden, que en general

---

<sup>282</sup> La invocación de la Sentencia pertenece a Baylos, op. cit., pág 633.

<sup>283</sup> Si bien se debió dispensar una importante acogida a la Ley del Libro, fundamentalmente en cuanto a la regulación del contrato de edición, sin embargo, es de destacar que la misma tenía como objeto, básico y principal, la promoción del libro, o lo que es lo mismo, el favorecimiento de la industria editorial, y las deficiencias observadas en la legislación que afectan a la propiedad editorial,

son de plausible regulación, pero que al igual que éstas, adolecen de un vicio

---

devienen de la escasa y a veces incongruente protección al autor, a quien debe de primarse por ser la parte más débil de la relación, la más fácilmente manipulable y sobre todo porque por sí mismo en cuanto autor-creador es digno de la más eficaz protección, no en vano así lo establece la CE en su artículo 20. Y porque además, es el origen del posterior jurídico, a través del objeto a proteger, la creación plasmada en alguna de las formas que regula la Ley y el Reglamento de la Propiedad Intelectual, y todos los derechos sobre ella tanto de índole personal como patrimonial.

Al estar íntimamente ligada con un corpus mechanicum, que como definición no puede ser otro que aquél que adquiere la forma de libro, queda vacía de contenido en cuanto a otros ámbitos en los que igualmente se otorgan contratos de edición, dada la imposibilidad de su aplicación, en los que el autor y su relación con el editor queda al amparo de la libre voluntad contractual que al no encontrarse ordenada por ley, está sujeta a los mayores abusos y fraudes.

Era innegable la necesidad de una precisa regulación del contrato de edición, pero también lo era, la inconveniencia de pretender resolver las deficiencias en materia de propiedad intelectual con leyes en contextos ajenos a la misma, que impidan, con continuas adiciones, la unificación y reforma global de la legislación que regula la propiedad intelectual.

Pudiera hacerse una extensiva e intensiva crítica a la citada Ley en sus apartados dedicados a su concepto de autor, en especial a esa condición otorgada a una persona jurídica, pero quizás lo más importante es la capacidad que otorgaba la Administración de sancionar las infracciones de contratos, estrictamente civiles, extralimitándose en la atribución de poderes que le están vedados por la propia naturaleza de los contratantes y del objeto del contrato, por cuanto confiere potestades más allá de las aconsejables de policía para establecer clases de responsabilidades y las sanciones correspondientes a las mismas, que de no atenderse al principio de compatibilidad que otorgaba el artículo 534 del CP con las serias dudas que ofrece de inconstitucionalidad, podría abocar a situaciones ridículas a través del "ne bis idem", pues a modo de ejemplo las infracciones muy graves eran corregidas con multas de 5000 a 250000 ptas. o suspensión en el ejercicio de actividades profesionales de 10 días a un mes, y entre éstas, las muy graves, no se encontraban las infracciones de los editores a los derechos de autor, que sólo se consideraban graves y cuya sanción varía de multas de 10 a 50000 ptas. o suspensión de 4 a 9 días.



grave, cual es, que ante la evidencia de venir a regular un contrato de edición donde concurren autor y editor, se publica al margen de la LPI, potenciando al editor y a la industria a la que éste pertenece, en detrimento del autor, según se desprende de su artículo primero, que dice: "la finalidad de esta Ley es la de promover el libro". Una Ley del Libro, para el libro<sup>284</sup>. El autor sólo se beneficiará, en aquello que favorezca al libro, es decir a la industria editorial. Grave contrasentido, pues dado el enfrentamiento de intereses que detentan unos y otros, llevará al autor indefectiblemente a una situación dependiente del editor, que anulará y dejará vacíos derechos que corresponden al autor.

La Ley del Libro regulaba en su Sección II, el contrato de edición, que comprende los artículos 18 al 26 y la Disposición Transitoria Segunda.

Venía a definir el contrato de edición, en su artículo 18. Uno, que establecía: "... es aquél por el que el titular de la propiedad intelectual de una obra, reservándose su titularidad, cede mediante precio al editor, el derecho a publicarla en forma de libro, limitando el número de ejemplares a los que expresamente se convenga". El art. 58 de la actual LPI lo considera una cesión del autor al editor, mediante compensación económica, del derecho de **reproducir su obra y distribuirla**.

A resaltar, que la titularidad de la propiedad intelectual quedaba reservada

---

<sup>284</sup> Baylos, op. cit. pág. 634, afirma en parecidos términos: En otras palabras la disposición no persigue directamente la protección del autor, que debe ser el objetivo específico de una regulación de esta clase, sino fomentar la industria editorial española.

al propietario de la misma, por consiguiente, la cesión sólo lo es para publicar<sup>285</sup>, y siempre mediante precio, no podía darse por tanto un contrato de edición gratuito; siempre ha de ser oneroso.

Teníamos por tanto un contrato con las siguientes características: oneroso y de cesión, y esta cesión sólo es para publicar; y durante su vigencia y después, el propietario conserva la titularidad.

El último apartado, aquél que establece la obligación de limitar el número de ejemplares, no era elemento esencial del contrato, porque éste podía estipularse con y sin limitación de ejemplares. Si la había, se seguía la regulación ordinaria, de no haberla, la específica del artículo 25 de la Ley del Libro<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Desantes Guanter, Jose María, op. cit., pág 81. De este modo puede decirse que , así como desde el punto de vista de su cualificación, el autor cede al editor el derecho único de propiedad intelectual, sin dicotomía alguna, desde el punto de vista cuantitativo cede solamente aquella cantidad de derecho de propiedad intelectual o aquel manojó de facultades que sean necesarias para la edición y ni una más.

<sup>286</sup> La diferencia entre la regulación ordinaria y la específica, residía, en primer lugar, en la forma de pago, pues si bien con limitación , los precios quedan contratados indistintamente bajo las modalidades de tanto alzado (art. 46.2 LPI) o porcentaje (art. 46.1 LPI); cuando no existía limitación de ejemplares, ineludiblemente el pago debía pactarse bajo la modalidad de porcentaje; en segundo lugar, la diferencia alcanza a otro orden de cuestiones, pues los contratos ordinarios, según el artículo 19 c), otorgaban al titular de la propiedad el derecho de disponer de su obra para todas las modalidades de utilización distintas del libro, como el teatro, cine, radio, televisión u otros similares (art. 43.1 y 2 LPI); el especial, sin embargo, daba lugar al pacto de exclusiva, limitando su duración a tres años ( cesión en exclusiva-art. 48 y 49 LPI-; el límite es de quince años (art. 69 LPI), salvo que la cesión lo fuere a tanto alzado de acuerdo con el art. 46.2, d), en cuyo caso es de diez años).

Dentro de las modalidades especiales, se recogían específicamente los contratos de edición de obras didácticas, obras selectas y obras completas, sin que estos dos últimos puedan afectar al derecho del autor a editar colecciones. El art. 46.2 d), que faculta una remuneración a tanto alzado, y el art. 63, que

El art. 60 LPI, ineludiblemente exige, en su apartado 3º, un número máximo y mínimo de ejemplares , hasta el punto que el art. 61.1 declara nulo el contrato si no consta este extremo. Se exceptiona el requisito en los supuestos contemplados en el art. 71.1º LPI (edición de obras musicales o dramático-musicales por el que se concede además al editor **derechos de comunicación pública**).

Dicho lo que son los contratos de edición, el artículo 18 de la Ley del Libro, decía también los que no lo eran: aquellos por los que el editor adquiere la propiedad de una obra literaria, científica o artística; o esos otros por los que el editor encarga al autor la realización de una determinada obra; y tampoco lo eran los que el autor obtiene del editor la publicación de la obra. El art. 59 LPI reproduce prácticamente las exclusiones, precisando que tampoco alcanzan las disposiciones del Capítulo a las colaboraciones en publicaciones periódicas.

La Ley del Libro en su artículo 21, establecía el registro de contratos de edición, y en el 22 el control del número de ejemplares, que lo delegaba en un sistema de verificación administrativa. La LPI sigue el mismo criterio con respecto al control de ejemplares (art. 72 ).

Las contradicciones de la Ley del Libro<sup>287</sup> en orden a la extinción del

---

anula el plazo para la puesta en circulación de los ejemplares, se refieren a las obras didácticas y colecciones y antologías, sin que preserven el derecho de colección del autor.

<sup>287</sup> La extinción del contrato, resultaba contradictoria, pues en el artículo 23 a), se establecía como causa la publicación íntegra de los ejemplares pactados, que choca con las modalidades especiales en las que no existe límite y en las que opera el apartado b) de este mismo artículo, salvo pacto de duración inferior. La contradicción era más vehemente con el artículo 20.2, que con carácter general determina que agotados el número de ejemplares en el plazo de cuatro años, el editor tendría derecho a publicar de nuevo. Derecho que no le concede el

contrato de edición, no se observan en la LPI, habida cuenta de la exigencia, en todo caso, del requisito del número mínimo o máximo de ejemplares (art. 60.3). La extinción del contrato viene regulada en el art. 69 : Por terminación del plazo; por la venta de la totalidad de los ejemplares; por el transcurso de diez años desde la cesión si hubiere sido a tanto alzado; y por el transcurso de quince años, en todo caso, de haber puesto la obra en condiciones de reproducción.

Por la doctrina siempre se ha hecho hincapié en los derechos y obligaciones del autor y del editor<sup>288</sup>, que se han considerado fundamentales, y atendidos, los artículos 19 y 20 de la Ley del Libro hacían expresión detallada de los derechos del editor y del titular de la propiedad intelectual, sin que nunca se mencione al autor, a pesar de que sólo éste posee o le son propios los derechos morales, alguno de los cuales se recogían en la propia Ley del Libro, cayendo de esta manera en la ya proclamada confusión de la Ley de propiedad intelectual, aunque en este caso más justificable, toda vez que se trata de regular una relación puramente mercantil con finalidad onerosa, donde no caben términos carentes de valor contractual.

---

apartado a) del artículo 23 que ya establecía la debida salvaguarda de los intereses del editor, al prohibírsele otorgar nuevo contrato en tanto no se hayan agotado los ejemplares, salvo que concorra la causa del apartado b), pero la prohibición de concertar nuevo contrato de edición, no faculta al editor a publicar de nuevo en caso de agotarse los ejemplares en los cuatro años transcurridos desde la publicación. Hay que entender que prevalecía la citada causa de extinción, por encima del derecho del editor, sobre todo cuando ello suponía grave perjuicio para el autor, que se encontraba impedido de contratar y que además quedaba constreñido a un precio a todas luces injusto y perjudicial para sus intereses.

<sup>288</sup> Danvila y Collado, op. cit. págs. 411 y ss. ya ofrecía un extenso comentario sobre el particular a propósito del análisis de los artículos 5 LPI y 9 RPI.

#### **4.1.1.1.1.- Derechos del autor (en el contrato de edición)**

En la LPI al contrario que en la Ley del Libro<sup>289</sup>, los derechos del autor no se encuentran sistematizados, pero en una primera aproximación pueden ordenarse del siguiente modo:

a) La cesión queda limitada a las modalidades de explotación expresamente previstas, y al tiempo y ámbito territorial que se determinen (art. 43. 1º y 2º LPI).

b) La cesión puede revestir el carácter de exclusiva y no exclusiva (art. 48, 49 y 50)

c) Por tal cesión tiene el derecho a ser remunerado, bien mediante porcentaje (art. 46.1) o a tanto alzado (art. 46.2), y en este último caso, en caso de existir desproporción entre remuneración y beneficios podrá pedir revisión del contrato (art. 47).

d) La fijación del número máximo y mínimo de ejemplares, y su forma de

---

<sup>289</sup> La Ley del Libro en su art. 19, establecía como derechos del titular de la propiedad intelectual :

a) El derecho de percibir el precio, bien a tanto alzado, bien a porcentaje, o en ambas modalidades a la vez. Este precio goza de derecho preferente.

b) Transmitir la titularidad de la propiedad intelectual, con posterioridad al otorgamiento del contrato, si así lo desea.

c) Disponer de su obra para todas las modalidades de utilización, distintas del libro.

d) El respeto a la integridad de la obra, salvo pacto en contrario.

e) Comprobación del número de ejemplares.

distribución, y reservas a la crítica y a la promoción de la obra. (art. 60.4º).

e) El plazo para la puesta en circulación de la obra. (art. 60.6)

g) La lengua o lenguas en que haya de publicarse (art. 62.1, a)).

h) La modalidad o modalidades de edición (art. 62.1, c))

i) El anticipo a cuenta de los derechos (art. 62.1, b)).

j) Derecho a ser informado de los saldos de las obras y acceso a los mismos mediante tanteo, o porcentaje, y en caso de destrucción a su entrega gratuita, sin que pueda destinarlos a usos comerciales (art. 67. 2º y 3º).

d) Derecho a introducir modificaciones en las correcciones de la tirada (art. 66)

#### **4.1.1.1.2.- Obligaciones del autor (en el contrato de edición).**

Son obligaciones del autor (art. 65) :

1º.- Entregar al editor en debida forma para su reproducción y dentro del plazo convenido la obra objeto de la edición<sup>290</sup>.

2º.- Responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra<sup>291</sup>

---

<sup>290</sup> La entrega, jurídicamente hay que entenderla, como acertadamente señala Desante Guarner, op. cit, págs. 140 y 160, como la puesta a disposición, y ésta tiene una doble vertiente, física y jurídica; física, el corpus mechanicum, que recibe el editor; y jurídica, la utilización pacífica de ese corpus mechanicum para la publicación, sin olvidar que el manuscrito, siempre sigue siendo propiedad del autor

<sup>291</sup> La obligación de la originalidad, siempre ha sido cuestión vidriosa, emparentada directamente con el plagio, y de la que nos ocuparemos más adelante, ahora sólo decir, que la originalidad, concepto distinto del de novedad, puede darse aún faltando ésta, y que la concurrencia de ambas, será más o menos exigible, dependiendo del tipo de obras y de las materias de que traten. Queda por añadir, que la falta de originalidad puede producirse en relación con

y del ejercicio pacífico de los derechos que hubiese cedido<sup>292</sup>.

---

obras ajenas o con las propias.

<sup>292</sup> De publicarse la misma obra en dos editoriales distintas, nos encontraríamos ante una defraudación de carácter común, cuyos perjudicados serían los dos editores que hubieren suscrito los contratos. Existía no obstante, una excepción a esta obligación, que consistía en el ejercicio del derecho de colección, que se recogía en el artículo 32 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879 y en los artículos 20 y 21 del Reglamento de dicha Ley, con ulterior desarrollo en el artículo 25 Tres y Cuatro de la Ley del Libro. El autor o traductor de diversas obras científicas, literarias o artísticas, podía publicarlas todas o varias de ellas en colección, aunque las hubiere enajenado, de tal manera, que si en el contrato de edición, sólo se produce una cesión del derecho de explotación y no de propiedad, la excepción adquiere más vigor; ahora bien, el desarrollo de este derecho viene a colisionar con otros, convirtiéndose éste, muy utilizado por cierto, en objeto de controversia, que de forma soslayada ha sido tratado por la jurisprudencia.

La doctrina, en general consideraba que este hecho sólo podía ejercitarse una sola vez, en las dos modalidades que regulaba la Ley, publicando todas (obras completas), o varias (selectas), según la terminología utilizada por la Ley del Libro, o bien todas (completas), o varias (escogidas), según la terminología del Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual, excluyendo la elección de una a la otra.

La jurisprudencia, ha declarado en Sentencia del TS de 24 de Junio de 1.965, "que la enajenación del derecho de colección perteneciente al autor y sus causahabientes, ha de hacerse de forma clara y expresa, máxime tratándose de una colección escogida de determinadas obras, cuyos derechos de edición ya correspondían a otra Editorial".

La solución más eficaz pasaba por la creación de un derecho preferente para el editor primero en publicar, con respecto a las obras en colección, de esta manera se evitaría las limitaciones del tipo de colección, y la colisión de intereses de autor y editor.

Esta situación ya conflictiva por sí, se complicaba aún más, con la regulación contenida en el art. 25 de la Ley del Libro, diferenciando la edición de obras selectas de las completas, cuando la Ley y el Reglamento de la Propiedad Intelectual no lo hacían. En definitiva, era el ejercicio de un derecho único, el de colección, bajo dos modalidades alternativas que el autor puede elegir, salvo que

3º.- Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Son las mismas obligaciones que se contenían en el art. 19.2 de la Ley del Libro <sup>293</sup> con el añadido del deber de corrección de las pruebas de la tirada, que en general era entendido más como un derecho, que como una obligación. En efecto, el art. 66 es ilustrador de este derecho, habida cuenta de que por medio de estas correcciones el autor dispone del derecho a introducir modificaciones. Y es más, el art. 64.2 lo considera una obligación del editor.

#### **4.1.1.1.3.- Derechos<sup>294</sup> y obligaciones del Editor.<sup>295</sup>**

---

se entendiera que el autor puede contratar cuantas veces desee, la edición de obras completas y selectas, en cuyo caso, tendría sentido esta diferencia.

- <sup>293</sup>a) Entregar al editor en el plazo pactado el ejemplar completo de la obra.
- b) Garantizar la originalidad de la misma.
- c) Abstenerse de publicarla en forma de explotación editorial igual a la pactada.

<sup>294</sup> La Ley del Libro, en su artículo 20.1 y 2, establecía los siguientes derechos:

- a) Derecho a publicar la obra intelectual en la forma estipulada.
- b) Derecho a reeditar, si antes de los cuatro años desde la publicación, se hubieran agotado los ejemplares.

La nueva LPI, no hace mención a derechos específicos salvo los generales que se derivan del contrato de edición. Sólo, dentro de ese contrato, aparece una obligación del autor, y a sensu contrario derecho del editor, que no está incluida en el art. 65: El plazo en que el autor deberá entregar el original de su obra al editor (art. 60.7º). De otra parte el derecho a publicar la obra en la forma estipulada de la Ley del Libro, se ha convertido hoy en un deber del editor (art. 64.1 LPI).

<sup>295</sup> Se recogían en el artículo 20. Tres de la Ley del Libro, y básicamente, son los siguientes:

- a) Realizar en el plazo pactado, la edición de la obra, de conformidad con el original, bajo el nombre o seudónimo del autor, en la lengua o lenguas convenidas.
- b) Llevar a cabo la comercialización de los ejemplares.



Son obligaciones del editor:

1º.- Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir modificación que el autor no haya consentido y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo identifique.

2º.- Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario.

3º.- Proceder a la distribución de la obra en el plazos y condiciones estipulados.<sup>296</sup>

---

c) Pagar el precio en la forma, plazo y condiciones estipuladas en el contrato, facilitando oportunamente, cuando aquél consista en un porcentaje sobre el precio de venta, los correspondientes estados de ventas.

d) Quedaba también obligado el editor a no transmitir por actos intervivos el derecho a no publicar la obra.

<sup>296</sup> El plazo forma parte de los requisitos del contrato de edición (art. 60.6º), que no podrá exceder de dos años con la sola excepción de lo dispuesto en el art. 63 (ediciones de antologías de obras ajenas, enciclopedias y colecciones análogas, así como prólogos, epílogos, presentaciones, introducciones, comentarios e ilustraciones). Para el caso de la edición en varias lenguas, si transcurridos cinco años el editor no hubiese publicado en alguna de las previstas en el contrato, el autor podrá resolverlo con respecto a las que no se haya publicado. Se echaba en falta en la anterior legislación, unos plazos legales máximos para la puesta en circulación de la obra reproducida, y en ese sentido la Recomendación 15, establecía un año, modificado por la Norma II, 1.12, a) y b) a 18 meses, introduciendo el pacto especial, cuando se tratase de obras de varios volúmenes, pues de otra manera, por las notables diferencias entre industria editorial y autor, éste quedaría sujeto a los intereses editoriales, que bien les pudiera interesar contratar para evitar competencia con otra obra similar, editada por la propia editorial, o que bien les pudiera interesar contratar para cubrir previsiones a largo plazo, con los consiguientes y evidentes perjuicios para el autor, que vería aparecer su obra extemporáneamente y carente de todo interés.

4º.-Asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición.<sup>297</sup>

---

<sup>297</sup> De igual forma que el contrato de edición por definición exige la cesión del derecho a publicar la obra mediante precio, cuya titularidad queda reservada al autor, a favor del editor que se obliga a publicarla, éste debía cumplir la referida obligación mediante la real disposición de los ejemplares al público, y en número bastante que eviten perjuicios al honor del autor, entendiéndose este número bastante por defecto y por exceso; es decir, sin que la edición sea tan pequeña que impida el acceso del público en número suficiente a la obra del autor, ni en demasía, que obligue al saldo como forma de venta-liquidación con el consiguiente descrédito del autor. En igual sentido es necesario valorar el precio del libro, que debería ser acordado por ambas partes.

La manera de poner a disposición del público ese número de ejemplares que hemos denominado "bastante" también es exigible que se acomode a procedimientos que favorezcan el real conocimiento del público de la obra del autor, y el fácil acceso al ejemplar, que tanto interesa, al autor y editor que es el obligado, como a la cultura en general.

Estos procedimientos son de difícil control por el autor que queda a expensas de los intereses, normalmente, contrarios del editor, hasta el punto que vienen a alcanzar los mismos derechos morales. Entre los intereses contrarios, pueden destacarse, la modificación del precio de venta, y fundamentalmente la venta en saldo de la edición, que son modificaciones del contrato de edición que pueden conducir al desprestigio del autor, y por ello la necesidad de salvaguardar los derechos de éste, mediante la regulación de las oportunas obligaciones del editor en el ámbito de la distribución comercial.

Era, por tanto imprescindible que quedase regulada expresamente, la modalidad de venta en saldo, y en especial cuando atiende al fracaso de la obra intelectual, concediendo un derecho preferente a favor del autor, y en consecuencia, una obligación del editor, que consista en la preceptiva comunicación de la intención de disponer del resto de la edición para la venta bajo la modalidad de saldo, que en ningún caso debiera producirse hasta transcurrido un tiempo razonable y prudencial desde la publicación de la obra, y cuando los canales de distribución-comercialización, hayan sido los adecuados y acordes con la entidad de la obra editada.

Tanto las legislaciones nacionales, como las supranacionales, convienen en regular la figura de la venta en saldo del resto de la edición, por lo que la

5º.- Satisfacer al autor la remuneración eestipulada y, cuando ésta se proporcional, al menos una vez cada año, la oportuna liquidación de cuyo contenido lwe rendirá cuentas. Deberá así mismo, poner anualmente a disposición del autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares. A estso efectos, si el autor lo solicita, el editor le presentará los correspondientes justificantes.<sup>298</sup>

---

doctrina aconseja una regulación cuidadosa en el propio contrato de edición, en los términos aquí recogidos. Y que han tenido eco en la regulación de la LPI (art. 67).

<sup>298</sup> Lo importante de esta obligación no reside tanto en el pago del precio estipulado en el contrato, que es inherente al propio contrato y no necesitaría extraerse separadamente como obligación del editor, sino la introducción del mecanismo de control de ventas.

La obligación del editor de dar cuenta al autor de las ventas de la edición es una obligación general, porque queda compelido a justificar, mediante las oportunas comprobaciones recogidas como precedentes en las Recomendaciones citadas, el número de ejemplares de la edición y su puesta a la venta, quedando sólo pendiente para la concreción de las cuantías de los importes de las ventas la fijación del precio de los ejemplares.

Aunque la Ley de Libro no regulaba el sistema de control de los estados de ventas, al menos se conocía a través de la Recomendación 19, los plazos máximos para la presentación de las mismas, que se debían ajustar a los siguientes requisitos:

- a) La cifra de tirada, cuando sea la primera liquidación que se practique, o la existencia inicial cuando se hizo una liquidación anterior, con la que debe de coincidir.
- b) El número de ejemplares vendidos en firme.
- c) El número de ejemplares en depósito, todavía no liquidados.
- d) Las existencias en almacén en el momento de efectuar la liquidación.
- e) El número de ejemplares a liquidar.
- f) La cantidad bruta devengada por el autor.
- g) Las deducciones por compensación (anticipos) entre autor y editor.
- h) La deducción del impuesto de autor.
- i) La cantidad líquida abonable.

6º.-Restituir al autor el original de la obra, objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tirada de la mismas.

#### **4.1.1.1.4.- Otras singularidades del contrato de edición. Creación de obras futuras.**

Se declaraba la nulidad del contrato de edición que tenga por objeto la publicación de la obra u obras que el autor pueda crear en el futuro y los acuerdos por los que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro. ( art. 43.3 y 4 LPI).

La doctrina era vacilante sobre la cesión de derechos sobre obras futuras, y en general se mantenía, que todo lo que hay en el convenio de los hombre es susceptible de contratarse, y por ello de conformidad con el Código Civil, nada se oponía, según un sector doctrinal, a la contratación de obras futuras. Desantes llega a apuntar, que lo que denomina, edición universal, no repugna ni a la ley, ni a la moral, ni al orden público, y el contrato en sí es válido, sólo lo convertiría en inmoral cuando el editor lo utilice torcidamente, o se aproveche de la necesidad extrema del autor, en cuyo caso la nulidad vendrá de alguna de estas circunstancias, pero no del contrato.

Quiroga entiende sin embargo, que en estos supuestos el compromiso contractual de edición de la titularidad de obras futuras, es nulo de pleno

---

La norma V.2 prometía complementar la comprobación de las tiradas con la de las ventas, cuando pueda establecerla (el INLE) con la necesaria eficacia y sin retrasar o estorbar la normal actividad de las empresas editoriales.

derecho, al transformarse en una especie de servidumbre que otorga al contrato el carácter de inmoral, por atentar a la dignidad humana que es intransmisible.

En apoyo de las tesis sustentadas, se alegaba la Orden de 10 de Abril de 1909, que al resolver la consulta planteada por el Registro General de la Propiedad Intelectual, declaraba que en el futuro se rechacen como inservibles los documentos que se refieran a obras futuras, que sólo podrán anotarse después de haberse producido.

Para Quiroga, todo ello demuestra que la mencionada Orden consideró válida la cesión de las obras futuras, puesto que regula la anotación y transmisión de las mismas en el Registro de Propiedad Intelectual.

Evidentemente todo es interpretable, pero la declaración de la Real Orden es inequívoca (para su tiempo), se podrá transmitir, a través de acuerdos, en forma de pactos y contratos, más ello carece de validez, por cuanto lo que otorga relevancia a la protección de la obra es el Registro, y declarados nulos los documentos de esta naturaleza al impedir el acceso de los mismos a dicho Registro, es notorio que a los efectos de propiedad intelectual, los pactos sobre obras futuras, fueren cuales fuere, carecen de eficacia.

Y si son de universalidad con más motivo la prohibición debe imperar en aras a impedir la comercialización de la libertad y dignidad del individuo, que por esencia no puede vincularse vitaliciamente a terceros mediante la dependencia de la creación de su espíritu.

Pues bien, todo ello es una polémica que quedó resuelta parcialmente a través del artículo 26 de la Ley del Libro, que recogía la prohibición de pactos en los mismos términos que lo hace el art. 43. 3 y 4 LPI, por los que el autor

se obligue a no producir obras en el futuro, o bien se obligue a crearlas. No obstante, es necesario denunciar las claras limitaciones de la regulación dada su ubicación en la LPI, pues quedan extrañados todo el resto de contratos sobre creación intelectual.

En general, después de la entrada en vigor de la CE por imperio de su artículo 20, igualmente hay que entenderlos nulos de pleno derecho y con carácter inconstitucional en su doble faceta de conculcación de derechos de libertad de expresión y producción y creación intelectual.

#### **4.1.1.1.5.- Otros contratos en relación con el de edición.**

Como cualquier actividad mercantil y en especial cuando es onerosa se producen multiformes contratos que quedan situados dentro de la esfera civil sin ninguna especialidad digna de interés desde la óptica de los derechos de autor, y que por ello no están recogidos en legislación alguna que afecte a la Propiedad Intelectual, salvo el contrato de distribución editorial y el contrato de impresión editorial que se encuentran regulados en los artículos 31 y 32 , respectivamente de la Ley del Libro (áun vigentes). Sólo queda nombrar el contrato de adaptación y el contrato de traducción. El resto es asimilable a los ya mencionados.

#### **4.1.1.2.- La conducta típica de reproducir**

Reproducir, no es más que el derecho exclusivo de copia, es decir, nadie, sin autorización del autor puede obtener copias de su obra, multiplicarla. Para ello

es preciso que ésta se encuentre fijada en cualquier soporte. Pero el soporte ha de ser tangible, la atribución que hace la CFGE<sup>299</sup> a soporte intangible no es acertada, porque la tangibilidad o intangibilidad está referida en el art. 10 al objeto de la propiedad en general, pero este objeto se exterioriza y se ponen en conocimiento del público de diversos modos, cada uno de ellos, supone el nacimiento de un derecho distinto (incluidos dentro del derecho de explotación), que precisamente se distinguen por el medio.

Es por esto que se dice que la **reproducción** es una forma de comunicación **indirecta** (Ley francesa), y una forma de explotación en **forma material** (Ley alemana), y la **representación**, una comunicación **directa** (ley francesa), y una forma de explotación **inmaterial** (ley alemana).<sup>300</sup>

Pero es más, la misma idea de fijación requiere un soporte material, y de otra parte, no puede sino ser sólo un medio físico-material (tangible), pues de otro modo no podrían llevarse a cabo las copias que son consustanciales con reproducir. En efecto, el art. 18 LPI, define la reproducción como la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias en toda o parte de ella.<sup>301</sup>

La copia requiere una fidelidad del original, pero tal fidelidad como señala Rivero Hernández, ha de considerarse relativa, de manera que por asimilación a

---

<sup>299</sup> CFGE, op. cit., págs. 681 y 682

<sup>300</sup> Rivero Hernández, Francisco, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, Madrid, 1.989, pág. 359.

<sup>301</sup> El Glosario de la OMPI precisa que reproducción es la realización de uno o más ejemplares de una obra o de una parte sustancial de ella en cualquier **forma material**, con inclusión de la grabación sonora o visual.

ejemplares (art. 4 y 60 LPI) abarque reproducciones que tendrían difícil encaje si se exigiese una perfecta identidad.<sup>302</sup>

La reproducción, si bien requiere que exista comunicación, no exige que sea pública; motivo por el cual la reproducciones privadas (para uso privado) no son punidas (tampoco todas las reguladas en los arts. 31, 32, 33, 34, 35, y 37 LPI). Pero tampoco son punidas, porque aún cuando el art. 18 no determina el número de copias necesarias para estar ante una reproducción, se deduce,- aparte del contenido del art. 4 LPI que define la publicación: no ha de olvidarse que si la publicación es una forma de divulgación, la reproducción lo es de publicación-, del art. 31.2 LPI, pues la copia privada no ha de ser objeto de **utilización colectiva ni lucrativa**. De estos requisitos se infiere que la copia ha de ser (o puede ser)<sup>303</sup> plural pero no es preciso que sea numerosa.<sup>304</sup>

La reproducción corresponde a una etapa posterior a la divulgación, y publicación (género) de la que es una especie. Por esta razón el uso privado sólo

---

<sup>302</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 362. Se inclina por un concepto relativo de fidelidad al original en la copia, y propone su sustitución por ejemplares, término más amplio, porque en las obras escultóricas y pictóricas, o de arquitectura, que se reproducen mediante fotografía, resulta difícil que se den copias fieles, tanto por las dimensiones como por su color (su plástica).

<sup>303</sup> Que pueda ser numerosa no significa que en todo caso lo sea, pues el art. 31.2, lo que indica es que en el caso de que lo sea (numerosa) no debe ser de utilización colectiva ni lucrativa.

<sup>304</sup> Quintero, op. cit., pág. 56. Pone este autor, como ejemplo, lo que denomina la inversión del delito masa, estos es, diversos infractores de un solo perjudicado. La copia única de un libro (para uso privado) por parte de muchas personas: le parece justa la solución del art. 25.1 ( sistema de compensación económica), pero de difícil viabilidad.



cabe cuando la obra ya haya sido divulgada (art. 31)<sup>305</sup>

En la doctrina italiana la reproducción está considerada como un derecho formal, y por esta razón se regula en derecho comparado, también en la LPI, como derechos separados, reproducción y distribución, la primera sin perjuicio pero con lesión, la segunda, comercialización, que puede conllevarlo. También se regula separadamente de la comunicación pública, otra forma de divulgación, pues ésta segunda no requiere la distribución de ejemplares y es de carácter directo e inmaterial, pero cuando este tipo de comunicación se fije en algún soporte material, estaremos ante una reproducción<sup>306</sup>. De tal modo que se habrá producido una infracción del derecho de reproducción: causando o no perjuicio, con o sin ánimo de lucro, mediante una o varias copias, con independencia de la finalidad o destino, y del soporte elegido y técnica empleada.

Sólo cabe hablar de una excepción al régimen general expuesto en el caso de programas de ordenador, que al contrario de como lo interpreta la doctrina alemana, no se considera reproducción la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario, ni tampoco la copia de seguridad (arts. 99.2 y 3 LPI)<sup>307</sup>

#### **4.1.2.- Distribuir.**

Si hubiese que definir esquemáticamente este derecho, podríamos decir que

---

<sup>305</sup> Samaniego Bordiú, Gonzalo, Introducción a la nueva Ley de Propiedad Intelectual, Boletn nm.1483., pág. 800 y ss.

<sup>306</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 389.

<sup>307</sup> Romeo Casabona, op. cit, pág. 158.

consiste en la comercialización de la obra intelectual. Es en definitiva, el control sobre la circulación de la obra.

Es por tanto, un complemento eficaz de la reproducción, pues supone un reforzamiento del derecho de explotación del autor<sup>308</sup>. En efecto, proteger la obra no es suficiente para asegurar el disfrute pacífico del derecho de exclusiva de que goza el autor. Proteger sólo la reproducción haría iluso el ejercicio del derecho de explotación, pues precisamente en la distribución es donde se expresa con mayor rotundidad este derecho. El art. 19 LPI, es un exponente claro de cuanto se acaba de decir: Se entiende por distribución la puesta disposición del público, del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Ahora bien, no toda distribución requiere una reproducción -normalmente sí, pero no en todo caso-, pues la puesta a disposición del público puede ser del original y mediante venta.

Este derecho alcanza no sólo a la distribución de copias reproducidas ilícitamente, sino que también se extiende a las lícitas<sup>309</sup>. Reproducción, y distribución, son pues, derechos autónomos al modo de lo dispuesto en el art. 23 LPI.

De esta manera, y en materia penal, serán tanto conductas típicas, la distribución de copias obtenidas ilícitamente, como las lícitas sin autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual.

---

<sup>308</sup> Rivero Hernández, op. cit. pág. 372.

<sup>309</sup> Rivero Hernández, op. cit., págs. 372 y 373.

Y es así, porque el art. 43 LPI limita la cesión de derechos a las modalidades de explotación expresamente previstas. De este modo cabe que el autor haya cedido el derecho de reproducción a una persona, y el de distribución a otra, y sin embargo la primera comercialice la reproducción. Se daría así el supuesto contemplado, la distribución de una obra lícitamente reproducida. Existe, sin embargo, una excepción, cuando la distribución se efectúe por venta (no por cesión), en este caso el autor pierde el derecho: agotamiento del derecho de distribución o circulación (*épuisement du droit de mise en circulation*).<sup>310</sup>

Así pues, toda distribución llevada a cabo sin autorización del autor, con independencia del modo de llevarla a cabo, ofrece relevancia penal. La distribución gratuita, por tanto, también<sup>311</sup>. Quintero<sup>312</sup> muestra sus reservas, pues toda distribución es, en su opinión, onerosa por naturaleza; de modo que el concepto de distribución del CP que no exige ánimo de lucro no coincidiría con el de la LPI. No tiene razón Quintero por dos razones: en primer lugar, porque en derecho comparado, así lo entiende la doctrina alemana - y el texto del art. 19

---

<sup>310</sup> Rivero Hernández, pág. 380. Delgado Porras, op. cit., pág. 32, da cuenta de otro supuesto de agotamiento no contemplado en la LPI, pero que debe tenerse en cuenta por imperativo de los artículos 30 y 36 del Tratado de Roma, cuando la distribución de los soportes de la obra haya sido efectuada en algún país miembro de la CEE con la autorización del titular del derecho. En este caso el derecho de distribución cede ante el principio de libre circulación de mercancías en el ámbito intracomunitario (Ss. del Tribunal de Justicia de 8 de Junio de 1.971 - asunto *Deutsche Grammophon*-, en materia de fonogramas, y de 20 de Enero de 1.981- caso *Musik-Vertrieb Membran v. GEMA*-, en materia de derecho de autor).

<sup>311</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.996. Se muestran partidarios de esta tesis, pero extraen conclusiones con las que no se puede estar de acuerdo como vemos más adelante.

<sup>312</sup> Quintero Olivares, op. cit., págs. 69 y 70.

LPI es de segura inspiración en el art. 17 de la Ley de 1.965-<sup>313</sup>, la distribución puede ser gratuita, porque lo que pretende proteger este derecho es el control de la comercialización; y en segundo lugar, porque el art. 19 habla de puesta a disposición del público mediante "**cualquier forma**". Quintero no obstante viene aceptando la distribución gratuita lo que se cohonesto con la estructura de un tipo de mera actividad; con una importante consecuencia: que aunque fuere lucrativa, no se requiere que la venta alquiler o préstamo ..., se haya llegado a formalizar, bastando con la oferta en tales términos<sup>314</sup>.

Por el contrario las consecuencias que extrae Arroyo de la distribución gratuita no son admisibles, pues, en su opinión, ello no obsta a que se origine daño económico al autor, incluso en la modalidad especialmente grave del art. 534 bis b) 2 b)<sup>315</sup>. Y ciertamente una distribución gratuita puede causar daño económico al autor pues precisamente puede tener ese único objetivo: crear saldo que afecte al prestigio del autor (daño moral), dificultar sucesivas ediciones, competir con la vigente, etc.. Pero una edición gratuita por definición es ajena al ánimo de lucro, y si no concurre éste, no puede apreciarse la agravación establecida en el art. 534 bis b) 2 b) - cuando además de obrar con **ánimo de lucro**- . Ánimo de lucro y ánimo de dañar económicamente (de causar perjuicio), no son equivalentes.

Aún cuando la distribución no se contempla entre los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes (art. 102.1: reproducción y comunicación pública), dada la redacción del art. 534 bis a), es extensible también la protección

---

<sup>313</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 371.

<sup>314</sup> Quintero Olivares, op. cit., pág. 70.

<sup>315</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.996.

penal a la distribución de las interpretaciones y ejecuciones artísticas<sup>316</sup>.

La distribución, por otra parte, exige que el original y las copias sean puestas a disposición del público. Ello requiere a que el ofrecimiento sea real y efectivo<sup>317</sup>. La puesta a disposición del público para Quintero significa que no es tal cuando la oferta está dirigida a una sola persona o a un reducido círculo<sup>318</sup>. Ahora bien, también aquí la amplitud del círculo ha de ser considerado de forma relativa en función de la naturaleza de la obra, lo que no impide que todos puedan tener acceso<sup>319</sup>.

Por último si como dice Samaniego<sup>320</sup>, la distribución abarca todas aquellas actividades instrumentales y accesorias que son necesarias para poner la obra a disposición del público, es forzoso reconocer que en ellas están incluidas las de almacenaje, importación o exportación. En efecto, el autor tiene derecho

---

<sup>316</sup> Se atribuye este derecho de explotación, sin embargo, a otros derechos conexos: productores de fonogramas, art. 109; y a las grabaciones audiovisuales, art. 113.

<sup>317</sup> Quintero Olivares, op. cit., pág. 68. Entiende la puesta a disposición del público como ofrecimiento, pero no requiere cualidad alguna para éste.

<sup>318</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 375. La oferta ha de hacerse públicamente, y el círculo al que va dirigida no ha de ser de familiares o de amigos aunque sea amplio.

<sup>319</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 376. Según el tipo de obra de que se trate tendrá un mayor o menor número de destinatarios y posibles adquirentes <no es igual a este respecto un libro sobre cultura etrusca que una novela policiaca>, y porque una obra de física cuántica o de alta tecnología en superconductores no comporta una oferta (a sus destinatarios verosímiles) semejante a la que se haría de un disco de música folclórica. Si la oferta a un círculo cerrado pudiera ser insatisfactoria en orden a la "publicidad", tampoco es preciso para que haya ésta que la puesta a disposición del público se haga en un hipermercado.

<sup>320</sup> Samaniego Bordiú, Gonzalo, op. cit., págs. 800 y ss.

a oponerse a estas actividades, pues están incluidas en el derecho de distribución, son inherentes a él.

Y lo son porque pertenecen al derecho de explotación en tanto son cedibles. Así lo demuestra el art. 43.2 que dispone que a falta de mención del ámbito territorial en la cesión de derechos de explotación se limita al del país en el que se realice la creación. El art. 60.2 (contrato de edición), igualmente exige que se formalice por escrito y de forma expresa el ámbito territorial. Y resulta definitivo el art. 109: **el derecho de distribución comprende especialmente la facultad de autorizar la importación y exportación de copias del fonograma con fines comerciales** <sup>321</sup>.

Esta incorporación al derecho de distribución de las facultades de importar y exportar, resultará decisiva a la hora de resolver la polémica surgida en relación con estas conductas.

#### **4.1.3.-Comunicar públicamente.**

##### **4.1.3.1.- Antecedentes: Contrato de representación.**

El contrato de representación, aunque no estaba especialmente regulado en la Ley, en su reglamento se dedican continuas referencias a éste en las obras dramáticas y musicales con su inclusión en el Título II que consta de Tres Capítulos y abarca de los artículos 61 a 119, a través de los cuales hacen su

---

<sup>321</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 379. También se hace eco de esta implicación.

aparición cuantos derechos morales y patrimoniales corresponden al autor, pues a pesar de que también sólo se cedía el derecho de representación, según operando las excepciones al mismo, esos derechos íntimamente ligados a la persona del autor que podía ejercitar en cualquier momento de acuerdo con lo estipulado en los citados artículos, desde el derecho de arrepentimiento al derecho de modificación. También quedaban regulados dentro del mismo título las obras en colaboración y los derechos derivados de la misma, así como disposiciones de policía y de penal administrativo (derechos que ya se han estudiado oportunamente o que en el futuro se desarrollarán con obligada referencia a los preceptos que comprenden el contrato de representación).

La LPI dedica el Capítulo III del Título V al Contrato de representación teatral y ejecución musical, entendiéndose éste como la cesión del derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica (art. 74). La cesión está limitada a las modalidades autorizadas, y si no se hubieran determinado se presumirá las de recitación y representación en teatros, salas o recintos (art. 76).

Al igual que en el contrato de edición se estipulan unas obligaciones para el autor (art. 77)<sup>322</sup>, y otras para el cesionario (art. 78)<sup>323</sup>; se limita el contrato

---

<sup>322</sup> Son obligaciones del autor:

1º Entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa.

2º Responder ante el cesionario de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que hubiese cedido.

<sup>323</sup> El cesionario está obligado:

1º A llevar a cabo la comunicación pública de la obra en el plazo convenido o determinado conforme al apartado 2 del art. 75.

de exclusiva a cinco años; se exige mutuo acuerdo para la elección de intérpretes o ejecutantes, y la publicidad de los actos de comunicación (art.80); los empresarios se considerarán depositarios de los espectáculos públicos ( art. 79. Como veremos esto comporta, en su caso, un delito de apropiación indebida); el contrato se resuelve por incumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 78, y por la interrupción durante un año de la representación (art. 81); se extingue cuando siendo una obra escénica en su estreno sea rechazada por el público y así se hubiese expresado en el contrato (art. 82); y cuando la cesión del derecho de comunicación pública sea a través de la radiodifusión se entiende que dicha cesión queda limitada a la emisión de la obra por una sola vez, realizada por medios inalámbricos y centros emisores de la entidad de radiodifusión (art. 84).

La regulación "De los productores de fonogramas", "De los productores

---

2° A efectuar esa comunicación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidos por el autor y en condiciones técnicas que no perjudiquen al derecho moral.

3° A garantizar al autor o sus representantes la inspección de la representación pública de la obra y la asistencia a la misma gratuitamente.

4° A satisfacer puntualmente al autor la remuneración convenida, que se determinará conforme a lo dispuesto en el art. 46 de esta Ley.

5° A presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de los actos de comunicación y cuando la remuneración fuese proporcional, una declaración de ingresos. Asimismo, el cesionario deberá facilitarles la comprobación de dichos programas y declaraciones.

Las obligaciones son análogas a las exigidas al editor. Las diferencias son producto del necesario proceso de adaptación a la naturaleza de la comunicación pública, y, por tanto, nos remitimos a lo allí dicho. Sí se muestra más rígido este contrato en lo que respecta a los plazos para la comunicación pública y para la cesión (art. 75).



de las grabaciones audiovisuales", y "De las entidades de radiodifusión", se contiene en el Título II, III y IV, del Libro II (Otros Derechos de propiedad Intelectual) de la LPI.

#### **4.1.3.2.- La conducta típica de comunicar públicamente.**

Esta forma de explotación, de conocimiento público, ha adquirido tal relevancia y protagonismo que como señala Lacruz Berdejo, hemos pasado de la galaxia Gutenberg a la galaxia Marconi<sup>324</sup>. De ahí la enorme importancia de esta "nueva forma de comunicación", que comprende las representaciones, la proyección o exhibición, la emisión, transmisión<sup>325</sup>, la retransmisión, la exposición y el acceso a bases de datos<sup>326</sup>.

La inclusión de un elemento negativo en la definición que se contiene en el art. 20 LPI - sin previa distribución de ejemplares-, provoca un análisis de este derecho, por oposición al resto de los estudiados.

Ninguna dificultad supone distinguirlo de la distribución, entre otras cosas

---

<sup>324</sup> Lacruz Berdejo, Prólogo a la obra de Bondía Román, op. cit., pág. 12 y 13.

<sup>325</sup> Delgado Porras, op. cit., pág., 37. Diferencia el autor, en las transmisiones por cable, que sea de forma simultánea la emisión o no, esto es, que concorra con programas propios, o sea específica. En este último caso es precisa la autorización de los autores con independencia de que la necesaria para la emisión por cable ( art. 36 LPI)

<sup>326</sup> Tiene razón Samaniego, op. cit., pág. 802, que la LPI se muestra insegura y confusa a la hora de regular y diferenciar las tres clase de comunicación : emisión, transmisión y retransmisión. En particular en la contradicción observada entre el apartado c) y d) con el f).

porque expresamente se dice que la comunicación no requiere distribución, y porque no se efectúa mediante ejemplares.

La ausencia de ejemplares sirve a la vez para distinguirla de la publicación y reproducción. La comunicación pública es una forma de divulgación, no es propiamente una divulgación, pero es una forma, como lo es la reproducción. No es una divulgación a excepción de que coincida la divulgación con la comunicación (la primera vez), pero no en lo sucesivo. Como forma de divulgación se distingue de la reproducción por ser directa, inmaterial e intangible (por lo general), al contrario de aquella que es indirecta, material y tangible.

No obstante existen necesarios puntos de encuentro entre ambos, como son las grabaciones de las comunicaciones públicas que posteriormente se reproducen y editan (una representación, una ejecución musical, etc.). Este supuesto, es preciso distinguirlo, de lo que la doctrina francesa denomina grabación efímera -el soporte o grabación no sino un eslabón intermedio entre la ejecución o representación y la difusión efectiva- para llevar a cabo la comunicación pública. Es, por tanto, comunicación pública y no una reproducción.<sup>327</sup>

Pero la comunicación pública no sólo se distingue por oposición a otros derechos de explotación, sino que requiere el complemento de determinados

---

<sup>327</sup> Rivero Hernández, op. cit. ,pág. 389. Hay que reconocer, dice el autor, que no en todos los supuestos de "representación"( concepción francesa) o de la nueva "comunicación pública" hay una efectiva comunicación directa de la obra al público; y ello, en un doble sentido: en cuanto que en muchos casos la obra ha debido ser fijada previamente en un soporte material (cinta magnetofónica, disco, película cinematográfica) antes de ser comunicada (proyectada, emitida por radio o televisión) a sus destinatarios; y porque hay también un hiato temporal entre el momento en que la obra musical o el discurso son grabados o la obra cinematográfica filmada, y aquel otro que es emitida o proyectada al público.

requisitos: el art. 20 la define como todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

Se requiere, por tanto, el acceso a la obra, que ha de ser efectivo<sup>328</sup> para una pluralidad de personas; publicidad, que ha de ser entendida en términos relativos al tipo de obra y emisión.

Sin embargo, no es pública, y por consiguiente no lesiona los derechos de autor, la comunicación, cuando se celebre dentro de **un ámbito estrictamente doméstico** que no esté conectado a una **red de difusión de cualquier tipo**.

Por ámbito estrictamente doméstico, hay que entender no sólo el de la familia, sino que alcanza también a los amigos y allegados, y no sólo al domicilio, sino a cualquier lugar donde se desarrolle una actividad doméstica y haya ambiente doméstico<sup>329</sup>. **No es el lugar sino la actividad lo que delimita el ámbito.**

La gratuidad u onerosidad no es un elemento exigible en la excepción, pero es indudable que puede ser decisivo a la hora de determinar la naturaleza del

---

<sup>328</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 391. El acceso o accesibilidad ha de ser sensorial ( visual y auditiva casi siempre) de las personas a la obra objeto de comunicación. Y ha de ser efectivo, pues es evidente que en el caso de que fuera representada una comedia en un teatro vacío, o montada una exposición de cuadros en un museo cerrado, o emitida por radio o televisión una obra por una longitud de onda de imposible localización o captación, no habría comunicación porque nada se habría "comunicado" a nadie.

<sup>329</sup> Rivero Hernández, op. cit., págs. 394 y 395. Se inclina por una concepción intermedia como la expuesta de acuerdo con las pautas marcadas por la doctrina y jurisprudencia francesa, que regula esta excepción bajo "círculo exclusivamente familiar". Los términos "estrictamente" y "exclusivamente", son equivalentes, y "doméstico", es incluso más amplio que "familiar".

ámbito, pues no resulta normal cobrar a los familiares, aunque si es lógico que todos contribuyan a los gastos de la representación.

Que la red pueda ser de cualquier tipo, desde luego facilita la interpretación, y evita dificultades<sup>330</sup>, pues parece indicar que aún cuando la comunicación se produzca en un ámbito estrictamente doméstico, será pública si está conectada a una red de difusión. No parece claro, sin embargo, que el mero hecho de estar conectado a una red de difusión pueda modificar el carácter de la comunicación pública. Como tampoco puede hacerlo si la comunicación es a sólo un individuo, o incluso a un número insuficiente, o bien de forma que no se tenga acceso real. Veámoslo. Imaginemos que se lleva a cabo una reunión de una familia numerosa, a la que concurren amigos y allegados para celebrar un acontecimiento, y se representa con tal motivo una obra, que por las dimensiones del local o su distribución, requiere la utilización de una cámara de video que conectada a varias pantallas colocadas por las dependencias facilitan la visión y seguimiento de la obra. E incluso una recitación o ejecución musical que se sirve de unos micrófonos inalámbricos conectados a una red que distribuye el sonido por varios altavoces.

La expresión cualquier tipo de red supondría que los actos descritos se considerasen comunicación pública. Como ello resulta contrario al contenido del precepto, y de otra parte excesivo; es necesario, por tanto, acomodar los conceptos. Cualquier tipo de red ha de interpretarse como red pública, no privada, de modo que el precepto se expresaría en términos más técnicos que jurídicos. Por ello, le asiste la razón a Quintero<sup>331</sup> cuando señala que los vídeos comunitarios y hoteleros se encuentran en una zona intermedia, más cercana al

---

<sup>330</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 397

<sup>331</sup> Quintero, op. cit., pág., 72

ámbito doméstico que al público, y se pronuncia por su atipicidad, sin perjuicio de criterios de compensación económica.

#### **4.1.4.- Importar, Exportar y Almacenar.**

Se consideran por la mayoría de la doctrina conceptos estrictamente descriptivos<sup>332</sup> (de contenido gramatical)<sup>333</sup>. No puede, sin embargo, estarse enteramente de acuerdo con tal afirmación, pues si bien la LPI no los define (carencia de normatividad), sin embargo, son conceptos valorativos de trascendencia económico-comercial-tributaria, y sobre todo son actividades accesorias e instrumentales del derecho de distribución, al que necesariamente hay que remitirse.<sup>334</sup> Son por tanto conductas descriptivas llenas de referencias normativas.

La limitación de la conducta a un objeto material corporeizado en ejemplares, impide que tengan acogida las obras que se comunicaren públicamente. Se habría equivocado, por tanto, Romeo Casabona cuando considera incluíble en el párrafo segundo del art. 534 bis a), la comunicación de datos de un ordenador a otro por medio de un modem, rebasando las fronteras nacionales.<sup>335</sup>

---

<sup>332</sup> Boix, op. cit., pág. 944.

<sup>333</sup> Carmona, El tipo básico, pág. 145.

<sup>334</sup> Ver cuanto se ha expuesto al respecto en el apartado 4.1.2 del derecho de distribución. Hay que tener presente además que las conductas deben realizarse sobre ejemplares, que coincide con el objeto imprescindible de comercialización (distribución)

<sup>335</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 158.

Este párrafo segundo del art. 534 bis a) no ofrecería mayores dificultades, si no fuera porque con renovados esfuerzos se vuelve a suscitar la cuestión de si las conductas descritas alcanzan a los ejemplares reproducidos lícitamente.

Se opone a esta interpretación Quintero<sup>336</sup> porque, en su opinión, y en primer lugar, no tiene sentido, por ejemplo, castigar con la misma pena el plagio de una obra y el almacenamiento de ejemplares de una obra legítimamente producidos; en segundo lugar, porque una interpretación lógico-sistemática<sup>337</sup> pone de manifiesto que el legislador al redactar ese párrafo tenía in mente las copias o ejemplares ilícitos; y en tercer lugar, las tres conductas expresadas en el párrafo segundo son eminentemente posdelictuales: no pueden apreciarse si el sujeto ha intervenido en las conductas principales, y no pueden darse sin los previos ataques típicos<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Quintero, op. cit., pág. 103.

<sup>337</sup> Ferré Olivé, op. cit., pág. 83. Para quien "dicho comportamiento (el almacenaje) no requiere autorización dentro de un sistema de economía de mercado". Pero al mismo tiempo reconoce la dificultad de armonizar la exigencia de consentimiento del titular (pues si las copias son ilícitas la autorización es contradictoria). Propone una solución interpretativa extrema que no puede aceptarse, pero que por curiosa nos hacemos eco: "Si el titular del derecho de autor puede pedir que le entreguen las obras ilícitas decomisadas como parte de reparación del daño causado (art. 124.3 LPI) puede ocurrir que dicho autor decida que esas obras ilícitas no sean exportadas, importadas o almacenadas. En tal supuesto necesitará autorización, y de faltar, esos comportamientos serán sancionados por el derecho penal". Pero desde el mismo momento que las copias ingresan en el patrimonio del titular, tales copias no revisten el carácter de ilícitas, pues quedan bajo el exclusivo ejercicio del derecho de explotación del titular. Y si esto es así, el almacenaje, importación, y exportación de obras lícitas sin autorización será típico.

<sup>338</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 979. Parece coincidir con Quintero: Las infracciones enmarcables en el art. 534 bis a) no suelen acabar con la realización de alguna de las acciones que los verbos incorporados al precepto patentizan. Tales agentes cuentan con personas, normalmente con consagración profesional

Una posición intermedia es la de Carmona<sup>339</sup> que si bien acepta que la importación o exportación de ejemplares originales (sic), es decir, legítimos, sin la debida autorización lesiona los derechos de autor, deberá resolverse por vía extrapenal.

Delgado Porras<sup>340</sup> añade el matiz de que "las operaciones de importación y exportación de ejemplares sólo están sujetas a la autorización de los titulares en tanto en cuanto aquéllas afectan al derecho de distribución", esto es, que tengan por finalidad la puesta a disposición del público, o lo que es lo mismo que lo sean con fines de comercialización. Por consiguiente, sólo son punibles las importaciones y exportaciones que infrinjan el mencionado derecho (distribución). Ello quiere decir que la "importación y la exportación a las que se refiere el precepto comentado son: a) las que tengan por objeto ejemplares de obras o prestaciones artísticas reproducidas sin autorización o b) aquellas de las que se deriva, por su destino, una distribución no autorizada de de las copias de tales obras o prestaciones . Y por lo que concierne al <<almacenaje>>, no existiendo ningún derecho exclusivo reconocido de autorizar esta operación, hay que concluir que únicamente cabe sancionarlo cuando tenga por objeto ejemplares a los que pueda hacerse el reproche de ilicitud por alguna de las dos causas expuestas, estando esta figura muy próxima a la receptación (art. 546 bis y ss.

---

o empresarial, cuya función consiste en canalizar y dar salida a tales obras o ejecuciones. Si aquellas fuesen conscientes de la ilegalidad secundante a su originalidad o producción, deben abstenerse a toda colaboración tendente a facilitar su acceso a terceros. De ahí, que en el párrafo segundo del antedicho precepto se disponga "la misma pena se impondrá a quien intencionadamente importare, exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

<sup>339</sup> Carmona, El tipo básico..., pág. 150

<sup>340</sup> Delgado Porras, op. cit., pág. 124 y 125.

CP)". Se muestra partidario, por tanto, de la inclusión de la protección penal de la exportación e importación de las copias lícitas, sin autorización, en el párrafo segundo, y no así en el almacenaje que sólo será típico, a su juicio, cuando se trate de copias ilícitas.

Arroyo Zapatero/García Rivas también consideran incluidas las copias lícitas, porque la copia sólo tiene relación con la reproducción habida cuenta que es la única que puede originar "copias", y no con la exportación, importación y almacenaje, pues lo determinante del párrafo segundo es la falta de autorización<sup>341</sup>. Y no excepcionan el almacenaje, porque en estos caso las conductas típicas "implican la lesión de derechos de explotación (singularmente el de distribución), ocasionando importantes perjuicios económicos a los creadores de las obras, lo que seguramente ha llevado al legislador a plantearse su punición autónoma para una cobertura integral de la tutela penal de aquellos derechos" <sup>342</sup>

Nuestra opinión no puede dejar lugar a dudas; ya se apuntó más arriba al analizar el derecho de distribución, donde se dijo que las conclusiones obtenidas debían servir para resolver esta cuestión, que de alguna manera se adelantaba.

Quintero introduce la cuestión a propósito de la necesaria autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Alrededor de ella plantea los siguientes interrogantes: ¿Qué es lo que el legislador pretende castigar a través del segundo párrafo?: a) la utilización de ejemplares fraudulentos; o b) la utilización de ejemplares producidos legítimamente pero faltando una autorización del titular referida a estas actividades.

---

<sup>341</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.993. Nota 21

<sup>342</sup> Ibídem, pág. 1.996



Quintero se inclina por la primera respuesta, en base a un argumento lógico-sistemático (que no explica ni desarrolla), a través del cual llega a conocer lo que tenía in mente el legislador.

Resulta difícil rebatir un argumento que no se fundamenta, y una conclusión sin argumentación, pero si su argumento sistemático se estuviese refiriendo a que la conducta del párrafo primero está remitiendo, en todo caso, a copias ilícitas, se equivoca, porque como señalan Arroyo/García copias ilícitas sólo puede darse a través de la reproducción; la distribución tiene virtualidad con o sin copias ilícitas. Si su argumento lógico, consistiese en que de este modo se estaría penando igualmente el plagio que la importación, exportación y almacenaje, tampoco tendría explicación que el plagio que afecta al derecho moral del autor con posibles consecuencias económicas, estuviese asimilado a derechos que sólo representan una vertiente del derecho de autor<sup>343</sup>, e incluso tampoco resultaría satisfactoria la equiparación que se efectúa entre importación y exportación y almacenaje. Ahora bien, una conducta de importación y exportación sin autorización de copias lícitas puede ser más grave que la misma conducta de obras reproducidas ilegalmente: Una reproducción ilícita de poca entidad y luego exportada, resulta menos grave que una exportación de obras sin autorización reproducidas legalmente cuando están concedidos los derechos de reproducción al país que se exporta, o próximo a concederse, o ya concedidos, pues opera en este caso como si se tratase de una reproducción ilícita; y lo mismo sucede con la importación, pues es poner en circulación una obra que en su lugar de origen es lícita, y en el de su destino ilícita, toda vez que su comportamiento es idéntico a una obra reproducida ilegalmente. En definitiva, el legislador ha decidido una

---

<sup>343</sup> Roldán Barbero, op. cit., pág. 921. El plagio queda inopinadamente confundido con conductas de índole menos grave: la reproducción, la distribución o comunicación pública sin permiso del autor. Evidentemente, no es lo mismo reproducir meramente que reproducir apropiándose de las ideas del autor.

equiparación de conductas y sanción que de lege ferenda será oportuno revisar (especialmente en el plagio), pero que en la legalidad vigente se sitúan en el mismo plano. Pero lo que resulta decisivo es el hecho de que el legislador cuando ha querido diferenciar las copias lícitas de las ilícitas lo ha señalado expresamente, de modo que sí ha tenido en cuenta en todo momento la concurrencia de una u otra, y donde el legislador no ha distinguido, no lo podemos hacer nosotros. En efecto, en el art. 534 bis b) 2, a), hace mención a que la cantidad o valor de las copias **ilícitas** posean especial trascendencia económica. Sí ha distinguido, por tanto, en la agravación y penalidad cuando se trata de copias ilícitas, pues sólo será aplicable el subtipo a este supuesto específico de copias ilícitas, y no a las lícitas.

El argumento de que estas conductas son posdelictuales, no comporta una consecuencia como la de que es preciso que los ataques típicos a la propiedad intelectual consistan en la ilicitud de las copias. En efecto, la distribución desde este punto de vista sería también posdelictual, y sin embargo tiene carácter autónomo como hemos visto. La única consecuencia subordinada consiste en que de ser el mismo sujeto el que reproduce que el que distribuye sin autorización, ésta última conducta está absorbida por la primera. Esto, sin embargo, es una consecuencia de la estructura del tipo alternativo. Pero al mismo tiempo cabe que se dé la distribución cuando no sea el mismo sujeto activo, y cuando se trate de copias lícitas. Pero es más, no puede existir una subordinación a la conducta de comunicación pública pues las del segundo párrafo están referidas a ejemplares, y ya sabemos que lo que diferencia a la comunicación de otras conductas es justo que no se efectúe mediante ejemplares.

Pero lo definitivo es que importación, exportación, y también almacenaje<sup>344</sup> son conductas instrumentales de distribución, son modos y formas de la distribución a las que se hace continua referencia en la LPI (arts. 43.2 y 60.2: ámbito territorial), hasta el punto de que expresamente así se recoge en el art. 109 LPI ( el derecho de distribución comprende la facultad de autorizar la importación y exportación). Y puesto que el derecho de distribución se extiende igualmente a las copias lícitas, la importación, exportación y almacenaje, necesariamente, también. Si esto es así, queda por explicar por qué se otorga una doble protección al derecho de distribución y lo hace de mejor condición que los demás. Cabe que el legislador haya caído en una redundancia legislativa, o que haya querido explicitar esta forma de distribución, sin que nada añada a lo dispuesto en el párrafo primero. Pero cabe también que el párrafo segundo contenga una ampliación del objeto material. En efecto, si se observa con detenimiento el texto del citado párrafo se observará que su redacción no es idéntica que la del primero con respecto a las obras protegidas. Ello no querría decir nada si expresado de diferente modo el objeto fuera el mismo, pero no es esto lo que sucede. Las conductas están referidas a "dichas obras". Se está refiriendo indudablemente a las del primer párrafo: literaria, artística o científica, su transformación o una interpretación o ejecución artística. A continuación añade, "o producciones o ejecuciones ". La mención de **producciones** resulta extraña al objeto material del primer párrafo. Estas producciones cabría, no

---

<sup>344</sup> La exclusión del almacenaje de las copias lícitas que hace Delgado Porras no se entiende. De un parte, razona que al no estar recogido como derecho de explotación en la LPI, no es en realidad un derecho de distribución, y por tanto sólo tiene relevancia penal cuando esté referido a ejemplares ilícitos; y de otra, que los ejemplares estarán tachados de ilicitud por alguna de las dos causas expuestas: ejemplares reproducidos sin autorización, y ejemplares cuya distribución no autorizada esté dirigida a la comercialización. En definitiva, los mismos supuestos, ejemplares lícitos (sin autorización) e ilícitos (reproducidos sin consentimiento), que conforman la importación y exportación .

obstante, incluirlas entre las interpretaciones y ejecuciones artísticas **fijadas en cualquier tipo de soporte**, pero esta interpretación no es asumible desde el momento que las ejecuciones están también recogidas en el párrafo segundo de forma separada. Sólo puede, por tanto, referirse a las producciones contenidas en el art. 108 a 117 de la LPI, que obtienen una regulación separada de interpretaciones y ejecuciones, y que precisamente integran la importación y exportación en la distribución ( art. 109 LPI). Siendo esto así, cabe extraer dos consecuencias: una primera, que no habría una duplicidad protectora en el art. 534 bis a) con respecto a la distribución, sino que el párrafo primero y el segundo aún teniendo objetos de protección idénticos, el segundo es más amplio; y una segunda, que consiste en que el párrafo primero no se protegen las producciones directamente como tales, sino sólo a las interpretaciones y ejecuciones artísticas; la protección penal de las producciones se hará por medio de los derechos de los intérpretes y ejecutantes.<sup>345</sup>

En consecuencia, pueden darse, diversos supuestos:

- a) Importación, exportación y almacenaje de copias lícitas sin autorización: art. 534 bis a) párrafo segundo
- b) Importación, exportación y almacenaje de copias ilícitas.

---

<sup>345</sup> Quintero Olivares, págs. 53 y 99. El artículo 534 bis a), tipifica los ataques contra obras literarias, artísticas o científicas (el fonograma no está incluido en ese concepto -cfr. art. 10 LPI-); el legislador ha añadido a los intérpretes y ejecutantes, de modo que éstos son los únicos que gozan (imcomprensiblemente) de la misma protección que los autores. Esto no significa, claro está, que el contenido del fonograma no tenga unos autores normalmente identificables, que a su vez hayan hecho cesión de sus derechos al productor, el cual en su calidad de cesionario podrá actuar contra cualquiera que atente contra esa propiedad intelectual que adquirió. Pero que la obra u obras que componen un fonograma pueden merecer protección penal a recabar por autores o cesionarios o ambos, frente a terceros y entre sí, no puede confundirse con que el fonograma como *corpus mechanicum* o soporte de la obra sea también un objeto penalmente protegido.

a') Que sea el mismo sujeto activo que el que las ha reproducido ilícitamente: se absorbe esta conducta en la de reproducción (Quintero, Delgado).

b') Que sea distinto: art. 534 bis a) párrafo segundo.

Cuando concorra este último supuesto se suscita la problemática del concurso con los artículos 16 (complicidad), 17 nº1 y 2 (encubrimiento), y el art. 546 bis a) (receptación), al que se refiere Delgado Porrás en relación con el almacenaje, Quintero, y la CFGE<sup>346</sup>.

Tienen razón Quintero y la Circular que el art. 534 bis a) párrafo segundo es *lex specialis* con respecto al art. 16 y 17. 1 y 2, y no representan ninguna dificultad aplicativa.

Más complicada se presenta la relación con el art. 546 bis a). Quintero<sup>347</sup> señala que al contrario que el el art. 534 bis a), el art. 546 bis a) contempla el ánimo de lucro como desvalor del injusto, y esto haría de aplicación la regla de consunción en favor de este artículo, pero añade a continuación, que el tipo del

---

<sup>346</sup> Gimbernat, Otra vez:..., pág. 111, mantiene que no cabe concurso entre almacenamiento, importación y exportación, de una parte, y de otra, el encubrimiento y la receptación, porque el almacenamiento de copias reproducidas ilegalmente no es un comportamiento posdelictivo, sino un acto preparatorio de la comunicación o distribución finales. Se habrían tipificados expresamente los actos preparatorios, amenazando con una pena igual todas las fases del proceso. Ahora bien, no se entiende como el almacenamiento de copias ilícitas puede ser un acto preparatorio, pues si son ilícitas es que el delito ya se ha consumado, y no cabe un acto preparatorio ulterior para la comisión de un delito. Gimbernat no ha tenido en cuenta el carácter alternativo del precepto. En efecto, no es preciso agotar el proceso. Basta con llevar a cabo alguna de las conductas descritas para realizar el ilícito penal.

<sup>347</sup> Quintero Olivares, pág. 75.

art. 534 bis a) ha de verse en su conjunto, esto es, con las agravaciones contenidas en el b), y en ese caso ya no se daría tal regla, sino la de especialidad a favor del art. 534 bis a) y b). Pero comoquiera que la penalidad del art. 546 bis a) es más severa, una consunción impropia propiciaría la aplicación de este artículo. Ahora bien, dada las limitaciones penológicas contenidas en dicho artículo no cabría imponer una pena más allá de las contenidas en la Sección III, Capítulo 4º, Título III, del Libro II del CP, pero también lo es que el sistema de agravaciones de los arts. 546 bis b) y 546 bis,d) pudiera sancionar más gravemente. Concluye que dada la indudable relación de especialidad existente en favor de los artículos 534 bis a) y b), son estos de aplicación aun cuando algunos supuestos sean penados más favorablemente.

La Circular se muestra también contraria a que sea de aplicación el art. 546 bis a), porque de una parte el art. 534 bis a) está completo sin la obtención de beneficios económicos, y de otra parte no pueden considerarse como delitos contra el patrimonio, como requiere el art. 546 bis a) del CP.

Efectivamente, resulta de aplicación el art. 534 bis a), no por aplicación de la regla de especialidad, pues resulta problemático establecer una relación género especie, sino precisamente por la regla de consunción. La Circular ha apuntado discretamente la cuestión. Los tipos de los arts. 534 bis a) y b) no son delitos patrimoniales, son delitos contra la propiedad intelectual o los derechos de autor y conexos, y en ellos se recoge el completo desvalor de las infracciones, moral y patrimonial, no así el art. 546 bis a), que sólo atiende al patrimonial, y por consiguiente recoge una injusto parcial. El art. 534 bis a) párrafo segundo, consume las conductas del art. 546 bis a).

**4.2.- Art. 534 bis b), 1 : Ánimo de lucro, derecho de divulgación, modificación sustancial.**

No será objeto de estudio en este momento la usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución (art. 534 bis b) 1, c), porque se ha preferido su tratamiento conjunto con el plagio -que se verá más adelante-, porque en definitiva no es sino un plagio agravado.

#### **4.2.1.- Obrar con ánimo de lucro.**

La práctica totalidad de la doctrina ha considerado el ánimo de lucro como un elemento subjetivo del injusto<sup>348</sup>. Este elemento subjetivo, en palabras de Polaino, incrementa el desvalor del injusto personal, y para Soto Nieto, lo acentúa<sup>349</sup> El art. 534 bis b) 1, es, pues, como ya se dijo un subtipo.

Su configuración le otorga un doble papel: agravar las conductas del tipo básico (reproducir, distribuir comunicar públicamente, importar, exportar, y almacenar sin autorización), y ser tránsito de las, a su vez, agravadas del n<sup>o</sup> 2 del art. 534 bis b) (Cuando la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica y cuando el daño causado revista especial gravedad).

Dada esta doble vinculación, se suscitan problemas interpretativos en orden a la concurrencia de perjuicio económico. Resolver esta cuestión pasa por determinar la naturaleza del ánimo de lucro en el delito en cuestión.

---

<sup>348</sup> Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 539. Soto Nieto, op. cit., pág. 981. Carmona, El tipo básico, pág. 167. Boix, op. cit., pág. 944. Polaino, op. cit. pág. 433. Romeo Casabona, op. cit., pág. 161. Gómez Benítez, op. cit. pág. 126..

<sup>349</sup> Polaino, op. cit. pág. 433. Soto Nieto, op. cit., pág. 981

Como señala Boix, en una primera lectura pudiera parecer que la implicación del art. 534 bis b) 1, a) con el 2, del mismo artículo, se requiere un perjuicio concatenado con el ánimo de lucro. Pronto desaparece esta errónea apreciación cuando dicho apartado, el 2, requiere especial trascendencia económica o daño de especial gravedad. La inclusión del término especial trascendencia y especial gravedad, supone que se puede producir perjuicio sin que concurren las agravaciones del nº 2. De tal modo que "cuando el perjuicio no es especial, pero existe, no afecta a la comunicación del delito, sino a su agotamiento"<sup>350</sup>. Pero como veremos no es claro que estas agravaciones se refieran a perjuicios, sino a la gravedad de las conductas básicas<sup>351</sup>, y en ese caso de poco ayudaría la vinculación entre ambas agravaciones específicas para descubrir la naturaleza del ánimo de lucro en esta figura delictiva.

Hay, pues, que referirse a las conductas básicas. Rodríguez Devesa<sup>352</sup>, apunta que no es necesario que el lucro perseguido se consiga; Soto Nieto<sup>353</sup>, apostilla que "una eventual y no buscada compensación económica no debe a posteriori transmutar la índole de la infracción. El impulso o intención es lo que juega y no el objetivo logro lucrativo que se pretenda. No bastará, sin más, la comprobación de un perjuicio económico para hacer entrar en juego el tipo agravado, en tanto no se concluya que el agente inculcado obró bajo el propósito de un beneficio económico"; y Gómez Benítez<sup>354</sup>, afirma que "el lucro pretendido no necesita ser exactamente cuantificado a efectos penales, sino sólo

---

<sup>350</sup> Boix, op. cit., pág. 944.

<sup>351</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 179

<sup>352</sup> Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 539

<sup>353</sup> Soto Nieto, op. cit., pag. 981.

<sup>354</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 129.



demostrado, puesto que se trata de una mera tendencia y, desde luego, sigue parámetros distintos a los del perjuicio, aunque también puedan coincidir en su cuantificación final".

Si trasladamos todo ello a las conductas básicas podemos constatar los siguientes extremos: uno, que el lucro al que se refiere el art. 534 bis b) 1, a), no es cualquier ventaja utilidad, goce, ventaja o provecho, incluso de carácter contemplativo o beneficencia; consiste en la pretensión de extraer una ventaja patrimonial como bien señala Gómez Benítez<sup>355</sup>; pero no por las razones prácticas y político criminales<sup>356</sup> que expone, sino porque entenderlo en el primer sentido, en buena parte de las conductas estaría implícito el ánimo de lucro en todo caso, y éstas carecen de este elemento subjetivo. Y dos, puesto que se requiere ánimo específico de lucro (Boix) y directo (Soto Nieto y Gómez Benítez), y no es preciso que se consiga (Rodríguez Devesa), pues sólo es preciso constatar la intención (Soto Nieto, Rodríguez Devesa), el perjuicio no forma parte del mismo; del tal manera que las conductas básicas engrosarán el apartado a) del art. 534 bis b), cuando a pesar de haberse realizado con ánimo de lucro no se haya producido perjuicio, como por ejemplo, una reproducción que aún no se haya distribuido, o una distribución de la que no ha llegado a venderse, alquilado o efectuado un préstamo (sólo ha llegado a ponerse a disposición del público<sup>357</sup>),

---

<sup>355</sup> *Ibíd.*, pág. 127

<sup>356</sup> *Ibíd.* Piénsese, dice, en que cabría en los tipos cualificados, por ejemplo, las comunicación pública no autorizada de una obra teatral, cinematográfica o musical, con fines de mera beneficencia o contemplación, lo que entra en colisión con la naturaleza no patrimonial de las tipicidades básicas, a las que, en consecuencia, deben remitirse las conductas no lucrativas.

<sup>357</sup> Quintero, *op. cit.*, pág. 70. De ser lucrativa la distribución, señala, no requiere que la venta, alquiler, préstamo, etc., se hayan llevado a formalizar, bastando con la oferta en tales términos.

e incluso una comunicación pública (piénsese en una emisión, transmisión o retransmisión), por no insistir en las conductas de importar, exportar o almacenar (cuando han llegado al país y han sido retenidas estando almacenadas). De otro modo el ámbito estrecho a que se hallaría sometido el ánimo de lucro frustraría las expectativas represoras del precepto.

#### **4.2.2.- El derecho de divulgación.**

##### **4.2.2.1.- Antecedentes**

Antes que nada es preciso señalar que el derecho de divulgación tiene su faz negativa en el derecho de inédito. En consecuencia, es preciso analizar tanto la decisión del autor de que la obra vea la luz pública, como la contraria, esto es, que quede reservada y recluida en la más recóndita de sus intimidades. Para completar el derecho de divulgación en su doble vertiente, es necesario también incluir el derecho de arrepentimiento que es una "facultad derivada del derecho de inédito: sólo el autor decide si divulga y en qué condiciones divulga su obra"<sup>358</sup>.

El derecho de divulgación es la prerrogativa en que se manifiesta esencialmente la soberanía del autor y comprende la decisión de divulgar la obra o conservarla secreta y de determinar el modo y la forma en que habrá de ser publicada o conocida<sup>359</sup>. Ahora bien, reducir todo ello al hecho simple de la

---

<sup>358</sup> Rodríguez Tapia, Siete Derechos..., pág. 274.

<sup>359</sup> Forns, José, Sobre la definición lógica del concepto "publicación" en derecho de autor, Revista de Derecho Privado, pág. 311. Concreta, que no define, la publicación como cualquier clase de edición de que la obra sea susceptible. Se reputarán asimismo como publicación la representación cuando se trate de obras teatrales dramáticas, dramaticomusicales o cinematográficas; la

comunicación al público es insuficiente, por cuanto es necesario tener presente en todo momento a la persona del autor, que queda ligado permanentemente a su obra, de tal manera que la suerte que corra la misma repercute obligadamente en él.

Es de esta manera que se constituyen los tres procesos del referido derecho<sup>360</sup>, en un primer momento cuando el autor establece un monólogo, momento culminante de la creación a través del esfuerzo del intelecto en la plasmación material del espíritu dotado de originalidad.

Si el autor queda situado en esa posición aparece indefectiblemente el derecho de inédito, es lo que podríamos denominar el derecho negativo de divulgación.

El segundo momento se constituye o aparece cuando como decía Kant<sup>361</sup>, se establece un diálogo entre el autor y el público, de tal manera que emerge el derecho de publicación que protege al autor y a su obra en su proyección

---

ejecución de obras musicales, la exposición pública de obras de arte y la construcción de edificios, siempre que en todos estos casos se pueda precisar de modo fehaciente e indubitable el lugar y la fecha de las mismas.

<sup>360</sup> Hablan de estos tres momentos, Lopez Quiroga, op. cit, pág. 42; Gimenez Bayo- Rodriguez Arias, La Propiedad Intelectual, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.949, pág. 126; y Alvarez Romero, op. cit., pág 76. Según este autor, y con razón: "Creada la obra, cabe distinguir tres momentos diferenciables perfectamente en los órdenes lógico y cronológico, que además resultan coincidentes en sus efectos jurídicos, porque la protección de la personalidad del autor y la de la obra, aun siendo distintas, se encuentran ligadas en todos aquellos supuestos en que la segunda se manifiesta como una emanación de la personalidad de aquél.

<sup>361</sup> Kant, Principios Metafísicos del Derecho ( Metafísica de las Costumbres), Ed. Américale, Buenos Aires, pág. 102.

pública.

El tercer momento es de alcance más complejo, al afectar a derechos adquiridos por terceros, y que consiste en el derecho de arrepentimiento del autor, al asegurársele que ante las expresiones públicas de carácter valorativo que a través del tiempo puedan variarse, puede arrepentirse de las mismas y retirar su obra, y por consiguiente, romper el diálogo con el mundo que anteriormente había establecido en el ejercicio del derecho moral que le asiste, cuyo origen como vimos, se encuentra en el honor, reputación y prestigio, en relación con la proyección de la personalidad que indudablemente realiza el autor en su obra, mediante la que se le pueden imputar, ignorancia y vicios.

La comunicación positiva, negativa o condicionada, pertenece al derecho de divulgación o publicación, y por obras publicadas habrá de entenderse, dice el apartado 3º del artículo 3º de la Convención de Estocolmo:

"Las obras editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera que sea el modo de fabricación de los ejemplares, con tal de que la distribución se haya hecho de manera que satisfaga las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra. No constituye publicación la representación de una obra dramática, dramático - musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte y la construcción de una obra arquitectónica."

El apartado 4º del artículo 3º regula el país de origen de las obras publicadas simultáneamente dentro de los 30 días siguientes al primero de su

publicación, y determina que cuando las obras publicadas simultáneamente lo sean en varios países de la Unión, si todos ellos, conceden el mismo plazo de protección, se considera país de origen el de la primera publicación. Si los plazos de protección son diferentes, se considerará como país de origen aquél cuya legislación lo establezca más breve. Cuando la simultaneidad se produzca en un país de la Unión y otro extraño se considera como país de origen el Unionista sin restricción alguna.

#### 4.2.2.1.1.- Derecho de inédito.-

Por el ejercicio de los derechos fundamentales que a toda persona pertenecen, libertad y honor, la obra creada en la más de las absolutas intimidades, aunque se entienda que su finalidad es la de hacerse pública, mediante un acto de libre voluntad el autor puede considerar que debe permanecer inédita.

La fundamentación puede encontrarse en el mismo derecho positivo, según la tesis de Van Isacker, pues el **derecho a la libre expresión del pensamiento** constituye igualmente, a contrario sensu, la garantía del derecho que nos ocupa. "Una vez que el derecho a la palabra es acordado, ¿no queda acordado implícitamente el derecho al silencio?".

El rigor del planteamiento se observa en el hecho de **que si no existen limitaciones a la libre emisión del pensamiento, en ningún caso puede imponerse la manifestación de ideas que no respondan a lo querido por el autor.** "El derecho de retención (derecho de inédito) de los autores sobre sus obras no es, por consiguiente más que una aplicación de ese principio

fundamental reconocido por las constituciones de los estados desarrollados"<sup>362</sup>.

Hemos de concluir que este es un derecho de carácter personalísimo que mantiene dos vertientes claramente definidas, y que en cuanto a la comprensión del mismo en su aspecto puro de derecho moral sólo se corresponde a una de ellas, aquella que supone un ejercicio libre del autor decidiendo, que a pesar de su vocación a exteriorizar el producto de su pensamiento, quede su creación en el ámbito exclusivo de su mundo íntimo, a diferencia de aquella otra obra que aún no habiendo sido divulgada, y por tanto inédita, no obedece estrictamente al ejercicio del derecho de retención, sino que sorprendido en la mecánica conducente a ese propósito, es adelantado en la publicación a través de las distintas formas de apropiación de la obra creada.

Era discutible si el artículo 1º de la Ley de Propiedad Intelectual -"La propiedad intelectual comprende, para los efectos de esta Ley, las obras científicas, literarias o artísticas que pueden darse a luz por cualquier medio"-, podía interpretarse como precepto protector de las obras inéditas. Por nuestra parte, entendemos que ello era posible dándole un sentido biológico a la expresión "dar luz", es decir, dar existencia o crear el soporte de la obra, interpretación que viene reforzada por lo establecido en el artículo 1º del Reglamento de la Propiedad Intelectual:

" Se entenderán por obras para los efectos de la LPI todas las que se producen y puedan publicarse por los procedimientos de la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en

---

<sup>362</sup> Van Isaker, Frans, *Le pelerinage d'Echternach ou le droit moral dans la Convention de Berne*, *Revue Internationale du Droit D'Auteur*, LIV-LV, Octubre de 1.967-enero 1968, pág. 253 (Corresponde la cita a Alvarez Romero, op. cit. pág 79, nota 3).

lo sucesivo".

Es de observar que la producción se encuentra estrechamente unida a la publicación a través del uso de la conjunción, y que todos los sistemas ad exemplum recogidos en el mencionado artículo constituyen, inevitablemente, formas de soporte-reproducción.

No obstante, la interpretación de los antecedentes del precepto nos conduce a considerar que efectivamente en el citado artículo 1º de la LPI se contenía la regulación protectora de las obras inéditas, por cuanto como dice Danvila y Collado<sup>363</sup>, máxima autoridad interpretativa por ser el redactor del proyecto, originariamente se utilizò la frase, "que puedan publicarse", para con posterioridad ser modificada en el Senado por la vigente.

Y también, porque no hay duda alguna de que en el artículo 8º de la LPI ("no es necesaria la publicación de las obras para que la ley ampare la propiedad intelectual"), se recogía claramente la protección de las obras inéditas, como no podía ser de otra manera para guardar la coherencia debida con los artículos referidos.

Por último, concluir que el derecho de inédito es inextinguible, correspondiendo el ejercicio del mismo al autor durante su vida y a los derecho-habientes a la muerte de éste; por otra parte, es inalienable.

---

<sup>363</sup> Danvila y Collado, Manuel, op. cit. pág. 339. A pesar de las contradictorias aseveraciones que efectúa sobre la necesidad de publicación de las obras para obtener cobertura de la LPI, interpreta, de la frase del primitivo proyecto, "que puedan publicarse", una " facultad potestativa en el autor de publicar sus obras".

Como conclusión, insistir en la diferenciación de los dos supuestos del derecho de inédito, a saber, en primer lugar, el deseo del autor de que la obra no vea la luz pública, y en segundo lugar, la obra no publicada que mantiene su vigencia intencional, en permanente ofrecimiento a ser conocida por el público.

**a) Correspondencia epistolar.**

De otra parte, se ha suscitado por algunos autores, si la correspondencia epistolar, es un reflejo más del derecho de inédito. Para tratar adecuadamente esta cuestión, es preciso, primero, conocer si nos encontramos delante de una obra intelectual, y segundo, si la misma debe tener un tratamiento diferenciado de las demás.

Con respecto a la primera cuestión, ha de señalarse, que las cartas, pueden, en efecto, constituir una obra intelectual, como puede que se limiten a servir de medio comunicativo. Y aún siendo obra intelectual, desbordar los confines propiamente epistolares para convertirse, sin más, en una obra literaria, artística o científica, vbg. una carta abierta al público en general, o bien cartas ficticias (género literario epistolar) que confeccionan una obra, e incluso, cartas dirigidas a un destinatario real, pero concebidas para crear una obra, cuales son, las dirigidas a un ser querido (artículos de Gala).

Así pues, toda aquella obra epistolar (género epistolar), quedará fuera del análisis que nos ocupa, pues la problemática surge, en realidad, de aquella correspondencia íntima, llena de secretos y de actuación en la esfera privada del remitente y destinatario, y que un buen día, se pretende publicar. En este caso, se habrían de apartar las que no contienen impronta creativa, y una vez hecho esto, se está en disposición de determinar el régimen que las gobierna:



Que una carta confidencial no es una propiedad pura y simple en poder de aquél a quien se escribe, pues el secreto que contenga es un depósito del que sólo puede disponer el que la escribió; y que una carta de esta naturaleza contiene virtualmente la condición de que este acto de confianza quedará reservado en el dominio de la intimidad; y que aquél a quien se han confiado las copias de las cartas confidenciales por la persona a quien se habían dirigido con el único objeto de publicarlas después del fallecimiento de éste, debe, cuando los herederos del autor y los del destinatario se opongan a su publicación porque resulta imposible, remitirlas a los herederos de éste último (París 10 de Diciembre de 1.850). Y que el envío a un tercero de cartas privadas dando al destinatario derecho de conservarlas, no le autoriza para publicarlas sin el consentimiento de aquél que las ha escrito, y no permite ni a él ni a sus acreedores ni herederos de obtener sin su consentimiento un provecho pecuniario (Dijon 18 de Febrero de 1.870). Y por último, el Tribunal de París por Sentencia de 11 de Junio de 1.875 declaraba que las letras misivas son propiedad de los que las envían y un depósito entre las manos de los que las reciben .

Danvila y Collado, a quien corresponde la selección de Sentencias de los Tribunales Franceses extrae las siguientes conclusiones <sup>364</sup>: "El destinatario, en efecto, tiene la propiedad del objeto material, pero sólo con la autorización del escritor puede publicar la carta y adquirir por la publicación la propiedad intelectual. Sin esta autorización, la propiedad del objeto material, le pertenece exclusivamente. Por el contrario, el escritor desprendiéndose de su carta pierde la propiedad del objeto material, y sólo á título de autor conserva la propiedad de su obra, en tanto no la enajena. Indudablemente él no puede ejercer su derecho sino á condición de que su ejercicio no perjudicará al destinatario, con

---

<sup>364</sup> Danvila y Collado, Manuel. La Propiedad Intelectual, Madrid, 1882, págs. 358 a 360.

arreglo al principio general que protege á toda persona contra el daño que se le pueda causar, regla que se concilia perfectamente con la aplicación de la ley especial".

López Quiroga<sup>365</sup>, se mueve en la misma dirección, pero esta vez, con el apoyo que le ofrece la Real Orden del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de 12 de Agosto de 1.908 -asunto cartas de D. Emilio Castelar-, y que probablemente se inspiró en la doctrina de Danvila y Collado.

Pero a diferencia de éste, que se preocupó únicamente de identificar al propietario (del objeto material y de la obra), López Quiroga llega más lejos cuando afirma que : "las cartas particulares es indudable que no se escriben con vistas a la publicidad, y por ello el autor, en la intimidad y confianza de las personas a quien las dirige, puede emitir ideas y juicios sobre cosas y personas que de ser publicadas constituirían un atentado a su situación personal en sociedad, puesto que podrían causarle graves disgustos y perjuicios irreparables; y de aquí que no se deba ni se pueda publicar este género de cartas sin su consentimiento"<sup>366</sup>.

Cabe llegar, aún más lejos. En efecto, de la antiquísima jurisprudencia francesa expuesta, resalta de inmediato que: las cartas confidenciales se encuentran ligadas al secreto, al acto íntimo, reservado y de confianza. Y siendo esto así, escapa del estrecho, en este caso, cauce de protección de la Propiedad Intelectual , que por cierto ni siquiera menciona este tipo de obras. Estamos en

---

<sup>365</sup> López Quiroga, Julio, La propiedad Intelectual en España, Madrid, 1.918, págs. 61 a 63.

<sup>366</sup> Del mismo sentir son Gimenez Bayo- Rodriguez Arias, op. cit. pág. 129 a 132.

presencia de una comunicación, y sujeta por ello al secreto de las comunicaciones (en sentido material, tal y como es interpretado por el TC) inundado por el derecho a la intimidad, a la "privacy", que no debe conocerse más allá del ámbito donde se ha producido<sup>367</sup>. Es por esto, que asemejándose el envío de una carta a una donación (se habla por la jurisprudencia francesa de depósito), sin embargo, el receptor no pueda publicar sin la autorización del autor o de sus causahabientes, y ni siquiera pueda hacerlo el propio autor, sin la autorización del destinatario.

#### **4.2.2.1.2.- Derecho de arrepentimiento.**

El derecho de arrepentimiento, inscrito en el derecho moral de autor, es por naturaleza, al igual que los ya estudiados de publicación y de inédito, un derecho

---

<sup>367</sup> La Sentencia de TC de 29 de Noviembre de 1.984, núm. 114, deja entrever iguales consideraciones; "quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones (de carácter formal), sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otro entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la CE". La Ley Italiana que regula la correspondencia epistolar, mantiene iguales criterios, según asegura Piola Caselli, *Diritti D'Autore*, *Novissimo Digesto*, pág 681, pues afirma este autor que la correspondencia puede ser objeto de dos relaciones jurídica, esto es, del secreto epistolar (habrá de entenderse en sentido material por lo que luego añade, aún cuando hace referencia a la protección que dispensa el CP), y del derecho de propiedad sobre la carta considerada materialmente como un documento. Sigue diciendo que, la Ley sobre el derecho de autor mira de conciliar estos dos derechos mediante el art. 93, por el que la correspondencia epistolar que tenga contenido creativo y se refiera a la memoria familiar y personal, y otros escritos de la misma naturaleza de carácter confidencial o que se refieran a la intimidad de la vida privada, no pueden ser publicados, reproducidos o de algún modo llevados al conocimiento público sin el consentimiento del autor y del destinatario.

de carácter personalísimo, inherente y dimanante de la persona del autor, que adquiere iguales prerrogativas que los anteriores. Es inalienable e irrenunciable.

Es el mismo derecho que el de inédito con la particularidad de que para su ejercicio exige la publicación, pero en cuanto a lo demás, sigue manifestándose como un ejercicio de libre voluntad acerca del destino de la obra, con un alcance ilimitado; de tal manera que su vigencia se mantiene, aún después de que afecte a derechos patrimoniales de terceros.

Hacíamos mención, cuando nos referimos a los momentos de creación, que Kant entendía la obra intelectual como comunicación, desde el monólogo al diálogo, diálogo entre el autor y el mundo, en donde el autor asume la condición de emisor y el mundo de receptor, de tal manera que hace conjugar valores y estética que transmite a terceros, y ello públicamente, a través de la difusión de la publicación y de la publicidad; configurándose el autor en un ser extremadamente conocido, que ha vertido parte de su intimidad para el conocimiento público, y por ende más vulnerable a los ataques a su honor, fama, dignidad e imagen.

Ahora bien, ese mundo de valores o estética, es modificable por la evolución del tiempo, la maduración, estudio u observancia de la realidad, y ello implica una transmutación de su intimidad parcialmente puesta al descubierto, que se contrarresta con una prerrogativa sujeta al individuo público, a través del arrepentimiento, consistente en desistir de la obra, retirándola de la luz pública, porque de otra manera supondría un ataque a cuantos derechos se ha hecho mención, al atribuir al autor, expresiones, modos u opiniones que ya no le corresponden, y que le ofenden. **Mediante el derecho de arrepentimiento se impide que el autor quede obligado a mantener valores que ya no asume.**

Como ocurre con otros derechos ya estudiados, la LPI de 1.879 y el RPI de 1.880, no regulaban específicamente el derecho de arrepentimiento<sup>368</sup>, mas si obviamos la terminología, podemos acudir a preceptos cuyo contenido son susceptibles de interpretarlos en relación a la retirada de la obra en circulación o bien a que la misma no vea la luz pública antes de que caiga en dominio público. En igual situación queda el derecho de rectificación, que puede considerarse una variante del de arrepentimiento.

El artículo que más claramente hacía mención a este derecho personalísimo, era el 44 de la LPI que establecía que no tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 38, 39 y 40 (reglas de caducidad), cuando el autor que conserva la propiedad de la obra, antes de que se cumplan los plazos que aquellos fijan, manifieste en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública.

Los requisitos para el ejercicio del derecho regulado en el artículo 44

---

<sup>368</sup> Si se consultan los debates parlamentarios del Senado que precedieron a la aprobación de la Ley de Propiedad Intelectual, recogidos en la obra de Danvila y Collado, Manuel, op. cit., págs. 238, 241 y 271, se observará como al hilo de la discusión de los artículos 2 y 40 de la LPI, el legislador tuvo bien presente este derecho moral del autor. Y en efecto, el Sr. Marqués de Valmar decía: "Nosotros hemos dado, lo confesamos, mayor importancia á la parte que se refiere á la inteligencia, que á la parte que concierne al interés pecuniario, esto es, á la parte comercial de esta ley; hemos creído que no podría obligar á uno de los colaboradores de una obra á que, á despecho suyo, prestase su asentimiento para ejecutarla, sobre todo el autor del libreto, porque el colaborador podía arrepentirse y aun avergonzarse de su obra por razones de conciencia política, moral, y aun literaria ó artística. En la esfera política, por ejemplo, ¿no ha podido suceder fácilmente en un país como el nuestro, donde tantas variaciones políticas han ocurrido? ¡Cuántos arranques irreflexivos de la juventud desean en la madurez olvidar sus autores! Y porque el autor de la música lo crea conveniente ¿ha de sujetarse el autor del libreto a qué necesariamente se reproduzca la obra en la escena ó de otra manera, con violencia de su conciencia ó de su entendimiento? No dudo que el Sr. Conde de Casa- Valencia reconocerá la fuerza de este elevado miramiento moral".

consistían, en primer lugar, que el autor debía conservar la propiedad, de lo que se deduce que sólo el autor podía manifestarse para que la obra no vea la luz pública, y sólo lo podía hacer cuando aún conservase la propiedad, por consiguiente, el propietario o editor de la obra que no reuniera la condición de autor, les estaba vedada la prerrogativa que regula el artículo 44, y también al autor cuando hubiera perdido la propiedad, bien por haber ingresado la misma en el dominio público, bien por su transmisión, y como quiera que el autor debía inscribir la obra en el Registro de Propiedad Intelectual en el plazo de un año a contar desde el día de la publicación según determinaba el artículo 36 párrafo tercero de la LPI, cuando así no lo hiciera entraba anticipadamente en el dominio público durante los 10 años siguientes (art.38 LPI), y si pasado un año más de estos 10 tampoco lo hiciera, entraría ésta definitiva y absolutamente en el dominio público. Si aún haciéndolo así, durante 20 años no volviere a publicarlas también pasarán a dominio público<sup>369</sup>.

Todo ello planteaba la problemática de en qué momento podía hacer uso del derecho de arrepentimiento el autor. Como norma general, podemos decir que en cualquier momento antes de que entrase definitivamente en el dominio publico, sin embargo, su efectividad sólo se produciría a partir del momento en el que recuperase la propiedad, o sea, durante el primer año de su publicación,

---

<sup>369</sup> Clavería Gosalbez, Luis-Humberto, Propiedad Intelectual, Dominio Público y Relativo y Dominio Público Absoluto (Comentario a la Sentencia del TS de 14 de Octubre de 1.983), Anuario de Derecho Civil julio-Setpiembre 1.984, pág. 883.. A juicio del autor, lo que sucedía cuando ha transcurrido un año de la publicación de una obra sin que haya habido inscripción es que entraba en una fase de dominio público relativo, fase que podía interrumpir en cualquier momento el autor -sujeto de un derecho debilitado pero susceptible de fortalecimiento- si inscribía, cosa que podía hacer hasta que se cumpliera el duodécimo año de la publicación-; llegado ese duodécimo año sin inscribir, la obra pasaba a dominio público absoluto o dominio público propiamente dicho. En el mismo sentido Rogel Vide, op. cit., pág. 90.

y en los diez siguientes, con la limitación de que no operaría hasta el onceavo, y en ese último año, siempre en el supuesto de que la obra no hubiera sido inscrita en el Registro. De haberlo hecho así, el derecho carecía de limitaciones, y podía ejercitarse en cualquier momento, siempre que no se deje transcurrir 20 años sin publicar la obra de nuevo (art.40 de la Ley).

Otro de los requisitos consistía en que la manifestación del autor debía serlo en forma solemne, y si bien cuando la obra se encontrase registrada era bastante la anotación en ese sentido, cuando no sea así debía hacerse en documento notarial.

Por último, sólo añadir, que el mismo derecho era prerrogativa de los derecho-habientes, siempre que lo hicieran de acuerdo con lo establecido en los artículos 46 a 51 de RPI y art. 292 al 313 del C.C..<sup>370</sup>

---

<sup>370</sup> Sabido lo anterior, cuatro son las cuestiones dignas de análisis crítico:

La primera reside en que el artículo 44 no venía a regular propiamente el derecho de arrepentimiento al no determinarse el carácter de los motivos que mueven al autor para manifestar solemnemente su voluntad de que la obra no vea la luz pública. Este requisito es de vital importancia, porque de otro modo por la vía del artículo 44 de la LPI el autor que no encontraba editor dispuesto a la publicación de su obra, y en evitación de que cayese en dominio público, podía proceder a la retirada de su obra y entonces le movería un interés patrimonial para impedir el aprovechamiento gratuito de su obra por terceros, y todo ello, siempre en el supuesto de encontrar conforme el contenido de la creación en su totalidad.

La segunda consiste en que el derecho tantas veces repetido de arrepentimiento, insistimos de nuevo, es de carácter personalísimo, inalienable, irrenunciable y perpetuo, y por consiguiente, no podía sujetarse a la conservación de la propiedad, sin perjuicio de que el propietario sea indemnizado por los daños que se le causen ante una decisión de esta naturaleza adoptada por el autor, y ello es tan así que sólo el autor según recoge el precepto dicho es el que se encuentra en condiciones de manifestarse en ese sentido.

---

La tercera reside en que se echaba en falta una clara regulación de otro aspecto importantísimo del derecho de arrepentimiento, cual es la rectificación de las obras por los mismos motivos que dan lugar a su retirada, pues este otro aspecto adquiere doble relevancia al permitirse por una parte el incremento de la creación intelectual, actualizando y modificando la misma, y por otra al permitir que el autor se arrepienta parcialmente de las formas y contenidos vertidos en su obra, lo que le posibilitaba la continuación del diálogo con el mundo.

Algunos creyeron ver recogido este derecho en el artículo 66 del RPI ("Todo autor conserva el derecho de corregir y refundir sus obras, aunque las haya enajenado..."), mas semánticamente, corregir no es rectificar, y aunque la corrección pudiera conllevar una rectificación, faltaría el elemento esencial de este derecho, cual es, la desaprobación o el cambio de actitud o de ideas, distinto ello, de la mera actualización o de la corrección de errores, o bien de la misma ampliación de la obra. Conductas todas ellas inspiradas en el derecho patrimonial del autor (art. 66 del RPI: "...La simple corrección no altera las condiciones del contrato de venta que hubiese celebrado; pero la refundición si introdujese variaciones esenciales, le autoriza a percibir una tercera parte de los derechos que la representación de su arreglo devengue..."), que o bien corrige livianamente la obra, o la arregla o refunde, para la obtención de devengos.

La cuarta y última cuestión es aquella que recoge la indiferencia de la Ley a prever situaciones derivadas del ejercicio del derecho, cuales son, la resolución de los conflictos de derechos con terceros producto de la decisión del autor, cuando la obra se encuentra en estado de publicación, representación o ejecución, así como, estos terceros, editor o empresario, reaccionan ante la revocación de la decisión del autor de retirar su producción intelectual, dándola de nuevo a la luz pública, pues nada decía la Ley sobre derechos preferentes y forma de ejecutarlos. Y ello, ante un precepto del que parecía deducirse que la decisión era irrevocable, hecho que aunque no regulado es indudable, entre otras cosas porque no había precepto alguno que lo impidiera (la vigente LPI en su art. 14.6 obliga a la previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares del derecho de explotación, y si posteriormente decide reemprender la explotación, tiene preferencia el anterior titular en condiciones razonablemente similares).

Por el carácter personalísimo de este derecho nos aventuramos a pensar de que si bien están legitimados para ejercer el derecho de arrepentimiento los causahabientes, no lo están por el contrario para el arrepentimiento del arrepentimiento, cuando el autor así no lo quiso, pues en el primer supuesto el daño es infinitamente menor al segundo, y causas sobrevenidas pueden aconsejar tal decisión, mas revocar el derecho de arrepentimiento ejercido expresamente



Baylos, apunta que este derecho también estaba recogido en el artículo 91 del RPI, que dice:

" Los propietarios que retiren una obra nueva después de admitida dentro de la temporada teatral, faltando las condiciones estipuladas, quedarán sujetos a igual indemnización en favor de la empresa,..."

Y en el 93 del mismo texto legal:

"El autor de una obra literaria que haya sido representada en público, y prohíba por completo y en absoluto su ejecución por creer que se ofende su conciencia moral o política, indemnizará previamente al propietario de ella si la hubiese enajenado, y a los coautores o propietarios si los hubiese".

Si la obra fuese musical, el autor de la música tiene, además la facultad de aplicar su música a otra obra.

Si hemos mantenido nuestras serias dudas sobre si el artículo 44 de la LPI de 1.879 venía a regular el derecho de arrepentimiento, esa duda se agrava en lo que respecta al artículo 91 del RPI. Este se refiere única y exclusivamente a la ejecución teatral; la determinación corresponde a los propietarios y los motivos claramente vienen referidos a las condiciones estipuladas en el contrato. El artículo pretende únicamente establecer un mecanismo de indemnización por incumplimiento de contrato, estéril por demás, pues siendo subsidiario el Código Civil, se rige por sus reglas generales.

Mayores dudas ofrece el artículo 93 del RPI, pues si bien hace referencia al

---

por el autor, puede atender a intereses económicos que en colisión con el derecho moral del autor deben ser vencidos, motivo por el cual les está vedado a los causahabientes ir en contra de este derecho.

autor, sólo está previsto con respecto a las obras literarias y musicales, menciona única y exclusivamente la representación y ejecución y no se deduce del mismo que la prohibición signifique que la obra no vea la luz pública.

Tampoco, que aún a pesar de incluir las obras musicales, el autor de éstas pueda ejercer este derecho, pues la facultad de aplicar la obra que no haya sido objeto de arrepentimiento, sólo se concede al autor musical, que queda así relacionado con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo transcrito, que sólo menciona al autor de la obra literaria. Además no diferencia, al referirse únicamente a la ejecución, que los motivos de moral o política a los que alude, puedan derivarse de la adaptación de la obra literaria para su representación. Con todo, supone un reconocimiento, aunque defectuoso, del derecho de arrepentimiento, con virtudes nada desdeñables, como son las de regular la relación autor - coautores - propietarios, con la facultad, en las obras musicales, de que el autor de ésta pueda aplicar su música a otra obra, (debe entenderse literaria).

Para completar la definición del derecho de arrepentimiento, es conveniente acudir a otras legislaciones en donde se regula exhaustivamente este derecho, que por lo general vienen a recoger la cuestiones críticas articuladas al antiguo art. 44 de la LPI.

Es muy debatida<sup>371</sup> la cuestión de si el ejercicio de este derecho debe encontrarse condicionado por la exigencia de que concurren graves razones de

---

<sup>371</sup> La Ley Francesa- de 1.957-( art. 32), no exige motivos, aún cuando la jurisprudencia, a través del uso impropio del derecho, ha matizado el ejercicio de este derecho.

tipo moral como recoge la ley italiana<sup>372</sup> o bien que la obra no refleje sus puntos de vista y sus convicciones personales, y por consiguiente, no puede aceptarse de aquél que siga consintiendo en la explotación de la obra como determina la ley alemana<sup>373</sup>.

La exigencia de estos condicionamientos viene dada para impedir que el autor proceda de un modo arbitrario, y quede por tanto, obligado a demostrar cuales son sus motivaciones, lo que fuerza que se abra un proceso a través del cual el titular del derecho de explotación puede oponerse a la pretensión.

No parece, sin embargo, que sea este el fin último de tal exigencia, más bien lo que se pretende, a nuestro parecer, es la protección del acervo cultural, justificado en el origen de la creación espiritual en la que también interviene la sociedad en general, y a la que en definitiva deben revertir los conocimientos que la misma ha ayudado a forjar<sup>374</sup>.

La nueva LPI (art. 14.6) hace alusión expresa al "cambio de sus convicciones intelectuales o morales". Ha optado, por tanto, por un mecanismo de control que no deja de ser problemático, pues ello obliga a que el autor se pronuncie sobre sus convicciones, y entre éstas pueden encontrarse las ideológicas, políticas o religiosas, contrariándose así el art. 16 CE.<sup>375</sup>

#### **4.2.2.2.-Infringir el derecho de divulgación**

---

<sup>372</sup> art. 142

<sup>373</sup> art. 42 (Ley de 9-9-1,965)

<sup>374</sup> El art. 44.1 CE, es una buena muestra de la conveniencia de este control.

<sup>375</sup> En el sentido del texto, Caffarena Laporta, op. cit., pág. 292.

El art. 1 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1.879 otorgaba protección a las obras científicas, literarias o artísticas que pudieran darse a la luz por cualquier medio. Este sentido de nacimiento de la obra a la sociedad coincide con la idea de divulgación, que ha tenido acogida en el art. 6.2 de la vigente LPI: Cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor.

Sin embargo, la divulgación de una obra viene definida en el art. 4, como toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma. Ambas definiciones se complementan, el art. 4 construye la divulgación mediante el acceso al público por primera vez, y el art. 6.2, concreta ese acto sacando a la luz la obra. Este último atiende al contenido del acto, aquél a la forma. En todo caso la divulgación comporta una idea de alteridad<sup>376</sup>.

En definitiva, la divulgación consiste en la decisión del autor de dar a conocer su obra. La divulgación es, por tanto un acto (el hecho en sí de la divulgación) y a la vez un derecho. Este derecho, que viene recogido en el art. 14.1 tiene una doble dimensión: desde el plano positivo, gravita en el derecho exclusivo a decidir si la obra es o no divulgada y en qué forma (facultad de divulgarla o no); y desde el negativo, en oponerse a que otros la divulguen.<sup>377</sup>

No se agota este derecho en la decisión personalísima del autor de

---

<sup>376</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 69

<sup>377</sup> Caffarena, op. cit., pág. 270.

divulgar, sino que se extiende a la forma de hacerlo.<sup>378</sup> Sobre este particular Gómez Benítez<sup>379</sup> se ha preocupado de resolver la tensión dimanante entre el art. 4 y el art. 14.1, pero lo cierto es que ninguna colisión se observa entre ellos: el art. 4 es el acto, el art. 14.1 el derecho. Por ese motivo el art. 4 habla de "en cualquier forma", y el art. 14.1 "en qué forma". Ningún enfrentamiento se observa, más al contrario no son siquiera complementarios<sup>380</sup>, sino que son competenciales. En efecto, la divulgación (acto) se producirá en cualquiera de las formas posibles (publicación - reproducción o comunicación pública), pero el derecho a llevar a cabo esa divulgación -exclusivo y excluyente- sólo puede efectuarse en la forma que determine el autor. Esta "forma de divulgación" alcanza también a si la obra ha de divulgarse con su nombre, bajo seudónimo o signo o anónimamente, como reza el art. 14.2 LPI (derecho proteico que participa del de divulgación y paternidad).

De este modo la infracción del derecho de autor se producirá tanto por haber divulgado sin el consentimiento del autor, como por haberlo hecho en forma distinta a como consintió. Pero para esto ha de darse una divulgación en los términos establecidos en el art. 4º, esto es, la obra ha de ser accesible al público, de tal manera que de ser ininteligible o darse a conocer ante un círculo familiar, no estaríamos ante una divulgación<sup>381</sup>. Y tampoco lo estaríamos si no fuera dada

---

<sup>378</sup> Habla de derecho personalísimo y absoluto, Tapia, op. cit., pág. 270. En derecho anglosajón se considera un derecho de la personalidad, y se incluye dentro de la *privacy* y del derecho de *secrecy*; da cuenta de ello Rivero Hernández, op. cit., pág. 70

<sup>379</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 134.

<sup>380</sup> *Ibidem*, pág. 137. Los considera al final, no obstante, complementarios.

<sup>381</sup> Un desarrollo de estos requisitos puede verse en el apartado 4.1.3, y en Rivero Hernández, op. cit., pág. 75 y ss.

a conocer por primera vez, que cabe entender como que la obra es conocida públicamente en cualquiera de sus soportes; o por el contrario, primera vez, está ligado también a la forma de divulgación. La distinción es importante, porque en el primer sentido sólo habría infracción del derecho cuando la obra fuese inédita, y en el segundo, pese haber sido divulgada, cada vez que se efectúa en forma distinta (libro, representación, vídeo, etc.). Hemos de inclinarnos por la primera de las proposiciones porque aun cuando el derecho de divulgación comprende la forma de la divulgación, ello no quiere decir sino que la obra es accesible (por primera vez) en un formato concreto, pero no que los sucesivos soportes constituyan nuevas divulgaciones. Refuerza esta tesis el hecho de que el derecho de divulgación es también el derecho de inédito. Ello quiere decir que el fundamento del derecho de divulgación consiste en decidir por parte del autor si desea que su obra creada en la más absoluta de sus intimidades sea conocida por el público, o por el contrario deba quedar en su más personal secreto. Siendo esto así, y teniendo presente que el derecho de arrepentimiento también se encuentra vinculado por el mismo fundamento<sup>382</sup>, la primera divulgación en cualquiera de sus formas (sin perjuicio de que sólo es divulgación esa primera vez en la forma que haya decidido el autor), elimina la posibilidad de futuras infracciones de este derecho<sup>383</sup>. Otra cosa, es que fácticamente se haya divulgado y no jurídicamente (porque no se haya hecho en la forma acordada, o porque no fuera accesible, o simplemente porque se careciera de consentimiento del autor), en cuyo caso sí es posible la infracción penal.

---

<sup>382</sup> Rivero Hernández, op. cit., pág. 71.-El derecho de arrepentimiento, aun distinto del de divulgación en sus requisitos y en sus efectos, se halla íntimamente emparentado con éste y ambos tienen idéntico fundamento.

<sup>383</sup> El art. 12.3 de la Ley italiana de 1.941 establece que es considerada como primera publicación la primera forma de ejercicio del derecho de utilización (explotación comercial).

Cuando ya se ha divulgado, la obra entra a formar parte, normalmente, del proceso de explotación y es ahí, mediante el derecho de reproducción o comunicación como se protegen las sucesivas divulgaciones en forma distinta a las acordadas.<sup>384</sup>

Una excepción al derecho de divulgación, que no es tal, se encuentra en el art. 40 LPI: el derecho de inédito (de no divulgación) sucumbe ante la vulneración del art. 44 CE; el juez en tal caso podrá ordenar la divulgación que los derechohabientes no han ejercitado. Sin embargo, tiene razón Caramés Puente<sup>385</sup>, que sólo cuando el autor nada haya manifestado y la decisión de los derechohabientes sea caprichosa o ajena a la memoria del autor o contraria a ésta, cede el derecho de divulgación ante el interés de acceso a la cultura. Pues el art. 40 LPI habla del ejercicio del derecho de no divulgación de los derechohabientes (no del autor)<sup>386</sup> que lo tienen concedido post mortem en base al art. 15.2 que les limita la divulgación durante sesenta años. De este modo ninguna excepción, en realidad, se produciría al derecho de divulgación del autor, pues cuando éste hubiese manifestado expresamente su ejercicio del derecho al inédito, no podría violentarse en virtud del art. 44 CE<sup>387</sup>.

---

<sup>384</sup> Se rechaza, por tanto, la posición que mantiene Gómez Benítez, op. cit., pág. 143 y ss. en relación con la transformación de las obras, y en general sobre los límites de la cesión de divulgación. Por el mismo motivo tampoco se puede estar de acuerdo en el caso de las interpretaciones y ejecuciones. En tales supuestos si la obra transformada o ejecutada ya ha sido divulgada, aunque de forma distinta necesariamente, no se infringe este derecho.

<sup>385</sup> Caramés Puente, Jorge, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovits, Tecnos, 1.989, pág. 611 y 612.

<sup>386</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 141, se pronuncia en el mismo sentido.

<sup>387</sup> Rodríguez Tapia, op. cit., pág., 271. Afirma el autor que no cabe la publicación forzosa de una obra contra la voluntad del autor por las autoridades o los poderes públicos por estimar de interés cultural (utilidad pública) su

Por último, ha de resaltarse la paradoja de que siendo del derecho de divulgación del que nacen las conductas del tipo básico, sea dependiente de las mismas, de manera que sin la realización previa de una reproducción, plagio, distribución (importación, exportación, almacenaje) o comunicación pública, no cabe apreciar la infracción agravada<sup>388</sup>.

#### **4.2.3.- Derecho al respeto a la integridad de la obra.**

##### **4.2.3.1.- Antecedentes**

Afecta a este derecho el fin o destino, estructura y disposición, y el uso de las obras de creación espiritual, lo que le distingue de esos otros que comparten en sus objetivos y resultados, violaciones de los derechos morales y patrimoniales. Por tanto, al igual que los ya estudiados, nos encontramos ante un derecho moral del autor, esencialmente moral, que otorga a éste la prerrogativa de poder exigir al explotador o propietario el respeto a la integridad de la obra, de tal manera que debe conocerse tal cual se ha concebido.

---

conocimiento por el público o que el autor ha renunciado a su derecho de publicar. Y en la pág. 272 : el derecho mantener inédita una obra es oponible no sólo frente al Estado que alegue interés público, sino también frente a los acreedores del autor que puedan ostentar derechos de crédito dignos de tutela.

<sup>388</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit. ,pág. 2001 y 2002, les parece difícil la concurrencia de esta infracción con la reproducción porque ésta no consiste en poner a disposición del público la obra. No puede aceptarse, sin embargo, tal apreciación. Olvidan que la divulgación tiene dos vertientes, la publicación y la comunicación pública, y que la publicación se efectúa mediante la reproducción y la distribución: la primera mediante la fijación en soporte que permita las copias, y la segunda mediante la comercialización de las copias. La primera de modo que permita su comunicación, y la segunda mediante la puesta a disposición. Son, pues, distintas secuencias de un mismo fenómeno.



Se caracteriza, pues, este derecho por atraer a su órbita el destino de la obra, inescindible de su publicidad, operando como si de un monopolio moral se tratase que impide que ningún otro más que el autor pueda decidir sobre el fin y la forma para alcanzarlo, siendo necesario distinguir entre la obra única (pictórica, escultórica), y aquellas otras reproducibles, pues las primeras al propietario incluso le está prohibida su destrucción.

El voto particular del magistrado Fernández Rodríguez en la sentencia del TS S1ª de 9-12-1985, estima que "se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial cuyo propósito no es otro que salvaguardar derechos básicos para la personalidad del autor, y defender su integridad contra deformaciones o atentados que la desfiguren, causando agravio o perjuicio para el buen nombre y crédito de su autor impidiendo en consecuencia deformaciones o atentados espirituales dañosos, con asignación de caracteres de derecho absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible, inherente a la circunstancia de que parificado con el derecho de dominio de la obra realizada, derivada de transmisión a un tercero por su autor, se mantenga un dominio residual de éste que lo faculte en todo momento para que la obra no resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o con cualquier otra modificación que fuese perjudicial al honor o reputación del autor, creador de una posibilidad reivindicadora de su paternidad de la obra con el exclusivo fin de ejercicio de oponerse a que tales situaciones se produzcan como lógica consecuencia del vínculo permanente entre el autor y la obra que ha quedado establecido en la manifestación material de una concepción revelada por el intelecto".

Son varios los artículos, todos ellos del reglamento de la propiedad intelectual, que reconocen el derecho a la integridad de la obra, así el artículo 69 que recoge el derecho del autor a la representación exacta de la obra

enajenada, o el 70 que cuida de la ejecución de la obra, en todo o en parte en la forma que la publicada por su autor o propietario, y el 87 que prohíbe las variaciones de las obras sin permiso de los autores.

Es fácil observar las limitaciones que se desprenden de la deficiente regulación del Reglamento de la Propiedad Intelectual. En primer lugar, la imprecisión del término "velar" del artículo 69 que no viene a garantizar efectivamente ningún derecho; en segundo lugar, en el artículo 70 se equipara el derecho del autor al del propietario que no tiene por qué coincidir; en tercer lugar, todos los derechos quedan resumidos en el artículo 87, siendo innecesarios, por repeticiones, el resto. Y por último, no hay que olvidar que todos ellos vienen a regular única y exclusivamente obras dramáticas y musicales.

Es una vez más el Convenio de Berna, quien en su artículo 6 bis.1 deja constancia de la existencia de este derecho, si bien condiciona su ejercicio a que se cause perjuicio al honor o reputación del autor, aún cuando es fácil pensar que "cualquier deformación, mutilación u otra modificación", necesariamente ha de producir tal perjuicio.

#### **4.2.3.2.-Modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.**

La agravación en estudio se distancia de su soporte interpretativo instalado en el art. 14.4 LPI, porque dicho artículo supedita la exigencia al respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, a que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación. El art. 534 bis b) 1 d), considera, por su parte, una agravación de las conductas básicas la modificación sustancial de la integridad

de la obra, sin hacerla depender de condición alguna. Pues bien, una interpretación integrativa pasa por asimilar sustancial con causación de perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación; de tal modo que supondrá perjuicio la modificación sustancial, y será sustancial la modificación que causa perjuicio<sup>389</sup>.

Resuelta esta cuestión, no sin advertir antes de la grave indeterminación que supone el término "sustancial"<sup>390</sup>, queda otra apuntada por Romeo Casabona<sup>391</sup>, sobre la innecesariedad de toda referencia a "sin autorización del autor", al figurar ya recogida de modo genérico en el artículo anterior. Y efectivamente, como el resto de las agravaciones, ésta se encuentra supeditada a la realización de alguna de las conductas descritas en el tipo básico, y un elemento definidor del injusto en ellas es que se ejecuten sin consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Ahora bien, a pesar de la declaración de irrenunciables e inalienables de los derechos morales del autor (art. 14), este derecho no parece de carácter absoluto. No hay más que ver el contenido de los artículos 64.1 y 78.2<sup>392</sup> Quiere ello decir que el autor puede

---

<sup>389</sup> En parecidos términos se expresa Caffarena Laporta, op. cit., pag. 282, cuando señala que a la vista de este precepto (art. 534 bis b) 1, d) CP) y de la parte final del artículo 14.4º, se podría defender que modificaciones que supongan un perjuicio a los legítimos intereses del autor serían aquellos que supongan un deterioro de la obra, menoscabando la reputación del autor, y aquellas que afecten a lo esencial de la obra en cuanto creación original.

<sup>390</sup> Diversos ejemplos y supuestos sobre el alcance del término "sustancial", pueden verse en Caffarena Laporta, op. cit., pág. 280. Gómez Benítez, op. cit., pág. 170. Boix, op. cit., pág. 946.

<sup>391</sup> Romeo Casanoba, op. cit., pág. 160.

<sup>392</sup> Art. 64.1 LPI : Son obligaciones del editor : 1º Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir **ninguna modificación que el autor no haya consentido** y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo

consentir una modificación que afecte a la integridad de su obra<sup>393</sup>. Y en ese caso pudiera no consentir la reproducción pero sí la modificación, con lo cual parece conveniente la inclusión del consentimiento del autor en la agravación. Pero ya no queda tan claro cuando la modificación consentida es sustancial, que en definitiva es la que aquí interesa, porque en ese caso es contraria al art. 14.4 como hemos visto. Este artículo recoge dos tipos de modificaciones, como lo hace la presente agravación: la modificación que suponga perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor (sustancial), y la que no los suponga (no sustancial). Sólo de estos últimos cabe hablar de consentimiento al modo que recogen los artículos 64.1 y 78.2 LPI<sup>394</sup>. Y si sólo estos son cedibles, tendría razón Romeo Casanoba que hay una reiteración innecesaria del consentimiento del autor, porque este tipo de modificación no constituye ilícito penal.

---

identifique.

Art. 78.2 LPI: El cesionario está obligado: 2º A efectuar esa comunicación **sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidos por el autor** y en condiciones técnicas que no perjudiquen al derecho moral de éste.

<sup>393</sup> Los intentos equiparar modificación con transformación, están condenados al fracaso, pues la modificación de que habla el art. 21.1 en referencia a la transformación debe de derivar **en una obra diferente**, no en la misma modificada o alterada, hasta el punto de que el apartado 2º establece que la obra resultante genera derechos a favor del autor de la transformación, y ello sólo puede ser así porque la nueva obra es de algún modo creativa. No puede por tanto estar refiriéndose el art. 534 bis b) 1, d) al consentimiento del autor para llevar a cabo una transformación.

<sup>394</sup> En el mismo sentido del texto, Caffarena Laporta, pág. 282. En un sentido más concreto Herrero García, María José, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovtiz, Tecnos, 1.989, pág. 996. Es preciso matizar, señala, que ello (el consentimiento en la modificación) no implica que pueda incluirse en el contrato una cláusula que, de antemano, conceda al editor la libertad de alterar una obra; significa solamente que el autor podrá consentir una concreta modificación.

Sin embargo tal conclusión no puede estimarse definitiva, si tenemos presente que el art. 534 bis b) 1 d) se refiere al consentimiento del autor, y el art. 534 bis a), al consentimiento de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. Son, como dice Soto Nieto<sup>395</sup> dos autorizaciones distintas, pero no con las consecuencias que extrae de su combinación. En efecto, la reproducción autorizada del autor, que se realiza con modificación sustancial de la obra, caerá dentro del ilícito penal contemplado en el art. 534 bis a), y b, 1, d), porque reproducir significa copiar, y la copia implica la fidelidad al original, y cuando así no se hace no puede hablarse de una reproducción consentida. Soto Nieto que a esto denomina una forma de obviar una deficiente técnica legislativa, no tiene en cuenta el proceso infractor: primero se modifica y luego se reproduce, y no al revés, a pesar de la estructura penal adoptada, común por otra parte al resto de los derechos morales, a excepción del plagio. Si se tiene presente el proceso se verá de inmediato que la reproducción guarda fidelidad con lo copiado, pero esto ya no es lo original sino lo modificado. Este modo de interpretar sí resulta adecuado y correcto.<sup>396</sup>

Las conclusiones que caben extraer en orden al consentimiento, están,

---

<sup>395</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 972

<sup>396</sup> Ha de recharse por tanto la posición de Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 2002, que mantienen la existencia de una incompatibilidad entre la agravación y la reproducción, por cuanto el objeto de la reproducción debe ser la obra que concibió y creó el autor, sin modificación sustancial alguna. Sin embargo el art. 18 al que alude define el acto, y no el derecho de reproducción, esto es, determina el modo de la reproducción, y en él sólo se dice : fijación de la obra en un medio que permita las copias. Pues bien, como se ha dicho en el texto, introducida la modificación con antelación, es reproducción esa alteración fijada en un soporte que permita la copia. De otro modo, se llegaría a la conclusión absurda siguiente: no habría reproducción porque al alterarse la obra ya no es copia del original del autor (impunidad), y tampoco puede castigarse como agravación porque no se ha dado la conducta básica (impunidad).

pues, referidas a la duplicidad de los autorizantes, pues puede suceder que el que autoriza la reproducción sea distinto (cesionario) al autor. En este caso sí es oportuna la inclusión del consentimiento en la agravación, pues el cesionario no tiene disponibilidad sobre los derechos morales, porque pertenecen al autor y son intransmisibles.

Sobre las vinculaciones de la agravación y el tipo básico, Arroyo Zapatero/García Rivas han señalado que existen incompatibilidades entre modificar sustancialmente la integridad de la obra y la modalidad comisiva básica del plagio; su argumento se basa en que si plagiar consiste en "copiar sustancialmente una obra ajena, dándola como propia", no resulta compatible con la tarea de modificar, también sustancialmente, la misma obra. Si bien puede aceptarse la conclusión, no así procede con la fundamentación.

No es del todo cierto que plagio y modificación sean incompatibles. El plagio denominado servil, deja incólume la obra, y cambia el autor; si la obra es alterada eliminando un capítulo, unas escenas o unos fotogramas, seguirá siendo un plagio; pero es cierto que este tipo de plagio se ubica en la usurpación de la condición de autor que es una conducta agravatoria como lo es la modificación. Ahora bien, en todo plagio hay modificación sustancial hasta el punto que puede dejar cuasi-irreconocible la obra, pero en este caso no hay problemas de incompatibilidad sino más al contrario de comunicación hasta el extremo de que rige el principio non bis in idem cuya técnica de resolución pasa por el concurso aparente de leyes, regla de consunción.

Como se ha visto, el derecho a exigir el respeto a la integridad de la obra pertenece al autor (art. 14.4 LPI), y la agravación exige que tal modificación no goce del consentimiento del autor. Luego, sólo la modificación de una obra creada

por un autor tiene relevancia penal. Esto ha hecho que Gómez Benítez<sup>397</sup>, rechace que las interpretaciones y ejecuciones puedan también ser protegidas mediante este apartado. Sobre esta cuestión ya se dijo que una interpretación sistemática conducía a estimar al artista, intérprete y ejecutante como autor asimilado, al modo que se hace con el autor transformador.

Ni siquiera que el art. 107 LPI conceda al intérprete o ejecutante el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su actuación que lesione su prestigio o reputación le da relevancia penal, porque, en su opinión, cualquier modificación sustancial, con independencia de que cause o no perjuicio a los intereses del autor o a su reputación es típica, sin embargo, en el caso de los artistas, intérpretes y ejecutantes, es preciso la lesión de estos. Esta argumentación no se sostiene lo más mínimo: si es lo más, es lo menos. En efecto, si la infracción se produce sin ninguna exigencia condicionante de ser perjudicial, cuando además lo sea, con mayor razón para que tenga cabida protectora. De todos modos, ya se ha dicho más arriba, que existe una plena equiparación entre sustancial, y perjudicial para los intereses y reputación (art. 14.1), que es sospechosamente cercana a prestigio y reputación (art. 107), e íntima de lo dispuesto en el art. 6 bis del Convenio de Berna: el autor conserva después de la cesión el derecho a oponerse a cualquier modificación, deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1.989<sup>398</sup> se pronuncia por la vulneración de la integridad cuando se trate de artistas, intérpretes o ejecutantes, ante toda deformación. Y cuando se trata de autores ante cualquier

---

<sup>397</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 173

<sup>398</sup> CFGE 2/1.989 de 20 de Abril, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Políticas, 1.989., pág. 694

deformación, siguiendo el dictado gramatical de los artículos 14.4 y 107, inciso segundo.

#### **4.3.- Especial trascendencia de la cantidad o el valor de las copias/ especial gravedad del daño causado.**

##### **4.3.1.- Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posea especial trascendencia.**

De inmediato se observa que las conductas típicas de distribución, importación, exportación y almacenaje de copias lícitas quedan fuera del campo de actuación de esta agravación agravada. Igualmente, si las conductas comisivas básicas no se realizan con ánimo de lucro (la distribución también puede ser gratuita), tampoco es de aplicación esta agravación.

De otra parte, y como ha denunciado la totalidad de la doctrina, "especial trascendencia" son conceptos valorativos indeterminados, que provocan la sustitución de la actividad legislativa por la judicial, que irrumpe de este modo en una esfera que le está vedada, vulnerando el principio de legalidad. Téngase en cuenta, además, que la determinación judicial de estos conceptos supone la imposición de penas de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial.

Para una correcta interpretación del precepto es conveniente dividirlo en tres partes: a) especial trascendencia, b) cantidad, c) valor; todo ello referido a copias ilícitas.

La cuestión se complica, porque el legislador ha utilizado estos términos



con diversas acepciones, ninguna equiparable a la del art. 534 bis b) 2 a), como ha señalado la CFGE 2/1.989. En efecto, en el art. 516.3 se hace mención a la especial gravedad de los efectos sustraídos o se produzcan **perjuicios de especial consideración**; y el art. 506.8 y 529.7 hablan de especial gravedad de los efectos sustraídos, y del **valor de la defraudación**, respectivamente.

La utilización del término especial junto al de trascendencia, supone un reforzamiento de la singularidad económica de las copias ilícitas. Esta singularidad resulta de difícil cuantificación, porque si bien requiere que la conducta se haya llevado a cabo con ánimo de lucro, no es preciso que haya causado perjuicio económico. En el caso de la cantidad de copias es de más fácil determinación: su valor de mercado, los beneficios económicos potenciales a obtener, el lucro cesante e incluso el perjuicio que se haya podido producir, ayudarán a determinar la especial trascendencia económica de las copias ilícitas<sup>399</sup>. En este sentido el art. 125 LPI, establece un doble parámetro a efectos de indemnización que puede servir para la determinación de la especial trascendencia económica: beneficio obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la remuneración que hubiere percibido de haber autorizado la explotación.

Más complicada resulta la determinación del valor de las copias ilícitas, pues si en el primer caso, se habla de un valor cuantitativo, aquí es cualitativo. Este valor cualificado puede atender tanto a que siendo pocas copias tengan gran valor, o bien se esté refiriendo a un valor intrínseco<sup>400</sup> de las copias. Habrá de

---

<sup>399</sup> En este punto nos inclinaríamos más por la posición de Soto Nieto, op. cit., pág. 983, que se pronuncia por una valoración objetiva..

<sup>400</sup> A este último valor se refiere solamente, Gómez Benítez, op. cit., pág. 180.

servirnos de referencia lo dicho para la cantidad de copias, pero habrá de añadirse la afección personal del autor, esto es, habrá que atender al valor que le otorgue el sujeto pasivo<sup>401</sup>. En todo caso no ha de perderse de vista, en última instancia la cuantía de la multa, su límite, para establecer la cantidad mínima a partir de la cual opera la agravación; multa que por otra parte, y dada la naturaleza de la agravación debiera ser proporcional, al no requerirse la causación de perjuicios.

#### **4.3.2.- Que el daño causado revista especial gravedad.**

Tanto la CFGE como Gómez Benítez, llaman la atención sobre la diferencia de contenido de daño y perjuicio, el primero daño emergente (art. 103 CP), y el segundo lucro cesante (art. 104). Son pues, conceptos jurídicos diversos. El apartado b) que se analiza, se refiere a daños (emergentes), y a él debía de constreñirse sino fuera porque como señala acertadamente Gómez Benítez<sup>402</sup>, esta interpretación circunscribiría el daño a un "menoscabo patrimonial por deterioro de la obra, (que) en sí misma no tiene un valor deducible de su estricto valor material, que pudiera permitir la reparación". Propone, en consecuencia, que al modo de como procede la jurisprudencia daño tenga un carácter omnicomprendivo que englobe todos los efectos del delito incluso los perjuicios (lucro cesante)<sup>403</sup>.

Siguiendo con el razonamiento de Gómez Benítez, cabe llegar a conclusiones distintas a las por él obtenidas. En efecto, si daño es distinto a

---

<sup>401</sup> Boix, op. cit., pág. 946.

<sup>402</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 186. Se opone al concepto de daño no sólo la falta de deterioro y menoscabo de la obra, sino que éste debe causarse mediante las conductas básicas de reproducir, plagiar, distribuir y comunicar.

<sup>403</sup> *Ibidem*, pág. 187.

perjuicio, y más amplio; y el concepto jurídico de daño no es adaptable a esta clase de infracciones, no queda más remedio que interpretar daño bajo otra acepción, precisamente la que le otorga el art. 125 LPI, la de daño moral<sup>404</sup>. Este modo de interpretar el precepto no encuentra ningún obstáculo en que la conducta se realice con ánimo de lucro. Efectivamente se ha insistido más atrás que el ánimo de lucro no necesita agotarse, sino constatarse, y que no es preciso que se produzcan perjuicios. Es más, el número segundo del art. 534 bis b) está conectado con el apartado a), pero ello no impide que coincida con cualquier otro de ese mismo número (derechos morales); sólo requiere que necesariamente se dé el a), pero no excluye el resto<sup>405</sup>. Este modo de proceder, por otra parte, es armónico con lo dispuesto en el art.534 ter, que remite a la Ley de Propiedad Intelectual para la regulación de la indemnización de daños y perjuicios derivada de estos delitos. Pero precisamente porque tal remisión comprende también los perjuicios, y el art. 125, separadamente, regula los perjuicios (párrafo primero), y los daños morales (párrafo segundo)<sup>406</sup>, el concepto de daño ha de abarcar a ambos, pues de otro modo carecería de valor una parte de la remisión<sup>407</sup>.

---

<sup>404</sup> En el mismo sentido Boix, op. cit., 946.

<sup>405</sup> Díez Picazo, Luis, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág.1.698.

<sup>406</sup> Un estudio detallado sobre la teoría del daño moral, puede verse en Roldán, op. cit., pág. 910 y ss.

<sup>407</sup> Por este motivo no se puede coincidir con la tesis de Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 2004, que no se entiende bien.

## VI.- EL PLAGIO

### 1.- Antecedentes: Derecho de Paternidad.

El derecho de Paternidad, es el derecho del autor a ser conocido como el inspirador, creador y ejecutor de la plasmación material de su espíritu a través de la conjugación de las ideas, en un argumento desarrollado bajo formas de su impronta creativa, recogida en un soporte adecuado para la proyección pública, que venga a facilitar el conocimiento de la obra. A través de todo ello, la obra recibe un sello personal, diferenciador, que la identifica con el autor por el que es conocido.

Una definición de autor, de carácter subjetivo<sup>408</sup>, podía encontrarse en el artículo 2 RPI, que hacía depender su reconocimiento de que cumpliera las precripciones legales, esto es, que procediera a inscribir la obra en el Registro General de la Propiedad Intelectual dentro de los plazos señalados en los arts. 36 y 38 a 44 del RPI la obra intelectual. Como bien señala López Quiroga<sup>409</sup>, no se podía prestar conformidad a tal requisito "porque el autor no puede dejar de serlo, cumpla ó no con los requisitos que determine la legislación; podrá no

---

<sup>408</sup> López Quiroga, Julio, op. cit., págs. 16 a 18. Afirma este autor que la consideración de autor se encuentra condicionada por ciertas circunstancias : de carácter subjetivo unas - concepción y ejecución-, y otras de carácter objetivo (originalidad).

<sup>409</sup> *Ibíd*em, pág. 18

adquirir ni gozar de los beneficios<sup>410</sup> que ésta le conceda, pero aun la obra en el dominio público siempre habrá de referirse á la persona que la creò". La acreditación formal de la paternidad se recogía en el art. 3 del RPI: "La firma y presentación de una obra como autor deja a salvo la prueba en contrario, y toda cuestión de falsificación o usurpación deberá resolverse exclusivamente por los Tribunales"<sup>411</sup>.

Aunque la redacción del artículo no era muy afortunada, al menos establecía una presunción para determinar la paternidad, a saber, la firma, que no ofrecía duda alguna en cuanto a su cumplimentación, y la presentación, que hay que entenderla desde la óptica de la divulgación, es decir, la aparición pública adscrita al autor.

A pesar de que la doctrina mantenía que sólo con la concurrencia de la firma o de la presentación era bastante para la determinación de la paternidad, no era acertada la referida posición. Si no es conjunta la presencia de ambas, no puede operar la referida presunción, al estar unidas copulativamente, firma y presentación, lo que planteaba el problema de las obras inéditas, que sí disponen de firma, pero no de presentación, porque ni siquiera en ellas juega otra presunción igual de importante e inseparable como la presentación, cual es, la

---

<sup>410</sup> Con la STS S 2<sup>a</sup> de 14 de Febrero de 1.984, ha quedado zanjada la polémica desatada alrededor de la necesidad de inscribir las obras para que éstas gocen de protección, porque " la inscripción registral no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo del derecho". Ya con anterioridad, el Convenio de Berna en su artículo 5.2 disponía: El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra".

<sup>411</sup> El Convenio de Berna proclama el derecho del autor de reivindicar su paternidad independientemente de sus derechos patrimoniales en el art. 6 bis. 1.

inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual.

En el caso de las obras inéditas, resolver la paternidad pasaba por dos soluciones: una, mediante la inversión de la carga de la prueba, y otra, mediante el acceso al Registro General de la Propiedad Intelectual.

La legislación supranacional, ofrece menos dudas y dificultades a tenor de lo dispuesto en el artículo 15.1 del Convenio de Berna, que dispone: "Para que los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio sean, salvo prueba en contrario, considerados como tales y admitidos, en consecuencia, ante los tribunales de los países de la Unión para demandar a los defraudadores, bastará que su nombre aparezca estampado en la obra en la forma usual. El presente párrafo se aplicará también cuando el nombre sea seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda sobre la identidad del autor".

Quedaba resuelta de esta manera la paternidad de las obras, con la sola indicación del nombre en la forma usual, debiendo considerarse, ahora sí, la presentación como elemento autónomo configurador de presunción de paternidad, salvo prueba en contrario, que viene a ser un plus de certeza.

Del artículo reproducido, se extraía otra forma de paternidad, que en nuestro derecho se recogía en el artículo 26 LPI de 1.879 y 7 del RPI, aquélla que aparecía bajo seudónimo (firma), que también quedaba amparado cuando no dejaba lugar a dudas sobre la identidad real del autor.

El seudónimo podía considerarse un apéndice del derecho de paternidad porque no se renuncia a ésta que se mantiene vigente bajo otra identidad, mas cuidando que se establezca la debida correspondencia, nombre real-nombre supuesto, de tal manera que se obtengan las mismas prerrogativas para el autor

figurado que para el real. Pudiera entenderse, que también participa del derecho de inédito; pero si en algún caso pudiera invocarse, sería a condición de la pérdida del derecho de paternidad, pues el Convenio es claro, se reconoce la paternidad bajo seudónimo cuando no haya dudas sobre el autor real, y por tanto, si lo que se pretendía era el desconocimiento del verdadero autor, el seudónimo no queda amparado, y queda en peligro el derecho de paternidad, ahora bien, si lo que se pretendía era ocultar el verdadero autor, tampoco ello es estrictamente un derecho de inédito, en todo caso lo sería de anónimo.

El aspecto más complejo del derecho estudiado se encontraba en la figura de los coautores, que es otra modalidad que adoptaba la figura de la paternidad, y que Huguet, señala que puede asumir diferentes grados:

- a) creación simultánea por parte de varios autores de una obra dotada de individualidad absoluta, en que el público no distingue la aportación de cada uno de ellos.
- b) la creación puede ser el resultado de una combinación simultánea de géneros diferentes, atribuibles separadamente a cada uno de los autores.
- c) La colaboración sucesiva de conjunto tan variado de aportaciones que precisa la existencia de un director que las coordine.

Termina Huguet diciendo que para conocer el alcance del derecho moral de los participantes, lo que ha de examinarse es si entre ellos existe una relación de incorporación o una relación de subordinación.

El grado a) corresponde a una obra de colaboración, el b) a una obra compuesta y el c) a una colectiva.

Para determinar la relación de incorporación o subordinación es conveniente acudir a las definiciones que ofrece la Ley Francesa de Propiedad Literaria y Artística de 11 de Mayo de 1.957 (modificada en 1.985), y en virtud de ella, en la obra de colaboración, los autores deben ejercitar sus derechos de común acuerdo; en la compuesta quedan subordinados los derechos del autor de la obra preexistente; y en la colectiva corresponde a aquél bajo cuyo nombre es divulgada. Clasificación que obedece a que la incorporación se produce tanto en la obra de colaboración como en la compuesta, y la subordinación en la colectiva, sin perjuicio de la naturaleza de las obras que en su caso determinarán las especialidades correspondientes que serán estudiadas oportunamente en el ámbito del sujeto pasivo del tipo del artículo 534 del Código Penal.

Concepto distinto al de paternidad, es el de propiedad, que venía regulado en el artículo 2, 3 y 4 de la LPI de 1.879<sup>412</sup>. En dichos artículos se contenía una combinación compleja de titulares de la LPI en los que se hacía una relación

---

<sup>412</sup> Artículo 2: La propiedad intelectual corresponde:

- 1º.- A los autores sobre sus propias obras.
- 2º.- A los traductores respecto de su traducción.
- 3º.- A los que refunden copian o extractan
- 4º.- A los editores de obras inéditas ...
- 5º.- A los derechohabientes de los anteriores

Artículo 3 de la LPI: Los beneficios de esta Ley son también aplicables:

- 1º.- A los autores de mapas, planos o diseño científicos.
- 2º.- A los autores de obras de arte respecto a reproducción de las mismas por cualquier medio.
- 3º.- A los derechohabientes de los anteriores...

Artículo 4 de la LPI, alcanzan así mismo los beneficios de esta Ley:

- 1º.- Al Estado y sus corporaciones ...
- 2º.- A los Institutos científicos, literarios



exhaustiva, de tal manera que a unos les correspondía la paternidad natural, a otros la legal, y a otros la mera propiedad, con el objetivo evidente de otorgar la legitimidad precisa para amparar positiva y negativamente, es decir, dar cobertura legal a las obras del intelecto, y posibilitar la persecución de los que atenten contra las mismas, pero ese amparo o cobertura escapa al contenido de la paternidad en muchos casos, que estrictamente sólo corresponde a los autores, que sólo eran aquellos enumerados en los tres primeros números del artículo 2º de la LPI, todo lo demás son delegaciones ajenas al derecho de paternidad, o supuestos comprendidos en los números indicados.-

Por último, es obligado señalar que la conculcación del derecho de paternidad se produce con harta frecuencia, hasta ser socialmente aceptada, a través de la figura comúnmente conocida, del "negro", aquella persona que crea y que queda en el más absoluto de los anonimatos al no aparecer su nombre por considerársele trabajador al servicio de otro, que le suplanta firmando las obras que ha producido aquél a cambio de una cantidad estipulada o bien que ante la imposibilidad de publicar se presta a que sus obras se divulguen bajo otro nombre que no guarda relación alguna con el suyo.

También pudiera suceder que el autor reniegue permanentemente su paternidad por no suscribir en modo alguno el contenido de lo por él creado, a lo que se ha visto obligado con el fin de obtener una contraprestación económica. Esta última situación, aunque aparentemente pueda considerarse análoga es más bien la antítesis del derecho de arrepentimiento.

El reconocimiento de la paternidad de la obra es inherente a la persona del autor, en cuanto afecta al mismo en su conjunto. La transgresión de aquello que le identifica con su creación, le vacía de caracteres personales que le hacían identificable con el contenido y la forma de expresión, de tal manera que, de ser

sujeto diferenciado, se convertiría en ignorado , con toda la carga de repercusiones unidas a ella.

## **2.- Concepto de plagio.**

### **2.1.-Sus orígenes**

Para encontrar el verdadero contenido del plagio, conviene acudir a su etimología: El término "plagium", "plagiator", deriva del griego "plagios", que significa dolo o fraude, y se adapta bien a los que cometen hurto intelectual con medios fraudulentos<sup>413</sup>. Según la Ley Fabia<sup>414</sup> se llamaba así, a quien hubiera secuestrado a una persona libre, o que la hubiera vendido, comprado, o bien a quien hubiera inducido a un esclavo a huir de su dueño, o dado refugio a aquél o facilitado su fuga, o cometido otros delitos congéneres que nada tiene de común con el latrocinio literario<sup>415</sup>.

Aquellos delitos eran capitales y se castigaban con la deportación a las minas

---

<sup>413</sup> Algardi pág. 195

<sup>414</sup> **Ferrini, Contardo, Diritto Penale Romano, Esposizione Storica e doctrinale, Estatto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, diretta dal Prof. Pessina, Studia Juridica, núm. 81, "L 'Erma" di Bretschneider- Roma, 1.976, págs. 425 y ss., realiza un estudio histórico de la Ley Fabia. Mommsen, Teodoro, traducido por P. Dorado, El Derecho Penal Romano, Tomo Segundo y Ultimo, Madrid, pág. 238 y ss., efectúa un recorrido histórico por la figura del plagio en el Derecho Romano. Sobre el mismo motivo escribe, Molé, Marcello, Plagio (diritto romano), Nuovo Digesto Italiano, págs. 116 a 120**

<sup>415</sup> En igual sentido se emplean las voces plagio, plagiar y plagiario en México, y en el código penal italiano en el tipo de rapto.

o con la pena de muerte<sup>416</sup>. En el período del emperador Constantino la simple pena de muerte sólo se imponía a los ingenuos, mientras que a los libertos se les echaba a las fieras, llegándose a decretar en tiempo de los emperadores Severo y Antonio, que hubiese acusación y sentencia, aún después de haber fallecido<sup>417</sup>.

Giuriati explica como preguntado Vettore Randi, procurador del Rey, sobre el cambio de significado producido, le contesta: "El plagio romano era una forma de violación; el plagio literario debe haberse llamado así porque el plagiarlo, suprimiendo el nombre del verdadero autor y sustituyendo por el suyo propio, se apropia el trabajo ajeno, como hacía el señor con el trabajo de su esclavo". No contento Giuriati con la respuesta, apunta otra teoría basada en la doble significación de la palabra plagio, es decir que tuviese una significación vulgar, y otra jurídica, sin que se esté en condiciones de afirmar cual condujo a cual<sup>418</sup>.

Es este mismo autor quien ofrece una delimitación del plagio, mediante el recurso comparativo que efectúa respecto a lo que él denomina falsificación (defectuosa traducción del término *contraffazione*). Dice Giuriati que la falsificación<sup>419</sup> tiende al provecho pecuniario y va de capitalista a capitalista,

---

<sup>416</sup> En España, por Ley III, tit. XVI Lib. VIII Nov. Recopilación, se impuso la pena de muerte a los que imprimieran o introdujeran un libro sin licencia y su venta.

<sup>417</sup> Giuriati, Domenico, El plagio, pág 4o.

<sup>418</sup> *Ibídem*, pág 41. No ofrece ningún apoyo científico para sostener su tesis

<sup>419</sup> Giurati, op. cit., pág. 214. Para el autor la falsificación consiste: a) publicación abusiva; b) reproducción y venta de obras falsificadas; c) reproducción y venta abusiva; d) traducción no autorizada; e) omitida declaración de utilidad pública; y f) otras violaciones del derecho intelectual. Como se ve coincide

sin embargo, el plagio es de trabajador a trabajador y atenta además al derecho moral. Entiende por otra parte que el plagio es una falsificación intelectual (género), y que la falsificación es a su vez un plagio material (especie).

De esta manera Giuriati<sup>420</sup> acentúa la idea de que el plagio es personal<sup>421</sup>, y la usurpación, material; uno moral y el otro económico-patrimonial; el primero, género, y el segundo, especie, a lo que cabe añadir que el plagio viola la relación autor-obra en su aspecto ideal, y la usurpación la relación autor-obra en su aspecto material. El plagio atenta a la génesis creativa y la usurpación a la explotación del resultado de dicha génesis. Es por ello acertado, clasificarlos como género y especie. Uno, el plagio desvirtúa la paternidad<sup>422</sup>; otra, la usurpación, aún respetándola, la sustrae a todo beneficio. En realidad ambas son conductas usurpatorias, la del plagio porque se atribuye la paternidad, y la utilización abusiva de la obra, porque se atribuye el derecho a su explotación que es exclusivo. A su vez, ambas son conductas plagiarias, pues el plagio puede ser una copia servil o disfrazada, y la usurpación económica pasa por una copia múltiple. Aún así, el hecho de que el plagio ataque al autor y la usurpación a la obra, visión simplista y esquemática por otra parte, ofrece una distinción genuina y fuerte para dar tratamiento aparte a la figura del plagio <sup>423</sup>.

---

prácticamente con la nomenclatura utilizada por Quintano de formas materiales de explotación usurpatoria.

<sup>420</sup> Giuriati, Domenico, El plagio, pá. 207

<sup>421</sup> Quintano, op. cit., pág. 614. Afirma el autor: es la persona la que sufre, más bien que la cosa.

<sup>422</sup> *Ibíd.* Mediante el plagio se suprime y aniquila al creador.

<sup>423</sup> Danvila y Collado, op. cit., pág 433, ofrece una distinción entre plagio y defraudación: "A los ojos de la moral, sólo es reprehensible la imitación cuando, adornándose con los despojos ajenos, cuenta por suyo lo que era de otro. Cuando

En efecto, el plagio constituye el más grave atentado al derecho de autor, pues en esencia significa desconocer la paternidad del autor, y por consiguiente, la relación que le une con la obra, sustrayéndole a todo reconocimiento e ignorándole toda aportación creativa<sup>424</sup>.

No obstante, los diversos modos de entender el plagio, bien como usurpación de la paternidad (sentido subjetivo) que significa "el desposeimiento del autor de su posición como tal", bien como apropiación (sentido objetivo), que significa "la sustracción del bien del propietario para hacerlo propio", y el mismo hecho de la coincidencia de la multiplicación de ejemplares en el plagio y en la usurpación, obliga a determinar la esencia del plagio, que reside "no tanto en la negación de la relación del autor con su obra, sino en la falsa afirmación de una relación de génesis creativa entre el plagiario y la obra"<sup>425</sup>.

---

la imitación toma este carácter de usurpación, debe reprobársela con el nombre del plagiado. Mas el plagiado, por censurable que sea, no cae bajo la represión de la ley; sólo motiva legalmente una acción judicial, cuando es bastante grave para cambiar de nombre y merecer el de defraudación o usurpación. Consistiendo la esencia del plagiado en dar por propio el trabajo ajeno, si el usurpador pretende pasar por el autor es defraudador y plagiario....; si éste (el autor) no ha sufrido perjuicio alguno en el valor mercantil y en los productos materiales de la explotación de la obra el autor copiado, se resolverá que no ha habido defraudación. En tal caso, el público hará justicia al mérito del autor, pero los tribunales no son los llamados a mezclarse en estas controversias". La legislación Italiana, la jurisprudencia, y buena parte de la doctrina recoge parecidos criterios, estimando que el plagio agrava la figura de la contraffazione, sin que el plagio por sí mismo tenga autonomía penal.

<sup>424</sup> En el plagio-imitación, se lesiona la integridad de la obra, de tal manera que una modificación que la deje reconocible afirmará la paternidad y en consecuencia el plagio, pero por el contrario, una alteración que niegue la integridad hasta el extremo de que no sea apreciable la anterior obra, negará la paternidad, porque la obra pertenecerá a otro.

<sup>425</sup> Algardi pág. 195 y ss.

Una noción jurídica de plagio encierra graves dificultades, pues como veremos el contenido de la conducta de copiar es especialmente difuso, y por ello, se han utilizados diversas nomenclaturas<sup>426</sup> que ha alcanzado a nuestro propio CP y Ley Especial, que utiliza conceptos como los de infringir, defraudar, tomar e imitar. En cualquier caso, en toda definición es de necesaria urgencia que incluya el aspecto social de engaño a la colectividad, con clara advertencia del mal producido en el acervo cultural.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1.879 no contenía precepto alguno en el que tuviera acogimiento la figura del plagio<sup>427</sup>, ante estas carencias los comentadores, en particular Danvila<sup>428</sup>, lo incluían en el artículo 7, confundiéndose con el derecho de reproducción. Quintano<sup>429</sup> y Roldán<sup>430</sup>, lo situaban en el art. 64 del RPI : se castigará como defraudación el hecho de tomar en todo o en parte de una obra literaria o musical manuscrita o impresa, el título, el argumento o el texto para aplicarlos a otra obra dramática. La regulación resulta obviamente insuficiente, porque se encuentra situada en un reglamento, en el Título II de los Teatros, se limita a las obras literarias y musicales, contempla sólo la comunicación pública, y no refiere las dos modalidades de imitación y usurpación en que se divide el plagio.<sup>431</sup>

---

<sup>426</sup> En lo que respecta a las formas materiales de usurpación: la argentina de usurpar, la francesa de "contrafaçon" y la italiana de "contraffazione", y muchas otras como violación, contravención e infracción,

<sup>427</sup> Quintano y Vega Vega, lo aproximaban a los tres primeros supuestos del art. 47, pero en modo alguno se refieren al plagio a pesar de ser tangenciales.

<sup>428</sup> Danvila y Collado, op. cit., pág. 430 y ss.

<sup>429</sup> Quintano, op. cit., pág. 622

<sup>430</sup> Roldán, op. cit., pág. 908

<sup>431</sup> En el mismo sentido se expresa, Vega Vega, op. cit., pág. 391.

## 2.2.- Concepto doctrinal

Una primera definición, ruda, abierta y general, de plagio es aquélla que lo define como la apropiación de trabajo intelectual ajeno. Ya el Tribunal de Milán en su Sentencia de 30 de Junio de 1887, consideró que el plagio es la apropiación de pensamientos o trabajos ajenos para disfrutarlos en trabajos propios, apropiación que para ser tal, ha de efectuarse en condiciones de grado y de extensión tales que pongan seriamente en peligro la propiedad ajena hasta hacer posible un verdadero lucro indebido.

Para Algardi es toda simulación de la creación intelectual en una obra derivada en todo o en parte a través del conocimiento o mediante la reproducción o la elaboración de la obra tutelable perteneciente a otro. Y Mouchet y Radaelli, entienden que existe este delito contra los derechos intelectuales, cuando un tercero ejerce sobre una obra literaria, científica o artística, un derecho reservado por la Ley al autor o a sus derecho-habientes<sup>432</sup>.

Para Queralt<sup>433</sup> es una copia, ocultando y defraudando al autor del original. Rodríguez Devesa<sup>434</sup> lo define como la apropiación de toda o parte de de la obra original literaria, artística o científica de otro, haciéndola pasar como

---

<sup>432</sup> Mouchet-Radaelli, Protección penal de los derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1.954, pág. 185. De igual opinión es Miserachs Rigalt, *Delitos contra la Propiedad Intelectual*, NEJ, pág. 677.

<sup>433</sup> Queralt, op. cit., pág. 335

<sup>434</sup> Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 538.

propia. Delgado Porras<sup>435</sup>, fiel a la división introducida por Quintano, lo considera como un apoderamiento ideal de una obra ajena, bien haciéndola pasar como propia, bien utilizando los elementos creativos de aquélla para la elaboración de la creación ilegítima. Bajo Fernández<sup>436</sup>, por su parte, señala que el plagio consiste en la suplantación de la personalidad del autor que se suprime y aniquila como tal creador, poniendo a otro en su lugar. Y Soto Nieto<sup>437</sup> afirma que el plagio conlleva la idea de copia fraudulenta, con desconocimiento, por ocultación, del creador o realizador de la obra o fragmento que se exterioriza. Al afirmarse engañosamente la propia autoría, se niega la auténtica y ajena; se suman dos actos, el de apropiación en todo o en parte del pensamiento o labor creadora del otro, y el de fingimiento de originalidad, haciendo creer que aquel producto de la inteligencia pertenece, por derecho de creación, al plaguario.

### 2.3.- Concepto jurisprudencial.

Para la jurisprudencia, el plagio viene definido de acuerdo con su significación semántica: tratar de copiar la obra original o auténtica (ya de una manera servil, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, y ya sea de modo total o parcial). En particular, se han producido diversos intentos por dar contenido a la figura del plagio con desigual acierto. Y así la S-27-4-79 que suponía un notable esfuerzo para distinguir las formas comisivas de la infracción del derecho de autor, al dividir las en ideales de plagio y materiales de explotación usurpatoria, ponía el acento en el plagio por ser la conducta

---

<sup>435</sup> Delgado Porras, op. cit., pág. 117

<sup>436</sup> Bajo Fernández, op. cit., pág. 226

<sup>437</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 976.



"capital por cuanto por su mediación se suprime y prescinde al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar, siendo la persona, más bien que la cosa, la que sufre el atentado perpetrado por el plagiarlo, al ser aquélla la que desaparece, permaneciendo la obra más o menos incólume según el alcance del fraude, cuya forma delictiva integra la más importante infracción al derecho de propiedad intelectual"<sup>438</sup>.

De otra parte, la S-14-2-84, después de pronunciarse decidida partidaria de una postura dualista, al apreciar una dicotomía de elementos integrantes del derecho de autor, un elemento espiritual y otro patrimonial, considera que este último elemento

"alzaprime la protección de esta propiedad "sui generis" o derecho sobre bienes inmateriales, de tal manera que es este bien jurídico protegido, transportado al campo penal, el que se sitúa entre los delitos patrimoniales, con el nombre genérico de defraudación", y que bajo dicha denominación se recogen diversas figuras que "cabe reconducir a las de falsificación, imitación y usurpación y que la doctrina refunde en dos tipos fundamentales: el plagio y la suplantación de la personalidad del autor, de modo que si el primero, de acuerdo con su significación semántica, trata de copiar la obra original o auténtica (ya de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación), y ya sea de modo total o parcial, la suplantación tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor, de suerte que aquí se da una doble conducta delictiva: la usurpación de la personalidad intelectual que ataca el elemento espiritual o subjetivo del derecho de autor y la defraudación que ataca el elemento patrimonial de aquel derecho y que, a su vez, presenta una doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación, doble ofensa que, ya se comprende, puede darse también en el plagio si

---

<sup>438</sup> Sentencia inspirada (se le calca) por el pensamiento de Quintano, Tratado III, pág. 614.

la copia se utiliza con fines lucrativos"<sup>439</sup>.

La sentencia entiende que las conductas que lesionan los derechos de autor caen dentro del ámbito de las defraudaciones, y esto aún a pesar de que reconoce que concurre un elemento espiritual junto al patrimonial, y que no es preciso perjuicio-resultado para consumar el delito, y bajo ese nomen se encierran, se dice, dos tipos fundamentales, plagio y suplantación de la personalidad, que son figuras ideales.

Estas incongruencias se extienden a la distinción que realiza entre plagio y suplantación de la personalidad, pues es indudable que como bien recoge la S-27-4-79, el plagio supone necesariamente una suplantación de la personalidad, toda vez que se " suprime y prescinde al creador de la obra, poniendo a otro en su lugar". A su vez, la suplantación, si según asegura, consiste en "presentar como propia una obra ajena", es sin más un plagio, pues éste, como acertadamente recoge la referida sentencia, consiste en copiar la obra, de manera servil, o de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación. De forma que una copia servil se reconduce a presentar como propia una obra ajena.

Añade, sin embargo, una última finalidad en la suplantación que no menciona en el plagio: "para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor". Tal finalidad no es exigible en el tipo de injusto, ni distingue al plagio de la suplantación. Son indiferentes los motivos que muevan al sujeto a suplantar, que bien pueden ser para perjudicarlo económicamente, o bien serle, incluso, indiferente la figura del autor, puesto que lo que se pretende es la propia fama con independencia de la del otro. Es más, no se comprende cómo puede

---

<sup>439</sup> El fundamento de la Sentencia se extrae de la confusa clasificación que recoge Miserachs Rigalt, Antonio, Delitos contra la Propiedad Intelectual, NEJ VI, 1.954, Pág. 682.

pretenderse el aprovechamiento de la fama o mérito de otro, si la conducta es la de suplantar su personalidad, esto es, aparecer como autor de una obra creada por otro al que se le silencia, ignora, desconoce y olvida, de modo que su fama es también desconocida; sólo cuando se descubre el ilícito, la fama adquiere relieve, pero es en el mismo instante que cesa la conducta antijurídica.

Otra conducta bien distinta es la de atribuir la autoría de una obra a un autor que no la ha realizado para aprovechar su fama y mérito -que constituye la base fáctica de la sentencia analizada-; supuesto que no infringe los derechos de autor como tendremos oportunidad de comprobar más adelante al estudiar el denominado plagio inverso.<sup>440</sup>

La suplantación, a su vez, está integrada, según asegura la sentencia, por la usurpación de la personalidad intelectual (ataque al elemento espiritual), y la defraudación, en un doble ataque, al patrimonio del autor, y a lo que la doctrina italiana llama, la pública fe, engaño al público con el perjuicio económico que incluso ello reporta.

Pues bien, cuando la sentencia afirmaba en su tercer Considerando que el bien jurídico protegido en los delitos contra el derecho de autor se recogen bajo el nombre genérico de defraudación, la defraudación, género, se convierte en subespecie de la suplantación; la usurpación se equipara a la suplantación; encierra la conducta delictiva en un ámbito, donde las lesiones de los derechos exclusivos no tienen cabida; y sólo distingue una conducta plagiaría con y sin fines lucrativos, y una suplantación de la personalidad siempre con la presencia de estos fines.

---

<sup>440</sup> Capítulo VI, 6.5.

Así pues, concibe un plagio puramente ideal sin vocación lucrativa, y un plagio con ánimo de lucro, pero ello sólo a los efectos de que se produzca un perjuicio al público, además del causado al autor, de esta manera al ligar ánimo de lucro con perjuicio convierte al tipo en un tipo de resultado, contrario a lo mantenido por la tradición jurisprudencial a raíz de la reforma del 63, que siempre lo consideró un delito de mera actividad. De otra parte, el plagio como mera liberalidad, esto es, el plagio de una obra para que no tenga fines lucrativos, o bien queda en el ámbito privado, y por consiguiente, no realiza el tipo de injusto, o bien se proyecta gratuitamente o a precio de coste al exterior, en cuyo caso al ligarlo al ataque al patrimonio y al perjuicio causado violentaría la estructura del tipo. Pero es que además, si existía alguna diferencia con la suplantación, pues ésta requería un ánimo de aprovechamiento, al aceptar que el plagio puede aparecer con fines lucrativos, se desvanece por completo, esto es, son la misma conducta, como no podía ser de otro modo<sup>441</sup>.

#### **2.4.-Plagio y usurpación de la condición de autor.**

La reforma introducida por la Ley Orgánica 6/1.987 de 11 de Noviembre, ha esclarecido tan abigarrada cuestión, hasta donde ello es posible: el plagio como conducta básica (art. 534 bis a)) convive con la agravación prevista en el art. 534 bis b), 1 c), esto es, usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución. Esta convivencia

---

<sup>441</sup> De hecho la posterior Sentencia de 30-5-84, conservando idéntica estructura que la de 14-2-84, atribuye el doble ataque patrimonial al plagio, "frente al autor y frente al público por el perjuicio que puede llevar consigo la defraudación".

tormentosa para algunos, resulta conveniente y necesaria para otros<sup>442</sup>.

Para descifrar los ámbitos de una y otra figura, es preciso recordar como se ha dicho insistentemente, que el plagio no se encontraba incluido en el proyecto, y que fue una enmienda propugnada en el Senado por el Grupo Socialista la que introdujo esta figura delictiva. Sí figuraba, por el contrario, la agravación del apartado c) del art. 534 bis b) 1. Pero lo que aquí interesa es que la necesidad de incorporar el plagio al tipo básico atendía a que determinadas modalidades de esta conducta no se encontraban recogidas en el proyecto. Sin duda, plagio y usurpación han de significar cosa distinta. La progresión entre el plagio y la usurpación no puede ser cuantitativa en el sentido de afectación de la obra objeto de copia. Los artículos 534 bis y b) refieren las conductas a **todo o parte** de la obra. Luego, es indiferente que el plagio o la usurpación se efectúe sobre la totalidad de la obra o sobre un trozo o parte de ella. El plagio y la usurpación como modalidades comisivas han de estar necesariamente involucrados en el modo de llevar a cabo uno y otra; en el tipo de acción a desplegar : plagiar y usurpar. En este sentido las razones aducidas por el legislador para introducir el plagio resultan convincentes, si el plagio lo adscribimos a una modalidad de copiar-imitar, y la usurpación a copiar-suplantar. Ambas figuras suponen una actividad de copiar, pero una de ellas se realiza por medio de la imitación (plagio strictu sensu) y otra copia se hace sencilla y directamente suplantado (usurpando) la paternidad ( condición ) del autor.

Romeo Casabona<sup>443</sup>, entiende que ambas conductas implican un mismo hecho, pero el agravado supone un plus, porque consiste en la usurpación de la

---

<sup>442</sup> Véase la polémica que da cuenta Gimbernat, Consideraciones ....., pág. 355.

<sup>443</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 156.

condición de autor. No está acertado en su apreciación porque como se observa de la disyuntiva copiar-imitar, copiar-usurpar, en el primer caso la obra padece hasta el punto de que puede constituir una transformación, en el segundo la obra queda quieta y quien sufre es el autor. Pero necesariamente mediante ambas conductas, sin embargo, el autor es ignorado, en una es apartado (plagio), en la otra borrado (usurpado).

El plus de agravación, entonces, se produce porque la usurpación es una entidad diferenciada del plagio<sup>444</sup>. En efecto, el plagio-imitación cuando progresa hasta extremos que la copia es una reproducción usurpando la condición de autor no comparte la conducta, ni lesiona con la misma intensidad los bienes protegidos<sup>445</sup>. Esta progresión, pues, no sólo hace la conducta más grave como afirma Carmona y Vega<sup>446</sup>, sino que hace nacer una figura singular, la de la usurpación de la condición de autor (recuérdese de otra parte que las agravantes no actúan aquí como meras circunstancias, sino que constituyen un subtipo)<sup>447</sup>.

---

<sup>444</sup> Boix, op. cit., pág. 945. Para el autor, la identidad sin más, en todos sus términos, con variación del nombre del autor no se entenderá plagio en el sentido a que se refiere el legislador, dado que supone un mínimo de diferenciación, propia de toda conducta que pretende, aun con la mayor exactitud, imitar una obra.

<sup>445</sup> La distinción que efectúa Arroyo/García, op. cit., pág. 1.994 entre usurpación y plagio, considerando aquella como un plagio total, es equívoca y no puede ser aceptada.

<sup>446</sup> Carmona Salgado, El tipo básico ..., pág. 152. Vega Vega, Derecho de autor, Tecnos, 1.990, pág. 218

<sup>447</sup> Aún cuando referido al art. 517 del Código Penal Italiano (marca o signo distintivo), la jurisprudencia y la doctrina han diferenciado la falsificación, cuando la reproducción es integral en toda su configuración emblemática y denominativa; y alteración cuando la reproducción es parcial con poder de producir confusión sobre la marca originaria o el signo distintivo (Cass., sez, V, 10 diciembre 1.974, Riccio, 1.975, 1031 en contra Cass., sez VI, 1 Ottobre 1,976, Garivaghi,RP,

Al igual que existe una progresión de lesiones a homicidio, *mutatis mutandis*, esta progresión es trasladable a estos delitos. En todo homicidio se han producido lesiones, pero el homicidio no es una lesión agravada. Ciertamente, los bienes jurídicos allí son distintos, y aquí se encuentran unidos por los derechos de autor, pero dada la diversidad de estos derechos o facultades, y lo proteico de esta institución, no resulta exagerada esta interpretación. Piénsese que usurpación y plagio no son compatibles, porque la usurpación no agrava el plagio, sino la reproducción y la comunicación pública.

## **2.5.- Plagio, transformación , e interpretación y ejecución artística.**

Dentro del plagio, cabe incluir, in extremis, dos supuestos diversos: la transformación y las intérpretaciones y ejecuciones artísticas. El primero se deduce de una interpretación lógico-sistemática, y el segundo, es una exigencia legal.

La transformación aparece en el art. 534 bis a) como objeto material y no como derecho protegido. Es el único derecho de explotación enunciado en el art. 17 LPI que no tiene correspondencia entre las modalidades comisivas. Sin embargo, la transformación además de ser un objeto material protegido en la LPI y CP, y un derecho exclusivo de explotación, está implicada con los derechos

---

977, 273)). La reseña corresponde a Codice Penale, Parte Speciale, Casello, D'Ambrosio, Garavelli, Grosso, La Greca, Mazzacuva, Nappi, Perduca, Pisa Zagrebelsky, Giurisprudenza Sistemica di Diritto Penales, diretta da Franco Bricola e Vladimiro Zagrebelsky., Vol. I, pág. 638. Nappi afirma que resulta muy relevante el problema de la delimitación de los conceptos de "contraffazione y alterazione" en relación al delito previsto en el art. 517 que pune la conducta de quien pone en circulación la obra del ingenio con nombres, marcas o signos distintivos nacionales o extranjeros, aptos para inducir a engaño al comprador sobre su origen, procedencia o calidad de la obra o del producto

morales del autor. En efecto, el propio art. 21 alude a "cualquier modificación", como forma de transformación. Esta idea de modificación se encuentra próxima con el derecho de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado (art. 14.4 LPI), y con la agravación del art. 534 bis, b) 1 d). Sin embargo, cuando fue objeto de análisis este apartado ya se rechazó, por las razones que allí se contienen, que la transformación fuera incluíble dentro de la modificación<sup>448</sup> (la modificación altera la obra, la transformación genera una diferente). Pero también se encuentra anudada al derecho de paternidad, de tal modo que una transformación no autorizada que silencie al autor, habrá lesionado dicho derecho moral. En este caso, plagio y transformación serán una misma conducta. La transformación toma la obra preexistente y la adapta con los materiales argumentales e ideológicos que le proporciona la obra original; este proceso se desarrolla imitando la obra originaria, y cae dentro del plagio. Tendría, entonces, razón Delgado Porras<sup>449</sup>, que distinguiendo entre plagio restringido (plagio estricto) de la conducta básica, y plagio amplio ubicado en la agravación de usurpación<sup>450</sup>, afirma "que no hay una explicación lógica para que el legislador haya excluido de sanción penal la transformación no autorizada de una obra, si no es la de haber considerado ya inculpada tal acción, en la forma que ha entendido reviste una mayor gravedad social, a través de la figura del plagio".

---

<sup>448</sup> Rodríguez Tapia, Jose Miguel. Comentario al Auto de 5 de Enero de 1.988 del Juez de Primera Instancia número 2 de Palma de Mallorca aplicando la nueva Ley de Propiedad Intelectual. Poder Judicial. Diferencia este autor entre modificación y transformación, por el contenido y por la forma de aparición de la obra, respectivamente. Añade un segundo criterio: la modificación es la alteración de elementos sustanciales, y la transformación de accidentales.

<sup>449</sup> Delgado Porras, op. cit., pág. 118

<sup>450</sup> Critica esta concepción importada de la doctrina y jurisprudencia francesa, Vega Vega, Jose Antonio, Derecho de autor, Tecnos, 1.990., pág. 209 y 218; y propugna una concepción amplia del plagio.



Pero ello no es del todo cierto, ni del todo verdad, y cabe hacerle objeciones. Como se ha dicho, el proceso de transformación consiste en una verdadera imitación, de menor entidad que la copia absoluta, y que la mera imitación, pues aquí se da una labor, en cierto modo, creativa. De la obra preexistente nace una derivada y dependiente, pero sólo cuando se anule o ignore al autor original estaremos ante un plagio; cuando por el contrario, se le reconozca y se le atribuya la obra primera, estaremos ante una infracción de los derechos de explotación<sup>451</sup> que habrá de resolverse por vía civil.

En cuanto al plagio de una interpretación o ejecución artística, viene impuesto por el tenor del art, 534 bis a) CP, y a él se oponen Quintero<sup>452</sup> y Gómez Benítez<sup>453</sup>, por parecidas razones. Quintero critica la protección de las interpretaciones y ejecuciones artísticas "en pie de igualdad" con las obras originales literarias, artísticas y científicas, lo que trae como consecuencia que determinadas conductas, como la del plagio, sean inviables: "Calificar de plagio a efectos legales a quien canta una canción con la misma entonación, estilo, cadencia etc, de otro cantante es exagerado a todas luces, sin perjuicio de la consideración de falta de personalidad que pueda merecer quien así se comporte". Gómez Benítez, y apoyándose en la jurisprudencia sobre las cover-version, sostiene la misma tesis.

Si se tratara de cover-versión la conducta que aquí se enjuicia no habría más remedio que coincidir con Gómez Benítez, y así se hará más adelante cuando

---

<sup>451</sup> Es el propio Delgado Porras, op. cit, pág. 118, quien reconoce que "allí donde no esté en juego un derecho moral del autor(art. 14) o del artista (art. 107) no cabe esta forma de delito.

<sup>452</sup> Quintero, op. cit., pág. 66

<sup>453</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 161.

sea analizada esta modalidad; pero el plagio de interpretaciones y ejecuciones artísticas es cosa distinta. Se trata de una imitación de una interpretación o ejecución, que en la mayoría de los casos como denuncia Quintero no tendrá trascendencia jurídica (ni penal, ni civil), pero que en otros casos, resulta más discutible.

Quintero, opera con una concepción de las interpretaciones y ejecuciones muy estrecha, pues parece estar pensando en una interpretación musical o teatral, o cinematográfica. Pero no necesariamente se contraen las interpretaciones o ejecuciones artísticas a "ejecutar" la obra original con determinado estilo, sino que la relación espacio-tiempo, encuadramiento, escenificación, esto es, la mecánica de comunicación, concede una relevancia a la ejecución, digna de protegerse. En este sentido no es casual que en el art. 101, se asimile el director de escena y el director de orquesta a los artistas. Se opera aquí con los mismos criterios que con la transformación autorizada, en donde la obra resultante está igualmente protegida que la original. La interpretación y ejecución es también, análogamente, una obra transformada, y también protegible. Que sea de mayor o menor dificultad su protección, o que la determinación de la relevancia penal o su valoración ofrezcan mayores problemas, no incide, ni afecta a la configuración del tipo y su operatividad.

### **3.- Criterios para la determinación del plagio.**

La definición del plagio perteneciente a la jurisprudencia, como copia servil de una obra originaria ajena, debiera ser bastante para, cuando así sea, llegar al convencimiento de encontrarnos ante una obra plagiaria; mas la copia servil puede adoptar muy distintas formas y afectar parcialmente a la obra intelectual de tal manera que la habilidad del plagiante impida el reconocimiento de la obra plagiada.

Por otra parte, pudiera suceder que dependiendo del método utilizado para la averiguación del plagio, la simple concurrencia casual en el resultado creativo pudiera obligar a calificar de plagio una obra de inspiración autónoma.

Para distinguir cuando nos encontramos ante una copia servil, una hábil modificación de la obra originaria o bien una simple coincidencia creativa, se han propuesto distintos métodos tendentes a la identificación del plagio.

En un primer momento, y quizás porque copiar es la reproducción igual y, por tanto, se identifican obligadamente la original y la servil, se propuso el criterio de la **identidad del objeto**. Esta identidad se concretaba en la toma de las ideas principales del original, guardando el mismo orden y distribución. Sin embargo es evidente que el plagio sólo en su versión más esclavizante aparece en identidad con la obra originaria<sup>454</sup>. Pero es más, el criterio de la identidad, por sí sólo no explicaría la coincidencia creativa; baste pensar en materias de carácter general, sobre todo las didácticas, que suelen mantener identidad de objeto y la misma distribución.

Ante las dificultades y deficiencias del criterio, se introduce un concepto más amplio y más comprensivo de la figura del plagio cual es el de la  **semejanza**, complementado posteriormente por otros como el de la extensión, el criterio estético, el moral y el social, que aportaron nuevas perspectivas en la

---

<sup>454</sup> Goblot, Edmundo, Tratado de lógica, Editorial Poblet, 1.929, pág. 47, 48 y 49. Si yo percibo una diferencia entre dos matices del rojo, es, por lo menos **verdad para mí** que son diferentes; pero si no puedo distinguirlos, no es tampoco verdad para mí que sea idénticas, pues quizá un obrero en seda no los confunda. Para que sean idénticos, es preciso que nadie pueda distinguirlos. Sólo entonces será netamente verdad que **esto es lo mismo que aquello**. Lo idéntico no es lo **indescernido** sino lo **indescernible**. La experiencia, afirma, no nos presenta jamás dos hechos completamente idénticos.

identificación del plagio, sin que por sí mismas fueran bastantes para objetivar la infracción dado su carácter instrumentalístico que olvidaba valorar la creación en sí misma.

En un claro avance, se empieza a distinguir la obra originaria y el plagio a través de conceptos como el de creación y prestación, y es de este concepto de creación de donde se concluye que la valoración hay que realizarla sobre la proyección -a través de la obra intelectual- de emociones, sensaciones y estados de ánimo.<sup>455</sup>

Indicábamos que esto suponía un claro avance en cuanto que se realiza la creación sobre todo otro elemento objetivo. Lo que sucede es que el criterio de expresión a través de la creación es estrecho y complejo sin que pueda explicar dos cuestiones importantes: una, que la tutelabilidad nace sobre la creación independientemente de que la misma aporte conocimientos, o hasta traslade ignorancia al público con el que entra en contacto, y en segundo lugar, que siempre se depende del distinto público al que vaya dirigida la obra.

La doctrina Alemana, sostiene que el plagio será perceptible cuando se haya producido una apropiación de la forma íntima de la obra o de aquella figuración imaginaria (*imaginäres Bild*) que la obra pudo representar, sin embargo, es difícil de acertar en que cosa consiste esta forma interna y esta figuración imaginaria<sup>456</sup>.

---

<sup>455</sup> Para Piola Caselli, *Diritti d'Autore, Nuovo Digesto*, pág. 700, La obra del ingenio tiene de común un carácter representativo consistente en la representación de un contenido de hechos, ideas y sentimientos. Algardi, *op. cit.*, pág. 611, analiza esta doctrina defendida por Mario Are en *L'oggetto del diritto di autore*, Milano, 1.962, pág. 175.

<sup>456</sup> Piola Caselli, *Diritti D'Autore, Nuovo Digesto*, pág. 700

Piola Casseli aporta a la relación obra-autor, unidos por el iter creativo, el concepto de **individualidad** que identifica la creatividad original y diferenciada<sup>457</sup>, porque, en su opinión, no es lícita la utilización de la obra de otro hasta el punto de usurpar los elementos mismos, del cual irradia la **individualidad de la representación**.

Messina por el contrario separándose de la línea argumental mantenida y retrotrayéndose cuasi al concepto de identidad propone la sustitución de la individualidad por la **originalidad orgánica**, pues entiende que el elemento organización es aquél que da nacimiento a la tutelabilidad, en cuanto esa originalidad orgánica no fragmentada da origen a la novedad<sup>458</sup>.

Para Algardi<sup>459</sup>, el plagio se identifica por la **recognoscibilidad**, que en definitiva se basa en la averiguación de la relación que une a la obra con su autor o, dicho de otra manera, conocer el procedimiento creativo subjetivo. Así pues sólo conocido el iter creativo, estaremos en condición de asegurar que nos encontramos ante un plagio.

La averiguación del plagio alcanzará grado de certeza siempre y cuando el

---

<sup>457</sup> Piola- Casseli, Eduardo, Arienzo, Alfredo y Bile, Franco, *Diritti d'autore*, Nuovo Digesto, pág. 701. Piola habla exactamente de la **individualidad sintética**, idea tomada de Gierke, que sintoniza con la jurisprudencia inglesa de la "sustancial identity" y la francesa de "le fond" de la obra, y donde lo decisivo es si en una obra nueva puede encontrarse la individual manifestación de una personalidad extraña, o si estaba transformada en la personalidad de la obra misma.

<sup>458</sup> Originalidad es, según Messina, una organización nueva de los elementos de la creación, ya existente en el patrimonio común, y el término original significa diverso de otro existente primero. Algardi, op. cit., pág. 636

<sup>459</sup> Algardi, Zara, *Il plagio letterario ....* pág. 612.

criterio adoptado no olvide la completa configuración del fenómeno creativo, comprendiendo éste, no sólo el resultado definitivo del proceso, o siquiera la figura del autor, sino entendiendo en su globalidad la confluencia mágica de lo imaginativo y de la inteligencia para crear lo bello y aportar cultura a la humanidad.

Es, pues, este fenómeno, una amalgama psicofísica capaz de impresionar, y donde lo esencial es la génesis conducente a esa creación, y no ésta misma; de este modo estaremos en condiciones de acertar en la compulsación de las obras a la hora de conocer si son plagios.

La identidad del objeto es un elemento más, si acaso circunstancial, para el juicio de valor a realizar, pues no toda identidad conduce al plagio sino entra en liza el proceso creativo, el mecanismo de unión autor y obra, es decir, las fuentes de que se ha servido el autor y las formas que ha adoptado para la formulación de la creación, a través del arco de la inteligencia que moldee materiales, en algunos casos, faltos de novedad que alcanzan la originalidad por gracia de la actividad creativa. Este iter creativo estará compuesto indefectiblemente de contenidos ideológicos representativos en la obra y se plasmarán como fruto de la personalidad del autor. De otra manera, de atender sólo y únicamente a la identidad, el plagio operaría de una manera automática, cuando su determinación sólo es posible mediante un juicio analítico y complejo de todos cuantos elementos confluyen en la creación. Tan es así, que obras que guardasen identidad de personajes y estructura, serían tildadas de plagio aún a pesar de que los autores no hubieran tenido conocimiento de la existencia de la otra. Y por otra parte, cuando no coincidan idénticamente estará vedada la calificación de plagio, a pesar de que una obra fuera copia de la otra eludiendo la identidad.

Por ello, proponíamos ya un elemento corrector, cual era el de la semejanza,

no obstante, sólo adquiere categoría de elemento corrector, y no de definidor.<sup>460</sup> Era necesario, por tanto, establecer un criterio unívoco y comprensivo de todo el fenómeno.

Una obra es copia de otra, como ya hemos visto, cuando su identidad se convierte en semejanza, mas ¿en qué consiste la semejanza?. Acudir al criterio de personajes y estructura, resolvía el primer problema suscitado, aquél que consistía en la habilidad disfrazadora del plagiario, pero dejaba subsistente el segundo, el de la coincidencia creativa.

Para resolver esta cuestión se añade un elemento más, éste ya esencial, el de la **recognoscibilidad**, es decir, el conocimiento del procedimiento creativo que conduce a la aseveración de si se ha sustituido la relación autor-obra.

Este criterio es complementado por el de la individualidad que viene a incidir no tanto en el proceso creativo, sino en la génesis de la obra que es realizada por un individuo que al ser sustituido por otro, independientemente de la forma y del resultado, produce el plagio.

El arranque es el mismo, el de la génesis, pero este criterio sólo puede ser complementario del anterior, por ser de difícil verificación y carecer de método que ponga en contacto la obra con el autor. La individualidad es evidente, pero la usurpación sólo se conoce mediante un resultado final que se produce en la

---

<sup>460</sup> Para Quintano, op. cit., pág. 618 y ss. , la semejanza de ideas y hasta de argumentos, no es en sí suficiente para determinar defraudación punible, aunque se utilicen conscientemente, lo que podrá ser motivo de censura crítica, pero no basta para la existencia del delito.

identidad<sup>461</sup>, ahora sí, del proceso subjetivo creativo, y no sólo en la "representación" que corresponde a una exteriorización (objetivación), que indudablemente parte del autor.

Lo también complementario es lo conocido como la originalidad orgánica, que es un criterio válido de no considerarse excluyente, pues es cierto que la novedad, es decir, la estructura organizativa es tutelable y puede indicar la presencia del plagio, pero no por sí sola, pues olvida, la aportación inventiva personal del autor. Por otra parte, no puede reconducirse la obra del ingenio con toda su magnificencia a una mera novedad organizativa<sup>462</sup>, o a resaltar únicamente a uno de sus elementos aunque éste sea el autor.

Sólo en la forma de concebir la obra se halla la tutelabilidad, en esa forma particular y diferenciada que le hace reconocible. De acudir a la organización, para obtener un criterio válido, debemos atender no a la estructura de las obras, sino al orden y composición de las ideas, y de acudir a los personajes, atender a los elementos justificadores de carácter sociológico y psicológico<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Por esta razón Quintano, op. cit., pág. 618 y ss., requería para constatar la figura del plagio, la identidad sustancial.

<sup>462</sup> No obstante, ello dependerá también del tipo de obra, esto es, los criterios complementarios a que se alude, individualidad, identidad y organicidad, tendrán mayor o menor relevancia según la obra sea literaria, artística o científica; según trate de cuestiones generales o didáctica, o de puntuales y actuales, etc.

<sup>463</sup> Sobre la estructura orgánica, sirva ejemplo la Sentencia de 7 de Noviembre de 1.841 de la Corte de París, en el caso Victor Hugo versus Monnier, y que recoge Giurati, op. cit., pág. 217 y 218: En las producciones dramáticas el plan de la obra, la ordinación (sic) del argumento, la creación y el desarrollo de los caracteres, la disposición de las escenas, la trama, la acción y los efectos tienen capital importancia.



#### 4.- Alcance de la Tutelabilidad.

Es conocido que las ideas no forman parte de la propiedad intelectual, sólo cuando se adopta una forma para concebirla y plasmarla es objeto de protección.

Cuando se ha producido esa conversión de ideas mediante el proceso creativo en objeto protegible, queda por conocer si la tutelabilidad alcanza a la obra en global o queda también protegida parte de ella, y en ese caso con qué límites y cual es el criterio para su determinación.

Empecemos por ponernos de acuerdo en el concepto de obra, tarea harto difícil. Obra no puede ser entendida sino por el fruto de la creación intelectual. Es la objetivación del proceso creativo plasmado materialmente, convirtiéndose en la culminación de la adecuación del intelecto a la imaginación que adquiere ribetes de creación en cualquiera de las formas posibles.

Desde esta perspectiva, cualquier proceso finalizado adquiere la notoriedad de obra intelectual, y por consiguiente, es susceptible de tutela. Es decir, que no es exigible la necesidad de globalidad o conjunto para otorgar protección, y así la obra se configura como la composición de múltiples o hasta infinitas obras.<sup>464</sup>

Coincidimos en que la tutela abarca a las obras parcialmente consideradas; coincidencia inexcusable porque la legislación especial hace referencia a las partes de las obras, la jurisprudencia a los plagios parciales, y el art. 534 bis a)

---

<sup>464</sup> Giurati, op. cit., pág. 388, da cuenta de una curiosa Sentencia de 17 de Septiembre de 1,898: Que no es válida la interpretación dada al vocablo trozo, el cual significa parte, independientemente de sus proporciones. Se va más allá que la ley al decir que la parte deja de ser trozo cuando por su importancia no constituya de por sí una obra.

relaciona las conducta de plagiar en todo o en parte" de las obras -la agravación del art. 534 bis b) 1 d : usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella-, y sobre todo porque cada una de las partes de la obra es una creación intelectual; la dificultad, en todo caso, reside en determinar la extensión de estas partes y las características que deben reunir.

Para ello se han utilizado criterios como el de creatividad absoluta, estimándose que hasta una frase puede ser tutelada cuando la misma reúna una doble condición: que sea definitoria del contenido creativo de la obra, y cuando no se encuentre al alcance común de cualquier individuo y requiera poner en marcha el proceso subjetivo de creación.<sup>465</sup>

También se ha acudido al criterio de la autonomía de la parte de la obra cuando por sí sola e independientemente adquiera el grado de creatividad que la haga viable al entendimiento.

Pues bien, siendo cierto que el criterio de la reconocibilidad también alcanza a las partes de las obras, éstas sólo serán tutelables cuando las mismas atiendan a un proceso creativo diferenciado y adquieran relevancia y

---

<sup>465</sup> Giurati, op. cit., pág. 30, alude a una monografía de Panzacchi, de la que dice pueden sacarse los siguientes teoremas: 1º.- Que la confusión de conceptos acerca de este asunto sólo es comparable a la ligereza precipitada y presuntuosa con que algunos discurren sobre la materia primera. 2º.-Que el plagio puede no encontrarse en una cantidad de recuerdos, de analogías, de semejanzas; y puede hallarse claro y completo en una línea, en un verso, en una sola frase. 3º. Que los plagios no deben buscarse en ciertas invenciones cuyos orígenes a menudo se pierden en las nieblas de los siglos, ni menos en ciertos mecanismos, por ser todo ello res nullius.... 7º.- Que la categoría de los plagios que verdaderamente atacan a la propiedad artística es, en cambio, más elevada, más ingeniosa, bastante menos perceptible a primera vista; los ojos del público muchas veces no llegan a percatarse, y sólo tocan siempre al conocimiento de los artistas.

esencialidad de la obra, por constituir base referencial y alcanzar una extensión mínima que dependerá del tipo de obra.

La relevancia y esencialidad acompañará a la parte tutelada cuando se constituya en uno de los núcleos de la obra que le hagan guardar la coherencia debida, independientemente de la propia incoherencia aparente de la misma.

Por tanto, no es cuestión de autonomía, sino de **relevancia esencial constituyente**, que se encuentra siempre situada en el **proceso creativo diferenciado**.

## **5.- La indagación del Plagio.**

Ninguna otra figura penal está tan necesitada de expertos auxiliares del juzgador para la averiguación del delito. La naturaleza de la creación intelectual como proceso íntimo, exige la introspección de la vinculación del individuo con la plasmación material de sus ideas, pasadas por el nivel imaginativo. Proceso mágico de alquimia de un mecanismo confabulador diferenciado, que se representa en forma de belleza o/y cultura.

El criterio de la reconocibilidad, requiere que su aplicación correcta se realice por aquellos que por una parte sean los destinatarios de esa creación, y por otra, que carezcan de distintos procesos creativos y es aquí donde se conjugan para el accertamiento del iter creativo, propio del criterio de la reconocibilidad, el estético, estilístico, orgánico, individual, etc., que nos conducirán a la aseveración confirmatoria del plagio.

Ello no quiere decir como mantiene Algardi<sup>466</sup>, que baste con las pruebas genéricas, y haga obsoletas e innecesarias las específicas, pues ello sería desconocer principios esenciales como el de la valoración racional y en conciencia que el órgano jurisdiccional debe realizar.

Queda sólo añadir que la obra del ingenio reúne una doble faceta, la dedicada a la creación de lo bello que afecta al autor y la de ser un aporte al acervo cultural de la humanidad, de tal manera que el análisis debe realizarse desde la perspectiva del observador medio al que la obra va dirigida, lo que no quiere decir que de no producirse la transgresión de la fe pública deje de existir el plagio, pues éste es autónomo por sí mismo y se configura como delictivo cuando se ha quebrado la paternidad del autor manteniendo la vocación de perjuicio patrimonial, diferenciada como ya se dijo de la económica.

El juicio acorde con el observador medio del colectivo al que va dirigida la obra, hay que entenderlo como el elemento delimitador en el sistema interpretativo del proceso de creación inscrito en el criterio de reconocibilidad, de tal manera que sólo la adecuación de este criterio al juicio de ese observador nos conducirá a la determinación del plagio.

La fe pública es un plus que se añade a la tutelabilidad del derecho de autor, pues éste nace de las aportaciones culturales de la colectividad, y con la aportación de la obra la prolonga y ensancha, pero ello no obliga a que necesariamente deba ser considerada para que se produzca el delito.

## **6.- Supuestos especiales.**

---

<sup>466</sup> Algardi, op. cit., pág. 614

El plagio se encuentra íntimamente unido a la integridad de la obra y a su paternidad, elementos éstos afirmadores de la originalidad de la obra. Por consiguiente, sólo cabe la figura del plagio sobre obras a las que el ordenamiento les otorga protección, y se dan diversos supuestos en los que existen dudas sobre si determinadas obras gozan de la cobertura legislativa de la propiedad intelectual y de la penal.

### 6.1.- Obra obscena. Obra ilícita.

Está extendida la idea de que la obra obscena no puede ser artística, porque el concepto de artisticidad y de obscenidad son lógica o jurídicamente incompatibles, "pues el arte y la ciencia podrían contener una ofensa al pudor en sentido estático y no al pudor entendido en sentido dinámico, o sea como lesión del pudor finalista idóneo para generar corrupción sexual"<sup>467</sup>.

Pero puesto que obsceno y ofensivo no es lo mismo<sup>468</sup>, Brícola aprovecha la redacción del apartado segundo del art.529 del CP Italiano para reconducir lo obsceno a las conductas y no a las cosas.<sup>469</sup>

---

<sup>467</sup> Brícola, Franco y Zagrebelsky, Vladimiro, *Jurisprudencia sistemática de Diritto Penale, Codice Penale, Parte speciale, II*, pág, 921 .

<sup>468</sup> Como ha señalado Baratta, *Legge penale e liberta del pensiero, IIIº Convegno di diritto penales. Bressanone, 1.965, Padova- Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1.966*, pág. 202, la tensión se ha agudizado porque la Constitución italiana (de manera similar a la española) protege la libertad de arte y de la ciencia (art.33 -art. 20, 1, b CE), la libertad de pensamiento (art.21 -art. 20. 1 a)CE) y la educación y protección de los jóvenes (art. 30, 31 - art. 20.4 CE).

<sup>469</sup> El art. 529.2 dice así: No se considera obscena la obra de arte o de ciencia, salvo que, por motivos diversos al estudio, sea vendida o procurada a

De esta manera se establece una distinción entre obras artísticas y conductas obscenas, de tal modo que la obra siempre y en todo caso sería artística, aunque determinadas conductas en relación a la obra pudieran ser obscenas.<sup>470</sup>

Algardi, sin llegar a tales extremos distingue, y con acierto, entre obras artísticas y obras intelectuales<sup>471</sup> de manera que toda obra artística es una obra intelectual, aún cuando no toda obra intelectual es artística. En este sentido recuerda que la protección se otorga a las obras del ingenio, esto es, "al producto del trabajo intelectual (que) deriva de una capacidad del espíritu aplicado a la construcción de una nueva entidad intelectual expresado en forma sensible y concreta, capaz de ser comunicada a los hombres, de circular y de difundirse"<sup>472</sup>.

---

personas menores de dieciocho años. Brícola concluye que si un mismo comportamiento, como la difusión de una obra, puede ser considerado o no obsceno según sus destinatarios, quiere decirse que lo definitorio es más que la cosa, la conducta obscena.

<sup>470</sup> No es de la misma opinión Baratta, op. cit. ,pag. 221 y ss., que rechazando la tesis catártica- el arte no es nunca obsceno-, como lo hace con la moral- lo obsceno nunca es arte-, y aún dándole valor a la finalística- el arte persigue fines socialmente positivos y por consiguiente no puede tener efectos corruptivos ni ofender el bien jurídico tutelado, lo que supone una concepción dinámica del bien tutelado, mantiene el efecto corruptivo de la obra, por lo que para la determinación de la noción de arte propone un juicio de relación de valor ( y no de valor)

<sup>471</sup> Algardi, Zara, El plagio letterario e il carattere creativo dell'opera, Milano, 1.966, pág. 388. En la nota 69 ofrece diversas definiciones de arte apoyándose en Aristóteles, Platón y Kant

<sup>472</sup> Idem, pág. 389. la protección se otorgaría a algo lícito que a su vez contiene conductas antijurídicas, que el único modo de que cesen es retirar de la difusión la propia obra, convirtiéndola entonces en ilícita.

Es por consiguiente indiferente el contenido de la obra, el único contenido que interesa al derecho es el creativo, los otros (estéticos, políticos, etc.) le son ajenos desde la perspectiva de la protección de los derechos de autor<sup>473</sup>.

Por tanto, la copia o imitación de una obra obscena cae dentro del ámbito penal<sup>474</sup>.

En igual sentido habríamos de expresarnos en el supuesto de una obra ilícita, esto es, la obra que tenga por objeto la apología delictiva, o provoque a la comisión de delitos, etc., pues indudablemente es una obra del ingenio, y debe gozar de la misma protección que todas las demás, dándose la paradoja que el derecho protegería el anti-derecho. Ahora bien, la obra en sí misma no es ilícita, lo será la conducta de propagar o provocar.

En conclusión, no parece razonable otorgar protección a una obra del ingenio cuyo contenido sea considerado ilícito, de manera que el plagio en este caso no cabe que se produzca, toda vez que la obra no goza de cobertura, pero es indudable que una copia o imitación de una obra de estas características propiciará, sin embargo, la aparición de otras figuras penales, justo aquéllas que la dejaron sin protección.

---

<sup>473</sup> Bercovitz, op. cit., pág. 216, sostiene que el principio constitucional de libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica (art. 20.1, b) CE) carece prácticamente de restricciones basadas en lo que podríamos denominar el orden público moral, salvo en lo que se refiere a la protección de la juventud y de la infancia.

<sup>474</sup> Manzanares Samaniego, José Luis, Ley alemana sobre el derecho de autor y otros derechos análogos protegidos, Poder Judicial n° 26, pág. Señala que "nada impide la protección de la obra inmoral, a semejanza de lo que ocurre con un objeto cualquiera ser objeto de hurto, robo u otro delito ordinario contra la propiedad (en España, cuando tiene valor económico, y en Alemania, siempre).

## **6.2.- El plagio de otra obra plagiada.**

A iguales consecuencias que se llegaron en el plagio de obras ilícitas, debería alcanzarse en el plagio del plagio. En efecto, la obra plagiada es ilícita, y el derecho no puede proteger lo injusto, pero es que además la obra plagiada, y en esto se separa de la ilícita, no es obra intelectual, porque el plagio es justo la negación del esfuerzo intelectual creativo.<sup>475</sup>

No obstante, cabe que nos encontremos con una obra plagiaria que en parte lo sea y en parte sea original. En este supuesto, a su vez cabe contemplar que lo plagiado sea o no escindible de lo original. Si es escindible, y con independencia de que pueda afirmarse la presencia de un plagio, al suprimir la parte plagiada la obra tiene autonomía para constituirse en obra intelectual, e incluso para su difusión, y en consecuencia, el plagio de la parte original de una obra plagiaria, constituirá el delito de infracción de los derechos de autor. Si por el contrario, no es escindible, no adquirirá la categoría de obra protegida y por consiguiente, no se dará la figura del plagio.

## **6.3.- El plagio sobre obras idénticas.**

El supuesto contempla la creación fortuita de dos obras originales idénticas, que en algún caso pueden ser idénticas o en otros semejantes, pero en todo caso reconocibles la una en la otra. En estos supuestos la doctrina penal se divide en

---

<sup>475</sup> Ferré Olivé, op. cit., pág. 80. Quien plagia no puede ser considerado autor de la obra, ni puede gozar de los derechos patrimoniales y morales que brinda la LPI.



otorgar protección a una de ellas, que será la primera que se exterioriza o publica, o en otorgarla a las dos.

Algardi mantiene que debe otorgarse protección a las dos porque lo que se protege, no es la originalidad objetiva, sino la subjetiva, esto es, el esfuerzo personal del autor.<sup>476</sup> Este argumento jurídico, se completa con otro de orden lógico, pues si sólo se otorgase protección a la primera obra, quiere decirse con ello que la segunda quedaría a merced de cualquier ataque a los derechos de autor, lo que lógicamente revertiría en la obra protegida, pues si una puede ser plagiada, necesariamente la otra lo es también<sup>477</sup>.

#### **6.4.- Plagio directo sobre la misma obra.**

Hasta ahora el plagio siempre ha estado unido a la publicación, esto es, a la copia difundida. Existen casos, sin embargo, en los que modificándose la obra no se da publicación, y sin embargo, se preserva la paternidad, un ejemplo es la alteración que se introduce en un cuadro o en un diseño o proyecto de arquitectura, o en el negativo de una fotografía; o incluso se publica, como es el caso del editor que altera el manuscrito y luego lo edita.

En cualquiera de los casos expuestos se ha producido una alteración, se publique o no, pero al mismo tiempo se respeta su paternidad. No se ha sustituido por tanto al autor; no se ha producido por consiguiente, un aprovechamiento del esfuerzo intelectual del autor; y finalmente no se ha

---

<sup>476</sup> Algardi, op. cit.

<sup>477</sup> En la sólo protección de una de las obras no puede sostenerse, la prohibición de publicar, ni la consideración de plagio de la segunda obra.

violentado la relación autor-obra.

Desde esta perspectiva formal, no se da uno de los elementos indispensables para dar vida al plagio, porque el autor como tal, queda a salvo, incólume.

Pero también es verdad que la relación autor-obra, desde una perspectiva material, sí que se ha vulnerado, toda vez que el autor no creó eso exactamente, sino algo distinto que ha sido sustituido por la actividad de un tercero, esto es, la obra no es conocida del modo que la concibió el autor.

Sin embargo, el art. 24 de la LPI de 1.879 puesto en relación con el art.7 del mismo texto legal, parecía indicar que tales modificaciones, "defraudatorias" en efecto, habrían de incardinarse en la zona de vulneración de los derechos exclusivos del autor a que no se reproduzca su obra sin su consentimiento, entendiendo que la reproducción había de ser fiel a la obra, esto es, tal y como el autor la concibió y creó, pues de otro modo, de alterarse, el consentimiento desaparece.

De otra parte, y para los supuestos que no medie la reproducción, pues se ha enajenado la obra, el art. 6 bis del Convenio de Berna faculta al autor a oponerse a cualquier deformación o mutilación de su obra, u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación, lo que evidencia un aspecto civil reparador, que no penal, sin perjuicio de que poseyendo la obra el autor, una modificación de un tercero, caería dentro del delito de daños (alteraciones introducidas en una pintura).

La nueva regulación penal ha creado una agravación de las conductas de reproducir, plagiar, distribuir, comunicar públicamente, importar, exportar y almacenar, que consiste precisamente en la modificación sustancial de la

integridad de la obra (art. 534 bis b), 1, d), en la que encuentran perfecta adecuación los supuestos contemplados.

### **6.5.- El plagio inverso.**

Esta modalidad de plagio que no es tal, consiste en atribuir una obra a un autor que no la ha creado para aprovecharse de su fama y mérito. Normalmente se dará en obras artísticas, que se ejecutarán imitando hasta rozar la perfección el estilo<sup>478</sup> y temática de otro autor, y se le atribuirá su autoría con el fin de obtener cualquier beneficio que le reporte la consideración y estima que haya alcanzado el autor imitado.

La Sentencia de 14 de Febrero de 1.984, ya analizada ( y criticada) más arriba, consideró

"una de las modalidades de plagio más características" que el procesado ordenara "la fabricación de un cassette (cinta magnetofónica) en la que se contiene las canciones que creó o popularizó dicho cantante, con el título evidentemente falaz y equívoco de <<Homenaje a Julio Iglesias>> que aparece tanto en el envoltorio como en el lomo de la caja que contiene la cinta, apareciendo, la figura del cantante para mayor sensación de autenticidad, en casi toda la extensión del impreso y en la parte inferior del mismo, en letras de dos y medio milímetros el nombre de otro intérprete, aparte de emplearse letras, colores y tipografía idéntica a las empleadas en las cintas grabadas por Columbia; de tal modo que la presentación de la cinta apócrifa se presentó como si se tratara de la grabación original, con ánimo de beneficiarse con la venta de la primera; términos todos estos que acusan ya no la copia servil, sí la imitación en términos tales que habían de inducir a confusión al público comprador de la cassette sobre el verdadero intérprete de las canciones contenidas en la misma"

---

<sup>478</sup> La imitación de estilo carece de relevancia jurídica, no hay más que pensar en las diversas escuelas y corrientes.

La previa distinción que efectúa entre plagio y suplantación de la personalidad del autor, es sin duda, el origen y causa del error padecido por la Sentencia.

Roldán Barbero<sup>479</sup>, Ferré Olivé<sup>480</sup> y la CFGE<sup>481</sup>, en base a esta aislada y confusa jurisprudencia, han asimilado **usurpación de la condición de autor con suplantación de la personalidad del autor**, considerando ésta última conducta como el "hecho de atribuir a un autor una obra que no es de su creación, con el fin doloso de aprovecharse de su fama y mérito intelectual".

Por contra Vega Vega<sup>482</sup> con el auxilio que le ofrece el contenido semántico de las voces usurpar (arrogarse dignidad, empleo u oficio) y suplantar (ocupar el lugar de otro defraudándole), se muestra contrario a su inclusión en la figura del plagio, aunque estima constituye una infracción de los derechos de autor. Arroyo Zapatero/García Rivas, también consideran que son conductas distintas al plagio, e incluso ajenas a la infracción de los derechos de autor: falsedades o estafa<sup>483</sup>. En efecto, como señala Delgado Porras, "desde el punto

---

<sup>479</sup> Roldán Barbero, op. cit., pág. 921

<sup>480</sup> Ferré Olivé, op. cit., pág. 91. A pesar de inclinarse por esta interpretación, no deja de reconocer los insalvables problemas prácticos que comporta: a) Desconoce el bien jurídico tutelado; b) Si el sujeto coloca a su propia obra el nombre de una persona distinta para beneficiarse de su fama. Él es el titular de los derechos de autor sobre la obra, su obra, y, por tanto, es absurdo preguntar si cuenta o no con autorización, que es un requisito típico; y c) en la realidad habrá de sancionarse esta conducta por estafa;

<sup>481</sup> CFGE 2/1.989, op. cit., pág. 693

<sup>482</sup> Vega Vega, op. cit., pág. 209

<sup>483</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1,995.. Si la obra es original, su atribución a un autor falso sólo puede despertar en éste la indignación y

de vista técnico-jurídico esta extensión del concepto de plagio no puede reputarse correcta. El tratamiento de este ilícito tiene su sede dentro de la identidad personal y, más concretamente, en el marco de las normas que sancionan el uso indebido de otro. Con relativa cercanía, se expresa Caffarena Laporta<sup>484</sup>: La Ley de propiedad intelectual protege al autor respecto de las obras concretas y determinadas que ha creado; y en el caso que estamos examinando dichas obras si existen no se ven afectadas. La protección en el plano civil, dirigida a que se ponga fin a la falsa atribución de paternidad sobre la obra, hay que buscarla por tanto fuera del ámbito del derecho de paternidad, concretamente en la regulación del nombre y, en su caso, en la que disciplina el derecho al honor.

Un último argumento lo ofrece Gimbernat<sup>485</sup> : dado que la conducta del art. 534 bis b) 1 c) requiere que previamente se hayan realizado las descritas en el art. 534 bis a), y éste exige la autorización de los titulares, cuando se publica una obra que se atribuye a otro autor, la autorización corresponde al auténtico titular, y en consecuencia no puede haber delito.

Como se observa, la doctrina es coincidente a la hora de rechazar estas conductas como plagiarías, pero no es tan unánime sobre las acciones derivadas

---

procurar que se respete su buen nombre afectado por la creencia pública de su paternidad de una obra de escaso relieve artístico, técnico o científico. En definitiva, se trata de un problema de lesión del derecho a la propia imagen y no del derecho de autor. En el plano penal, estas conductas pudieran revestir los caracteres de un delito de falsedad.

<sup>484</sup> Caffarena Laporta, op. cit., pág. 275

<sup>485</sup> Gimbernat, Otra vez:..., pág. 110. Si yo publico una obra una novela mía atribuyéndosela a García Márquez, es evidente que que no estoy distribuyendo una obra literaria "sin la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual", ya que el titular de esos derechos sobre esa obra mía soy precisamente yo, y no el novelista colombiano."

de una suplantación de la personalidad del autor: Vega Vega, aunque no plagiaras, las considera una infracción de los derechos de autor<sup>486</sup>; Delgado Porras, invoca las sanciones del uso indebido del "nombre" de otro; Caffarena añade a la disciplina de la regulación del nombre, el derecho al honor; y Arroyo/García, incardinan la conducta en las falsedades o estafas.

A juicio de Quintero<sup>487</sup>, sin embargo, "no existe una acción penal específica apta para perseguir y castigar la utilización del propio nombre por otra persona en perjuicio a su vez de un tercero, pues la de uso de nombre supuesto tiene un fundamento y función que se apartan del problema que nos ocupa (el uso de nombre supuesto es una falsedad personal que nada tiene que ver con la falsificación de las obras de arte)"; todo sin perjuicio, de que las conductas sean inscribibles entre la falsificación y estafa.

Así las cosas, las conductas antes descritas, siendo de carácter penal, caerían dentro de la falsedad y estafa y no de la infracción de los derechos de autor, aún cuando éste resulte perjudicado.

#### **6.6.- Las "Cover Version"<sup>488</sup> y el plagio.**

---

<sup>486</sup> Quintero, op. cit., pág. 64 y 65 considera, por su parte, que no sólo no es aplicable el plagio (utilización de la obra de otro como propia, y aquí se usa el nombre de otro para vender la propia obra), sino que tampoco tiene cabida en la reproducción porque las creaciones son ex novo.

<sup>487</sup> Quintero, op. cit., pág. 64.

<sup>488</sup> Es un género fonográfico que se presenta bajo las siglas CV, y responde a lo que la industria discográfica denomina series o grabaciones baratas.

Para un análisis del fenómeno de las cover version<sup>489</sup>, sirva de guión, una vez más, la Sentencia del TS S2<sup>a</sup> de 14-2-84 que se pronuncia sobre un supuesto en el que "el procesado ordenó la fabricación de un cassette (cinta magnetofónica) en la que se contiene las canciones que creó o popularizó dicho cantante (Julio Iglesias), con el título evidentemente falaz y equívoco de "homenaje a Julio Iglesias" que aparece tanto en el envoltorio como en el lomo de la caja que contiene la cinta, apareciendo la figura del cantante para mayor sensación de autenticidad, en casi toda la extensión del impreso y en la parte inferior del mismo, en letras de dos y medio milímetros el nombre de otro intérprete, aparte de emplearse letras, colores y tipografía idéntica a las empleadas en las cintas grabadas por Columbia".

La Sentencia es criticable, ya no sólo porque no es indiferente que las canciones fueran creadas o popularizadas por el cantante, o que no se determine la extensión del título del cassette para que pudiera ofrecerse una correcta comparación con las dimensiones del nombre del intérprete que ejecuta las canciones, sino, y especialmente, porque confunde la imitación de la ejecución de la obra, con la copia de la obra misma. En cualquier caso, la S S2<sup>a</sup> de 30-5-84 que es un desarrollo de la de 14-2-84, incluye como elemento esencial para estimar la comisión de un delito de infracción de los derechos de autor, que "la versión fue interpretada por distinta voz y con distinto acompañamiento orquestal, pero haciendo en la interpretación del cantante y en el conjunto de la impresión discográfica una muy perfecta imitación de la versión de discos Columbia".

---

<sup>489</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág.,162, las denomina plagio de grabación que no es en sentido jurídico un plagio, ni una usurpación del nombre, pues no implica apropiación de lo ajeno para presentarlo como propio.

¿Y cómo podía ser de otro modo?. Si es una versión de una canción no se comprende cómo se podía variar la interpretación del cantante, puesto que como se reconoce, estaba interpretada por distinta voz y con distinto acompañamiento musical.

Confundía la Sentencia, pues, la sustitución del autor con la del intérprete (con la nueva regulación esto resulta ahora irrelevante), y la copia con la imitación. El autor no ha sido sustituido, es el mismo; los autores de las composiciones musicales, música y letra, se presentan como tales, luego el autor no ha sido olvidado, suprimido o alterado. Ni siquiera el intérprete, que según la posición que en aquél entonces se adoptase acerca de los derechos conexos o vecinos tendrá derechos o no a la protección de sus interpretaciones, ha sido sustituido, pues la interpretación la ejecuta otro cuyo nombre aparece "sobreimpresionado". Por consiguiente, la relación autor-obra no ha sido desnaturalizada, y tampoco incluso la del intérprete. Es más, no se ha copiado una obra, se ha efectuado una versión, un modo de entender o ver una cosa; se ha imitado a lo sumo un modo de interpretar, pero no se ha copiado, pues la autoría se ha atribuido a su verdadero autor; a lo más ha habido una imitación del estilo del intérprete.

Estimar que la cover version es una de las modalidades de plagio más características, es una desafortunada afirmación que proviene de un defectuoso entendimiento de la figura del plagio. La Sentencia estudiada de 14-2-84 entendía el plagio como toda conducta que, "trata de copiar la obra original o auténtica (ya de una manera servil o falsificación, ya de manera que induzca a error sobre la autenticidad o imitación), ya sea de modo total o parcial". De esta doctrina, que era aplicada al supuesto de las cover-version, extraía la Sentencia la conclusión de la concurrencia del plagio.



De los dos modos de plagio, el más burdo es la copia-reproducción, que incluso es asimilada a una falsificación, y el más sutil es la copia disfrazada, enmascarada y hábilmente disimulada, al que se añade que induzca a error sobre la autenticidad o imitación. Y es la desacertada interpretación de este tipo de plagio lo que llevó al TS a considerar plagiaria la cover-version, sin percatarse que la copia que induzca a error sobre la autenticidad o imitación, debe conllevar la sustitución del autor, pues ya se ha dicho que el autor más que la obra es quien sufre este tipo de atentados, habida cuenta de que el error que se debe crear es sobre la autoría, es decir, que presentada una obra bajo la firma de un autor se haga creer al público que es una obra original, que es producto de un acto creativo del autor que la firma, cuando en realidad pertenece a otro a quien ni se nombra, ni se cita. Pero cuando el autor se conserva, y sólo se imita el modo de hacer del intérprete, que no es autor en sentido estricto, no cabe error posible concurrente en la figura del plagio.<sup>490</sup>

El error a que hace mención la Sentencia ha de situarse, en todo caso, dentro de la estafa al comprador de la cassette, o quizás más bien dentro de la publicidad engañosa, pero en ningún caso en la figura del plagio<sup>491</sup>.

Cabría, no obstante, la infracción de los derechos exclusivos "puesto que el

---

<sup>490</sup> Gómez Benítez, op. cit., pág. 163 y 164. En la misma dirección, apunta que la interpretación ajena imitada no se presenta como propia, sino que, por el contrario, lo que sucede es que se presenta como ajeno lo propio, pues es absolutamente irrelevante la identidad del intérprete de la imitación, que, incluso, es prescindible.

<sup>491</sup> La referencia que la Sentencia hace a la tipografía, de estimarse ésta una marca o signo comercial, pudiera incardinarse su imitación dentro del campo de la competencia ilícita, Ley de 1902, Título X, pero en ningún momento se hace mención a que se encuentre registrada, que sea marca comercial, y que sea propiedad industrial. Las Cover Version, no obstante, por su propia naturaleza no debe transcribir el sello de la editorial competidora.

cantante en su calidad de intérprete vocal -dice el factum- cede el derecho a toda clase de grabaciones (incluidas cassettes) para su explotación y venta en todo el mundo en la forma que "Columbia" estime oportuna, sin limitación alguna, reconociéndose a esta empresa la propiedad absoluta de tales grabaciones, junto con el derecho de exclusiva fabricación, impresión y venta; términos del contrato de cesión tan categóricos y expresivos que por sí solos bastan a desestimar, lo mismo que el primero por las razones antedichas, el motivo segundo del recurso en examen".

Se equivoca aquí también el Tribunal. El cantante, en efecto, había cedido todos los derechos sobre sus grabaciones, pero sólo sobre sus grabaciones, como no podía ser de otro modo, y en ningún caso sobre las composiciones, que no le pertenecen, al menos todas; y aquellas creadas por él, estaban autorizadas las versiones por la SGAE<sup>492</sup>, pues de otro modo ningún intérprete, orquesta o grupo podría interpretar tales canciones, hecho no cierto.

Así pues, la exclusividad residía únicamente en sus interpretaciones, pues "el cantante en su calidad de intérprete vocal", no de autor, "cede el derecho a toda clase de grabaciones", de sus interpretaciones. Luego, sólo la reproducción de las mismas supondría, en su caso, un hecho antijurídico.

---

<sup>492</sup> Es por esta razón, a decir de Miserachs Rigalt-Miserachs Sala, Ensayo sobre la protección jurídica de los fonogramas, Revista Jurídica de Cataluña, Julio - Septiembre, 1.982, págs. 114 y 115, que tampoco origina "defraudación" de la propiedad intelectual.

## VII.- OBJETO

Habiendo realizado por separado el estudio del bien jurídico protegido, es obvio que el objeto sobre el que versa este capítulo está dedicado al objeto material que por la posición mantenida no puede identificarse con el bien inmaterial que sostiene algún sector de la doctrina y la propia jurisprudencia, que irremediablemente por caminos oscuros y confusos llega a considerarlo, por derivación, el mismo que aquí sostenemos y que no podía ser otro, la obra intelectual, que debe ser materializada mediante un medio expresivo cual fuere, diríase que sin límite alguno, pues cualquiera de los elegidos no es sino una alternativa de las posibles.

Otra cuestión es la vieja discusión del concepto que otorguemos a la obra intelectual o a la creación misma, que dependerá de la postura que adoptemos, pero en cualquier caso se viene a coincidir en la necesidad de la exteriorización del proceso íntimo de creación para que el derecho se encuentre interesado en ofrecer protección.

Nuestra posición no deja lugar a dudas, la obra culminación y final del proceso creativo, núcleo esencial de su elaboración, es el objeto. Mas no debe entenderse como formulación absoluta, fría y aislada, pues ésta se halla unida indefectiblemente al autor, es hija de éste y participa de los elementos personales que el autor, obligadamente, ha proyectado en ella. Es una propiedad dotada de contenido afectivo, y por tanto falta de la pureza imprescindible para quedar

regulada bajo el patronato de la propiedad común, de tal manera que le es exigible la conjunción de los dos elementos ya conocidos, el personal y el patrimonial para que sea susceptible de protección; el personal queda representado desde el mismo momento en que se crea por la misma actividad del autor; el patrimonial en cuanto es susceptible de explotación o al menos y siempre mantiene vocación patrimonial.

## **1.- Características que deben reunir la obras**

### **1.1.- Materialización por medios expresivos.**

La obra intelectual es una realidad y no una pura idea, ni un contenido mental, ni una abstracción. La obra es siempre un hecho, algo que acaeció un cierto día, un quid irremediable. Pensar no es en sí mismo crear, sino realizar una función vital humana tan imprescindible como respirar o alimentarse. La creación espiritual requiere, pues, en mayor o menor medida, el contacto directo con unos materiales, con unos elementos sensibles que realizan una función instrumental y representativa indispensable <sup>493</sup>.

En efecto, lo que hemos denominado exteriorización de lo íntimo a través del proceso creativo en sus distintas etapas es lo que interesa al derecho, y por consiguiente, sólo cuando se pone en armonía el pensar con la actividad individual genial, y se plasma en una cosa, lo hace identificable, de tal manera que el argumento de una obra sólo será protegible en cuanto corresponde a una obra materializada, con independencia de que el soporte sea tangible o intangible (art.

---

<sup>493</sup> Baylos, op. cit., pág. 481

10 LPI)

El contacto material de las ideas con los medios expresivos, convierte la actividad común en excepcional, como el lienzo (medio expresivo) se convierte en obra artística cuando en el mismo se plasman ideas, sensaciones y emociones, y se plasman de una manera determinada, porque esa forma es otro elemento de igual importancia a la hora de otorgar protección que el de la propia idea o el de su conjugación para materializarla.

El creador ha elegido un medio de los medios posibles que hubiera podido elegir, mas ha elegido ése en concreto y lo ha realizado organizando positivamente su estructura, que no es sino también un signo distintivo de su actividad creativa<sup>494</sup>.

## 1.2.- Originalidad

López Quiroga<sup>495</sup>, opina que "es necesario que la obra sea original, es decir, que las ideas, fondo de la misma y los elementos de expresión estén

---

<sup>494</sup> En igual sentido se manifiesta, Rogel Vide, Carlos Autores, coautores y propiedad intelectual, Ed. Tecnos 1.984, pág. 57: Para que pueda hablarse de obra original no basta con tener una idea más o menos ingeniosa o nueva; es necesario, además, plasmar ésta, materializarla de modo correcto.

<sup>495</sup> López Quiroga, Julio, op. cit., pág. 17. En parecidos términos se expresa Azema, M., De la responsabilité civile de l'écrivain, Burdeos, 1.935, citado por Lasso de la Vega, Javier, El contrato de edición o los derechos y obligaciones de autores y editores, Madrid 1.949, pág 121, para quien hay creación intelectual, cuando el autor, combinando los elementos que le facilita el fondo común de las ideas, produce un todo nuevo.

combinados con tal arte, que den a las obras personalidad propia y características que la diferencien de las demás".

A todo ello habría que añadir el significado de la obra, la metodología del proceso creativo, y los medios expresivos que dan forma a los símbolos que la obra encierra.

No obstante, por la complejidad del mecanismo de creación, por las múltiples variantes que participan en la elaboración de la obra, puede introducirse una definición de carácter negativo y universal en relación con el plagio. Es original todo aquello que no es plagio. Afirmación que no puede invertirse, pues no toda falta de originalidad conduce necesariamente al plagio.

La definición negativa ofrece la particularidad de explicar la no exigencia de la novedad, lo que permite aceptar distintos grados de originalidad.

Bercovitz<sup>496</sup>, divide la originalidad entre novedad objetiva y subjetiva. En su opinión de la originalidad que habla el art. 10, se trata de la objetiva. "La exigencia, debe ser de novedad objetiva. La mera novedad subjetiva daría lugar a un sistema de protección de la propiedad intelectual un tanto caótico. Por lo pronto se propiciaría la confusión y la incertidumbre, puesto que lo importante en cada caso sería probar que, a pesar del parecido a la igualdad con una preexistente, no se copió.

Por contra, Desbois<sup>497</sup> otorga a la **originalidad** una noción **subjetiva** y

---

<sup>496</sup> Bercovitz, op. cit., pág. 208 y 209,

<sup>497</sup> Desbois, Henri, op. cit., págs. 5 y ss.

a la **novedad** una noción **objetiva**, entendiendo la primera como contenido ideológico de la obra y la segunda como su forma de expresión, la diferencia entre originalidad, noción subjetiva, y novedad, noción objetiva, constituye una de las piezas maestras del contraste que existe entre las instituciones de la propiedad intelectual e industrial. Una de las condiciones de las patentes reside no en la originalidad en sentido subjetivo, sino en la novedad en sentido objetivo. La novedad es exigida para la patentabilidad porque se protege el interés general de la sociedad y no el particular de los inventores. En los derechos de autor, sin embargo, constituyen los modos de expresión del respeto debido a las obras del espíritu y a sus creadores.

La distinción es, pues, acertada porque de este modo la novedad puesta en relación con la originalidad permite explicar satisfactoriamente los distintos grados de originalidad, de tal manera que así como el primero de los requisitos, el de la originalidad, no puede dejar de concurrir en la obra digna de protección, la novedad sólo representa una circunstancia, más de carácter estético que de esencia, pues no toda obra original debe obligadamente ser novedosa, aunque sí toda obra novedosa debe ser original por su propia naturaleza.

Así, de este modo se explica la aparición de obras relativamente novedosas en cuanto al tema que se trata, obras didácticas u obras de cultura general, o hasta situadas en el mismo tiempo y contexto, que desarrollan variantes altamente originales que no representan novedad alguna y que vienen a completar las distintas alternativas creativas, que en algunos casos es hasta exigible que sean tratadas por el mismo o distinto autor desde perspectivas diversas.

En estos supuestos contemplados, la protección alcanza plenamente también a este tipo de obras de forma autónoma, y sólo cuando nos encontremos ante

supuestos de obras derivadas (originalidad derivada), la protección dependerá de la autorización otorgada por el autor de la obra preexistente para la creación de la segunda obra.

### **1.3.- Formas de manifestación**

Esta tercera característica es consecuencia directa de la primera de ellas, la de la materialización por medios expresivos, es decir, que como hemos indicado, las ideas no son objeto de protección salvo que se materialicen en alguna forma expresiva, y estas formas expresivas deben circunscribirse a las expresadas en la LPI vigente, y en ese sentido la Sentencia del TS de 18 de Noviembre de 1903, en clara referencia a la de 25 de Abril de 1900, declaraba que para que "las ideas constituyan propiedad privada a que se apliquen las disposiciones legales reguladoras del dominio, es preciso que se hayan manifestado en alguna de las formas de que hace expresión la ley especial de 10 de Enero de 1879, sin que fuera de ella puedan constituir materia de apropiación tanto por carencia de precepto legal que lo disponga, tanto porque la naturaleza y conexiones de la inteligencia humana impida que el mero pensamiento, no contenido dentro de los moldes expresados en la Ley de Propiedad Intelectual, tenga que ser atribuido exclusivamente a un sólo individuo en las condiciones y de la manera necesarias para constituir, en la esfera coercitiva del derecho, objeto apropiable que lo pueda ser de reivindicación e indemnización".

La vinculación de las formas de manifestación para la consideración de objeto protegible a las que se recojan en la LPI, tiene una doble dimensión: **en relación a los límites, y a la vinculación con el tipo penal.**



Los límites vienen determinados por la naturaleza de la creación<sup>498</sup>, esto es, literaria, artística o científica, concretada en un medio expresivo, tangible o intangible, conocido o por conocer. Siendo esto así, la relación contenida en el art. 10.1, no puede ser sino meramente **ejemplificativa**<sup>499</sup>.

La vinculación al tipo, al objeto material, es una consecuencia de lo expuesto, pues el art. 534 bis a) guarda una parcial coincidencia con el objeto descrito. Las modalidades comisivas están puestas en relación con las obras literarias, artísticas y científicas, pero también con su transformación, o con una interpretación o ejecución. De tal manera que todas las obras objeto de propiedad intelectual son objeto de protección penal cuando se las reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente sin autorización de sus titulares o cesionarios, y además lo serán por asimilación las transformaciones, y por extensión las interpretaciones y ejecuciones artísticas, de las que únicamente se exige que queden fijadas en cualquier soporte<sup>500</sup>.

Todo ello trae como consecuencia, que no caben más objetos protegidos que los taxativamente fijados en el art. 534 bis a), si bien el concepto de obra literaria, artística y científica es de carácter abierto. Por este motivo no tiene toda

---

<sup>498</sup> El concepto de creación ya lleva ínsito el de originalidad.

<sup>499</sup> Quintero, op. cit., pág. 37. Se manifiesta en el sentido del texto, y añade que el art. 10.1, además de hacer mención a todas las obras literarias, artísticas o científicas, reseña una serie de creaciones advirtiendo que estas quedan comprendidas entre ellas (las creaciones).

<sup>500</sup> Como atinadamente observa Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.992, la transformación, interpretación y ejecución artísticas son objetos materiales y no conductas. Y los objetos materiales, no tienen que ser, en todos los casos, copias ilícitas, como ya se ha señalado al analizar las modalidades comisivas.

la razón Quintero<sup>501</sup> cuando excluye la producción fonográfica del objeto material. Se funda, básicamente, en que la obra fonográfica no es una obra literaria, artística o científica porque el fonograma no está incluido en el art. 10 LPI. El argumento es rechazable, y contradictorio con la interpretación que líneas más atrás ha efectuado sobre el art. 10 LPI. En efecto, Quintero se había pronunciado en relación con dicho artículo a favor de un catálogo abierto de obras, sin que ello pusiera en peligro la seguridad jurídica, porque "las notas de originalidad y el carácter artístico, literario o científico de la creación pueden ofrecer una base sólida a los Tribunales para poder apreciar, por concurrencia de lo esencial, la existencia de una creación comprendida en el ámbito de protección de la LPI y, desde ella, en el propio CP".<sup>502</sup>

Pues bien, que la obra fonográfica sea objeto material, no dependerá de que se encuentre incluida en la relación ejemplificativa y abierta del art. 10, sino precisamente de que goce de los rasgos de originalidad y del carácter de literaria, artística o científica. Desde esta perspectiva se estará en condiciones de rechazarla, y ciertamente es rechazable, pero por motivos distintos a los esgrimidos por Quintero.

Es rechazable porque el art. 534 bis a) no protege la cosa, el corpus mechanicum, sino el contenido del mismo. Por ese motivo la sustracción de un manuscrito no es un delito contra la propiedad intelectual, porque (aparte de que no se ajusta a las conductas descritas en el art. 534 bis a)), la protección no es a la cosa material sino a la obra como creación intelectual<sup>503</sup>. El fonograma es un

---

<sup>501</sup> Quintero, op. cit., pág. 52 y 53

<sup>502</sup> *Ibidem*, pág. 38.

<sup>503</sup> En el mismo sentido Arroyo, op. cit., pág. 1.992.

corpus mechanicum, no mysticum, que tiene la virtualidad de fijar una ejecución artística. En el fonograma no hay nada más que la propia ejecución, a diferencia de otras fijaciones como las audiovisuales en las que se crea una obra distinta y nueva. Y si ello es así, **el objeto a proteger es la interpretación fijada en el soporte, pero no el soporte mismo.**<sup>504</sup>

### 1.3.1.- Medios expresivos protegibles

La Ley de Propiedad Intelectual de 1.879 en un intento de abarcar todas las manifestaciones del ingenio cayó en la confusión de definir las obras protegidas desde un doble concepto, pues a pesar de que en su artículo 1º hacía mención a una división de las obras en razón a su naturaleza (obras científicas, literarias o artísticas), exigía de manera velada la publicación como requisito ineludible para otorgarles protección, sin embargo, la publicación no es necesaria para que las obras se encuentren protegidas; muestra de ello eran los supuestos del artículo 8 y de alguna manera lo dispuesto en el artículo 37 de la citada Ley.

Por otra parte, el artículo 1º del Reglamento, que sigue vigente, olvida la determinación de las obras por su naturaleza y basa su protección, bajo la definición de producción y publicación, a que se acojan a alguno de los

---

<sup>504</sup> Baylos, Acotaciones..., pág. 543 y ss. La obra emitida tiene entidad independiente, sin que pase en ningún momento a convertirse en una obra "radiofónica", ni siquiera cuando se emite una grabación previamente dispuesta. Esa grabación, emitida luego, habrá sido sólo el registro de una verdadera obra, que existe fuera de la grabación y fuera de la emisión. Suce algo análogo a lo que ocurre con la llamada obra fonográfica. Tampoco ésta es una creación en el sentido de las obras protegidas por la propiedad intelectual, que se constituyen siempre como el resultado personal de la utilización de medios expresivos determinados. Aquí no hay sino la fijación técnica de los medios expresivos integrantes de la obra simplemente registrada.

procedimientos que describe: la escritura, el dibujo, la imprenta, la pintura, el grabado, la litografía, la estampación, la autografía y la fotografía.

Común a esa doble definición, que confunde el **concepto de obra** y los **medios de publicación de la misma**, aparecía, rompiendo un casuismo imposible de concretar de los medios de impresión o reproducción, la fórmula "pueden darse a luz por cualquier medio", "o cualquier otro de los sistemas impresores o reproductores conocidos o que se inventen en lo sucesivo". Obsérvese que bajo estas expresiones se pretendía dar cobertura a cuantas obras pudieran en el futuro publicarse mediante métodos que se preveían que fueran distintos o novísimos a los conocidos; mas producto de la confusión definitoria a que nos hemos referido, las obras no son protegidas por sí mismas sino por el sistema de publicación que adopten, concepto rechazable porque lo protegido reside en el núcleo creacional independiente de su publicación, hasta tal punto que una obra al publicarse sólo ha cubierto una de las múltiples alternativas a que puede dar lugar; y otras de esas obras pueden ofrecer multiformes publicaciones.

El Convenio de Berna después de declarar que el objeto del mismo es la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, en su artículo 2.1, desarrolla un concepto más perfeccionado de los términos obras literarias y artísticas, bajo la definición de producciones en el campo literario y artístico **cualquiera que sea el modo o forma de expresión**; y a continuación describe a modo de ejemplo a los libros, folletos y otros escritos, las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza, las obras dramáticas o dramático- musicales, las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematográfica; las obras de dibujo, pintura, arquitectura,

escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la tipografía, a la arquitectura o a las ciencias.

La Convención de Ginebra aproximándose más a la definición de obras en relación a la naturaleza de las mismas, hace dejación del concepto de forma de expresión a que hacía mención el Convenio de Berna que, aunque más ajustado que el de producción de la legislación especial, seguía siendo inapropiado para tal definición, y en su artículo 1 dispone la protección sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura. La redacción de este artículo, a pesar de haber abandonado el concepto forma de expresión, es implícito a los ejemplos que en el mismo se ofrecen, y al constituirse en *numerus clausus* pudiera interpretarse que algunas de las obras que no aparecieron bajo las denominaciones dichas quedasen desprotegidas, lo que no sería cierto de acudir a una definición más amplia en la que fuera innecesaria la mención de supuestos algunos que a modo de ejemplo se describen junto a los conceptos cuasi-definitorios.

La nueva LPI recoge con mimetismo la formula del Convenio de Berna, y el término "expresadas" se limita a requerir la exteriorización de las ideas, su plasmación para otorgarles protección, sin que por tanto, sea necesaria su divulgación o su publicación, y menos su inscripción registral, basta que sea perceptible o pueda serlo.<sup>505</sup>

---

<sup>505</sup> Bercovitz, op. cit., pág. 215. Señala que aún cuando no es necesaria la divulgación, publicación o inscripción, semejantes actuaciones pueden repercutir en el mayor o menor nivel de protección o en una mayor o menor eficacia de la misma.

### 1.3.1.1.- Concepto de obra

Conviene pues establecer un concepto claro de obra protegida separándola del concepto de medios de reproducción al que hasta ahora había quedado unida en las disposiciones legales por no haberse distinguido con nitidez entre los conceptos de medios expresivos, medios de reproducción y obras del ingenio.

Para la consideración de obra del ingenio es necesario acudir al concepto de medios expresivos porque éste es inherente a la propia obra que le califica como tal a efectos de protección, sin embargo, no toda forma de expresión constituye una obra protegible y sobre todo la forma de reproducción es ajena al concepto de obra.

Que la forma de expresión es elemento cualificador de la obra intelectual es producto de la necesidad de que las ideas queden fijadas en un soporte material, pero en ningún caso que ese soporte material deba ser reproducido. Puede hablarse a lo sumo de géneros de obras pero nunca de formas de reproducción de las mismas.

El concepto de obra debe quedar definido única y exclusivamente por su naturaleza, es decir, que atienda a una obra literaria, artística o científica<sup>506</sup> y

---

<sup>506</sup> Danvila y Collado, Manuel, La Propiedad Intelectual, Madrid, 1.882, pág. 338 y 339, las denomina así: **Por obras científicas** deben entenderse todas las manifestaciones del pensamiento humano que sean verdades evidentes y generales subordinadas á un mismo fin, acerca del cual se deduzcan consecuencias necesarias y ciertas, por medio de la observación, la razón y la experiencia. **Obras literarias** son aquellas que realizan ó manifiestan esencial ó accidentalmente la belleza por medio de la palabra ó la escritura. **Y obra artística** será la que representa un esfuerzo de aspiración al bien por medio de la belleza

que reúna las características de originalidad con función expresiva y con aspiración a creación.

Así pues, bastaría la mención a ese grupo de obras estudiadas, atendiendo a la naturaleza dicha, para completar la adecuada protección a las mismas, y, conjunta o separadamente, establecer los requisitos o elementos que las conceptúan como tales.

Ahora bien, que una obra intelectual debe de estar comprendida en ese círculo de: literarias, artísticas y científicas, es decir, poco o nada, porque se convierte en una respuesta circular, que aporta leves datos a la hora de determinar el concepto de obra. Para abordar con éxito esta cuestión, es preciso no olvidar que estamos en presencia de una creación espiritual, y como ha puesto de manifiesto Baylos<sup>507</sup>, no cabe "identificar la creación intelectual con un ejemplar cualquiera en que se manifieste. No es, pues, admisible, porque equivale a confundir lo que es una cosa con lo que significa". Porque "en la estatua no hay por un lado el mármol y por otro la figura ideal que materializa: separar ambas cosas no es sino el resultado de una abstracción. La estatua es aquel mármol concreto, con todas sus cualidades visibles, portadoras de su sentido escultórico. La creación es esa realidad material expresiva, a la que hay que atribuir -por sus proporciones y formas- la significación de una estatua".

---

perceptible á la vista ò al oído.

<sup>507</sup> Baylos, op. cit., pág. 477-478. Apoya esta concepción en la idea de que la realidad contiene un significante que está referido al mundo de los valores (concepto de objeto cultural), y este objeto significante, no es más que un símbolo, porque el hombre más que racional es un ser simbólico".

### **1.3.1.2.- Obras "novísimas". Medios expresivos electrónicos e informáticos**

La previsión de que hacía gala el artículo 1º de la LPI y su Reglamento permitió dispensar protección a manifestaciones del intelecto que ni siquiera podían sospecharse al momento de aprobarse los citados textos legales.

La doctrina ha mantenido disquisiciones puramente banales a la hora de estudiar los medios expresivos, que algún sector con indudable desacierto ha denominado novísimos.

La discusión ha girado fundamentalmente sobre si la ley especial venía a recoger el supuesto contemplado por las nuevas formas de aparición de las obras intelectuales, cuando en realidad el interés radicaba en la consideración de si, en primer lugar, podían entenderse como obras del ingenio; en segundo lugar, si esta era original; y en tercer lugar, la circunstancia de tener vocación expresiva, pues de acontecer y concurrir conjuntamente los requisitos dichos, es evidente que debieran encontrarse amparadas por la ley especial.

Otra cosa es que por sus especiales características esas obras requiriesen una adecuada reglamentación, mas esto es puramente accesorio y no afecta a lo esencial de la protección.

A resultas de la aparición de los nuevos fenómenos de creación intelectual, se entendía que existía la necesidad de una mejor protección a través de disposiciones legislativas específicas, que venían a trastocar en algún caso los principios generales inspiradores de la propiedad intelectual, en especial el concepto de autor que resultaba, al menos, dispar.



Es así como apareció la Orden del Ministerio de Educación Nacional de 1.942 relativa a los productores de fonogramas, la de 15 de Junio de 1.959 del mismo Ministerio, norma relativa a transmisión por TV y la Ley 17/66 de 31 de Mayo sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas.

La nueva LPI recoge expresamente estos nuevos medios expresivos, que por su singularidad serán analizados separadamente.

#### 1.3.1.2.1.- Vídeo

El vídeo es definido por Xavier O'Callaghan<sup>508</sup> como un sistema técnico de reproducción audiovisual de música e imagen. La definición es incompleta e inexacta. Carlos Rogel<sup>509</sup> lo define a su vez citando la Enciclopedia Práctica del Vídeo como la grabación o reproducción por procedimientos magnéticos de imágenes y sonidos sincronizados.

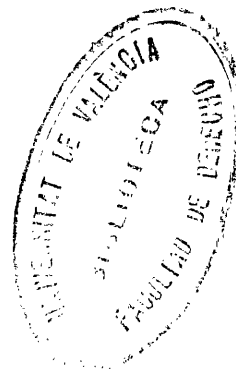
A los efectos que aquí nos interesan vídeo o videograma vendría a ser el soporte materializador de la obra del ingenio, o bien un medio expresivo de plasmación electrónica de secuencias de imágenes que permiten ser acompañados de sonido.

El carácter de obra intelectual acogido a este soporte nadie viene a discutirlo y a pesar de ello sigue siendo objeto de gran controversia la efectiva protección

---

<sup>508</sup> O'Callaghan Muñoz, Xavier, El vídeo como objeto de la propiedad intelectual, Revista de Derecho Privado, Noviembre 1.982.

<sup>509</sup> Rogel Vide, Carlos, El vídeo y la propiedad intelectual, Revista La Ley, 27-28 de enero de 1.983.



a la misma.

O'Callaghan y Rogel Vide vienen a coincidir en la evidente analogía entre los vídeo-gramas y las obras cinematográficas<sup>510</sup>. Sin embargo, acudir a la analogía carece de sentido por cuanto el videograma es naturalmente una obra cinematográfica y lo único que les diferencia es el soporte, químico uno, y magnético el otro, mas su contenido, la secuencia de imágenes en las que pueden concurrir sonidos, es idéntico, pues de entenderlo de otra manera nos encontraríamos en la necesidad constante de establecer analogías impropias de todo rigor jurídico cuando nos hallemos ante una materialización de obras de arte de tipo escultórico: bien en mármol, bien en piedra o barro, bronce o hierro.

Así pues, venimos a concluir que el medio expresivo y la naturaleza del videograma es la misma que la cinematográfica, y que la diferencia obedece no a la esencia de la obra intelectual, que como hemos dicho es idéntica, sino al proceso industrializador del soporte<sup>511</sup>. Un ejemplo clarificador por lo similar y reciente es la dicotomía de soporte en las obras fonográficas: discos y cassettes.

---

<sup>510</sup> Callaghan Muñoz, Xavier, op. cit..Rogel Vide, Carlos, op. cit. Acuden estos autores a la analogía con las obras cinematográfica, sin duda, porque se fijan en el artículo 1-2)-VI de la Ley Tipo de Túnez que distingue entre obras cinematográficas, radiofónicas y audiovisuales, sin tener en presente, que como el propio Rogel Vide, confirma: La ley tipo de Túnez carece de carácter vinculante, no pasando de ser una sugerencia, una recomendación, si se quiere.

<sup>511</sup> Delgado Porras, Antonio, La Propiedad intelectual y la explotación videografica en las obras del ingenio, Revista de Derecho Privado, 1.983, pág. 1.127. Disiente del sentido del texto porque según su opinión "lo que caracteriza al videograma son las específicas posibilidades de utilización económica de su contenido intelectual que el mismo lleva aparejadas y que no son plenamente coincidentes". La distinción no se sostiene, tan obra fonográfica es el disco, que el cassette, por mucho qu éste último permita un "tránsito del uso público al uso ( y al abuso) privado". La naturaleza de una obra no se determina por sus medios de explotación, sino por sus medios de fijación y comunicación.

La nueva LPI ha reforzado esta idea regulando conjuntamente ambos soportes bajo la formula de obras audiovisuales (art.86: Todas las obras enunciadas en el presente artículo se denominarán en lo sucesivo obras audiovisuales).

Lo realmente inquietante y por ello se han producido las distorsiones a que hemos hecho referencia, es el fácil acceso a este tipo de obras que alcanzan una magnitud importante para los autores de las obras plasmadas en este soporte y la industria del videograma.

El control que requiere la protección de estas obras, si pensamos que nos encontramos en su momento más álgido, es difícil de conseguir debido a lo fácil de reproducir y la calidad que se obtiene. Es la intensa demanda de este tipo de obras, lo que ha facilitado la aparición de canales de comercialización donde es sencilla la distribución de lo que impropriadamente se ha llamado piratería del vídeo, junto a las emisiones de carácter vecinal por medio de empresas dedicadas específicamente a este tipo de actividad.

Así pues, el vídeo es una obra intelectual protegida por el ordenamiento jurídico al igual que las restantes, y sólo en los supuestos para enervar los efectos económicos de la copia privada, resulta adecuada una medida complementaria de imposición económica para hacer efectivos los derechos de explotación del autor al modo de lo previsto en el art. 25 LPI. El mismo supuesto concurre en las obras fonográficas, y también la medida compensatoria está prevista.

#### **1.3.1.2.2.- Programa, soporte y obra creada por ordenador.**

Tantos unos como otros, de reunir la condición de originales y siendo como son obras del ingenio, se encuentran amparados por la protección del derecho de autor.

En la originalidad es donde reside el verdadero problema que es sencillo de identificar en los programas y en los soportes de éstos, mas en las obras producidas por un ordenador se pueden dar distintas situaciones, merecedora cada una de calificación aparte.

Carlos Rogel Vide, citando el informe del grupo de trabajo organizado conjuntamente por la Unesco y la Ompi, transcribe: "Si el programa puede dar lugar a cierto número de resultados diferentes y la elección final la realiza una tercera persona, es discutible la cuestión de la paternidad. Se expresa la opinión de que, en este caso, la simple elección no puede considerarse como elemento de creación". "La composición musical asistida por ordenador (en que el compositor pide a la máquina que explore todas las posibles consecuencias de una norma o todas las ramificaciones de un esquema variable) no ha parecido que pusiera en juego un elemento lo suficientemente nuevo, ya que la partitura no se elabora automáticamente, sin intervención del compositor. En este caso, el ordenador es solamente un sistema técnico cuya función es comparable al del aparato fotográfico en la ejecución de una fotografía". "En cuanto a los demás tipos de utilización de un ordenador (composición por manipulación de información musical, síntesis y tratamientos de sonidos, mezcla de esas técnicas y lo que se ha venido en denominar obra matriz), el grupo de trabajo expresó la opinión de que deberían considerarse como géneros diferentes de adaptación a las que son aplicables las disposiciones apropiadas del derecho de autor". "Cuando se debatió la cuestión de la creación de obras de artes plásticas y composiciones literarias, el grupo de trabajo estimó que las opiniones expresadas anteriormente deberían

aplicarse -mutatis mutandis-, a estas categorías de obras"<sup>512</sup>.

El art. 96.1 LPI define el programa de ordenador como toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación<sup>513</sup>. Junto al programa de ordenador se protege la documentación técnica y los manuales de uso de un programa-soporte lógico- (art. 96.2 LPI). Y por último, existe concurrencia protectora con la Ley de Propiedad Industrial, en los casos de que los programas de ordenador formen parte de una patente o un modelo de utilidad (hardware) , art. 96.3.

Un programa puede, pues, obtener una triple protección simultánea a través del derecho de autor, del derecho de patentes (si está incluido en una invención que tanga aplicación industrial - Art. 52.2 y 3 Convenio de Munich-), y del derecho de marca si está inscrito el título del programa en el Registro de Marcas y es original (art. 3.2)<sup>514</sup>.

Aspectos relevantes desde el plano penal es que cae en dominio publico y por tanto es reproducible, a diferencia del resto de obras, transcurridos

---

<sup>512</sup> Rogel Vide, Carlos, Autores, coautores y propiedad intelectual, Ed. Tecnos 1.984, pág. 62 y 63.

<sup>513</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 143 a 152, Destaca de la definición tres aspectos: su **funcionamiento** (secuencia de instrucciones o indicaciones), **destino** (un ordenado o sistema informático) y su **función** (realizar una función o tarea u obtener un resultado determinado).

<sup>514</sup> Aresti Gutierrez, Enrique. La protección jurídica de los programas de ordenador en España, a través del Derecho de Autor, del derecho de patentes y del Derecho penal, REvista La Ley, pág. 888 y ss.

cincuenta años contados desde el 1 de enero siguiente al de su publicación (art. 97)<sup>515</sup>. No constituye reproducción la introducción del programa en memoria interna a los solos efectos de su utilización por el usuario, sin perjuicio de su necesaria comunicación al titular del derecho de explotación cuando así se hubiere pactado (art. 99.3). Tampoco la copia de seguridad (art. 99.2). Y tampoco es transformación la adaptación de un programa realizado por el usuario, para la utilización exclusiva por el mismo (art. 99.4) Sin embargo, incluso para uso personal la reproducción exigirá la autorización del titular del derecho de explotación (art. 99.2). La cesión, por otra parte, consiste en una autorización para utilizar el programa, pero es de carácter no exclusiva e intranferible (art. 99). El cesionario se presume en los programas de autor asalariado (art. 51). Y por último, el cesionario está autorizado a realizar versiones sucesivas o programas derivados (art. 98).

En cuanto a la obra creada por ordenador es preciso señalar que en sí misma no existe, pues ésta se repetirá cuantas veces se ponga en ejecución el programa que es quien la identifica y quien le otorga el rasgo de originalidad y de creación, es por tanto el programa la verdadera obra y no el resultado de la ejecución de éste, pues igualmente se debe considerar proceso creativo la

---

<sup>515</sup> Fernández-Novoa, Carlos, La duración de los derechos de Explotación sobre el software, Revista la Ley, año XIII, número 2.976. Da noticia el autor de que el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó el 14-5-91 una Directiva sobre protección jurídica de programas de ordenador por la que se reconoce la desigual protección de los programas de ordenador en los diferentes Estados miembros y acuerda que "la protección se concederá mientras esté en vida el autor y durante cincuenta años después de su muerte, o de la muerte del autor que hubiera sobrevivido; cuando el programa de ordenador sea una obra anónima o bajo seudónimo, o cuando de conformidad con el apartado 1 del art. 2 la autoridad nacional considere como autor a una persona jurídica, el plazo de protección será de cincuenta años desde el momento en que se puso legalmente por primera vez a disposición del público".

elaboración de la misma obra por programas distintos. En definitiva, el criterio de originalidad ha de referirse al programa y no al resultado del mismo.

Ahora bien, lo cierto es que la obra creada por el ordenador no existe separadamente del programa. Sin la presencia del programa es de total imposibilidad la creación, y también el programa carece de sentido si no mantiene vocación de creación. Se ha de coincidir, no obstante, con el hecho de que cuando se produce una ruptura entre el creador del programa y el ejecutor del mismo, sólo nos encontraremos ante obras del ingenio protegibles separadamente del programa que la crea, cuando el ejecutor no sólo opciona ante una disyuntiva, o cuando por mecanismos puramente casuales se llega a la elección de un elemento que introducido en las variantes que ofrece el programa, produzca un resultado u otro, sino cuando la intervención del tercero sea de tal índole que a través de una génesis creativa complementa, finalice o reforme el programa base para la obtención de una obra que puede ser distinta de la inicialmente concebida; o bien sin preexistir ninguna otra cree una final.

Todo ello es sencillo de entender si acudimos a medios de expresión más cercanos y tradicionales. Pensemos en una escultura articulada que según su estructuración puede adquirir multiformes expresiones o simbologías. Lo protegible es la escultura en sí misma, es decir, la concepción de escultura articulada, que puede realizarse según la distribución de sus partes en múltiples figuras con contenido específico y diferenciado de las demás.

Pues bien, si esta inicial estructura articulada ejecutada por el autor adquiere una cualquiera de sus posibles formas, no ofrece duda que la protección recaerá sobre esta forma concreta, lo que implica, también, la protección de su soporte, y al igual que ésta serán protegibles todas y cada una de las múltiples formas que

pueda adquirir la escultura.

Cuando la distribución de las partes de la figura corresponda a persona distinta a la del autor de la escultura articulada, sólo será protegible aquella forma que se haya producido a través de un proceso creativo que en este caso quedaría identificado por valores estéticos, proporcionales, simbólicos o de pura luminosidad.

Sin embargo, cuando la estructuración es puramente casual o automática, no puede aceptarse en modo alguno protección para el resultado de la ejecución de la obra como realización separada de la que nace.



## VIII.- SUJETO PASIVO

### 1.- Consideraciones generales.- Su regulación Legislativa.

Antes de la reforma del 63, la determinación del sujeto pasivo (titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro) no parece que ofreciera grandes dificultades puesto que el detentador de la Propiedad Intelectual, ya fuere real o ficticio, se convertía en el titular del bien jurídico protegido.

Es después, cuando el bien jurídico deja de ser la Propiedad Intelectual para convertirse en el D<sup>o</sup> de Autor, que sólo aquél que adquiere esta condición, puede considerarse sujeto pasivo en toda su extensión. Esta formulación obviaría toda problemática sobre el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, si no fuera por la subsistencia de un articulado, por demás confuso, de la LPI que agrupaba indistintamente al autor de la creación con el propietario de la misma.

Es por tanto necesario aclarar que sujeto pasivo única y exclusivamente podía serlo el autor<sup>516</sup>, en sus distintas acepciones, es decir, todos aquellos que

---

<sup>516</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 964. Entre una interpretación estricta o laxa de autor, se inclina por esta última, porque en caso contrario habría que acoger la tesis de Miserachs Rigalt. Sin embargo, ello no es inevitable. Miserachs deja fuera del ámbito penal toda conducta que no tenga al autor como sujeto pasivo, y las sitúa al amparo de los sectores administrativos o civiles, y ello tiene una doble lectura: que la presencia o no de autor, da cuenta de la lesión o no del bien jurídico, en cuyo caso no se opta en realidad por la restricción de conductas por

crean, bien de forma originaria, o bien de forma derivada, y en este caso con la autorización del autor preexistente.

La reforma del '87 ha variado sustancialmente el tipo penal de modo que el sujeto pasivo no será ni el titular de la propiedad intelectual, ni el autor; serán los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o se sus cesionarios. Esto es, que junto al autor, titular de derechos de propiedad intelectual por excelencia, se encuentran los "otros derechos de propiedad intelectual" (Libro II), pero con una importante reducción, pues no todos los derechos allí contemplados están protegidos penalmente, pues el art. 534 bis a), sólo se refiere a los derechos sobre la obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o ejecución artística; quiere ello decir, que sólo los intérpretes y ejecutantes serán también titulares de tales derechos. Equiparados a los anteriores se encuentran los cesionarios.

Antes de seguir, conviene hacer un paréntesis sobre la importancia de una determinación correcta del sujeto pasivo. En efecto, resulta decisivo conocer al titular del derecho, porque ello concreta al sujeto pasivo; su concreción permite adecuar el consentimiento a las conductas típicas; a su vez, discernir si es autor o coautor en una obra en colaboración, compuesta o colectiva, implica saber la extensión de sus derechos, sus prerrogativas, e incluso esclarecer supuestos de error; y sobre todo, determinar la posible concurrencia en la persona del autor de la doble categoría de sujeto activo y pasivo.

---

el sujeto pasivo, sino por la concepción de tipo de injusto que se sostenga en estos delitos; o que, en todo caso, de darse una infracción de los derechos de autor que también afecte a terceros, éstos podrán aparecer en calidad de perjudicados. Ésta última tesis es la que aquí se sostiene, de tal modo, que la del sujeto pasivo se limita a una cuestión técnica, con indudables consecuencias como luego veremos, pero que no impide ni el amparo de terceros, ni la persecución de la infracción, ni la cobertura penal para determinadas lesiones, como ya dijera Quintano.

La multiplicidad de sujetos pasivos, obliga a un análisis particularizado de cada uno de ellos:

El art. 2 de la vieja LPI , después de definir la autoría en sus tres primeros apartados, en el cuarto y quinto, se separaba diametralmente para ocuparse de los titulares de la propiedad que no coinciden con los autores de la creación intelectual.

La vigente LPI sigue una sistemática similar, pues en el art. 5 acoge lo que se ha denominado la teoría del autor natural (persona que crea alguna obra), pero en el art. 6.2 se regula la autoría de obras anónimas o bajo seudónimo otorgando el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a la persona natural o jurídica que la saque a la luz. En el art. 15 y 42 se regula la atribución de derechos a los causahabientes y en defectos de éstos, y sólo para la defensa de los derechos morales, en el art. 16, se legitima al Estado , Las Comunidades autónomas, las Corporaciones Locales y las Intituciones públicas de carácter cultural, para el ejercicio de los mismos.

En su momento, se abrió la discusión sobre si estos detentadores de la propiedad, se podían asimilar a los titulares del bien jurídico protegido. Es evidente que no puede considerárseles como tales<sup>517</sup> en el sentido ya dicho, pero también lo es que ostentaban intereses dignos de protección, que debíann ser tenidos en cuenta por el ordenamiento jurídico, máxime cuando en el n° 4° del art. 2 LPI correspondía la propiedad a los editores de obras inéditas que no tengan dueño conocido o de obras también inéditas de autores conocidos que hayan llegado a ser de dominio público; y en el n° 5° a los derechohabientes ya

---

<sup>517</sup> Pudieran se sujetos pasivos de la acción o perjudicados, pero en ningún caso sujetos pasivos

por herencia o por cualquier otro título traslativo de dominio.

El supuesto de obras inéditas que no tengan dueño conocido, no dejaba de ofrecer perplejidad, pues otorga la propiedad al editor no a falta de autor sino de propietario, cuando seguidamente se hace mención a las también inéditas de "autores" conocidos. Redacción que sólo puede interpretarse en la clara confusión que domina la consideración de autor y de propietario como titulares de bienes jurídicos a proteger. Es indudable, pues, que el nº 4º del art. 2 LPI era ajeno al tipo del art. 534 del CP, pues en definitiva se está otorgando protección a la explotación de la obra a través del editor, al que parece conferírsele aquellos privilegios ya desterrados del ordenamiento jurídico, pero en modo alguno podía considerársele autor, y sólo éste era el titular del bien jurídico protegido. Y ni siquiera como ficción de autoría pudiera encuadrarse esta figura, por cuanto una cuestión es la obra inédita, aquélla que no ha visto la luz pública, digna de toda protección como ya hemos estudiado, y otra, la obra que no tenga autor, y por tanto anónima, puesta en relación, ahora sí, en su publicación, con el editor .

El segundo apartado, aquél relacionado con las obras inéditas de autores conocidos que hayan caído en dominio público, podía interpretarse bajo la figura del apoderamiento<sup>518</sup>, mas éste repugna en su relación con aquél al que

---

<sup>518</sup> En parecido sentido viene recogido en el art. 15 nº 3º del Convenio de Berna: "Para las obras anónimas y para las obras seudónimas que no sean aquellas de las que se ha hecho mención en el párrafo 1) anterior (seudónimo que por lo conocido no deje la menor duda), el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra será considerado sin necesidad de otras pruebas, representante del autor; con esta cualidad estará legitimado para defender y hacer valer los derechos de aquél. La disposición del presente párrafo dejará de ser aplicable cuando el autor haya revelado su identidad y justificado su calidad de tal." La representación, obsérvese, otorga legitimidad para accionar, pero de ahí no puede deducirse la titularidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

únicamente le mueven fines comerciales y lucrativos. Por otra parte, los editores normalmente serán personas jurídicas y como veremos más adelante, éstas no pueden ostentar la calidad de sujeto pasivo al carecer de potestad creadora.

La nueva LPI ha trasladado ( el párrafo segundo) un precepto similar al Título V del Libro II (Otros derechos de propiedad Intelectual. De la producción de determinadas producciones editoriales), que concede al editor los mismos derechos de explotación que le hubieran correspondido al autor (excluye, por tanto los morales, que de no haber causahabientes corresponderá su ejercicio a las instituciones estatales o culturales, que regula el art. 16).

El párrafo primero, algún asiento tiene en el art. 6.2 de la nueva LPI, que ha abandonado la nomenclatura obras inéditas y ha incorporado la de anónimas, bajo seudónimo o signo, porque estrictu sensu obra inédita es aquella que el autor ha decidido no divulgar, y en consecuencia, los editores de obras inéditas habrían violentado un derecho moral que hoy tiene protección penal en forma de agravación. Si tales obras "inéditas" no tienen "dueño" conocido, entonces son anónimas. En este caso la nueva Ley (art. 6.2) asigna el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual a quien la saque a la luz.

Dos son las cuestiones diferenciadas de la antigua regulación: sacar a la luz, y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. En la Ley de 1.879 la propiedad correspondía al Editor, ahora sujeto asimilado es el "que la saque a la luz". No hay, pues, identidad de sujetos, pueden coincidir, pero no necesariamente. La anciana Ley sólo pensó en la Edición como forma de sacar a la luz, a pesar de la atrevida formulación del art. 1 que guarda similitud con la

fórmula ahora estudiada.<sup>519</sup> La nueva Ley al utilizar esta expresión no se refiere sólo al Editor, sino que alcanza a un fiduciario distinto a él, y a otros medios íntimamente unidos a la comunicación pública de la obra (representación, proyección, emisión, transmisión, la retransmisión, la emisión, la exposición etc.)<sup>520</sup>. De otra parte, declara que a estos sujetos les "corresponderá el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual"; en el antiguo art. 2.4 LPI, les correspondía la propiedad. Pues bien, de la regulación del derecho comparado y de la dicción del propio artículo, cabe interpretar que el ejercicio de derechos no son los propios sino los ajenos<sup>521</sup>. El texto legal no prevé "la atribución de los derechos o facultades en cuestión a los sujetos designados, sino únicamente la atribución de su ejercicio".<sup>522</sup> El sujeto, aquí, no realiza sus derechos sino los del autor, y como señala Carrasco Perera, cuando a su vez el editor sea cesionario, ostenta una doble cualidad, la de mandatario y cesionario. Como mandatario, que es lo que aquí interesa, el ejercicio de los derechos es reaccional.<sup>523</sup> En efecto, de titular de derechos habla el art. 123 (acciones y

---

<sup>519</sup> Art. La propiedad intelectual comprende los efectos de esta Ley, las obras científicas, literarias o artísticas que puedan darse a la luz por cualquier medio.

<sup>520</sup> Carrasco Perera, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989., pág. 113.

<sup>521</sup> *Ibidem*, pág. 114. En el proyecto se decía "que se presume que corresponderá". En la Ley alemana "se presume que quien aparece en los ejemplares como divulgador estará legitimado". En la Ley italiana "podrá hacer valer los derechos de autor". En la Ley Francesa, "los autores están representados por el divulgador". En la legislación interna, ver el art. 26 RPI, art. 119, y art. 88 y 89 de la LPI.

<sup>522</sup> Albadalejo/Bercovitz, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirigidos por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 304 y 305.

<sup>523</sup> Carrasco Perera, *op. cit.*, pág. 115. Distingue el autor, entre derechos morales y de explotación, y entre mandatarios-cesionarios, y fiduciarios (mandatarios).

procedimientos) y el art. 534 bis a), dos formas de reaccionar ante la lesión de los derechos de autor. Los mandatarios sustituyen al autor, pero no son autores, ni siquiera por presunción o asimilación.

El número 5º de la vieja LPI sí que operaba como una ficción en aras de la practicabilidad de la protección del bien jurídico, pues los derecho - habientes se subrogan en todos los derechos del autor y, a efectos jurídicos, se confunden con éste. Ofrecen más dudas aquellos que adquieren esta condición por título traslativo de dominio, y en éstos hay que distinguir si a través de ese título traslativo, se faculta o no, de forma expresa o tácita, bajo la cobertura del apoderamiento, la legitimidad para la defensa del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. La nueva LPI en el art. 15, 26, 27 , 42, 43 y ss., regula esta subrogación. En el art. 15 se define la protección del derecho moral post-mortem,; en el 26 la duración de los derechos de explotación después del fallecimiento del autor (toda la vida del autor y sesenta años después de su muerte o declaración de fallecimiento),; en el 27 se regula la duración de los derechos de explotación de la obra divulgada post-mortem; el 42 trata de la transmisión "mortis causa", y el 43 de la "inter vivos" (cesiones). Los causahabientes para la defensa del derecho moral del autor **ejercitan** estos derechos, no les son propios, y los derechos de explotación operan a modo de cesión en exclusiva (arts. 48 y ss ).

Así pues, sólo el autor, aquél que concibe y realiza o crea y ejecuta (art. 2 RPI), puede entenderse como sujeto pasivo, según la derogada LPI. La concepción, entendida como la "ideación de la combinación y el de su aplicación a una materia o energía determinada", ha de ser realizada personalmente por el

autor<sup>524</sup>. Esta realización o ejecución que pertenece al carácter subjetivo del autor (Quiroga) ha de distinguirse, como luego veremos, de aquella otra falta de espontaneidad que se produce bajo la inspiración del autor.

Lo que en modo alguno podía aceptarse es que la consideración de autor quede condicionada al cumplimiento de las prescripciones legales. La nueva LPI ha dejado sentenciada esta cuestión en su art. 1º: La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor **por el sólo hecho de su creación.**

Por último, en este recorrido comparativo entre ambas leyes, el art.4º LPI otorgaba carta de naturaleza de autoría a las personas jurídicas comenzando por el Estado y sus Corporaciones y continuando por los Institutos, hasta terminar en los de otra clase legalmente establecidos. La nueva LPI, en su art. 5º, declara que "de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar **personas jurídicas** en los casos expresamente previstos en ella".

Quiroga<sup>525</sup> entiende, en relación con el art. 4º LPI, que es una ficción jurídica puesto que no pueden ser verdaderos autores, lo que pone en relación con el art. 35 CC. Cuestionándose si estas instituciones son consideradas autores en razón de que la persona que realiza la obra lo hace en función del cargo que desempeña en la misma o bien por encargo en virtud de su pericia. Diríase que de nuevo vuelve a confundirse, en este caso por Quiroga, el concepto de creador con el de propietario, pues autor en todo caso sigue siendo el que crea y propietario puede serlo el que encarga, o aquél bajo cuya dependencia se realiza

---

<sup>524</sup> Baylos, op. cit. pág. 639.

<sup>525</sup> Quiroga, op. cit., pág 24



la obra, y sólo en el supuesto de que participe en la concepción, ideación, elaboración y realización de la obra desde cualquiera de las posiciones que puedan adoptarse, se encontrará en disposición de ser considerado autor. Lo cierto es que autor es siempre una persona física. La actividad creadora por su propia naturaleza no puede ser atribuida estrictamente a una persona jurídica o moral. Además, puesto que el derecho de autor se encontraba limitado durante su vida y 80 años postmortem, y en la actualidad 60 años, dado que las personas jurídicas pueden durar indefinidamente se produciría la imposibilidad de computar los plazos establecidos en la LPI<sup>526</sup>.

Desbois<sup>527</sup> asegura que no puede haber personas jurídicas con calidad de autor salvo en las obras colectivas. A pesar de que tal afirmación está puesta en relación con la Ley de Propiedad Literaria y Artística, tampoco puede aceptarse la salvedad; aunque otra cosa bien distinta es, como ya vimos, que las personas jurídicas detentan derechos de propiedad. Mas en ningún caso pueden considerarse como autores, como así lo estimaba erróneamente el art.5 de la Ley de Libro, que no sólo se contentaba con establecer una ficción jurídica como ésta, sino que además violenta la concepción de autor atribuyendo una capacidad a las personas jurídicas que en modo alguno pueden alcanzar, pues no es dable que éstas conciban y realicen, por su propia naturaleza, alguna obra científica, literaria o artística.

El art. 5.2 concede de manera explícita la misma protección que al autor "a las personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella (la LPI)".

---

<sup>526</sup> Baylos, op. cit. pág 641.

<sup>527</sup> Desbois, op. cit. pág. 18.

Este artículo ha sido tachado de "una norma desgraciada e impertinente"<sup>528</sup>. Chico Ortíz, lo considera una excepción al principio de autoría, basado "en la necesidad de una titularidad de la propiedad que no acepta la teoría del derecho sin sujeto"<sup>529</sup>. Y Bondía las reputa cesionarias de los derechos que nacen y que únicamente pueden nacer en el patrimonio o en la persona de los verdaderos creadores<sup>530</sup>. No es esta la opinión de Carrasco Perera<sup>531</sup> para quien la norma no es atributiva de derechos, sino predicativa de la condición de autor, según se desprende de "los casos expresamente previstos en ella" ( arts. 8, 119, 51 y 88 LPI). No puede compartirse, sin embargo, opinión tan parcial. Precisamente de los artículos invocados se extraen conclusiones opuestas. El art. 8 otorga los derechos sobre la obra colectiva a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre, **salvo pacto en contrario**, lo cual quiere decir que es una ficción de autoría y no autoría *strictu sensu*. Pero es más, el art. 8 define la obra colectiva como la que está constituida por la reunión de diferentes **autores** cuya

---

<sup>528</sup> Carrasco Perera, op. cit., pág. 107

<sup>529</sup> Chico Ortíz, Jose María, Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual, pág. 110.

<sup>530</sup> Mantiene **Bondía Román**, op. cit., pág. 167 y ss., que la actividad creadora exige, reflexión y decisión por lo que no puede ser imputada mas que a una persona física. La creación determina así el nacimiento del objeto y la adquisición del derecho por el autor, siendo el único modo de adquisición originaria de la propiedad intelectual. Por su parte **Peña y Bernaldo Quirós**, op. cit., pág. 751 se pronuncia del siguiente modo: Afirmando que el autor jurídicamente no es quien crea, concibe o realiza alguna obra literaria, científica o artística, sino la persona jurídica a la que el autor material sirve, es incurrir en la fantasía de las teorías organicistas sobre la naturaleza de la persona jurídica, además de facilitar la burla del derecho a la propia producción y creación intelectual reconocido por el art. 20 de nuestra Constitución como fundamental de la persona humana y contribuir a la institucionalización del "negro" y del "negrero".

<sup>531</sup> Carrasco Perera, op. cit., pág. 107.

contribución personal se funde en una creación única y autónoma. La obra, pues, es creada por diversos autores, y ellos son los que, al menos, pueden ejercitar los derechos morales. En cualquier caso parece claro que el editor o divulgador no es autor, y actúa en nombre de los autores ( al modo del art. 105 LPI). El art. 119 ya ha sido objeto de análisis, no así el 51 -la creación por relación laboral-( que será abordado más adelante) y 88 LPI que es una mera cesión.

Se muestra contrario, Rodríguez Tapia,<sup>532</sup> porque dado que la doctrina ya ha admitido la aplicabilidad de los derechos de la personalidad a las personas jurídicas, ello implica que no puede seguirse poniendo objeciones a que una persona jurídica sea autor. Sin embargo, en otro lugar<sup>533</sup> mantiene que es esencial al derecho de autocrearse un "status" diferenciado entre las personas que han creado la obra de aquellas que la disfrutan, la determinación correcta o la ignorancia de quienes son sus titulares al regular el derecho afecta de manera radical al mismo y a los intereses para los que ha sido creado. Y concluye que "la titularidad aparece, pues, como elemento integrante de la **esencia de dicha libertad o derecho: La creación y producción intelectual será el fundamento para que el legislador distinga entre titulares y no titulares de tal derecho**". Apenas si merece comentario una conclusión tan elocuente en el tema que tratamos.

De todo lo visto cabe concluir que la persona jurídica ejerce derechos como autor, algunos en régimen de cesión, pero no es autor, ni puede serlo. Se limita a representar al autor por convención (art.8), entre tanto, subsiste el autor; y los derechos cedidos, en todo caso, son parciales, pues el autor sigue

---

<sup>532</sup> Rodríguez Tapia, Jose Miguel, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 157, Nota 31,

<sup>533</sup> Rodríguez Tapia, Jose Miguel, Siete Derechos en busca de autor, pág 264 y ss.

conservando los morales<sup>534</sup>. Pervive, por consiguiente, la condición de autor, con independencia de a quien se atribuya la defensa de sus intereses (criterio reaccional).

Ahora bien, en una sociedad de división del trabajo resulta extraña la obra individual, y por tanto, el sentido vulgar de colaboración afecta a todos aquellos que aportan un esfuerzo, aunque sea mínimo y accidental a la creación intelectual. Es necesario por esto, precisar el sentido del término colaboración, puesto que no es bastante definirlo como la concurrencia de varias personas físicas a la creación intelectual<sup>535</sup>.

## **2.- Autoría en la obra en colaboración, compuesta y colectiva**

Se abre por tanto, toda la problemática de la obra en colaboración, compuesta y colectiva. Quiroga<sup>536</sup> exige para la existencia de una obra en colaboración (art. 7.1), que haya unidad de tiempo e intención y coetaneidad en el mismo, en una especie de compenetración en el esfuerzo realizado por todos aquellos que intervienen en la creación de la obra. De tal modo que, de "separarse los trabajos de cada uno, desaparecerá el todo armónico formado por el esfuerzo de los

---

<sup>534</sup> Bondía, op. cit., pág. 167 y ss.. No cabe trasladar a las personas jurídicas el régimen de la propiedad intelectual en lo relativo a sus facultades personales, aspecto este donde reside en gran medida, su valor político.

<sup>535</sup> Desbois, op. cit., pág. 163.

<sup>536</sup> Quiroga, op. cit. pág. 20

colaboradores". Es lo que Desbois<sup>537</sup> llama indivisibilidad intelectual (imposibilidad de hacer una separación entre las partes respectivas); Algardi<sup>538</sup>, inescindibilidad (porque forma un todo orgánico); y Gimenez Bayo-Rodríguez Arias<sup>539</sup>, "sin posibilidad de distinguir en la obra", para diferenciarla de la coautoría, donde sí es posible.

La obra compuesta (art. 9), apenas si tiene interés, pues no es otra cosa, que una obra derivada (transformada), en la que el único requisito exigible para diferenciarla del resto, reside en la preexistencia de una obra anterior y en la necesaria autorización de su autor, lo que permitirá la elaboración de una nueva obra con entera autonomía en su originalidad. Cabe, si acaso, distinguirla de la adaptación, en el hecho de que la obra compuesta requiere una mayor creatividad, pues partiendo de un esquema, de una idea, de un argumento, siquiera de una estructura anterior, se reelabora o se desarrolla un acontecer que sólo guarda un punto lejano de conexión con la obra de la que toma su inicial inspiración, y de la que, normalmente, después se separa en la impronta genialidad del autor. Teniendo bien en cuenta que, de participar el autor de la obra preexistente, la obra no sería compuesta (art. 9. 1), sino en colaboración, y que la adaptación, es simplemente el cambio de medio, casi siempre referido a la forma de ejecución de lo ya acontecido.

---

<sup>537</sup> Desbois, op. cit., pág. 166. A la indivisibilidad absoluta (todas las partes han sido realizadas en común), se opone la indivisibilidad relativa (las tareas han sido repartidas). Esta terminología la sustituye Desbois por: indivisibilidad intelectual (imposibilidad de hacer una clasificación de las aportaciones individuales), e indivisibilidad material (las partes compuestas no pueden ser separadas y explotadas aisladamente).

<sup>538</sup> Algardi, Zara, op. cit., pág. 549.

<sup>539</sup> Gimenez Bayo-Rodríguez Arias, op. cit., pág. 24

La obra colectiva (art. 8), aquélla que nace bajo la coordinación de una persona, ofrece mayores dificultades para la determinación del sujeto pasivo, porque la coordinación puede corresponder a una persona jurídica, y se ha visto que ésta no puede entenderse, al estilo, ya definido, como autor de una obra de creación.

La obra en colaboración, puede diferenciarse con la coautoría creativa en la medida en que en ésta es claramente separable la aportación de cada uno de los autores de tal modo que no sólo cabe la diferenciación de sus partes, sino que pueden alcanzar vida propia cada una de ellas por separado sin que ofrezca dificultades la explotación económica de la obra. A los efectos que aquí interesan, la obra en colaboración, jurídicamente es una coautoría que no obstante mantiene sus peculiaridades que después analizaremos<sup>540</sup>.

En igual sentido hemos de pronunciarnos sobre la obra compuesta que en la relación interna de los dos autores, el anterior y el posterior, puede adoptar un sinnúmero de posibilidades de explotación de la obra, pero que indudablemente a efectos de titularidad sólo alcanza al autor que ha creado una obra originaria sujeta a protección.

La obra colectiva, ofrece singularidades que van desde el proceso creativo hasta su titularidad, puesto que, si la mera coordinación supone la autoría, se choca frontalmente con lo dispuesto en el art. 2 RPI, que quedaría cumplimentado, si acaso, en lo referente a la concepción, pero no a la segunda fase de la creación, la aplicación o realización de esa actividad de ideación, o

---

<sup>540</sup> Desbois distingue y rechaza el concepto de colaboración por exceso, que entiende que es producto de una confusión con el concepto de solidaridad, y colaboración por defecto que exige un preacuerdo de los coautores anterior a la propia creación de la obra.

como se dice de las obras artísticas, a su ejecución. Y aunque Quiroga<sup>541</sup> entienda que por la palabra ejecución no se puede significar que el autor realiza personalmente todas las operaciones materiales necesarias para dar forma a la obra, y considere a las personas que esto hacen como obreros intelectuales que coadyuvan a la ejecución material de la obra, no considerándoles colaboradores en la ejecución de la misma, es claro que ello sólo se puede predicar de aquellos que se limiten a participar de una forma mecánica, sin la aportación de procesos creativos; el resto obtienen la calidad de autores a todos los efectos, con capacidad de reivindicar su paternidad, sin perjuicio de que aquél que los haya coordinado, siempre que haya intervenido en tales procesos, adquiera una mayor relevancia y sirva de contenido referencial a efectos de la autoría, que será obviamente compartida por todos los que hubieren participado, de una manera u otra, en la concepción-creación en conjunción con la realización-ejecución de la obra.

Como se ha visto, sólo existe una ténue línea que separa la obra en colaboración de la obra colectiva. Conviene por ello abordar sus diferencias, que básicamente se pueden enunciar del modo siguiente: En la obra colectiva no es posible atribuir un derecho distinto, o como Desbois prefiere, un derecho indiviso; en la obra en colaboración, sin embargo, no es posible conocer la aportación de cada uno de los coautores. En la colectiva, sólo se tiene derecho a la participación concreta, y no a su totalidad, cosa que sucede en la obra en colaboración. En cuanto a la génesis, en la obra colectiva, la iniciativa pertenece a quien la coordina, de quien ha partido la iniciativa; en la obra en colaboración, todos participan en su nacimiento y concurren en iguales términos a su realización.

---

<sup>541</sup> Quiroga, op. cit. pág. 17.

### 3.- El Autor asalariado.

Cierto es que, aclarado el concepto de obreros intelectuales como les llama Quiroga, cabe que la obra, colectiva o no, haya sido ideada y creada por persona física que se encuentre ligada por una relación laboral o de servicio con otra. De modo que la obra intelectual se ejecute en una vinculación de dependencia que atraería el control de la persona jurídica o física que la encargó o bajo cuyo patronato se creó. En este supuesto a entender de Rogel Vide<sup>542</sup> - y en lo que respecta al régimen de la anterior LPI-, hay que distinguir entre las invenciones de servicio, las invenciones de explotación y las libres. Para este autor, las invenciones de servicio pertenecerían al empresario que las encargó con la correspondiente indemnización al inventor de ser desproporcionada la remuneración con las ganancias obtenidas por el patrón; las de explotación, pertenecen al empresario sin indemnización alguna; y las libres, pertenecen al autor (inventor), sin perjuicio del deber de fidelidad. Apoya sus conclusiones en la interpretación que Alonso Olea<sup>543</sup> hace de los artículos 29, 30 y 31 de la Ley del Contrato del Trabajo, en lo dispuesto en el art.5.1,b) y en el n° 3 del art. 18 de la Ley del Libro (derogados expresamente por la nueva LPI), así como en la síntesis de derecho comparado que publicó la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual).

En coherencia con lo sustentado hasta aquí, no puede por menos que estarse en desacuerdo con Rogel Vide, que aparte de confundir los derechos de propiedad industrial con los de autor (propiedad intelectual), cae en el vicio tantas veces denunciado de asimilar la figura del propietario con la del autor, porque, en

---

<sup>542</sup> Rogel Vide, Autores, coutores ..., págs. 73 y ss

<sup>543</sup> Alonso Olea, Derecho del Trabajo, Madrid 1.980, págs. 208 y ss.



efecto, la Ley del Contrato de Trabajo, siempre se refirió al empresario como propietario, mas no como autor, de tal modo que en cada una de las "invenciones", si fuere posible asimilarlas a "creaciones" en virtud de la relación contractual que se mantiene entre las partes -es por esto que se habla de remuneraciones-, la propiedad correspondería al empresario, mas la autoría, la paternidad, quedaba a salvo e intacta a favor del creador, que únicamente ha cedido derechos de explotación a favor de un tercero a consecuencia de la relación contractual que le ligaba<sup>544</sup>. La única referencia que la Ley del Contrato de Trabajo hacía de la propiedad intelectual -todo lo visto quedaba bajo la rúbrica de la propiedad industrial- se contenía en su art.31 que regulaba los contratos en virtud de los cuales se transmitían los derechos de autor, y que exigía que constasen por escrito; requisito ad solemnitatem que no era sino consecuencia de la transmisión de la propiedad intelectual, regulada en el antiguo art.9 LPI, y hoy limitada a la transmisión de derechos (art. 45 LPI), lo que viene a apoyar la tesis de que la propiedad se transmitía antes, y ahora se cede, pero no la autoría. Por consiguiente, el empresario dada la relación y vinculación laboral que mantiene con el "trabajador", adquiere un derecho preferente de obligado cumplimiento para la transmisión de la propiedad intelectual. Pero es evidente que sólo a los efectos de su explotación, no los derivados de la autoría de la obra que pertenecen en todo caso a un creador, sin que lo que disponía en el art.5.1.b) de la Ley del Libro fuera un argumento suficiente, pues la consideración de autor que se otorgaba a las personas jurídicas, con independencia del dislate que suponía, quedaba supeditado a que no existiera reserva de la autoría, y es claro que por la propia naturaleza de este derecho, la paternidad es irrenunciable. En el mismo sentido cabe expresarse sobre el art. 18.3 de la misma Ley, pues la no

---

<sup>544</sup> Es el mismo Rogel Vide, Autores, coautores... quien, reproduciendo una vez más las opiniones de Quiroga, reconoce la autoría y paternidad en los retratos por encargo, pág. 67. En parecidos términos se expresa sobre la obra Arquitectónica, pág 68 y ss

consideración de contrato de edición, que recuérdese es sólo una autorización para editar, convertiría a la relación contractual en un arrendamiento o transmisión de la propiedad.

Igual problemática se suscitaba en las obras creadas en el ejercicio de su cargo por los funcionarios públicos, habida cuenta que el art.4º de la LPI disponía que: "Alcanzan asimismo los beneficios de esta Ley: 1º Al Estado y sus Corporaciones y a las Provinciales y Municipales. 2º A los Institutos científicos, literarios o artísticos o de otra clase legalmente establecidos". Y según recogía la Real Orden de 20 de julio de 1.917<sup>545</sup>: "de admitirse el supuesto de que los funcionarios públicos tuvieran derecho a inscribir como de su propiedad los trabajos que por razón de su cargo oficial realizaran, jamás se daría el caso de aplicación del texto citado, pues siendo el Estado, las Corporaciones e Institutos entidades abstractas, necesitan personificarse en los funcionarios que las representan para la realización de sus fines".

La STS S5ª de 5-6-1987, confirmando la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Territorial de Bilbao de 19 de Enero de 1987<sup>546</sup>, varió la interpretación que del artículo 4º de la LPI se venía

---

<sup>545</sup> La real Orden de 20-6-1917 se publicó en la Gaceta de 25- 7-1917, Colección Legislativa, tomo LIX, vol 2º de 1917, pp. 596 y ss., y vino a resolver un conflicto suscitado por dos ingenieros del Servicio Agronómico provincial de Barcelona, que solicitaron la inscripción en el Registro General de la Propiedad Intelectual de la obra Formulario de Terapéutica Agrícola, siéndoles rechazada la inscripción, aún a pesar de ser considerados autores de la obra, porque " las materias de su razón constituyen trabajos que realizaron con carácter oficial".

<sup>546</sup> La selección de la Sentencia corresponde a Sainz Moreno, Fernando, Civitas, Información Jurídica, Marzo, 1990. La Sentencia contempla el supuesto de dos profesores de euskera que redactaron cuatro libros de enseñanza de esa lengua, y que no les fue reconocida la paternidad de los mismos cuando

sosteniendo, con base en el artículo 20.1 b) de la CE, y ello a través de un procedimiento contencioso-administrativo amparado en la Ley 62/1978 (protección de los derechos fundamentales), lo que sitúa el derecho a la producción intelectual y su resultado entre los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución.

De dicho artículo que es interpretado a la luz del art.27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art.15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y art.2 del Convenio de Berna, concluye la citada Sentencia que "la eventual adquisición por la Administración de la propiedad intelectual de las obras científicas producidas en el ámbito de la organización pública y el correlativo disfrute de los beneficios que regula la Ley de 1879 (art.4º de la Ley) resultan perfectamente compatibles con el reconocimiento y garantía del derecho moral de autor que corresponde al que lo sea de la obra como fruto del nexo de su paternidad intelectual. Debiéndose, sin embargo, precisar que la noción de obra científica -o literaria, artística o técnica-, cuya producción preserva el artículo 20.1.b de la Constitución, es la resultante de un acto creado de la persona -individual o en colaboración con otras-, por lo que dicha noción no es predicable de cualquier actividad de la administración que requiera de la aportación intelectual del personal integrado en la organización administrativa".

Por último, la definición que ofrece la OMPI del autor empleado no se aleja de las anteriores consideraciones, pues el empleador, según se dice, adquiere el derecho a utilizar la obra del empleado en consideración a los pagos que el empleado recibe, pero obsérvese, que sólo cabe la utilización, su

---

fueron publicados.

explotación económica, la titularidad dominical, pero no en absoluto la paternidad que queda bajo el mandato del empleado.<sup>547</sup>

La nueva LPI ha regulado expresamente la obra creada en virtud de una relación laboral (art. 51 y 104 LPI). El nuevo artículo ha sido duramente criticado por Baylos<sup>548</sup> porque la posición del autor ha quedado "debilitada, cuando no desvanecida", dada la ausencia de una declaración por la que se asegure el goce de los derechos de propiedad intelectual (morales y patrimoniales) del autor por contrato. Esta posición resulta un tanto exagerada; el nuevo texto deja a salvo el reconocimiento del autor, pues de una parte establece el pacto para la transmisión, y esta transmisión se limita a los derechos de explotación. Es cierto que de no haber acuerdo, la LPI se inclina por dar un trato de favor al empresario, pues presume cedidos los derechos de explotación en exclusiva, pero también lo es que las limitaciones de la cesión a los derechos de explotación, resulta conflictiva con determinados derechos morales, en particular con el derecho de inédito o divulgación (art. 14.1), modificación (art. 14.5º) y de arrepentimiento (art. 14.6). Sobre este conflicto con el derecho de divulgación o inédito, Rodríguez Tapia<sup>549</sup>, mantiene que hay que distinguir la existencia de pacto o no, pues de

---

<sup>547</sup> Adolf Dietz, *Cultura y Comunicación*, núm. 22, Ministerio de Cultura, 1.983 pág. 146 y ss. Concluye este autor que: "una interpretación de la diferentes reglamentaciones (europeas), desde el punto de vista del Derecho de Autor demuestra que las reglamentaciones inglesa, irlandesa y holandesa, aparecen como contrarias al sistema, porque, en forma análoga a como sucede con el derecho cinematográfico, se pasan por alto las ideas fundamentales del Derecho de Autor de que el Autor sólo debe ser el creador de la obra".

<sup>548</sup> Baylos, *Acotaciones al nuevo Proyecto de Propiedad Intelectual*, pág. 544.

<sup>549</sup> Rodríguez Tapia, *Comentarios ...*, pág. 761 y ss, del mismo autor, *Siete derechos...*, pág. 276.

haberlo cabe, si no es con abuso de derecho, estimar no agotado el derecho, y si lo hay, estaremos ante el ejercicio de un derecho de arrepentimiento indemnizable, y en parecidos términos cabe pronunciarse sobre el resto de los derechos, pues de no ponerse de acuerdo empresario y autor, se provocará el ejercicio del derecho de arrepentimiento. La realidad, sin embargo, es otra, el autor puede incurrir en causa de despido, pues no debe olvidarse que el apartado 2º otorga a la cesión en exclusiva el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual<sup>550</sup> del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.<sup>551</sup>

#### 4.- El autor de los informes forenses.

Una variante de autor asalariado, la constituían a juicio de Rogel Vide<sup>552</sup>, los Letrados sobre los escritos que hayan presentado en los pleitos; titularidad de la que sólo podían participar los Letrados con el permiso del Tribunal y el consentimiento de la parte respectiva (arts.16 y 17 de la derogada LPI).

---

<sup>550</sup> Bondía Román, Fernando, Los autores asalariados, Revista Civitas del Derecho del Trabajo, 19 (julio-Sep. 1.984), pág. 426. Entiende limitada la cesión al ámbito de actuación del empleador, esto es, que "el autor asalariado conserva mientras no se pacte lo contrario, el derecho de utilizar la obra creada en el curso de su empleo para otros fines distintos de aquellos que constituyen la actividad habitual del empresario en el momento en que se perfeccionó el contrato de trabajo".

<sup>551</sup> Quintero, op. cit., pág. 95. En el caso de los programas de ordenador, mantiene parecidas conclusiones cuando el autor haya creado en el seno de una empresa, y estudia el conflicto entre el art. 21 del Estatuto de los Trabajadores y las disposiciones de la LPI en esta materia, y concluye, que aparte de las causas de despido por competencia desleal que pudieran darse, el art. 1 LPI y los arts. 14 y ss (derechos irrenunciables) no decaen ni se reflejan porque la obra, en este caso el programa de ordenador, haya sido creada en el seno de una relación laboral.

<sup>552</sup> Rogel Vide, Autores, coautores ... op. cit., pág. 73.

Interpretaba de ello que la razón última residía en los vínculos contractuales que unen a las partes, ya sean éstos laborales, ya derivados de su contrato de arrendamiento, "que impide que el Letrado autor de los escritos no sea el propietario de los mismos, o cuando menos no sea su propietario exclusivo".

Reconocida la autoría de los Letrados como auténticos creadores, discurría la cuestión sobre la mera propiedad, que o bien pertenecía al autor, o de no ser así, había de mediar un título traslativo a favor de tercero. Pues bien, de nuevo no se había centrado correctamente el debate, porque lo que interesaba determinar fundamentalmente es la autoría en sí misma, porque es a partir de ésta como se puede llegar a la titularidad sobre la propiedad.

Los vínculos contractuales entre la parte y su letrado se ciñen al ejercicio del derecho de defensa, y no necesariamente de ello ha de desprenderse una actividad creadora de escritos judiciales, y por consiguiente, la aparición de éstos. Y si bien está ligada al ejercicio de defensa, no es sin embargo objeto contractual.

La división del derecho de propiedad a que hace mención Gimenez Bayo y Rodríguez Arias es cierta, pero se desprende de lo que estos autores no extrajeron del antiguo art.16 LPI, pues sólo cabe esa división ante la participación en la elaboración y realización de la obra intelectual, y ello puede adoptar distintas formas. De manera que los escritos judiciales bien pudieran entenderse como obra compuesta o en colaboración; inclinándonos por la primera, dado el grado de dependencia que se observaba en el art.16 párrfo segundo LPI, que sólo es explicable desde la óptica de que el Letrado no elabora una obra (su discurso) en base a una ideación original o de laboratorio, sino que parte de un supuesto, no genérico o indeterminado, sino concreto y real, que le ha sido participado por la parte, a partir del cual ha instrumentado su estrategia, lo que

le ha permitido elaborar una construcción rica en combinaciones y articulada con el aporte de sus conocimientos que han sido dispuestos, según ha creído más ideales, para el objetivo que perseguía. En consecuencia, la idea, el argumento, el esquema se encontraba prefijado, y al término de su recreación queda sujeto a la autorización de quien le participó tales elementos, sin los que nunca hubiera sido posible la realización de la obra.<sup>553</sup>

La nueva LPI en consonancia con el art. 2 bis del Convenio de Berna que reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir total o parcialmente a los discursos políticos y los pronunciados en los debates judiciales, no hace mención a "escritos que se hayan presentado a su nombre (el de las partes)", ni atribuye la propiedad de los mismos a las partes del procedimiento, sino que considera obras protegidas simplemente los informes forenses. El aún vigente Reglamento de Propiedad Intelectual, sin embargo sigue

---

<sup>553</sup> La otra autorización, la del Tribunal, era al menos gratuita y contradictoria, pues no acaba de entenderse que el mandato constitucional del proceso público (art. 24 CE) quede limitado a lo que al momento se desarrolle en el mismo, y no pueda expandirse, en especial cuando haya fenecido.

Un proceso público no puede quedar limitado a lo que acontezca en la Sala de Audiencia, o en lo actuado en la instrucción sumarial a la que sólo tienen acceso las partes, ha de alcanzar al conocimiento, sino exacto, lo más cercano posible a lo actuado y ello incluye necesariamente el contenido de los escritos de las partes, a cuya publicación no puede oponerse el Tribunal, al igual que no cabe oposición a los discursos parlamentarios (art. 11 de la derogada LPI). Sólo cuando la publicación no tenga relación con el mandato constitucional, podrá operar la exigencia del requisito de la obra compuesta (autorización de las partes), pero en modo alguno la necesidad de la autorización del Tribunal, sin que suponga un freno lo dispuesto en el art. 301 LECRIM. (que sólo valdrá durante la instrucción sumarial), cuando lo que aquí se invoca es en referencia a las causas ejecutadas, -arts. 905 y 906 del mismo texto-, que en todo caso afectaría a terceros vinculados con el proceso en calidad de perjudicados.

regulando en términos más amplios la cuestión (art. 12)<sup>554</sup>.

El Reglamento si bien sigue vigente ha de cohererarse con la vigente LPI, dada la Disposición Derogatoria general por la que "quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley". El art. 12 RPI desarrolla expresamente los arts. 16, 17 y 18 de la derogada LPI, y en consecuencia carece en la actualidad de sustento. Pero es más, el art. 10 de la actual LPI, al referirse a los informes forenses se está refiriendo a los informes orales que se pronuncian en los juicios según se desprende del conjunto del artículo (junto a discursos, alocuciones, conferencias o explicaciones de cátedra). Y de otra parte según su propia naturaleza los informes son en todo caso orales, pues aún cuando las vistas pueden ser escritas, en ese caso los informes reciben el nombre de "cuartillas".

Cabe concluir que los escritos judiciales de ser una obra intelectual, así como los informes forenses, ni estarán sujetos a la autorización de las partes, ni del Tribunal. Tales informes podrán ser reproducidos, distribuidos y comunicados cuando hayan sido pronunciados en público y su utilización tenga como finalidad la de informar (art. 33.2 LPI).

---

<sup>554</sup> Art. 12 RPI: "cuando alguna de las partes litigantes o sus Letrados, quisieran utilizar el derecho que conceden los arts. 16, 17 y 18 de la Ley, acudirán al Tribunal Sentenciador, que concederá o negará la licencia, atendiendo al interés público o de las familias o a lo prevenido en el artículo 947 de la Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal. En los pleitos o causa en que sea o haya sido parte el Ministerio Público será indispensable, para conceder o negar el permiso de que se trata, oír al Ministerio Fiscal y a las partes interesadas".



## 5.-La obra cinematográfica. Su autoría.

Los supuestos de pluriautoría estudiados alcanzan su parangón en la obra cinematográfica ( denominadas audiovisuales -art. 86.2-, por mor de la nueva LPI), que es la que más literatura ha destilado, en razón a la consideración de su autoría. La obra cinematográfica, incuestionablemente artística, cabe definirla como la plasmación de imágenes en movimiento, a veces como expresión del sonido o palabra, otras acompañadas de aquél y ésta, mediante un lenguaje emotivo<sup>555</sup>.

Cualquier otra definición que pueda utilizarse distinguiría fácilmente esta plasmación intelectual de la fotografía, a la que se ha querido asimilar en algún tiempo, y de la que se separa por el componente dinámico del film, que deja de convertirse en un encadenamiento de imágenes, para tener entidad propia en la forma y fin que ha movido al autor a elegir este medio expresivo. No es sujetar la realidad, sino darle vida, no es expresar un hecho aislado con sus connotaciones, sino un conjunto de situaciones que globalmente adquieren una significación distinta. Es pasar de lo plano a lo quebrado, de la superficie al volumen, de la palabra a la narración.

Es necesario, pues, hacer el distingo, ya que ello ayudará a establecer la naturaleza de la obra cinematográfica, en orden a su autoría. En este campo, y

---

<sup>555</sup> Desbois: Un film es una sucesión de imágenes que la maquina de proyección pone en movimiento delante de los ojos de los espectadores sobre la pantalla.

El art. 86.1 LPI las define como las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.

en una primera aproximación, se distinguen dos posiciones claras : a) Las de aquellos que consideran que sólo hay un autor, entre las que se encuentran los países anglosajones a través del copyrhigt-productor, que estiman a éste único autor (EEUU lo considera autor único, bien porque los que colaboran son asalariados, bien porque ceden por contrato el copyrhigt); b) Los países que estiman que son titulares todos los que participan en la realización de la obra cinematográfica, y entre los que se encuentran, Alemania, Bélgica y Dinamarca. Adoptan una posición ecléctica España , Austria, Francia e Italia , al considerar al productor como titular junto a los coautores, o bien con derecho exclusivo a la explotación del film.

El primer grupo apoya la titularidad del productor en base a que los intervinientes en la ejecución del film lo hacen a título de asalariados, y en el hecho de que su legislación, el copyrhigt, no se identifica necesariamente con el fruto de la creación intelectual, sino ante todo, con el resultado de la primera publicación de la obra<sup>556</sup>. Lo que en realidad se protege es un derecho especial del fabricante de las películas, por el alto riesgo que corre en la financiación de éstas, y es justo por ello que la solución española pasa por cederle derechos industriales, pero en ningún caso intelectuales<sup>557</sup>.

---

<sup>556</sup> García Noblejas, José Antonio, La titularidad de la propiedad intelectual en las obras cinematográficas, referidas especialmente al Derecho español, Extracto del dictamen, 1.965, pág. 14.

<sup>557</sup> Guasp, El Derecho de Propiedad Intelectual en la representación y proyección pública de las obras cinematográficas, Extracto de Dictamen, 1.965 pág. 17." El texto categórico y tajante del art. 219 del Estatuto de la Propiedad Industrial elimina por completo toda posibilidad de aceptar, en el derecho español, la teoría del productor- autor de la película. Pues no es sólo que el Estatuto hable de "autores" literarios, sino que sobre todo, reconoce la coexistencia del derecho intelectual con el derecho industrial del productor, con su esfuerzo organizativo, comercial y financiero".

Los autores de las obras preexistentes gozan de una reserva a su favor, que no disponen los que participan directamente en la creación de la película<sup>558</sup>.

Con independencia del desprecio a los autores reales del film que supone este sistema, se produce la violencia de considerar autor a una persona jurídica, (cuando el productor adopte esta forma, y cuya crítica ya se ha efectuado abundantemente), o aún cuando sea una persona física, otorgar una autoría a quien únicamente es un empresario, a quien financia y asume tareas administrativas o de gestión, pero que no participa en la ejecución de la obra.

No cabe tampoco a tenor de la tesis que mantiene la doctrina francesa sobre la obra colectiva, incardinar la obra cinematográfica en este tipo de obras, pues recuérdese que para que el coordinador -en este caso productor- aparezca como titular único, la aportación de los que participen ha de ser indiferenciada, de tal modo que se imposibilita su imputación individual, cosa que no ocurre en la obra cinematográfica<sup>559</sup>.

Cabría por otra parte, y por ello la distinción que se ha formulado con la obra fotográfica, seguir lo dispuesto en la Real Orden de 28 de Agosto de 1924 que

---

<sup>558</sup> Luxemburgo es el único país continental que ha adoptado esta solución.

<sup>559</sup> Guasp, op. cit. pág 11 " Quienes desean la comodidad de un derecho de objeto material, han ideado, yendo sin duda contra la realidad de las cosas y el sentido de la evolución del fenómeno cinematográfico, la absorción de esta titularidad intelectual en una figura única y fundente, el productor de la película, en el cual pretenden concurren de modo no ya eminente, sino exclusivo, los derechos de propiedad intelectual". García Noblejas, op. cit. pág 14 entiende por su parte " La imposibilidad conceptual de considerar autor al productor, sea individual o persona jurídica, en tanto no participe efectivamente en la creación intelectual del film" .

establece que el autor de la obra fotográfica es quien concibió y encargó la fotografía. El encargo pudiera adscribirse al productor, pero de una parte la obra cinematográfica es esencialmente distinta a la fotográfica; el encargo no va separado de la ideación, y en ésta no participa el productor, y por último, el supuesto que contempla la Real Orden citada, se ciñe a unas fotos que no tienen otra finalidad que la de insertarlas como ilustraciones, y por consiguiente, su realización no requiere una impronta de quien las ejecuta, que se limita al manejo de un aparato mecánico.

El segundo grupo se ha inclinado, con razón, por la autoría compartida porque como dice Guasp<sup>560</sup> "el autor es el autor", y "concretamente, en toda película cinematográfica ha de haber una idea inspiradora a la que responda su primera concepción: el argumento. Ha de haber, por lo menos para las exigencias de la técnica cinematográfica actual un desarrollo de las pautas de ese argumento en las líneas que expresan su desenvolvimiento artístico concreto, es decir, el contenido de un guión. Pueden concebirse elementos adicionales distintos, como instrumentos parciales o desarrollos artísticos completos, por ejemplo: los diálogos, la banda sonora, principal o de fondo, el golpe o hallazgo gracioso o dramático (gag)", a lo que cabe añadir la actividad del director-realizador, del "cameraman", escenógrafo, intérpretes, etc.

La obra cinematográfica, como obra del ingenio humano sólo puede, en el campo de la autoría, ceñirse a los postulados que reclaman una participación efectiva en el iter creativo que culmina en un producto elaborado de comunicación y cultura a través del lenguaje singular, conocido como lenguaje fílmico. Este

---

<sup>560</sup> Guasp, op. cit. pág. 12

lenguaje, con un contenido simbólico denso, se articula mediante la narración de una idea o argumento, en algunas ocasiones en una obra literaria anterior, que es acompañado de sonidos y música que tienden a intensificar la expresividad de los planos, que en sus distintos enfoques, plano general, medio, primer plano, traveling, picado etc., transmiten una riqueza de matices expresados en la impronta interpretativa de los actores que se desenvuelven en un escenario organizado para realzar las secuencias de que se compone la obra, y que con posterioridad son enlazadas al modo más acorde, según el criterio del montador, con el contenido esencial que movió a la ejecución del film.

Es claro que nos hallamos ante la realización de una obra artística de carácter complejo, tanto por las diversas aportaciones necesarias para su ejecución, como por la vitalidad de cada una de ellas que sólo una vez conjuntadas dan lugar a una obra final, tal y como aparece en pantalla.

Destaca de todo ello, que sin la aportación de varios, no puede concebirse la ejecución de la película, y que dicha aportación tiene el carácter de autónoma en cuanto a su calidad creativa, aunque en unos casos pueda ser calificada de compuesta y en otros de colaboración.

En efecto, todos aquellos que participan en el film de manera relevante, es decir, que aportan entidad creativa para la realización de la obra, han de ser considerados autores de la misma, y éstos y sólo éstos. Sin embargo, el régimen de la autoría en estas obras (art. 87 LPI) ha sufrido una notable alteración con respecto a la regulación contenida en la Ley 17/1.966 de 31 de Mayo, sobre derechos de propiedad Intelectual en las obras cinematográficas. Básicamente, la anterior regulación era de *numerus apertus* (art. 3, último párrafo: También podrán gozar de esa consideración (de autores) las restantes personas naturales

que mediante una actividad de creación intelectual participen en la realización de dicha obra), y la actual es taxativa o cerrada. Las dificultades de una y otra regulación serán estudiadas a continuación, no sólo en calidad de una investigación teórica de mera precisión de las categorías reguladas en la nueva LPI, sino con el mayor alcance de esclarecer su trascendencia penal.

### **5.1.- Análisis de la aportación creativa en la obra cinematográfica.**

Con la Ley 17/66 la dificultad residía en concretar, de una parte, quiénes desarrollan una actividad creativa y de otra, cual es la calificación jurídica que cabe atribuirles. En cuanto a quiénes, y en lo que respecta a la legislación española, el art.3 de la Ley consideraba autores de una obra cinematográfica: "1º Quienes lo fueran del argumento, adaptación, guión, diálogos o comentarios. 2º Los autores de las composiciones musicales y, en su caso de la letra. 3º El director-realizador. También podrán gozar de esa consideración, las restantes personas naturales que mediante una actividad de creación intelectual participe en la realización de dicha obra".

Con la inclusión de los derechos de propiedad intelectual de obras audiovisuales en la LPI (arts. 86 a 94), la dificultad reside en el status que cabe otorgar precisamente a las restantes personas naturales que mediante una actividad de creación intelectual participen en la obra audiovisual.

El art. 87 LPI, es estructuralmente idéntico al del art. 3 de la Ley 17/66, con alguna corrección que ha de ser bien acogida: 1.- ya no considera autores, sino que lo son; 2.-sitúa en primer lugar al director-realizador; 3.- excluye al autor de los comentarios del guión y 4.- cierra y constriñe el número de autores a los expresamente señalados. Aún así, el texto legal de nuestro derecho (el vigente

y el derogado), es, pues, claramente pluralista, con exclusión taxativa del productor en cuanto persona jurídica, que de ser física, para adquirir la consideración de autor habrá de participar activamente, mediante un aporte intelectual, en la creación de la obra.

Ahora bien, el último párrafo del art. 3 de la Ley 17/66, podía ser, sin duda, calificado de impreciso por la indeterminación que suponía pues si bien es cierto que venía a definir en sus rasgos esenciales al autor de la creación intelectual, no dejaba de ser genérico y sujeto a interpretaciones extralegales que ponía en manos de los jueces la conceptualización de una obra cinematográfica que, en unos casos, sería más restringida que el legislador quiso considerar y, en otros, la tamaña extensión que podía alcanzarse, podía desvirtuar la autoría de la obra cinematográfica.

También es cierto, que existe la tremenda dificultad de taxativizar al autor, que en modo alguno puede venir determinado por el cargo o profesión que desempeñe, pues en unos casos tal cargo estará rodeado de creatividad, y en otros será un puro reflejo mecánico de las instrucciones precisas recibidas de otros. Es por ello, que como quiera que a alguno de los oficios participantes en la ejecución de la obra les es inherente la actividad creadora, puede partirse de estos para avanzar progresivamente hacia aquellos otros fronterizos entre la impronta artística y la operatividad mecánica.

Es indudable que el autor del argumento, adaptación, guión, diálogos y los autores de las composiciones musicales y de la letra, obtienen de por sí la calidad o consideración de autores de una obra cinematográfica, porque en definitiva ya con antelación a la propia obra cinematográfica eran autores de la obra literaria y musical que compusieron, con independencia que fuera o no a

propósito de la realización de la película.

El **director-realizador**, no cabe duda que es igualmente autor, hasta el punto de que algún sector de la doctrina lo propugna como autor único, y es bien cierto que su relevancia es tal, que las obras cinematográficas, por lo común, son imputadas al director, pues es éste quien coordina todos los esfuerzos creativos para la ejecución de la obra cinematográfica. Es quien, dados unos elementos, argumento, guión, composición musical, intérpretes, escenógrafo, cámara, montador, etc., los coordina, les encarga, y participa asistiendo o modificando las propuestas de todos ellos.

De inclinarse por las posiciones monistas, es indudable que es ésta la que ofrece los mayores atractivos, pero no ha de olvidarse que ni siquiera en las obras de encargo -las obras de autores asalariados- puede mantenerse la autoría del patrono-director, porque aún cuando con precisión exija una realización, es a partir de ese momento donde el ejecutor inicia un proceso de ideación y combinación sugerente que conduce a un resultado, y no a otro, que en determinadas actividades no ofrece duda alguna.

Así pues el director, es con justicia, si puede denominarse así, el autor por lo general más relevante, de modo que su marchamo distingue, diferencia y singulariza la producción, porque es quien domina y posee el lenguaje que compone la obra fílmica y quien ha sensibilizado las emociones en secuencias organizadas, en ricas combinaciones. Ello, sin embargo, no es bastante para condenar a los demás participantes al ostracismo, que con su originalidad han dotado a la obra de un cariz especial.

Más aún, en ocasiones, el relevante, aquél por quien es conocida la obra, es



el director de fotografía, el intérprete o el guionista, porque es su actividad, su inspiración, "su modo de hacer" lo que ha determinado la obra con ese resultado concreto, pasando desapercibido el propio director que se ha convertido en un elemento más, confundido con todos aquellos que hicieron posible la obra. Puede por tanto concluirse que el director, si bien goza de una plus-autoría, no en todos los supuestos su impronta es determinante para cualificar la obra, sino que puede quedar relegado por actividades más determinantes o sobresalientes en el aspecto creativo.

En el orden de importancia que señalaba la Ley 17/66, y que como hemos insinuado no parece el más natural, conviene hablar inmediatamente después del director-realizador, del **director de fotografía** a quien erróneamente se le ha atribuido una labor de mera ejecución mecánica en las instrucciones provenientes del director realizador, y que como dice Rogel Vide<sup>561</sup> "si el cine es esencialmente la combinación de imágenes en movimiento, parece muy riguroso el ignorar precisamente a quienes llevan a cabo la plasmación y la combinación de las imágenes que integran la obra cinematográfica ".

Puede incluso decirse aún más, si se piensa que el director de fotografía tiene entre otras misiones la de encuadrar, ambientar y pormenorizar los contraluces, y que, en definitiva, es un colaborador necesario del director-realizador, a quien asesora de forma imprescindible.

En definitiva, el director de fotografía genera la carga simbólica de la escena

---

<sup>561</sup> Rogel Vide, Autores, coautores.... , pág 139 y ss.. Aclara este autor que cuando habla de plasmación se refiere al cámara y cuando de combinación de las imágenes al montador, por lo que lo dicho aquí servirá igualmente a la hora del tratamiento que se le otorgue a éste último.

que se rueda, con el encuadre y con el contraluz a través del cual trasmite la verdadera dimensión de una escena concreta.

Con la legislación anterior resultaba indudable que el director de fotografía estaría encuadrado entre los autores de la obra audiovisual. Con la vigente, sólo queda una triple solución cuando su aportación como se ha dicho no se limite a una ejecución material, sino a un aporte creativo: a) Estimar que en realidad estas son funciones que corresponden al director de las que hace dejación a favor del director de fotografía, en cuyo caso éste realiza funciones de director con independencia del título que reciba; en este caso el director de fotografía será un autor de la obra audiovisual; b) Considerar que su obra de reunir los requisitos exigibles es independiente y es un autor genérico; y c) En otro caso, considerarlo como ejecutante del art. 101 LPI.<sup>562</sup>

El montador es de tal importancia que en la realización de un film se utilizan dos métodos diferentes: uno, que consiste en rodar secuencias que luego se encadenan prácticamente en el orden y en la extensión que fueron ideadas; y otro, que consiste en rodar un voluminoso metraje para luego ir seleccionándolo en aras de encarnar una narración previamente concebida.

Tanto en uno como en otro método, en especial en el segundo, el montaje ofrecerá una peculiaridad notable a la película, eligiendo donde finaliza y comienzan las escenas, así como el ritmo que la obra en su composición final y

---

<sup>562</sup> Estas alternativas la propone también, Pérez de Castro, Nazareth, Comentarios a al Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 1226., aunque la autora se refiere al Cámara, término equívoco, sobre todo en esta materia que trata distinguir entre operaciones mecánicas y creativas. Las propuestas alcanzan también al montador de la película.

definitiva adquirirá -hasta el punto de que es raro el montaje en el que no intervenga el propio director- realizador conjuntamente con el montador-, de tal modo que la variación en ese proceso final de la ejecución de la obra puede modificarla sustancialmente.

A iguales conclusiones que se ha llegado en el caso del director de fotografía se alcanzan con el montador, que aquí se dan por reproducidas.

La escenografía no podía por menos que considerarse igualmente inscrita en el campo de la autoría de las obras cinematográficas en la antigua regulación, y a tal conclusión ha de llegarse a través de estimarla una actividad de creación intelectual que pertenece al campo artístico, y no técnico<sup>563</sup>. La LPI vigente deja fuera de la autoría cinematográfica la escenografía, pero ello no impide que como obra autónoma pueda ser incluida en el art. 10 LPI, o en su caso, entre "otros derechos de propiedad intelectual", art. 101 : **El director de escena** y el director de orquesta tendrán los derechos reconocidos a los artistas en este título.<sup>564</sup>

En cuanto al intérprete, en general, a la doctrina le repugna su consideración de coautor de la obra cinematográfica por estimar que participa en una obra ya

---

<sup>563</sup> Los que han rechazado la escenografía por mor de lo dispuesto en el art. 113 RPI ( En las obras dramáticas o musicales que se ejecuten en público, la decoración y demás accesorios del material escénico no dan derecho a sus autores a ser considerados colaboradores), se equivocan: en primer lugar, porque como señala el texto transcrito, no serán colaboradores de la obra, pero sí se les considera autores de su obra, lo que obviaría toda discusión sobre la autoría, y sólo cabría discutir la naturaleza de la misma; en segundo lugar, porque como se ha dicho, prevalece la ley especial sobre la general; y en tercer lugar, porque el art. 113 RPI regula la ejecución de obras dramáticas y musicales, y es sabido que la obra cinematográfica goza de peculiaridades tales que la hacen distinta.

<sup>564</sup> En el mismo sentido, Pérez de Castro, Nazareth, op. cit., pág. 1.228.

finalizada, y por consiguiente, su actividad era ajena a la creación de la propia obra que interpretaba, pero ello nada le impediría ser el autor de una obra compuesta, y obtener por consiguiente el calificativo de autor.

En las obras cinematográficas la actuación del intérprete da vida a la propia obra de tal modo que ésta sólo nace en su plenitud cuando el actor aparece en escena y la ejecuta al modo que su personalidad, en juego con la fantasía, da vida a un personaje<sup>565</sup>.

En consecuencia el intérprete es uno de los vehículos materializadores de la ideación cinematográfica, y no cabe espetar que la misma obra puede ser interpretada por distintos actores, sin que ante esa eventualidad fallezca en su total contenido, pues tanto en las obras dramáticas como en las cinematográficas, a buen seguro, será una obra distinta, dado el enriquecimiento que aporta cada intérprete en su particular actuación.

La corriente que considera que el intérprete gozaba de un derecho conexo o vecino al derecho de autor, como así tiene reconocido la ley italiana, y cuya máxima expresión internacional se alcanza en la Convención de Roma de 26 de Octubre de 1.961, que por cierto no ha sido ratificada por España, ha obtenido un reconocimiento expreso mediante la regulación contenida en el Libro II de la LPI, Título Primero, de los derechos de los artistas, intérpretes y ejecutantes.

---

<sup>565</sup> Desbois, op. cit. pág. 186 y 187 es de la misma opinión y se apoya en la reiterada jurisprudencia anterior a la Ley de 11 de Marzo de 1957, de la que extrae la conclusión que la citada Ley es el resultado de las aportaciones jurisprudenciales producidas hasta esa fecha.

Molas Valverde<sup>566</sup> sometió a duras críticas al Convenio de Roma, críticas en algún caso no exentas de razón, pero que en conjunto no pueden aceptarse. Para este autor, en su confuso discurso, parece centrarse la distinción entre creador e intérprete en los conceptos de invariabilidad que atribuye a la obra, y la variabilidad de que hace gala el que la ejecuta, sin atenderse al verdadero elemento diferenciador de toda creación intelectual que pasa por un aporte ideal que ofrece una materialidad distinta a la obra de la que deriva.

Desbois<sup>567</sup> en un intento de establecer la naturaleza de la aportación del intérprete -para lo que acude a la comparación con el traductor- afirma, que no puede considerarse obra compuesta el resultado de la ejecución de una obra anterior, porque no hay incorporación. Algardi<sup>568</sup>, por su parte, se mueve en los precedentes de la jurisprudencia y legislación italiana, y centra su discusión en la fotografía y los proyectos de ingeniería, hasta que con la aparición de los medios de fabricación y producción formula intentos de distinguir entre lo técnico y mecánico y la creatividad intelectual.

El Convenio de Roma extiende su protección además de a los intérpretes en una variación bastante completa, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, sujetos todos ellos al permiso del autor, con una duración mínima de 20 años.

Prueba de la tendencia a una protección puramente patrimonial en la

---

<sup>566</sup> Molas Valverde. Normas procesales de especialización en propiedad intelectual, Ed. Nauta, Barcelona, pág 167 y ss..

<sup>567</sup> Desbois, op. cit., pág. 215.

<sup>568</sup> Algardi, op. cit., pág. 761 y ss.

formulación de estos derechos se encuentra, justo, en atribuir un derecho conexo al derecho de autor a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, que sin perjuicio de que efectivamente tienen derechos dignos de protección y tutela, no pueden asimilarse a los intérpretes, motivo éste que hace que se rechace que en el caso de los intérpretes estemos ante derechos conexos o vecinos de autor, dada la naturaleza que les inspira, y que propugnemos la coautoría, en especial en aquellos supuestos en que la fugacidad, ha dejado de ser el elemento definidor de la ejecución de la obra. Es esta una posición extrema, de la que se han dibujado algunos rasgos al tratar el bien jurídico que requiere cautela al interpretarla y al aplicarla. En efecto, no toda interpretación es una coautoría, pero no toda interpretación es sólo un derecho conexo. Es acertada, por tanto, la tesis de Perez de Castro<sup>569</sup>, cuando apoyándose en el Proyecto de Ley Belga, art. 59<sup>570</sup>, sostiene que de " una presunción simple de la coautoría de la obra audiovisual, la consecuencia que se deriva, en principio, es que una misma actividad puede dar lugar a un reconocimiento de derecho de autor, o según su terminología, a un derecho conexo".

En efecto, la fijación de la actividad del intérprete, no ofrece dudas sobre la invariabilidad de su aporte creativo, aquél que se desprende de la proyección personal que el actor muestra en su interpretación, única e indeformable, y permanecerá con tal signo, que posteriores versiones no serán sino parte de las múltiples variaciones a que pueda ser sometida la obra preexistente pero que indudablemente, en aquélla en que intervino, se produjo una creación nueva y

---

<sup>569</sup> Perez de Castro, op. cit., pág. 1.226.

<sup>570</sup> Art. 59 del Proyecto de Ley Belga : "Siempre que no sean considerados como coautores los montadores, director de fotografía, operador de cámara, ingenieros de sonido, mezcladores de imágenes, decoradores, maquilladores que han participado en la elaboración de la obra audiovisual, deben ser considerados como artistas-intérpretes o ejecutantes",

digna de toda protección.

No se pretende de este modo proteger a toda costa el trabajo intelectual, sino sólo aquél que conlleve creatividad, para lo que se habrá de estar atento, a los efectos de considerar obra nueva, sólo aquélla que reúna cuantos requisitos son exigibles para estimarla como nacida de un aporte, en este caso personal, y por consiguiente, creativo<sup>571</sup>.

## 5.2.- Naturaleza de los aportes creativos en las obras cinematográficas.

En el repaso que se ha realizado sobre al autoría de la obra cinematográfica, que no ha pretendido ser de ningún modo exhaustivo, y en el que se ha optado por una estimación mixta de los posibles autores, considerando algunos, siempre y en todo caso, y a otros, sujetos a las variantes de su cometido y de su aporte autónomo a la realización del film, se les dan distintas calificaciones a la creatividad aportada.

Y así, será autor del argumento de una obra compuesta, cuando lo ha tomado de una obra anterior o bien cuando lo ha adaptado, y será autor originario, cuando lo ha ideado de una manera autónoma; pero en cualquier caso, en los dos supuestos, y en relación con el resto de los participantes, ha de

---

<sup>571</sup> Igual posición se adopta con respecto a los **dobladores**. Desbois, pág. 191, es de la misma opinión : " Concluimos diciendo que el doblaje participa de la naturaleza de las obras derivadas : si el doblador ha traducido el texto que declamará, ha realizado una obra nueva de segunda mano ;si se contenta con leer la traducción hecha por otros, asume la misión de un actor ...invisible, pero no por esto será privado de la calidad de **autor de una obra derivada**".

hablarse de una coautoría por colaboración, dado que la obra cinematográfica sólo existe una vez filmada, y por consiguiente, el argumento, la adaptación, guión, diálogos o comentarios no son sino una parte confundida en el encadenamiento de imágenes de las que nace la obra cinematográfica.

El autor de la obra preexistente, si la hubiere, no ha de estimarse como coautor de la obra cinematográfica, salvo que participe en la adaptación, sin que pueda aceptarse la opinión de Rogel Vide<sup>572</sup> que se inclina por los razonamientos de Martínez Ruiz, debido a que el art. 3.1 de la Ley 17/66, hoy art. 87.2 LPI, distingue entre argumento, adaptación y guión, pues entiende que el argumento siempre pertenece al autor de la obra preexistente, sin que haya reparado en que por la génesis de la obra cinematográfica, el argumento es un estado previo a la propia adaptación y guión, que puede tener como base o no una obra anterior, pero que en el caso de que efectivamente derive de otra obra, su adaptación al medio cinematográfico, o la misma visión o lectura cinematográfica que del mismo se haga, ya corresponde a aquél que tuvo la intención o ideación de su adecuación a un medio formalmente distinto.

Sin necesidad de un especial detenimiento, el resto de los considerados coautores de una obra cinematográfica, participarán de una doble consideración, de una parte, lo que les une particularmente entre sí; y de otra, la de su consideración en conjunto en relación a la obra acabada. En cuanto a la primera, y dado el esquema dependiente de la elaboración de la obra cinematográfica, cabe estimar que las actividades de unos y de otros pertenecen al campo de la obra derivada o compuesta, pero que globalmente ha de ser calificada como obra en colaboración, sin perjuicio de que alguna de las fases de su ejecución se estime, en puridad, compuesta. Y ello, porque todos los intervinientes parten de una

---

<sup>572</sup> Rogel Vide, Autores, coautores .... pág. 133



ideación anterior, que a veces ya ha adoptado la textura de un guión, que es adaptada (obra compuesta) al lenguaje fílmico por el realizador, quien transmite sus impresiones al cámara y escenógrafo para que con sus especiales sensibilidades plasmen aquellas sensaciones en escenas con soporte fílmico (la idea fílmica convertida o compuesta en imágenes). Escenas a las que dan vida unos intérpretes que han aprovechado y retomado todos los elementos que fueron necesarios para su motivada actuación. Pero todo el proceso es un complejo entramado que se vehiculó con generosas aportaciones de unos y otros entre sí para el logro de una obra en la que todos participan, y de la que todos son parte.

### **5.3.- Los sujetos titulares del derecho de explotación de las obras cinematográficas.**

Ha de seguirse la misma clasificación ya expuesta en la autoría de las obras cinematográficas, al distinguirse dos grupos, uno perteneciente al productor y otro a las personas naturales intervinientes en la elaboración de la obra misma.

El primer grupo, el del copyrhigt-productor (Inglaterra, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos), no ofrece duda que la consideración de autoría atribuida al productor, le hace igualmente titular del derecho de explotación económica de la película, sin que por ello queden desprotegidas las contribuciones aportadas para la realización del film, tanto de obras preexistentes como de las especialmente creadas para la misma.

En cuanto al segundo grupo, para una adecuada protección de los derechos del productor se articulan diferentes soluciones, desde la solución italiana a través de la "cesio legis", la solución francesa a través del contrato escrito entre

autor y el productor, con absoluta libertad contractual, y la alemana basada en el derecho exclusivo que otorga al productor: de reproducción, puesta en circulación y emisión.

"En nuestro sistema legal (el de la Ley 17/66) -dice García Noblejas-<sup>573</sup> el productor cinematográfico ostenta sobre la obra cinematográfica las facultades o derechos que los autores o sus causahabientes le hayan cedido contractualmente", y añade que "es objeto de ese contrato, exclusivamente el derecho de reproducción o adaptación mediante el cinematógrafo, con independencia de cualquier otro derecho, y especialmente el de exhibición pública que expresamente se reserva el autor, cuyo contenido no interesa directamente al productor, sino a los exhibidores y empresarios de salas de cine"<sup>574</sup>.

La LPI, art. 88, se encuentra a camino entre la "cesio legis" y la licencia o autorización para explotar. En efecto, una "cesio legis" supone ope legis un derecho de exclusiva, y en esa dirección parece mostrarse el art. 88 cuando dispone que por el contrato de reproducción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública,

---

<sup>573</sup> García Noblejas, pág. 28

<sup>574</sup> Guasp, pág. 12, se expresa en igual sentido, "el derecho de reflejar o expresar materialmente una obra intelectual no es, ni se confunde en modo alguno, con el derecho de representar o proyectar en público esa obra, como tampoco el derecho de reproducción abarca los ulteriores que pueden hacerse generando utilidad económica distinta de la anterior". García Noblejas pág. 29, se muestra partidario de que el derecho de exhibición cinematográfica se resuelva mediante la intervención de las Sociedades de Autores, solución que distingue perfectamente los dos derechos de reproducción y proyección inherentes a la Propiedad Intelectual. La regulación internacional de estos derechos viene recogida en el art. 14 del Convenio de Bruselas

así como los de doblaje o subtulado de la obra. Pero al mismo tiempo tal cesión se presume, esto es, que de ser una presunción iuris tantum cabría que el productor no ostente tal cesión, y de ostentarla sufre una doble limitación: a) sin perjuicio de los derechos que corresponden a los autores; b) con las limitaciones establecidas en este título. Así pues, la exclusividad de la explotación que corresponde al productor, es más que una autorización, porque permite al productor autorizar a ceder a terceros sin exclusividad, y es menos que una cesión exclusiva, porque se halla fuertemente limitada por los derechos de los autores, y las autorizaciones expresas de los autores (art. 88.1 párrafo segundo y .3; art. 92 y 93 LPI).<sup>575</sup>

#### **6.- El Autor de la obra insertada en las publicaciones periódicas.**

Por publicaciones periódicas entiende el art.15 RPI "toda serie de impresos que salgan a la luz una o más veces al día o por intervalos de tiempo regulares o irregulares, con título constante bien sean científicas, políticas, literarias o de cualquier otra clase". Los materiales que integran estas publicaciones, señala Desantes<sup>576</sup>, "tienen cada uno su propia entidad, pero sueltos no constituyen un número de periódico, la unidad de un medio escrito y periódico de difusión.

---

<sup>575</sup> Para Delgado Porras, . op. cit., pág. 44, están fuera del alcance de la presunción de cesión: a) Los derechos de reproducción y distribución de la obra cinematográfica en la modalidad de explotación conocida por "home video"(formato para utilización doméstica); b) el derecho de comunicación de esa misma obra en las modalidades de emisión transmisión, retransmisión y transmisión al público por los medios de la radio y la televisión (incluidos los satélites), así como por cable; c) el derecho de transformación, salvo en sus modalidades de doblaje y subtulado; y d) todos los derechos de explotación de las respectivas contribuciones de los diversos coautores aisladamente consideradas.

<sup>576</sup> Desantes Guanter, Jose María, Los derechos de autor sobre el material publicado en la prensa, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Enero 1.975, pág. 37.

Cuando están coordinados, confeccionados, impresos y en condiciones de distribución, a la suma de sus entidades aisladas se les ha añadido un *quid novum*, una cualidad nueva que los ha convertido en número de un periódico. La cualidad nueva ha sido posible merced a una organización y a un trabajo realizados en sus seno".

En este tipo de obras, aparecen claramente diferenciados tres clases de autores: el periodista que bien se encarga de transcribir la noticia, bien la articula, a veces con pretensiones literarias, a veces de investigación, y otras de críticas; el colaborador, que podrá ser un periodista que escribe artículos de fondo (columnas, opinión), o puede ser un extraño al medio periodístico que ocasionalmente participa; y por último, los artistas (dibujos, grabados, litografías, música y demás trabajos artísticos).<sup>577</sup>.

Estos autores, por lo general el primer y segundo grupo, cabe que se encuentren ligados con el propietario del periódico mediante una relación laboral. Si así fuere, los artículos normalmente serán propiedad del dueño del periódico, aunque la paternidad seguiría perteneciendo al autor. No en vano, las noticias vienen, o deben venir firmadas por el que las redacta. Es este un supuesto inscribible en el art. 51 de la LPI cuyo comentario se ha efectuado más atrás

<sup>578</sup>

De no existir relación laboral, la cesión del artículo sólo lo será a efectos

---

<sup>577</sup> Un desarrollo de la diversas posturas doctrinales mantenidas acerca de la autoría (derecho moral) y de la propiedad (derecho de explotación) puede verse en Tallon García, José, Los efectos de la relación jurídico-laboral periodística sobre la propiedad intelectual, págs. 13 a 16.

<sup>578</sup> Un detallado estudio de la cuestión referido a la antigua legislación puede verse en Desantes Guanter, Los derechos de autor ....., págs. 45-61.

de inserción ( art. 16 RPI), salvo que se pacte otra cosa, y por consiguiente, paternidad y propiedad quedará en poder del autor, de tal modo que podrá de nuevo publicarlo en colección decía el viejo art. 30 LPI, o podrá explotar su obra en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se haya insertado, según establece el vigente art. 52 LPI.

Ahora bien, la peculiaridad de este tipo de obras, aconseja ir despacio en aquellos aspectos que venga a vulnerar su vocación de obras protegidas. Porque indudablemente son obras de características tales, que pueden asimilarse a las obras genéricamente protegidas en la LPI, aunque no toda actividad desplegada por el periodista dará curso a una obra creativa-original. Piénsese en una información sobre un suceso del que tienen noticia dos periodistas a la vez. Si se ha convenido en la necesidad de una cierta originalidad, para otorgar protección a las obras, la simple noticia que al unísono facilitan los dos informadores, carecería de este requisito imprescindible. Por consiguiente, es necesario un aporte, un tratamiento singular a esa noticia, bien en la forma, bien en el fondo, para su debida protección.

La originalidad en el sentido subjetivo de la palabra<sup>579</sup>, requiere en este caso, la no instrumentalidad, es decir la necesidad de borrar la mecánica actividad de transcribir la noticia sin un contenido personal que le haga reconocible una mínima originalidad. Es el caso de la inserción de noticias de agencia, o el relato descuidado o impersonal de un suceso acaecido, o cuando en general se hace el denominado periodismo "amarillo".

El resto de las obras, los artículos de fondo o de opinión, las obras literarias o artísticas insertadas, serán verdaderas obras intelectuales objeto de protección,

---

<sup>579</sup> Ver la definición ofrecida por Quiroga de la originalidad.

hasta el punto de que las informaciones periodísticas pueden reproducirse sin permiso de su redactor, salvo que exprese reserva, y sin embargo, en el resto de las colaboraciones será necesario el permiso de su autor para su reproducción ( antiguo art.31 LPI; vigente art. 33 LPI y 18 y 19 RPI).

En general, aquella parte del periódico de contenido original, editoriales y noticias de las distintas secciones, habrá de considerarse obra colectiva<sup>580</sup>, dada la estructura y organigrama de estas empresas<sup>581</sup>. El resto es sin más, una obra autónoma, sin mayores particularidades<sup>582</sup>.

## 7.- La comunidad.

Se percibe en la mayor parte de los tratadistas de la propiedad intelectual una concepción del sujeto pasivo dúplice, pues sea cual sea el sujeto pasivo que cada uno entienda, siempre acuden a un segundo, la comunidad.

Esta idea proviene fundamentalmente de dos institutos ya estudiados en relación con la naturaleza de la propiedad intelectual sostenida: de una parte, el

---

<sup>580</sup> García Sanz, María, El Derecho de Autor de los informadores, Ed. Colex, 1.992, pág. 65. Sostiene que en lo que se trata de la actividad del director, no se da nunca coautoría ni coincidencia en una parte de autoría y titularidad, sino que existe autoría de algunas partes aportadas a la obra colectiva periódica y titularidad del todo, con las facultades y la protección que a cada cualidad concede o reconoce la ley.

<sup>581</sup> En parecidos términos se expresa Tallon García, José, Los efectos de la relación jurídico- laboral periodística sobre la propiedad intelectual, op. cit. pág 10 .

<sup>582</sup> Desantes Guanter, Derechos de autor..., pág. 36, señala que a pesar de que no se dan los presupuestos de la obra colectiva cuando el material va firmado, no se puede negar el carácter colectivo (del periódico).

hecho de que el autor, lo es, gracias a las aportaciones históricas de la comunidad que ha ido acumulando saber a lo largo de los tiempos, lo que ha permitido que el autor, al final del camino dispusiere del material necesario para la creación de su obra; y de otra, porque la caducidad del derecho de autor, conduce a que caiga en dominio público, es decir, revierta a la comunidad.

Ambas premisas son ciertas aisladamente, pero en conjunto conducen a una conclusión falsa. En efecto, la comunidad es ciertamente un entorno necesario, depositaria de cultura, que facilita la creación intelectual, pero no ha de olvidarse que sin la intervención personal del autor, de nada serviría el acopio de saber acumulado. El autor mantiene una relación personal con su obra, y sólo él, es capaz de generarla, y ese autor no es cualquiera, puede serlo, pero no lo es. La creación, pues, es un atributo personal, toda persona tiene derecho a ser autor, pero no todo individuo es autor; por consiguiente, debe darse un proceso alquímico que provoque la actividad creadora, es decir, el ejercicio de este derecho.

Siendo así, no cabe atribuir a la comunidad titularidad alguna sobre ese bien jurídico. El autor a pesar de su vocación de exteriorizar, puede crear sólo, y sólo para él, puede hacer surgir de la mera observación una creación sin la necesaria concurrencia de la comunidad; ésta sin embargo sólo es depositaria y transmisora de una cultura, pero por sí misma no participa en el proceso creativo.

Tampoco la caducidad y la posterior caída en dominio público de la obra puede interpretarse bajo la pública participación en la autoría creativa. Que una obra quede afectada de plazos de caducidad, no es otra cosa que, como obra, en definitiva, de cultura, se considera de interés público y el Estado, en pos de ese interés que afecta a la cultura de toda la comunidad, procede a su expropiación

transcurridos unos plazos y cuyo justiprecio es de una parte, el derecho de explotación (toda la vida del creador y 80 años post-mortem en la antigua LPI y con carácter general 60 años en la vigente), pues el interés público nace desde el mismo momento que la obra ve la luz pública. De otra parte, se asume la defensa de la integridad de la obra, y el reconocimiento de la paternidad del autor, una vez que haya desaparecido.

Es por eso que se establece, lo que Alvarez Romero<sup>583</sup> llama la edición permanente, y el dominio público relativo y absoluto, de tal manera que la vieja LPI establecía que de no volverse a editar una obra en el plazo de 20 años que hubieran transcurrido desde su primera publicación caería en dominio público (art.40 LPI), y de no inscribirse en el plazo de un año, desde su publicación, en los diez siguientes podría ser reproducida por cualquiera, después del onceavo año sin inscripción pasaría a dominio público absoluto (art.38 y 39 LPI). Estas disposiciones, ya criticadas, no han tenido continuidad en la nueva LPI.

No obstante, el indudable interés público cultural que genera la obra intelectual, provoca que la comunidad adopte cautelas para que la transmisión de la cultura sea efectiva, lo que podría hacer suponer que la comunidad adquiere la titularidad del bien jurídico.

Sin embargo, tanto el derecho de inédito, como el derecho de arrepentimiento, no deja lugar a dudas, el único titular es el autor. Es éste quien puede disponer de su obra, tanto para que no vea la luz pública, como para una vez vista, impedir que se difunda, y la comunidad no puede, ni debe resistirse al ejercicio de estos derechos ; debe asistir pasible, porque ningún derecho tiene sobre la obra que llegue a violentar las soberanas decisiones del titular de la

---

<sup>583</sup> Alvarez Romero, op. cit. pág. 191.



misma.

Para finalizar, la defensa del derecho moral de autor encomendado a la comunidad, representada por el Estado cuando aquél haya desaparecido y caído en dominio público su obra, tampoco conduce a conclusión distinta.

En primer lugar, porque algunos autores, otorgan esta defensa a los herederos en su más amplio sentido -así lo hace la legislación italiana- de forma indefinida; en segundo lugar, porque tal defensa no es sino consecuencia de la defensa de la cultura, tal y como fue concebida por un autor concreto, pues de otro modo se desvirtuaría el contenido y riqueza de la misma; y en tercer lugar, porque si como se ha mantenido, el derecho moral es imprescriptible, no es al Estado a quien corresponde el ejercicio de este derecho, sino la facultad que le otorga la representación adquirida en defensa de los valores culturales; en definitiva, labores de administración y policía.

Que la comunidad tiene interés en salvaguardar la cultura, es indudable; que no le son ajenas las conductas infractoras salta a la vista cuando son de naturaleza pública; y que en resumidas cuentas es un perjudicado, pero sólo eso. Por lo que en todo caso cabría que estuviera legitimada para ejercitar las acciones judiciales de carácter penal, civil o administrativas, pero ello está bien lejos de ser verdadero sujeto pasivo. A lo sumo cabría identificarlo con un sujeto pasivo mediato, pero sin ninguna relevancia dogmática.<sup>584</sup>

A pesar de ello, no se puede desconocer que esa mediatez, en estos derechos, resulta más fuerte que en otros, más relevante, como lo pone de manifiesto el paso de un Estado liberal a uno social, y la inclusión del art.44.1 CE., que ha

---

<sup>584</sup> Cobo/Vives, Derecho Penal, Parte General, pág. 281.

tenido un reflejo en el actual art.40 LPI (y probablemente en el art.16).<sup>585</sup>

Para Rodríguez Tapia "la intervención del Estado social reclama, por una parte, la protección de los intereses de la comunidad, y por otra, la imposición de una serie de normas de derecho imperativo que dibuje un orden público en materia de propiedad intelectual"<sup>586</sup>. El art.44.1 CE al ser una norma-acción por oposición a las normas-relación, está referido o vinculado al comportamiento del Estado y no de los individuos<sup>587</sup>, pues, como afirma Gálvez<sup>588</sup>, no es un derecho a la cultura, sino de acceso a la cultura, "lo que exige la adopción de una determinada política y actividad por los poderes públicos que funcionalmente, reconduce a técnicas de fomento y servicio público".<sup>589</sup>

---

<sup>585</sup> Para Chico Ortiz, Jose María, Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual, pág. 113 y ss, la función social de la propiedad (art. 33 CE) y el acceso a la cultura (art. 40 CE), se contempla en la nueva Ley, en el carácter irrenunciable e inalienable de los derechos morales (art. 14 LPI); la nulidad de de las cesiones sobre obras futuras o los compromisos de no creación (art. 43); la copia para uso personal (art. 31); la cita (art. 32); la obra vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos (art. 34); y las reguladas en los arts. 37 a 39 LPI.

<sup>586</sup> Rodríguez Tapia, op. cit., pág 303

<sup>587</sup> Caramés Puente, Jorge, Comentario al art. 40 LPI, en Comentarios a la Ley de la Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, TECnos, 1.989, pág 610 y 611

<sup>588</sup> Gálvez, Comentario al art. 44 de la Constitución, en Comentarios a la Constitución, por Garrido Falla y otros, Civitas, Madrid, 1.980, págs. 513 y ss.

<sup>589</sup> Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, pág. 388, Ed. Debate, 1.990. Hace mención este autor a la función promocional y a técnicas de facilitación. Si bien, como señala Ruiz Miguel, Alfonso: " Estudio Preliminar: Bobbio y el Positivismo Jurídico Italiano", incluido en la publicación más arriba referenciada, pág. 53, la función promocional ha de entenderse en el sentido de "medio promocional" - medio utilizado para obtener un determinado fin, y no el fin mismo -. Esta forma de interpretar "promoción" resulta, por otra parte,

## **8.- Los otros titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual.**

El art. 534 bis a) considera típicas las conductas cuando se realicen sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Quiere ello decir que entre los titulares hay autores, aún de diverso grado, y aparte se encuentran los cesionarios. Que unos y otros son cosa distinta. Los primeros los titulares ostentan derechos sobre la propiedad intelectual, y los segundos, los cesionarios, sólo licencias, autorizaciones o cesiones para la explotación de la propiedad intelectual.

Así pues, junto al autor originario aparecen otros titulares que pueden denominarse autores de segundo grado<sup>590</sup> en función de la dependencia creadora de los mismos. Estos autores de segundo grado, son por intensidad de aportación creativa: los transformadores de la obra preexistente ( traductores y adaptadores, art. 11 LPI), y los intérpretes y ejecutantes (art. 101 LPI). Ninguna dificultad ofrece el autor transformador (mediante la traducción, adaptación o cualquier otra modificación en su forma de que se derive una obra diferente, art. 21.1) que con su actividad creadora desarrolla una obra compuesta (art. 9.1 LPI) sobre la que ostenta iguales derechos que el autor de la preexistente sin perjuicio de los derechos de éste (art. 21.2 LPI). Es, sin más, un autor. Con la sólo particularidad de que su obra goza de una originalidad relativa.

De los intérpretes y ejecutantes, que disponen de otros derechos de propiedad intelectual, lo que se ha denominado derechos conexos, vecinos o

---

compatible con el art. 9.2 CE.

<sup>590</sup> Así los llama Soto Nieto, op., cit. pág. 965, aunque reciben otros nombres de la doctrina.

afines, ya se ha puesto de manifiesto la ambivalencia de su aportación, de manera que en unos supuestos caerán dentro de la órbita de una coautoría, y en otros relegados a unos derechos residuales. Pero de lo que no hay duda es de su íntima conexión con la actividad creadora, que precisamente es la culminación de esa obra, pues no en balde son intérpretes o ejecutantes. La diferencia es de intensidad creativa, cuantitativa, no cualitativa<sup>591</sup>.

Sin embargo la consideración genérica de estos derechos como conexos no autoriza extender el manto protector penal a los productores de un fonograma, grabación audiovisual, y entidades de radiodifusión o de televisión. Esta odiosa extensión que propone Carmona<sup>592</sup> cuyo riesgo de ser considerada exagerada asume la autora, sólo puede deberse a una errónea interpretación del texto del art. 534 bis a). En efecto, el tipo penal básico, nada dice sobre derechos conexos, habla de interpretaciones y ejecuciones artísticas, y de titulares de derechos de propiedad intelectual. Uniendo el objeto y sujeto, sólo cabe concluir que se está refiriendo a intérpretes y ejecutantes. Pero por si se entendiese las interpretaciones y ejecuciones y los titulares de derechos de forma amplia, hay un dato definitivo que rechaza tal hipótesis: el art. 534 bis a), como se ha dicho, diferencia titulares de derechos, de cesionarios. Los cesionarios son otra cosa que los titulares de los derechos. Los cesionarios ejercen los derechos no la titularidad; los derechos de los cesionarios son atribuidos, y no constitutivos. De este modo, los productores

---

<sup>591</sup> Samaniego Bordiú, op. cit., pág. 788 y ss. Sostiene que la diferencia principal entre titular de derechos de autor y titular de derechos conexos o vecinos, consiste en que el autor en sentido estricto goza de todos los derechos de propiedad intelectual a los que se refiere la Ley, mientras que los titulares de los derechos conexos o afines sólo gozan de los derechos a que se refieren expresamente los artículos que los regulan. En un caso gozan de todos los derechos, en otro sólo de parte de ellos, cabe añadir.

<sup>592</sup> Carmona Salgado, El tipo básico..., pág. 130 y ss..

en exclusiva o no y las entidades de radiodifusión, serán en todo caso cesionarios, pero en ningún caso titulares de derechos de propiedad intelectual al modo que lo: intérpretes y ejecutantes.

## **9.- Los cesionarios.**

Es justo reconocer que todo el esfuerzo interpretativo llevado hasta aquí englobando entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual toda suerte de autoría, tropieza fatalmente con la figura de los cesionarios de los que no puede predicarse siquiera proximidad con los derechos del autor.

Sin embargo, esta conclusión no es del todo inevitable. Veámoslo. El cesionario en sus diversas variantes, en unas más que en otras, actúa como mandatario o subrogante del autor. El cesionario no adquiere la titularidad de los derechos, sólo la facultad de explotar la obra. El cesionario, pues, cuando bajo licencia explota la obra está realizando su propio derecho y el ajeno (el del autor que sigue conservando la propiedad intelectual y los derechos morales), ya que a la vez que un derecho es una obligación (la derivada de la cesión)<sup>593</sup>. Desde este plano la defensa de los derechos del cesionario, implica los del autor que se encuentran ínsitos. El cesionario ofrece, por consiguiente, una doble vertiente.

Se comprende mejor esta figura, si la cesión se interpreta como autorización. Si así se hace, se verá como el autor lleva a cabo una delegación, no una transmisión como dice la LPI, que comprende la defensa indirecta de sus intereses. Así pues, el cesionario ocupa una zona intermedia, híbrida y extraña entre los sujetos protegidos penalmente en el art. 534 bis a), de indudable

---

<sup>593</sup> Gete-Alonso y Calera, María del Carmen, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 666.

trascendencia<sup>594</sup>. Y no podía ser de otro modo, si se tiene presente que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico, y sin embargo ninguna titularidad de propiedad intelectual es posible adscribir al cesionario.

Por último ha de señalarse que la cesión puede ser en exclusiva (art. 48) con las consecuencias previstas en el art. 49, y en no exclusiva (art. 50). La cesión deberá formalizarse por escrito (art. 45), y será nula respecto del conjunto de las obras de futuro, y sobre la no creación futura. Y por último la cesión puede ser gratuita y onerosa, y en este último caso, por participación, o a tanto alzado.

#### 10.- Las consecuencias

La multiplicidad de sujetos pasivos concurrentes en el art. 534 bis a), provoca que al contrario de lo que sucedía con la reforma del '63, pueda hablarse no sólo de sujetos pasivos ad extra del tipo, sino también ad intra del tipo.

Como acertadamente señala Quintero<sup>595</sup>, la indiferencia mostrada por Quintano<sup>596</sup> en orden al sujeto pasivo, habida cuenta de que en definitiva nos encontramos ante un delito perseguible de oficio, y no tenía trascendencia la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado, no resulta ahora sostenible. El cesionario puede ser sujeto pasivo frente al intérprete y ejecutante, y también frente al autor originario. Éste mismo puede ser sujeto pasivo frente al cesionario.

---

<sup>594</sup> Quintero, op. cit., pág. 79, denomina a los cesionarios sujetos pasivos secundarios por oposición a los principales (autores)

<sup>595</sup> *Ibidem*.

<sup>596</sup> Quintano, op. cit., pág. 629

Lo que antes se limitaba a incumplimientos de contratos, ahora se ha convertido en delito. Las diferencias económicas derivadas de la cesión, incluso, pueden constituir delito.<sup>597</sup>

El autor puede ceder en exclusiva sus derechos de explotación a dos cesionarios al mismo tiempo; el cesionario en no exclusiva puede transmitir su derecho a un tercero sin autorización del autor; el editor se excede del número de ejemplares de edición o prolonga el plazo de la concesión, o el ámbito de la distribución. En todos estos supuestos ejemplificativos se produce una confusión del sujeto pasivo, de unos contra otros, en el seno del propio artículo.

El primer supuesto, la cesión en exclusiva a dos cesionarios, ha sido analizado por Quintero<sup>598</sup> bajo una dualidad interpretativa: subsunción en el art. 534 bis a), o en el 531 CP.

Se inclina por la primera solución porque considera que es *lex specialis* y porque en la estafa de gravamen el sujeto pasivo es el adquirente y no el titular del gravamen. Pero la cuestión no resulta tan sencilla. El art. 534 bis a) no tipifica la doble cesión, ni siquiera la lesión de los derechos de explotación. El art. 534 bis a) somete la infracción a la realización de una conductas (típicas), y éstas se constriñen a reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente. El

---

<sup>597</sup> Soto Nieto, op. cit. , págs. 969 a 971, en virtud del principio de prohibición de exceso, se muestra contrario a que las cuestiones que surjan por el incumplimiento de las obligaciones respectivas dimanantes de la relación negocial, se resuelvan en el ámbito penal, pues de cometerse alguna infracción de relevancia penal habrán de reconducirse a la estafa. En general las meras diferencias cuantitativas de percibo de cánones debiera quedar al margen de lo penal, resolviéndose en la vía civil o administrativa.

<sup>598</sup> Quintero, op. cit., pág. 81.

autor con la doble cesión en exclusiva no realiza estas conductas, se limita a ceder determinados derechos, que, básicamente, coinciden con los de explotación. La subsunción de esta conducta en el tipo básico es, al menos, problemática. Sólo a través de la autoría mediata resulta posible acercarse a las conductas típicas. Pero es lo cierto, que además de lo complejo de la estructura típica (el segundo cesionario es un instrumento ciego en manos del autor), la concurrencia de este tipo con el art. 531 dificulta aún más la cuestión.

Quintero rechaza la subsunción en el art. 531, porque el sujeto pasivo sería el segundo cesionario y no el primero, y porque es *lex specialis* el art. 534 bis a). El primer motivo de su rechazo no se sostiene, porque con respecto a la estructura del tipo, a la conducta desplegada y al injusto, ello es indiferente. En efecto, uno es sujeto pasivo y otro perjudicado, pero ambos obtienen igual protección, es más, el primer cesionario, normalmente, está asegurado por la retroacción. Si lo que en realidad se quiere resaltar, es que lo que se trata de proteger es al cesionario, y en realidad de este modo se protege a un tercero, tampoco resulta convincente, porque el nivel de protección es idéntico, y en todo caso la referencia última reside en el cesionario, en el primero o en el segundo, pero siempre en el cesionario.

La segunda oposición alegada por Quintero, siendo más consistente, tampoco puede asumirse. Una ley es especial en un sentido lógico-valorativo, y la relación lógica de género especie responde a la regla de especialidad. Mantener que el art. 531 es una ley general del art 534 bis a), es forzar con mucho la idea de que el art. 534 bis a) es una subclase del art. 531. El tipo de injusto en ambos delitos no es idéntico, en un caso es la propiedad común y en otro la intelectual o derechos de autor (patrimonial-moral). Ciertamente en ambos hay una protección patrimonialista aplicada al supuesto (derechos de explotación



del cesionario) pero en el primer caso, es preciso el engaño para constituir el tipo de injusto y en el segundo no. Así pues desde una perspectiva valorista, el art. 531 contempla el total del desvalor y el art. 534 bis a), sólo lo hace parcialmente. El art. 531 consume o absorbe al art. 534 bis a) en la doble cesión.

De este modo el cesionario no es un sujeto pasivo frente al autor en el tipo del art. 534 bis a). Esta conclusión irradia sus efectos sobre el resto de los supuestos. De tal modo que la convivencia de sujetos pasivos resulta armónica en el tipo del art. 534 bis a) que operan ad extra y no ad intra. Los sujetos están situados en disposición paralela y no perpendicular.

El autor, cuando se trate de diferencias sobre derechos de explotación, tampoco es sujeto pasivo frente al cesionario, pues o bien es un ilícito civil por incumplimiento contractual, o bien es penal, pero residenciado en la estafa (por las mismas razones expuestas). No sucede lo mismo, y no puede tener idéntico tratamiento, cuando junto a la lesión de los derechos de explotación se produzca una invasión de los derechos morales, pues ahí si estaríamos ante una consunción a favor del tipo especial, que contemplaría el ámbito patrimonial y moral conjuntamente, frente al que sólo lo contempla patrimonial.

## **IX.- AUSENCIA DE TIPO DE INJUSTO.**

### **1.- El Derecho de cita.**

La controversia suscitada alrededor de la adecuación a tipo<sup>599</sup>, provee de valiosos datos a la configuración final de la realización del tipo, de tal manera que puede afirmarse que una conducta es típica, cuando realice el tipo en sus dos aspectos, naturalístico y valorativo<sup>600</sup>.

Pues bien, el llamado d<sup>o</sup> de cita da la oportunidad de verificar los enunciados expuestos hace un instante en relación con el art. 534 bis a)

Aún a pesar de la tentación que supone la regulación internacional de la cita, que la considera lícita siempre que se haga conforme a los usos honrados (art.10.1 del Convenio de Berna), e incluso la reconoce como derecho, la cita no supone en ningún caso una realización típica, porque ni la licitud de que habla el Convenio de Berna, ni su aceptación como d<sup>o</sup>, admite su inclusión como causa justificadora por vía del art.8 n<sup>o</sup>11. Y no porque no concurra un interés preponderante que colisione con el d<sup>o</sup> de autor, que efectivamente puede fijarse en el genérico interés de la comunidad por la cultura, y a la que de alguna manera ha contribuido, hasta el punto de que la cita es un vehículo de transmisión y engrandamiento del acervo cultural, llegando incluso a ser reconocido

---

<sup>599</sup> Teoría de la adecuación social y teoría valorativa.

<sup>600</sup> Cobo-Vives, Derecho Penal, Parte General, 3<sup>a</sup> Edición, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 1.990, pág. 313.

constitucionalmente en el art.44.1 CE; de manera que estimada como un derecho y preferente, cumple cuantos requisitos son exigibles para su consideración como causa de justificación.

Pero ello no es bastante para su inclusión en sede de realización jurídica del tipo, pues para ello hemos de afirmar previamente que la conducta es típica, y ello es un expediente innecesario, cuando no se han dado los elementos naturalísticos y valorativos del tipo en la conducta.

La cita viene regulada en nuestro derecho interno en el art. 32 que considera lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de una ajena ya divulgada, a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.<sup>601</sup> Se contrapone a lo dispuesto en el art. 17 y 18 LPI por los que corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación, entre los que se encuentra el de reproducción, esto es, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

Pudiera por tanto parecer que el dº de cita supone una autorización para realizar lo que inicialmente se niega; idea que queda reforzada por la incorporación, al modo que hace el Convenio, del término licitud. Pero licitud puede indicar simplemente que está permitido porque no está prohibido, o bien que es justo. Sólo en este segundo sentido, la cita tendría naturaleza justificativa; en el primer caso, la cita sería una conducta que carecería de relevancia penal.

Para esclarecer tan espesa cuestión, es preciso acudir a la construcción del

---

<sup>601</sup> En el LPI de 1.879 venía regulada en el art.7 LPI que permitía insertar partes de textos que fueran objeto de comentarios, críticas y notas. Este mismo artículo prohibía taxativamente toda clase de reproducción, incluso aquellas anotadas, adicionadas o que lleguen a mejorar la edición.

tipo penal. El art. 534 bis a), se ha dicho en reiteradas ocasiones, sin ser un tipo penal en blanco, es obvio que mantiene una vinculación normativa con la LPI, y en particular las modalidades comisivas. De este modo, la conducta de reproducir encuentra exacto contenido en el art. 18 LPI, pero este artículo no opera aisladamente, pues de ser así, la cita sería típicamente antijurídica. El art. 534 bis a) no contiene excepción ni justificación alguna. En consecuencia si el art. 18 se complementa y completa con el art. 32, quiere decirse ello que el art. 32 también forma parte del tipo del art. 534 bis a), y si es así la cita es un elemento negativo del tipo. De este modo la cita resulta atípica.<sup>602</sup>

En apoyo de lo expuesto, basta tener presente que citar no es reproducir, citar es mencionar, insertar o hacer referencia, y ello, normalmente, en un proceso dialéctico, bien reforzando una cuestión, bien criticándola. Así pues, el verbo citar en nada se encuentra emparentado con el de reproducir, y si el injusto se forma a través de la reproducción, es evidente que queda fuera, y por tanto excluido en el supuesto de la cita, por no adaptarse a la conducta descrita en el tipo.

Por consiguiente, el dº de cita no cumple el elemento naturalístico de la realización del tipo, porque citar es cosa naturalmente distinta a reproducir, porque aún cuando citar suponga una reducida reproducción, ésta es meramente clónica, aquélla sirve de alegato o crítica, y encuentra su límite en su utilización con fines docentes o de investigación en la medida justificada.

De otra parte, en la cita es imprescindible que no concurra una intención de lesionar los derechos de autor (reproducir) y por contra se constate una falta

---

<sup>602</sup> Sitúan la cita en sede de justificación, Carmona Salgado, *La Nueva Ley...*, pág. 338 y ss., y Vega Vega, *op. cit.*, pág. 224.

de ánimo de comentar y criticar. La presencia de uno excluye al otro, es decir, que la intención de criticar o comentar impide el paso al ánimo de lesionar (reproducir), y la exclusión del primero, puede, sólo puede, permitir afirmar la presencia del segundo.

Por último, tampoco el elemento valorativo, principio de ofensividad, se da en el caso de la cita, porque es evidente que analizar, o emitir un juicio crítico, no puede en modo alguno lesionar los derechos morales o patrimoniales, al menos en vía derechos de autor, ya que en numerosos supuestos, la cita supondrá un reconocimiento del autor y de su obra, y en los casos de críticas, aún las más agrias, se preserva la paternidad, y la explotación de la obra se decidirá por su contenido, al que habrá ayudado a delimitar, bajo el signo del contraste, el autor que cita.

No se nos escapa, sin embargo, que el derecho de cita, puede ser utilizado como mecanismo infractor de los derechos de autor, a través de las reproducciones parciales, al modo de los plagios de entidad reducida, pero sujetas igualmente a tutela; y que una reproducción parcial puede ser de tal extensión que afecte a una buena parte de la obra, o que igualmente se aproveche la cita para tergiversar la obra y pensamiento del autor, o bien que se perjudique patrimonialmente la obra al resumirse en esencia cuanto en la misma se desarrolla y pierda de este modo todo su interés.

Es por esto que el d<sup>o</sup> de cita ha obtenido una estricta regulación, y así la LPI exige, tal y como se ha dicho, que sólo se puedan incluir fragmentos de la obra ajena, con un segundo límite, que sea sólo en la medida justificada, y un tercero, que tenga por objeto el análisis o la crítica.

Para conocer el límite que debía alcanzar el texto insertado, se han propuesto lindes aritméticos de orden variable, dependiendo del tipo de obra, ya sea en prosa o en verso; y a pesar de que ha tenido un profuso desarrollo en la jurisprudencia británica (especialmente), francesa y alemana, se ha desechado, aún cuando se reconoce el indudable carácter fragmentario de la cita<sup>603</sup>, porque

---

<sup>603</sup> Una curiosa, Sentencia, por su contenido e intervinientes - Cesare Lombroso-, de la Corte de Apelación de Rouen, pronunciada el 5 de Agosto de 1.986, citada reseñada por Giurati, op. cit., pág. 225 y ss., merece ser transcrita en sus aspectos más relevantes: Resultando que los primeros jueces han hecho una justa apreciación de los hechos en causa al decidir que el libro intitulado La Grafología, editado por Hoepli en Milán y que lleva la firma del Profesor Lambroso, contiene una falsificación parcial del libro de Crépieux-Jamin sobre La Escritura y el Carácter- Que, sin duda, ninguna disposición legal ha entendido prohibir a los autores el derecho de dar a conocer el pensamiento de sus predecesores, sobre todo cuando el objeto de la obra es un manual destinado a vulgarizar los datos artísticos, o científicos; que, en materia de arte o de ciencia, el perfeccionamiento y el progreso dependen del ejercicio de dicha facultad, pero que todas las legislaciones protectoras de las obras de la inteligencia están conformes en reconocer que hay abuso si, por la extensión e importancia de esos empréstitos y de esas citas, el autor segundo en fecha ha reproducido, en sus partes esenciales la obra del autor precedente, causando así perjuicio al despacho comercial del libro falsificado;- Resultando que del cuadro comparativo de ambas obras, tal como se ha presentado en los debates, con la traducción al frente, está manifiesto que las reproducciones tomadas de Crépieux-Jamin por el autor de La Grafología son numerosas, consecutivas, serviles en cuanto al fondo y en cuanto a la forma, según emana de las páginas 2, 3, 4, 5, 6, 18, 19, 30, 31, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129 y 137 del libro de Lombroso; que ciertas láminas o fásimiles que llevan los números del 124 al 128 en el libro del autor de la Escritura y el Carácter, así como ciertas experiencias que son labor personal de Crépieux-Jamin, constituyendo una y otra propiedad exclusiva suya, han sido textualmente reproducidas, no sólo sin indicación de origen, sino hasta como si emanasen del mismo Lombroso, como resulta de comparar la página 122, 1º de Grafología, con la página 259 del libro de Crépieux-Jamin; que aparece que en esos empréstitos, que versan sobre substancia misma de la obra y particularmente sobre la división de los signos, sus caracteres generales, su interpretación, su clasificación, y sobre la escritura de los enfermos, cuyo capítulo, que consta de diez páginas, ha sido copiado por entero literalmente, consituyen una verdadera apropiación parcial de la obra del autor de La Escritura y el Carácter, tanto más perjudicial cuanto que el manual de Lombroso es un compendio o resumen

como mantiene Wistrand, la cita depende de su **accesoriedad**, esto es, carece de autonomía sobre la obra que la incluye, una vez sea suprimida aquélla; y de la **esencialidad** de la obra citada, que debe pervivir al margen de la propia cita, esto es, que la cita no posea tal entidad que deje vacía la obra citada<sup>604</sup>.

---

destinado por naturaleza a satisfacer la curiosidad del lector, y que existe una diferencia entre la copia y el original, siendo el libro de Lombroso notablemente inferior en precio al de Crépieux-Jamín;- Resultando que si los intereses de la instrucción y el desarrollo intelectual de las masas son esencialmente respetables, los derechos sagrados de la propiedad literaria no son menos inviolables; que no es posible satisfacer los unos en detrimento de los otros, y que, so pretexto de crestomatías y de publicaciones propias para la enseñanza, no está permitido por la legislación italiana ni por la legislación francesa reproducir en compendio la substancia misma de la obra de otro e inferir de este modo una lesión moral a las esperanzas y a los anhelos más legítimos;- Resultando que las citas hechas con el nombre de Crépieux-Jamin y el tributo de elogios a él otorgados por Lombroso en su introducción, por honoríficos y autorizados que sean no pueden legitimar las reproducciones incriminadas, pues de otro modo la impunidad sería harto fácil; que, por otra parte, cabe hacer notar que la extensión de las reproducciones no puede racionalmente incluirse en la denominación de las reproducciones fragmentarias aludidas en el precitado decreto de 19 de Septiembre de 1882; Considerando que el daño moral y la lesión inferidos a la personalidad del autor de La Escritura y el Carácter son tan incontestables como la violación de su derecho pecuniario; Confirma la sentencia dictada por el tribunal de comercio de Rouen, en cuanto decidió que Lombroso y Hoepli han realizado en perjuicio de Crépieux-Jamin un hecho indemnizable de concurrencia mercantil y de falsificación literaria;- La invalida en cuanto respecta a la cifra de la reparación legítima debida, y haciendo lo que los primeros jueces hubieran debido hacer, condena a Lombroso y Hoepli, conjunta y solidariamente, a pagar quinientos francos en concepto de daños y perjuicios por las causas supradichas.

<sup>604</sup> Wistrand, Hugo, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses oeuvres*, Editions Montchrestien, París 1.968, págs. 158 a 160 y 179 a 187. Danvila y Collado, op. cit. pág. 434, se expresaba en parecidos términos: "A nuestro juicio puede darse una regla segura, y es, que cuando lo principal sea la obra ajena, y lo accidental las anotaciones o adiciones, estas no podrán publicarse sin permiso del propietario; pero cuando lo principal sean los comentarios, las críticas y las notas, y lo secundario parte del texto, entonces puede publicarse uno y otro conjunto sin el permiso ajeno".

Estos criterios de accesoria y esencialidad de la cita y de la obra sirven para aproximarnos a la determinación de la licitud de la cita, es decir, cuándo ha de entenderse que estamos en presencia de una mera referencia o soporte discursivo, o ante una mera reproducción o plagio.

Tampoco, sin embargo, son bastantes los criterios aludidos; ha de añadirse para completar los requisitos exigidos para conformar la cita, los dispuestos en el art.10 del Convenio de Berna:

- a) La obra que se cita ha de estar rodeada de publicidad, o lo que es lo mismo, ha de ser conocida, o como se dice en el texto, accesible al público.
- b) Tal acceso ha de producirse mediante un medio lícito, o en otro caso, la cita se tornará en reproducción.
- c) Que se haga conforme a los usos honrados.
- d) Que sea limitada a los fines que se persiga, y necesaria para ello.
- e) Deberá mencionarse la fuente y el nombre del autor.

A tenor de los requisitos exigidos en el Convenio de Berna, cabe extraer las siguientes conclusiones:

- 1.- La cita abarca toda suerte de obras de creación intelectual.
- 2.- Se establece una mixtura de requisitos objetivos y subjetivos, de manera que no basta que sea accesoria en relación a la esencialidad, sino que se haga conforme a los usos honrados y en la medida imprescindible para los fines que se persigan (que no vienen determinados, aún cuando sí en nuestro derecho interno),



en combinación con la publicidad de la obra. Es decir, que no basta que sea una cita en sentido estricto, y por consiguiente trate de invocar y alentar el debate o la ratificación, sino que además, es necesario que se respete el derecho de autor a que su obra permanezca sin ver la luz, o que se conozca en el momento que desee, especialmente cuando es la única manera de contrastar sus opiniones con el conjunto de su obra, para que el público accediendo a la misma pueda aceptar o rechazar las críticas o interpretaciones que de la misma se han hecho.

3.- Los usos honrados, son un claro antecedente del "fair dealing" inglés<sup>605</sup>, que a su vez vino a justificar el derecho de cita británico.

Este criterio supranacional supone en la práctica una auténtica regulación que consagra una uniformidad internacional<sup>606</sup>, y dado que en cada lugar los usos serán distintos, el contenido difuso de los usos honrados, equiparables a las buenas costumbres, supone una inconcreción peligrosa en una doble faceta: la desprotección del derecho de autor, y las restricciones en el avance de la cultura, dada la discrecionalidad a que se encuentran sometidos.

Realizar la cita conforme a los usos honrados, requiere al menos:

- Que la cita sea fiel al texto.
- Que se entresaque el conjunto de la idea expuesta.

---

<sup>605</sup> Una crítica a la incorporación de esta fórmula al derecho interno puede verse en Rogel Vide, Carlos, De los límites a las infracciones del derecho de autor en España, Revista la Ley, nº 2.148 /89. Propone el autor sustituir el "fair use" por el uso normal del derecho, ejercicio normal y leal del derecho.

<sup>606</sup> Wistrand, Hugo, op. cit., pág. 163.

- Que no se manipule lo expuesto por el autor.
- Que no se perjudique la obra citada de tal manera que pierda todo interés para el público.

4.- La genérica referencia a todas las obras, no deja de ofrecer serios problemas, porque así como en las literarias, los criterios descritos operan con facilidad, en determinadas creaciones, y en algunas ocasiones, será necesaria una cita integral, como en el caso de las citas pictóricas, cuando el objeto de estudio sea el cuadro de un pintor, en donde no quedará más remedio que reproducir la tela. E incluso en las literarias, caso de un poema que sea objeto de análisis, y que bien se reproduce de forma global o parcial, pero que en un progresivo análisis resulta al final ser en conjunto todo el poema; en estos supuestos, y otros, habrá de estarse o a la configuración de obra derivada, lo que requerirá el permiso del autor de la obra preexistente, o a la cita. Nada impide considerar como cita tales modos de proceder, si se ajusta a lo dispuesto en el art.10 del Convenio de Berna.

Cuando la cita no es tal, se convierte en una reproducción o en un plagio, y ello acaece, sólo cuando no se halle justificada a los fines perseguidos o se deje de mencionar al autor y la fuente, de manera que no se pueda constatar lo citado y no se reconozca la paternidad del autor, haciendo creer que es elaboración y aportación propia.

Se hará notar la discordancia con los fines cuando la cita sea desmedida, o aparezca sin relación con el debate propuesto.

La falta de alguno del resto de los requisitos, desvirtúa la cita, pero la vulneración del derecho de autor que supone, se ataja por otros medios distintos a los penales. Así se operará en los supuestos de obras inéditas y de deshonestidad en la cita, que únicamente afectaran al derecho moral del autor.

Distinta es la cita en la enseñanza, cuya regulación queda reservada a los países unionistas, pero sujeta a los mismos requisitos que cualquier cita, a excepción de que la obra se haya hecho accesible al público de forma lícita, y que en la práctica no tiene límite alguno.

También distinta, resulta la cita técnica, cuyo contenido se separa de la jurídica, y que no encuentra límite alguno, cual es el caso, de adscribir un autor a una u otra corriente o doctrina, o incluirlo dentro de determinada escuela, a pie de página.

## **2.- La Parodia.**

Las parodias participan de un conjunto de elementos que las aproximan al régimen de las obras derivadas, al derecho de crítica, y a la tolerancia.

Reside en ello la dificultad de situar jurídicamente este tipo de obras, y que en última instancia, quedará decidido por los Tribunales, caso por caso.

Nuestro derecho positivo, sólo hacía mención a la parodia en el art. 65 RPI, reconociendo implícitamente el carácter de obra intelectual, pues prohíbe dicho artículo, la introducción, en todo o en parte, sin consentimiento del autor, de trozo alguno literal o melodía cualquiera de la obra parodiada. La nueva LPI ha

incorporado la parodia como excepción al derecho de transformación: "No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original".

Alvarez Romero<sup>607</sup>, ha interpretado, ingenuamente por cierto, que en la parodia no cabe la cita, como si citar fuere un mero introducir texto o melodía, y no tuviese más límites que lo dispuesto en el citado artículo. Y sin reparar que el art. 65 carece de toda virtualidad, ya que, puesto en relación con el art. 64 del mismo texto legal (RPI), la parodia sólo existe en la imaginación del legislador, pero nunca en la realidad.

En efecto, si no es posible introducir ningún trozo literal o melodía alguna de la obra parodiada, y el plan y argumento de una obra dramática o musical, constituye propiedad intelectual, castigándose como defraudación tomarlos en todo o en parte, la parodia no puede nacer. Sólo es posible su existencia, mediante la autorización del autor de la obra parodiada, lo que le sitúa en el campo de la obra derivada.

Pero claro, dejar en manos del autor (propietario) la autorización para que se le pueda criticar o no, cuando esa es la finalidad perseguida, parece lo más cercano al autoritarismo cultural, o al dirigismo monopolista.

De otra parte, de establecer una pasividad absoluta, puede desembocarse en una inseguridad inaceptable, donde el autor sea vituperado y la obra denostada. Es por esto que la tolerancia tampoco parece el cauce más idóneo. Es más el art. 39, limita el límite a que no se infiera un daño a la obra original o a su autor

---

<sup>607</sup> Alvarez Romero, op. cit., pág 134.

Es necesario, por consiguiente, conjugar los intereses en juego, en el conflicto surgido, de tal modo, que por analogía a la cita, la parodia cuando se rija por las reglas del género (Desbois), esto es, que alcance un tono burlesco e irrisorio, agrandando los defectos de forma desorbitada y ejerza una labor crítica de contenido<sup>608</sup>, será atípica, porque ello no es reproducir, ni usurpar, ni tampoco transformar, toda vez que no se adopta la obra parodiada, sino que se opone a la misma<sup>609</sup>.

El derecho a la libertad de expresión que invoca Desbois, es un fin mediato que justifica la parodia, pero que no agota todo el contenido "paródico". Antes ha de resolverse si la descripción típica se contrae por una conducta "paródica", y como hemos tenido oportunidad de comprobar, ello no es así. Por consiguiente, no es necesario abordar los conflictos de derechos que pudieran surgir, porque ya han sido resueltos por vías menos complejas.

En todo caso, el RPI concibe, según hemos visto, a las parodias como obras derivadas, sin embargo posteriormente la nueva LPI las ha excluido de las obras transformadas<sup>610</sup>. Los Convenios Internacionales no las contemplan. Sólo la Ley Francesa de 1.957, en su art.41 la regulaba.

---

<sup>608</sup> Alvarez Romero citando a Plaisat pág. 133.

<sup>609</sup> Giuriati ya se expresó en este sentido: "si se entienden las cosas en su recto sentido, no hay en el mundo nada que tanto se distancie del plagio como la parodia. El plagio es una copia, la parodia es sátira: se plagia aquello que gusta, se hace parodia de aquello que se presta al ridículo".

<sup>610</sup> Díaz Alabart, Silvia, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 598, las sitúa a mitad de camino entre las obras originales y las transformadas.

### **3.- La copia privada.**

Ya resultaba dolorosa la inclusión de la copia en sede de exclusión de tipo de injusto, desde la óptica de un legislador (1.879) que en modo alguno pudo imaginar siquiera, los avances técnicos que se avecinaban en orden a la reproducción privada.

En efecto, el art.7 LPI de la Ley de 1.879 era taxativo: "Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su autor", lo que movió a buena parte de la doctrina (Molas Valverde y Alvarez Romero son un claro exponente) a entender que la copia privada estaba prohibida, y que sólo un régimen de tolerancia puede autorizar lo que de suyo es ilícito.

Las legislaciones Unionistas, como muestra de tolerancia por vía de excepción al derecho de autor, establecen determinados requisitos y limitaciones para configurar la copia privada, fuera de los cuales se entra de lleno en la esencia atávica del derecho de autor, que le hace ser un derecho de exclusiva y monopolista, y cuya transgresión se efectúa mediante la reproducción ilícita.

La LPI 22/87 hace mención expresa a la copia privada como límite del derecho de autor en el art. 31.2 , siempre que sea para uso privado del copista y no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa.

En este estado de cosas es preciso determinar los límites del límite y su régimen. La tarea, pues, no resulta sencilla.

#### **3.1.- Publicación y copia privada**

Alvarez Romero<sup>611</sup>, sin proponérselo, y sin extraer conclusiones que se derivaban claramente del análisis del art. 7 de la derogada LPI, es quien ofrece la clave de la resolución de tan espinosa cuestión. Parte de un concepto capital que inunda el derecho de propiedad intelectual, cual es, la publicación, que constituye, según él, "una de las manifestaciones del derecho a la libertad de expresión"<sup>612</sup>.

La publicación( en su sentido amplio) es, pues, la piedra angular del derecho de autor porque sin la publicación, la obra pierde toda su significación, hasta el punto que el derecho de inédito, se configura como el reverso del de publicación.

Publicar es, para Alvarez Romero<sup>613</sup>, "bastante más que dar noticia de la obra o describirla. Por muchos que sean los pormenores que se faciliten, y amplios los detalles que se den, para que haya publicación es preciso situar la obra de forma que sea accesible, tal como es, a otras personas"<sup>614</sup>. Esas otras personas, es el público en general, la sociedad.

Pues bien, editar, no es ni más ni menos, que el acto de publicar, porque como correctamente entiende Alvarez Romero, editar -sacar a la luz- es publicar

---

<sup>611</sup> Alvarez Romero, op. cit., pág. 23 y ss.

<sup>612</sup> *Ibidem*

<sup>613</sup> *Ibidem*, pág. 27

<sup>614</sup> El art. 4 LPI define la publicación como la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma.

por diversos medios: es la publicación en sentido restringido<sup>615</sup>.

Establecida la sinonimia de publicar y editar, es necesario, ahora, abordar el concepto de reproducir<sup>616</sup>, que en lo que aquí interesa, no es sino repetir mecánicamente una obra.

Pues bien, aún cuando no se ajusta exactamente al contenido material de la edición que guarda una relación directa entre el original y la copia, formalmente editar es reproducir, es sin más multiplicar, repetir, uno o muchos ejemplares, y en este sentido ha de entenderse el verbo reproducir dada la conexión que se establece entre el acto de reproducir y la edición<sup>617</sup>.

De este modo, si publicar es igual a editar, y esto a reproducir, habremos de concluir que no toda copia está prohibida, sólo la que suponga edición, es decir, aquella que sea un acto de comunicación con el público, esto es, que sea un acto de publicación.

Por consiguiente, la copia privada, queda fuera de la conducta típica.

Ahora bien, esto no hace sino, posponer la solución del problema, porque hace falta conocer, entonces, cuándo estamos en presencia de una copia privada.

---

<sup>615</sup> Alvarez Romero , op. cit. pág. 32. En sentido restringido la publicación se asimila a la edición.

<sup>616</sup> El art. 18 LPI, entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella.

<sup>617</sup> El antiguo art. 7 relacionaba de forma expresa la reproducción con la edición, que ha de entenderse en sentido amplio.



Para la resolución de este problema se ha acudido a diversos expedientes, empezando por delimitar el nivel de privacidad, que unos lo han situado en lo privado que es la opción de la LPI con el añadido de no sea objeto de utilización colectiva, y otros en lo personal.

Ciertamente existe una diferencia cuantitativa entre ambas esferas. El uso propio o personal es más restringido que el uso privado. En efecto, el ámbito del uso privado puede comprender un sinnúmero de posibilidades cercanas al concepto de publicación sostenido anteriormente. El uso personal o propio, no ofrece duda alguna sobre el alcance de la copia, cuya comunicación siquiera es intersubjetiva, sino que, siguiendo con la misma terminología, es intrasubjetiva.

Ahondando más en estos conceptos, incluso se exigía en el derecho comparado (la Ley Francesa de 1.957), que la copia la realice la persona para cuyo uso se efectúa<sup>618</sup>, según se desprende del concepto " copista" que se contenía en el artículo 41.2<sup>619</sup>. La vigente Ley Francesa de 3 de julio de 1.985, ya no se refiere al copista sino al tercero.<sup>620</sup>

### 3.2.- Copia no lucrativa

---

<sup>618</sup>La Ley Italiana de 1.941, también se expresa en igual sentido.

<sup>619</sup> Desbois, Henri, op' cit., pág. 306

<sup>620</sup> LLedó Yagüe, Francisco, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 500. Nevado Aguirre, Jose M., Una cuestión a debate: La remuneración compensatoria del derecho de autor, Revista Jurídica la Ley, Año XIII, Números 3103. Ambos autores critican que el legislador español haya tomado como referencia el art. 41.2 de la Ley Francesa de 11 de Marzo de 1.957, y no el 29 de la Ley de 3 de julio de 1.985 que actualiza la anterior, y que sigue los criterios de la Convención de Berna, Conferencia de Estocolmo y Convención de Roma.

En términos generales, se afirma que una reproducción privada sólo puede ostentar el carácter de gratuita, pues cuando es onerosa, se convierte en reproducción pública. Tal distinción sólo puede operar en el plano de lo privado, pero es totalmente inoperante en el personal o propio.

Aún así, no es banal la cuestión pues si la LPI se ha decantado en el art. 31.1 por la no lucratividad de la copia, es porque precisamente la copia onerosa contiene un rasgo vehemente de pública.<sup>621</sup>

En el ámbito penal, hasta la reforma del 63, lucrativo y gratuito eran notas esenciales; no tanto en el ánimo de lucro del defraudador, como se recoge en la ley italiana de 1.941, sino en el perjuicio causado. Era, pues, determinante porque el carácter lucrativo suponía publicación, y por consiguiente perjuicio; sin

---

<sup>621</sup> El art.19 de la derogada LPI, que regulaba la representación, establecía la frontera entre lo público y privado en la existencia o no de contribución pecuniaria. Los artículos 116 y 117 RPI introducen, por su parte, junto a la onerosidad, el elemento de sitio público para la conversión de lo privado en público.

Se puede extraer, por consiguiente, la conclusión de que en un lugar privado y de forma gratuita, la representación, aún no siendo restringida, escapa a la protección de la LPI, y por tanto, a los efectos que aquí interesan, era atípica. De manera que el elemento de gratuidad y lugar no público, sería bastante, para considerar la representación como privada. De este modo ya no se requeriría que fuera personal, como se mantuvo con anterioridad.

Sin embargo, aquí, aunque la representación supone publicación, el art.19 LPI la describía bajo la fórmula de ejecución. Ejecutar se separa grandemente de editar. Ejecutar carece del significado de la multiplicación, aún cuando por sí misma tiene efecto multiplicador. Esta inversión hace que el régimen de la obra dramática y musical adquiera relieves distintos. Un sujeto no puede ejecutar y ser espectador al mismo tiempo. No se puede concebir una ejecución personal, pero sí privada. Y es por esto que en este tipo de obras, gratuidad y onerosidad tienen una función correctora, porque el ámbito privado se limitará por un entorno, entendido en sentido restrictivo, que debe ser necesariamente no lucrativo.

embargo, no todo acto lucrativo contiene un ánimo de lucro, y no todo acto lucrativo causa perjuicio.

La reforma introducida ese año y la del '87 ya no exigen la nota de perjuicio, y el delito queda consumado con la sola infracción del derecho de autor. Así las cosas, nos será indiferente la presencia del ánimo de lucro o el perjuicio causado para identificar la conducta típica, sin perjuicio, de que sí puede ayudar en unión de otros elementos a distinguir lo privado de lo público, que en la esfera penal incidirá de manera diferente, porque por sí sólo el perjuicio nunca será bastante para criminalizar la conducta.

Esto hace que las legislaciones modernas sobre propiedad intelectual, regulen la copia privada a través de las regalías, que sencillamente son una tasa impuesta con el propósito de indemnizar los posibles perjuicios irrogados por la copia privada. En este sentido se ha pronunciado la LPI en el art. 25, de cuya problemática da cuenta el Real Decreto 287/1.989, y la subsiguiente modificación del art. 25 LPI por Ley 20/1.992 de 7 de Julio.

Se delimita así, a mi juicio, el ámbito penal, pues aparte de que éste tiene una esfera de actuación constreñida a los ataques más intolerables, y sólo debe actuar subsidiariamente a otros órdenes menos traumáticos, el concepto de tasas se acerca peligrosamente a la idea de débito, y a una consecuencia: la prisión por deudas, de completo desarraigo en la actualidad, con forzado destierro al ámbito civil, del que nunca debió salir.

Se trata como dice Bondía : "de transformar el derecho de reproducción del autor, en los casos de copia privada, en un simple derecho de remuneración, centrándose más la preocupación actual de la doctrina en buscar los medios de

ejercer este último que en garantizar el ejercicio del primero, el cual resulta prácticamente imposible sin atentar contra el respeto a la vida privada y la inviolabilidad del domicilio"<sup>622</sup>.

Efectivamente, tanto de las ponencias como de las resoluciones adoptadas en el XXXV<sup>o</sup> Congreso de la CISAC, se desprende un exclusivo interés de los autores porque se instituya un sistema de tasas o regalías a los fabricantes de aparatos y cintas vírgenes que permitan la reproducción privada.

Más aún, el art.9.2 del Convenio de Berna, faculta a los países unionistas a permitir la reproducción en determinados casos especiales, siempre que no se atente a la explotación normal de la obra, ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El sistema de regalías instaurado en varios países, y del que ha sido promotor, la RFA, viene a reforzar la tesis que aquí se mantiene, pues no puede de una parte, presumirse que todo comprador de un aparato reproductor o cinta virgen sea un defraudador, esto es, va a reproducir sin autorización del autor, quien además, así ha de presumirse, concede una autorización genérica bajo el pago de una tasa; y de otra, que tal presunción comporta transferir la responsabilidad al fabricante, cuando en modo alguno se le puede hacer partícipe.

Ni siquiera la tesis mantenida por el legislador alemán, y que suscribe Freitas en la ponencia que presentó en el XXXV<sup>o</sup> Congreso de la CISAC<sup>623</sup>, con el título "La remuneración del autor y la reproducción de sus obras mediante

---

<sup>622</sup> Bondía Román, Fernando, Propiedad Intelectual, su significado en la sociedad de información, Ed. Trivium, Madrid, 1.988,pág. 263.

<sup>623</sup> El congreso se celebró en Madrid del 6 al 11 de Octubre de 1.986

grabaciones efectuadas a domicilio", cabe aceptarla. En efecto, la supuesta contraposición entre el derecho de autor y el derecho a la intimidad no existe. Aceptar tal colisión, sería tanto como aceptar que el derecho a la intimidad es un reducto dentro del que se produce una catarsis entre lo ilícito y lícito.

Otra cuestión es, como apunta también Freitas, que sea políticamente indeseable perseguir a todos los que realizan copias privadas, ya no sólo por la dificultad de la prueba, sino porque materialmente sería imposible, sin riesgo de colapsar la administración de justicia. Pero no existen datos que sostengan tal idea, más al contrario, cuando el TS de los Estados Unidos tuvo oportunidad de pronunciarse, a pesar de lo dividido que se mostró, en el asunto "Sony Corporation V. Universal City Studios INC. and Walt Disney Productions", a propósito de la comercialización del magnetoscopio Betamax, declaró que no había ninguna actividad ilegal de infracción de los derechos de autor, dado que no se había acreditado que se causara perjuicios potencialmente suficientes.

Pero ciertamente, si bien es claro, que la copia personal o de uso propio carece de toda significación, y que no cabe pensar su inclusión en la tipicidad penal de la conducta de reproducción ilícita sin que contrariemos el principio de ofensividad, se dan supuestos más dudosos, fronterizos ellos, con la conducta típica.

### **3.3.- Uso privado o personal.**

En efecto, al inicio, distinguíamos entre uso personal o propio y el privado; clasificación que también recoge el art.7 de la Ley tipo de Túnez, y nos inclinábamos por un concepto restringido que nos situaba en la exclusión del tipo cuando la copia era para uso personal, e incluso hacíamos mención a la Ley

Francesa (1.957), que exigía que la copia debía ser personal, en un doble sentido: en su realización y en su uso.

Así pues, el uso privado, por su indeterminación quedaba fuera de la conducta típica, pero tal atipicidad era de carácter genérico, pues en aquel momento la tipicidad penal no estaba aún determinada.

Y ello, porque si pensamos en la esfera privada como la reunión de varias personas que se frecuentan habitualmente<sup>624</sup>, el perjuicio podría llegar a ser importante o potencialmente suficiente para el autor<sup>625</sup>.

Esto movió al legislador alemán, arts. 53 y 54 de la Ley de 9 de Septiembre de 1.965<sup>626</sup>, a apurar los términos de la división entre personal y privado, añadiendo un tercero que compendia todos aquellos que no sean personales.

Se mantiene la vigencia de la copia personal (persönlicher Gebrauch), que sólo puede ser de uso de las personas físicas, y aún cuando pueden ser realizadas por tercero, deben ser a título amical.

Luego existen las copias de uso interno (eigener Gebrauch), que alcanza un sin número de supuestos, de manera que el concepto de personal se hace necesariamente restringido debido a la extensión y complejidad del uso interno.

---

<sup>624</sup> Wistrand , op. cit. pág 337, extrae la idea de una sentencia dictada por el Tribunal de Instancia de Reims.

<sup>625</sup> El supuesto que expone Quintero Olivares, op. cit., pág. 571, es ilustrativo: diversos estudiantes que fotocopian a un mismo autor, una especie de inversión del delito masa.

<sup>626</sup> Reformada por Ley de 24 de junio de 1.985.

Este debe darse bajo contraprestación y con fines comerciales, al contrario del personal. El uso interno está por consiguiente sujeto a canon, refrendado por el pacto suscrito entre Autores e Industria a causa de una decisión de la Bundesgerichtshof que propició, no sólo este acuerdo, sino también la reforma de la legislación en materia de derecho de autor.<sup>627</sup>

Entonces, el uso interno, será aquél que se destine a fines comerciales (internos). De este modo, el uso personal se desdobra, pues es indudable que habrá un uso personal con fines comerciales (investigación para la publicación de un libro) que no será exactamente de uso interno, al que denominaremos más exactamente uso propio para distinguirlo de los otros dos, y que no estará sujeto a canon ninguno.

Las conductas descritas hasta aquí, podemos clasificarlas del siguiente modo:

- uso personal que conlleva una atipicidad general
- uso interno que alejada de la órbita penal, cae de lleno dentro de la civil.
- uso propio que desplegará las mismas consecuencias que el uso interno, salvo que la copia de la obra sea para la investigación y se encuentre agotada.

Aún cuando, conforme hemos avanzado, se han aclarado las implicaciones y consecuencias de la copia privada, conviene aproximarnos a la fórmula "uso leal", utilizada en el Reino Unido y en Estados Unidos, para completarla, si cabe, más definitivamente.

---

<sup>627</sup> Wistrand, op. cit., pág. 359, ofrece una detallada evolución de este proceso.

El uso leal anglosajón está precedido de una dilatada jurisprudencia, que culmina en el copyright Act inglés de 1.956, art.6, y en el estadounidense de 1.976, art.107 que dice: " El uso leal de una obra protegida, inclusive mediante la reproducción en forma de ejemplares o de fonogramas o por cualquier otro medio especificado en este artículo, con fines tales como la crítica y el comentario, reseña de acontecimientos, enseñanza (incluyendo la duplicación para la utilización en clase), formación o investigación, no constituye una infracción del derecho de autor"<sup>628</sup>.

Bondía<sup>629</sup> considera que el uso leal se desglosa en los cuatro siguientes factores:

- 1.- El destino y el carácter del uso y, principalmente, la naturaleza comercial o su destino a fines educativos y no lucrativos.
- 2.- La naturaleza de la obra protegida.
- 3.- El volumen y la importancia de la parte utilizada con relación al conjunto de la obra protegida.
- 4.- La influencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor.

Si no fuera por lo indeterminista del derecho anglosajón, su regulación en esta materia, es más avanzada que la continental. El sistema americano tiende, aunque resulte paradójico, a una mayor socialización de la cultura a través del uso

---

<sup>628</sup> El art. 7 de la Ley tipo de Túnez preceptúa que : "reproducir, traducir, adaptar, arreglar o transformar de cualquier otro modo tal obra, exclusivamente para uso personal y privado del que la utiliza es lícito sin el consentimiento del autor".

<sup>629</sup> Bondía,op. cit., pág. 260.



leal . No se fijan en el acto de reproducir, sino en lo reproducido y su destino o fin, lo que a buen seguro les acarrearán serios problemas, salvo que lo corrijan por la vía de la naturaleza comercial, que deberá alcanzar un sentido muy amplio, pues de otra manera, lo definido en el derecho Alemán como uso interno, quedaría dentro del campo del uso leal, que se extendería a todos los fines señalados y otros que puedan asemejarse, porque es indudable que no se hallan tasados y sólo se ofrecen a modo de referencia.<sup>630</sup>

#### 4.- El consentimiento del Autor.

El consentimiento, como es sabido, juega un doble papel en la teoría del delito: como causa de exclusión del injusto, y como causa de justificación por vía del artículo 8.11 CP<sup>631</sup>.

---

<sup>630</sup> En el caso Sony Corporation V. Universal City Studios Inc. an Walt Disney Productions, la demanda fue desestimada por el Tribunal de Distrito conforme al principio del "uso leal"; la sentencia fue anulada por el Noveno Tribunal Circulante de Apelaciones de San Francisco, cuyas argumentaciones recoge Bondía en la nota 63 de la página 261 de su obra: Propiedad Intelectual (su significación en la sociedad de la información). Ahora bien, no se comprende muy bien que se pueda enjuiciar en relación al derecho de autor, a una compañía por fabricar un aparato que facilite la copia privada; sólo si se utiliza en ese sentido, y de programas sujetos a copyright justificaría la demanda, en otro caso, debió no ser admitida, salvo que se entienda que un aparato por sí mismo puede infringir los derechos de autor, cosa que en el momento actual de la ciencia no parece posible.

<sup>631</sup> **Cobo-Vives**, Derecho Penal, Parte General , pág. 375. **Romeo Casabona**, El médico y el Derecho Penal, La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal), pág. 292 a 299, Bosch, 1.981, siguiendo la doctrina germánica, distingue entre el asentimiento (excluye el tipo), y el consentimiento en sentido estricto, que excluye la antijuridicidad. **Mir Puig**, Derecho Penal, Parte General, pág. 553, y

En la sistemática de este estudio se ha preferido situar el consentimiento entre las causas de exclusión de la tipicidad<sup>632</sup>, porque la LPI de 1.879 en su articulado hacía una constante referencia al consentimiento, y si dichos artículos (artículos 7, 8, 10, 19, 24 y 25 LPI; 5, 62, 63, 64, 67, 68 y 87 del RPI) servían de relleno al tipo en blanco del art.534. 1 CP, quiere ello decir que el consentimiento se constituía en un requisito negativo de la conducta típica. La nueva Ley, de forma expresa, se refiere al consentimiento en los arts. 4, 6.2 y 7.2. Está implícita la exigencia de consentimiento, a sensu contrario, en el Capítulo II, del Título III. Existen por otra parte otros preceptos más concretos y específicos a lo largo de toda la Ley, referidos al consentimiento en los programas de ordenador, obras audiovisuales, etc. El art. 17, hace mención expresa a la autorización necesaria del autor, y en el mismo sentido se expresa el art. 534 bis a) y 534 bis b) 1 d) CP (sin autorización). Por último, habida cuenta que sigue vigente el RPI, el articulado más arriba expresado resulta también de aplicación.

Considerarlo como causa de justificación<sup>633</sup>, requiere afirmar previamente

---

ss., PPU, 1.990, lo divide en acuerdo (atípico), y consentimiento en sentido estricto (permisivo), pero a diferencia de los anteriores autores, la permisión no la hace descansar en el art. 8.11 CP, del que dice no recoge como causa de justificación el consentimiento.

<sup>632</sup> En el mismo sentido Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.996. Bustos Ramírez, Juan, op. cit., pág. 253. Muñoz Conde, Francisco, op. cit., pág. 289. Romeo Casabona, op. cit., pág. 183, que mantiene una posición mixta: en los derechos de explotación parece inclinarse por una causa de atipicidad y en los morales de justificación.

<sup>633</sup> Así lo consideran algunos autores, entre los que se encuentran **Rodríguez Devesa**, Parte Especial, pág. 513. **Carmona Salgado**, El tipo básico ..., pág 126. **Quintano**, op. cit., pág 633. **Soto Nieto**, Delitos contra los Derechos de los Titulares de la Propiedad Intelectual, Poder Judicial, Expecial IX, pág 388. **Boix**, Derecho Penal Parte Especial, pág. 947. **Bajo Fernández**, op. cit., pág. 226.

la existencia de una conducta típica de la realización del tipo de injusto, y éste es un expediente innecesario e inútil cuando el tipo de injusto no se ha llevado a cabo. No cabe justificar lo que no es típico.

Ahora bien ¿puede el autor consentir?, ¿es un derecho disponible?. Sobre esta cuestión ha de diferenciarse entre el consentimiento prestado para la explotación de la obra y el consentimiento que permita borrar la identidad del autor.

En relación a la primera cuestión: ¿constituye conducta usurpatoria, la explotación económica de la obra con el consentimiento del autor?. Ciertamente, no. No hay más que pensar que es éste el modo que tiene el autor de hacer efectivos sus derechos exclusivos sobre la obra, toda vez que por medio del contrato de cesión, faculta a terceros para poner en circulación su obra, es decir, para reproducirla, distribuirla o comunicarla públicamente. Es sin más, el medio normal, habitual, o si se quiere natural -en los tiempos actuales- de explotación de la obra, porque es consustancial al acuerdo, habida cuenta de que, en definitiva, el autor más que consentir, lo que hace es ceder un derecho.

Por consiguiente, en estos supuestos, el consentimiento forma parte del acuerdo contractual de cesión, y carece de autonomía penal. En estos supuestos, la conducta es no sólo penalmente irrelevante, sino que es jurídicamente justa.

Con respecto a los derechos morales, Romeo Casabona<sup>634</sup> considera, sin embargo, que el consentimiento, tiene relevancia en el campo de la justificación.

---

<sup>634</sup> Romeo Casabona, Poder Informático, págs. 162 y ss.

Razona la eficacia del consentimiento en estos supuestos porque la ley no distingue, a la hora de exigir la autorización, entre derechos morales y patrimoniales, extendiéndola a todas las agravaciones morales del art. 534 bis b). En estos casos, el autor, cuando autoriza, está ejercitando su derecho, vb., cuando autoriza a un tercero a que divulgue la obra. Y añade que esta autorización se enclava dentro de la autonomía que le es reconocida al autor, acerca del destino de la obra.

La tesis de Casabona, sin embargo, no convence. Ciertamente el autor puede autorizar que un tercero divulgue o modifique su obra, incluso el art. 64.1 alude a esta posibilidad, pero ello sólo significa que el tercero es un instrumento de la decisión personal del autor. En efecto, el tercero no puede modificar a su antojo y en el momento que elija la obra intelectual. La modificación **ordenada, dirigida, y controlada** por el autor, es su modificación no la del otro. El "autorizado" en este caso tiene una función instrumental y carece de autonomía para ejercer un derecho moral que no le pertenece ni le puede pertenecer. La decisión de divulgar o no, le pertenece al autor. La decisión de modificar o no, y cómo, le corresponde al autor. Tomada la decisión, la mera ejecución por un tercero carece de relevancia penal,. El tercero no ejercita "su" derecho, sino el del autor, porque los derechos morales, como sabemos, son, por definición (art. 14), **irrenunciables e inalienables**. Pero esto no significa que el tercero obre de forma justificada, eso significa en realidad que su conducta es irrelevante porque lleva a cabo una conducta naturalística pero no típica, y no es típica precisamente porque es la conducta del autor. La justificación implica realizar el propio derecho, no el ajeno. Dicho de otro modo, el autor no consiente (porque no puede consentir), el autor realiza su derecho moral. Esto no quiere decir que la conducta esté justificada, pues sería tanto como afirmar que la divulgación y modificación de la obra llevada a cabo por el autor (mediante un tercero) es típica, pues esto

supondría: El sujeto activo y pasivo sería el mismo y la ajenidad dejaría de tener valor de injusto.

De otra parte, se ha de tener presente que la autonomía de la voluntad no es de carácter absoluto, y que tropieza con límites de relevancia penal en cuanto al consentimiento. No hay más que pensar en el delito de usura, donde el consentimiento carece de eficacia

Más complejo resulta el consentimiento en el plagio que suscita una primerísima cuestión<sup>635</sup>, cual es, el carácter irrenunciable e inalienable del derecho de paternidad al que se encuentra estrechamente unido. El derecho de paternidad constituye la esencia del derecho de autor, entre otras cosas, porque sin autor no hay obra, y sin la presencia de ambos no hay bien jurídico a proteger.

El derecho de paternidad es, pues, un derecho personal del que se cuestiona su disponibilidad por el autor. Una breve lectura del articulado de la LPI de 1.879 demuestra como las alteraciones de las obras podían ser autorizadas por los autores (arts.7 y 24 LPI y art. 67 RPI). En la nueva LPI no cabe tal posibilidad (son derechos irrenunciables e inalienables). Pero de ningún artículo de la LPI y su Reglamento, se desprendía la posibilidad de ignorar al autor por medio del consentimiento, hasta el punto de que enajenada la obra, el autor

---

<sup>635</sup> El consentimiento en el plagio pone al descubierto como el sujeto pasivo se reduce única y exclusivamente al autor, porque sólo tiene capacidad de otorgarlo aquél que ostente la titularidad del bien jurídico, esto es, el autor. En efecto, no es concebible que el cesionario de una obra, distinto al autor, pudiera prestar su consentimiento a un plagio, que conlleva desconocer o sustituir al verdadero autor de la obra. Ni siquiera es concebible, la alteración de la obra, toda vez que careciendo el propietario de potestad de efectuarla, con mayor razón está imposibilitado de prestar su consentimiento para que lo efectúen terceros.

conserva diversas prerrogativas que alcanzan incluso a la reproducción en las obras de arte (art.9 y 10 LPI de 1.879 y art. 56 de la nueva LPI), el derecho a velar por la reproducción o reproducción exacta de la obra ( art. 64 LPI y art.69 RPI), y el derecho de corregir y refundir sus obras (art. 14.5 LPI y art.66 RPI). Un caso paradigmático es el del art. 51 LPI (autor asalariado), por el que la titularidad de los derechos de explotación la ostenta ope legis (salvo pacto) el empresario, pero los derechos morales los sigue conservando el autor (divulgación, paternidad, modificación y arrepentimiento, principalmente).

Por consiguiente, tanto del propio articulado como, y especialmente, de la indisponibilidad de la paternidad, esto es, de la irrenunciabilidad a la misma, cabe otorgar relevancia penal al consentimiento en las conductas plagarias. De entenderlo de otro modo el derecho de autor quedaría vacío, pues el autor a través de la cesión o enajenación de sus derechos exclusivos y del consentimiento de la usurpación de su condición de autor, quedaría indefenso contra los ataques que pudiera recibir, de manera que se vería imposibilitado de ejercer el derecho de arrepentimiento; se encontraría obligado a aceptar las alteraciones o modificaciones que se introdujesen aún cuando sufriese su honor y reputación, e incluso su dignidad, tanto como persona, como autor.<sup>636</sup>

Pero es más, el consentimiento opera con ciertos límites, sólo sobre aquellos bienes que son disponibles, y la tutela fuerte del derecho de autor exige la

---

<sup>636</sup> Casa Barquero, Enrique, El consentimiento en el derecho penal, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Colección Estudios de Criminología, Serie Minor, nº 4., 1.987, pág. 96. "A partir del principio de dignidad humana se plantea de forma mucho más segura en cuanto constitucionalmente tutelada, los límites a los cuales debiera estar sometido el consentimiento".

indisponibilidad<sup>637</sup> o irrenunciabilidad del derecho de paternidad; bien, cuya protección incumbe al derecho público. El propio Casabona reconoce que "en este supuesto ( del plagio) entrarían en juego no sólo los derechos morales del autor, que son irrenunciables, sino también ( y sobre todo) el derecho de los usuarios o "consumidores" a no ser engañados sobre la paternidad real de una obra científica, literaria o artística". Y para respetar el núcleo esencial del derecho es preciso declarar su más radical indisponibilidad, en particular cuando existen vivos intereses de la comunidad en su protección<sup>638</sup>, y es sabido que los intereses colectivos son indisponibles por su propia naturaleza.<sup>639</sup>

Así pues, el consentimiento no puede operar en la figura del plagio, en su doble vertiente de copia servil o usurpación de la condición de autor<sup>640</sup>, sin que

---

<sup>637</sup> Caffarena Laporta, op. cit., pág 266, entiende que la inalienabilidad y la irrenunciabilidad de las facultades del art. 14 de la vigente LPI "obedecen al vínculo indisoluble que une a la obra con su autor... y ello implica la invalidez de todo tipo de negocios por el que autor renuncie a ellos o los transmita. Se puede hablar de **un principio de indisponibilidad** respecto del contenido moral del derecho de autor".

<sup>638</sup> Andreotti, A., en su trabajo : " La Ley para la tutela de la propiedad literaria artística e industrial", pág. 28, sostiene que en caso de renuncia voluntaria, o por inercia, o por filantropía o por otro motivo cualquiera del autor a la tutela penal de sus derechos, la sociedad tiene siempre , por la naturaleza y finalidad de la obra del ingenio humano, intereses a reprimir, toda vez que se puede lesionar el interés del producto intelectual, o disminuir el disfrute intelectual común.

<sup>639</sup> Casas Barquero, op. cit., pág. 91 y 92. " Se ha de tener siempre presente que la postestad de disponer derechos o intereses privados encuentra un único límite en la oportunidad de no permitir ciertos negocios privados dañosos al interés de la comunidad". Para una más concreta exposición de la cuestión, vid. VIII.7.

<sup>640</sup> Romeo Casabona, op. cit., pág. 165, opina que el consentimiento del usurpado (art. 534 bis b) 1 c) excluye la antijuridicidad, pero no sería suficiente

quepa argüir que el consentimiento no surtirá efecto en el ámbito civil, pero sin embargo tendrá plena eficacia en el penal<sup>641</sup>, pues si bien es cierto que las consecuencias del consentimiento no tienen por qué ser iguales en ámbitos desiguales, su falta de legitimidad en el ámbito penal no se debe a un vicio en el mismo que conlleve su nulidad en lo civil, y sin embargo tenga trascendencia en lo penal (a no ser que el vicio consista en violencia, intimidación o engaño, en cuyo caso dará lugar a otras figuras penales), sino que se trata más bien de una imposibilidad de consentimiento, con independencia de su validez o no, pues la ley protege al autor hasta el extremo que no le permite abdicar de su autoría, y, en consecuencia, el consentimiento prestado no conduce a la irrelevancia penal de la conducta, ni la justifica. De esta manera se evitan los escollos de la validez general de los consentimientos por la capacidad del sujeto para prestarlo, que en efecto, no tiene trascendencia en el ámbito civil, pero sí en el penal.<sup>642</sup>

---

para eliminar el ilícito civil, o en todo caso la exigencia de un delito de uso indebido de nombre supuesto (art. 322 CP) o de usurpación del estado civil de otro (art. 470), al ser indisponibles los bienes lesionados (la fe pública y el estado civil, respectivamente). No se aprecia sin embargo el distingo que efectúa con la usurpación de la condición de autor, pues en ésta se identifica un producto como propio siendo ajeno, para ello se firma como creador cuando no se es, de tal modo que el público en general es engañado, y la cultura falseada o alterada.

<sup>641</sup> Boix Reig, Javier, Derecho Penal Parte Especial, coordinado por Vives Antón, Valencia 1.990, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 947. En la misma dirección, Carmona Salgado, El tipo básico ..., pág. 127. Vega Vega, op. cit., pág. 221,

<sup>642</sup> Gómez Benítez/Quintero Olivares, op. cit., pág. 101. Aun cuando se muestran partidarios del consentimiento en el plagio, parecen inclinarse por un consentimiento negocial. Al igual que se manifiesta con carácter general, Rivero Hernández, Francisco, Comentario al art. 17 LPI, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, pág 252: "La exigencia del consentimiento del autor para la explotación de la obra que la Ley le reconoce en exclusiva, resulta obvia. La formulación legal que no podrán ser realizadas sin su autorización viene afectada por la expresión de la oración principal, de la primera parte del precepto, cuyo sentido refuerza. Este consentimiento del autor tiene todos los visos de un consentimiento negocial".



Si lo dicho hasta aquí es cierto, resulta cuando menos embarazoso, explicar la irrelevancia penal de la suplantación del autor cuando éste por razones ideológicas o incluso laborales, se ve en la necesidad de utilizar a un tercero, quien se presenta como autor de la obra. En este caso, el autor ha consentido que otro aparezca sustituyéndolo; éste presenta la obra como propia y en consecuencia, aparentemente, concurren todos los elementos precisos para configurar un plagio en su aspecto más grosero, la usurpación de la condición de autor.

Si el consentimiento no opera, la conducta es típica, e incluso antijurídica, aún cuando no llegue a ser culpable, por no haber dolo ni culpa, pero éste no parece el marco adecuado para resolver el problema.

Uno de los expedientes más fáciles de aprovechar para solucionar este supuesto, pasa por estimar al testafarro como un seudónimo, de tal manera que el autor no ha sido suplantado, lo ha sido el nombre, que corresponde en realidad al verdadero autor<sup>643</sup>. La dificultad para aceptar esta solución reside en el hecho de que el seudónimo para ser tal, sólo debe ser un nombre ficticio, y el testafarro<sup>644</sup> es un nombre y una persona, circunstancia ésta última que no casa bien con el instituto del seudónimo.

---

<sup>643</sup> Algardi, Zara, *Il plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*, Milano 1.966, pág. 685.

<sup>644</sup> Ha de significarse, que la figura del testafarro, se encuentra radicalmente alejada del "negro", persona que se ve en la necesidad de crear para un tercero que por una cantidad compra la autoría de la obra, que luego aparece publicada bajo su nombre.

Un segundo expediente consiste en la necesidad de que el tipo de injusto exige la lesión del derecho de autor, y la sólo suplantación sin incidencia en los derechos exclusivos, aunque sea indirecta o remota, no lo realiza; máxime cuando lo que se persigue es lo contrario, la completa realización de éstos, de tal manera que la utilización del testafarro no lo lesiona, sino que facilita el ejercicio del derecho patrimonial del autor. Se convierte de este modo, el testafarro, en coadyuvante de la realización de un derecho, esto es, colabora a que otro haga lo justo, y mal puede, entonces, considerársele su conducta típica.

Un tercer expediente, contemplaría el adverbio intencionadamente como elemento subjetivo del injusto, de manera que sin la intención de infringir, no se lesionaría, esto es, no se daría el tipo de injusto.

## **X.- AUTORIA. RESPONSABILIDAD EN CASCADA. AUTOPLAGIO**

### **1.- Autoría. Responsabilidad en cascada.**

La metodología escogida para abordar la autoría, exige una aclaración: La Ley de Propiedad Intelectual de 1.879, contenía una regulación especial de la autoría en los delitos contra la propiedad intelectual (art.45), cuya cercanía con los arts.13 y 15 del CP (autoría en lo delitos cometidos por medio de la imprenta) aconsejaba estudiar en su conjunto. Con la aparición de la Ley 22/1987 de 11 de Noviembre, desaparece toda regulación específica de autoría en estos delitos, y se suscita la cuestión de si ha de regirse por la general (arts. 12 y 14 CP), o por la especial (arts. 13 y 15 CP). Es por esto, por lo que, igualmente, conviene abordar el estudio de la autoría en general y las limitaciones y excepciones contenidas en la regulación de los delitos de imprenta.

#### **1.1.- Artículos 12 y 14 CP.**

Es preciso resaltar en primer lugar la distinción existente entre sujeto activo -elemento de la formulación del tipo-, y autor -realización del hecho y contribución al injusto-. Autor, por consiguiente, es aquél que realiza como propio un hecho antijurídico.

En efecto, como bien señala Vives Antón<sup>645</sup>, mostrándose contrario a

---

<sup>645</sup> Vives Antón, Libertad de Prensa, pág. 56

la opinión de Rodríguez Mourullo<sup>646</sup>, que mantiene la necesidad de incluir la culpabilidad, también, para constituir el concepto de autor, toda vez que el artículo 12 enumera a los autores entre los responsables criminales (y si responsabilidad es culpabilidad, habrá de incluirse en el concepto de autor)," en las notas conceptuales que las definen (diferentes categorías de autores), no se encontrará referencia alguna a la culpabilidad. Lo que, según el artículo 14 del Código Penal, determina la consideración legal de autor -a efectos de responsabilidad criminal- no es la culpabilidad, sino la naturaleza de la contribución a la realización del injusto: ejecución, fuerza o inducción, y cooperación necesaria".

Ahora bien, de poco han de servir las notas definidoras de unas categorías que, por todos, al menos en los números dos y tres del artículo 14, se estiman convencionales, esto es, son categorías de participación y no de autoría.

De otra parte, las notas diferenciadoras se encuentran dominadas por "la ejecución del hecho", y sin embargo una tercera categoría de responsable criminal -los encubridores (art.12.3 CP)- es extraña a tales notas, y sí común a la responsabilidad.

Sin embargo, tienen razón los que exigen únicamente como elemento conceptualizador de la autoría la contribución al injusto, pues es concebible un autor inculpable, y sin embargo es difícil aceptar la no autoría en supuestos de inculpabilidad. Pero es que, además, el concepto "responsables", en efecto, puede ser una mera correspondencia con culpabilidad o puede ser sin más una atribución objetiva, y aún en el caso de que fuere culpabilidad, ésta puede ser entendida en abstracto. Y así cabe interpretarlo, si "responsables" se

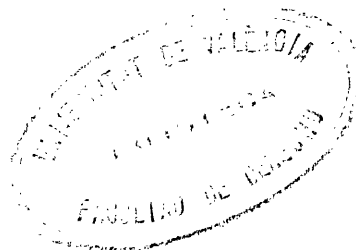
---

<sup>646</sup> Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal I, pág. 802.

complementa, se prolonga, con "criminalmente", y se ve en conjunto; si así se hace, el responsable criminal, lo será del delito cometido, y esa referencia a delito, le hace incorporar uno de los elementos precisos para su definición, la culpabilidad, pero referida a los delitos y no a la autoría. Pero ni siquiera es necesario este razonamiento para rechazar la culpabilidad en el concepto de autor, pues el Código Penal, con la expresión delito, hace referencia, en numerosas ocasiones, a tipo de injusto, y así puede ser entendido en este caso sin ninguna dificultad.

Por último, conviene poner de relieve que la interpretación de Rodríguez Mourullo, invierte el estado de cosas que se determinan en el artículo 12 CP, lo que le lleva a una falsa conclusión, pues el artículo 12, no dice que para ser autor se ha de ser responsable (culpabilidad), sino que los responsables (culpabilidad) son autores. De esta manera la nota de culpabilidad no es esencial para el concepto de autor, o al menos no ha de extraerse de ella. En efecto, si la definición se contiene en el artículo 14.1 (contribución al injusto realizando el hecho propio), el artículo 12, no ofrece ninguna dificultad interpretativa, pues si es autor el que realiza el tipo de injusto, con mayor razón será autor, si además es culpable, pero ello no significa que hayan de agotarse los elementos del delito, pues dándose parcialmente, es bastante para la configuración de la autoría.

Conceptualización que se produce de manera inversa a la sistemática del propio Código Penal pues no es sino una extracción de la parte especial a la general, producto de la falta de una clara definición del concepto de autor. No se propugna, por cierto, que el concepto de autor no se halle incluido en el artículo 14.1, sino, más al contrario, que este artículo ha de ser interpretado (sistemáticamente) conforme a los contenidos de los tipos especiales, y su extensión, por las formas de aparición del delito.



Efectivamente, después que el artículo 12 del CP declare como responsables criminalmente de los delitos y faltas a los autores, el artículo 14 establece una ficción de la autoría a través de la "consideración" de autores y no de los que "son" autores, de lo que puede deducirse al menos dos conclusiones: una, que no todos los que recoge el artículo son autores; dos, que, por tanto, sólo son algunos o pueden serlo otros. Pudiendo concluir que las categorías que nombra son puramente convencionales a excepción del número 1º. Y es así, porque cuando el Código ha querido delimitar conceptualmente las categorías, lo ha hecho con claridad, por medio del verbo "ser" (artículo 12: "Son responsables...; artículo 16: "Son cómplices...; artículo 17: "Son encubridores ...), sin embargo cuando ha querido pronunciarse extendiendo las categorías, ha utilizado el verbo "considerar" (art. 14); "reputar" (art.15)<sup>647</sup>.

"Ser", es una relación entre sujeto y atributo (esencia, existencia, substancia); "considerar-reputar" requiere una valoración. Ello quiere decir que la regulación del artículo 14 es normativa. El Código ha introducido en la categoría de autores a quienes no son, ni pueden serlo. Responden como autores aún cuando sólo son partícipes. Pero esto lo sabemos porque los tipos los excluyen, es decir, impiden que sean autores reales, aún cuando legalmente se han considerado como tales. En este sentido, pues, hemos querido expresarnos, cuando afirmábamos que la conceptualización de la autoría había que cohererla con la parte especial, si bien, puesta en relación con el artículo 14.1. Y nada impide que sea así, pues aún cuando el artículo 14.1 se encuentra bajo la influencia de "Se consideran autores", y por tanto parece que también habría que

---

<sup>647</sup> La nueva categoría de autoría se establece mediante el verbo reputar que es sinónimo del verbo considerar ,y ambos vienen igualmente a significar, "se estimaran", y sin embargo cada artículo, el 14 y el 15, utiliza un término distinto, pero igualmente de ficción. Por tanto estamos ante categorías de autoría convencional .

incluirlo en las categorías convencionales, como participación y no como autoría material, es preciso poner de manifiesto, de una parte, que el Código ha podido expresarse de forma sintética, de manera que para evitar una distinción grosera, englobó tanto a los materiales como a los convencionales; y de otra, porque la "valoración " puede dar como resultado la esencia, esto es, que por un juicio se alcance la dimensión real, lo que no tendría sentido si se predicase de todas las categorías, pues de ser así el Código se hubiese expresado de otro modo .

Negar, sin embargo, que el concepto de autor resida en el artículo 14.1, y sin embargo, incluir en él los supuestos de coautoría, como hace Rodríguez Mourullo<sup>648</sup>, es contradictorio, porque la coautoría, es autoría, como bien ha denunciado Ruiz Antón<sup>649</sup>, que ha propugnado incluir el concepto de autor en el artículo 12.1 del CP. La propuesta de Ruiz Antón, puede resumirse en lo siguiente: es autor quien es autor. Y así ha de entenderse si se acude únicamente al artículo 12.1. Dado lo pueril de esta posición, se ve en la obligación de acudir, para cimentar su conceptualización, a las descripciones típicas, y al hacerlo, en nada se separa de las posiciones que mantienen Gimbernat y Rodríguez Mourullo. Ahora bien, así como Mourullo considera que en el artículo 14.1 se recogen supuestos de coautoría, y Gimbernat<sup>650</sup>, actos ejecutivos no típicos, Ruiz Antón estima que el artículo contempla a los actos ejecutivos llevados a cabo por un sujeto que no puede asumir la autoría, debido a la naturaleza del bien jurídico lesionado. Para sostener sus conclusiones -autores (autor inmediato, mediato y coautor) sólo se contemplan en el artículo 12.1 y el

---

<sup>648</sup> Rodríguez Mourullo, op. cit., págs. 827 y 828

<sup>649</sup> Ruiz Antón, Luis Felipe, El Agente Provocador en el Derecho Penal, Madrid, 1.982, págs. 113 y ss.

<sup>650</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en Derecho Penal, Madrid, 1.966, págs. 92 y ss.

artículo 14 recoge supuestos de participación- acude al campo de la lingüística, para, por medio de la semántica (campos semánticos y relaciones opositivas), afirmar que los conceptos se determinan, no por sí, sino por oposición al campo que ocupan otros. Estas premisas no pueden aceptarse, aplicadas al campo de la autoría, por diversas razones que trataré de exponer.

La teoría de los campos semánticos parte de la estructura del lenguaje, pero el lenguaje conectado con una lengua, es decir, con el conjunto de signos y significados, entendidos en su globalidad. De esta manera el lenguaje supone un área de estudio cerrado, es un objeto definido, completo. Sin embargo Ruiz Antón, traslada los campos semánticos, que tienen perfecta operatividad en el conjunto del lenguaje, a una expresión reducida, limitada e incompleta, porque aquí no se da un "sector(es) estrechamente entrelazado del vocabulario en el que una esfera particular está dividida, clasificada y organizada de tal manera que cada elemento contribuye a delimitar a sus vecinos y es delimitado por ellos". El sector no contempla todas las vinculaciones posibles del vocabulario, que le harían idóneo para constituirse en un campo semántico, pues ha sido estructurado parcialmente. En efecto, no hay más que ver, la necesidad de subdivisión, que no se contempla en el vocabulario del sector, del concepto de autor, con la incorporación de nuevos vocablos: autoría inmediata, mediata y coautoría. De este modo la relación opositiva carece del rigor suficiente en este campo para ser tenida en cuenta, sin perjuicio de que será un elemento más a valorar; convirtiéndose de esta manera en un instrumento lógico y sistemático.

## **1.2.- Artículos 13 y 15 CP.**

Pues bien, sentado lo anterior, podemos adentrarnos en el estudio del artículo



13 y 15 del CP, como análisis previo a lo establecido en el artículo 45 de la LPI de 1.879.

### **1.2.1.- Posición tradicional.**

El estudio de esta teoría -que ya no se puede decir dominante- no se contrae a las aportaciones inveteradas de la doctrina penal, sino que trata de conjugarlas con nuevas aportaciones. No se sigue por tanto un rastro único, sino que por el contrario se trata de que las diversas huellas confluyan en una misma dirección, intentando apuntar soluciones respetuosas, en su resultado, con la dogmática penal.

Los delitos y faltas cometidos por medio de la imprenta contienen una regulación especialísima en el Código Penal debido a cuestiones político-criminales que no vienen sino a embrutecer los principios generales de derecho penal en materia de responsabilidad criminal. Así el artículo 13 establece una reducción de los responsables criminales señalados en el artículo 12, a sólo los autores. Cabe preguntarse si los autores del artículo 12 son los mismos que los del artículo 13, y si comprenden el mismo concepto. Nada impide que así sea, más aún, parece exigirlo la sistemática adoptada por el Código que formalmente categoriza en el artículo 14. De esta manera de los delitos y faltas que se cometen por medio de la imprenta responden sólo los autores, operando limitadamente en la escala de responsabilidad criminal, y estos autores son los definidos en el artículo 14. Pero al igual que se ha producido esta reducción, el artículo 15 establece otra a través de idéntico mecanismo -"sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, solamente se reputarán... los que realmente lo hayan sido"-; pues no todos los autores considerados en el artículo 14 lo serán de las infracciones mencionadas en el artículo 13, sólo responderán los autores reales,

es decir, los que toman parte directa en la ejecución del hecho, aquéllos recogidos en el artículo 14.1º <sup>651</sup>, que hayan sido autores -concepto común-, del texto, escrito o **estampa** <sup>652</sup>. Mas como el hecho no puede quedar aislado de la publicación o difusión, su ejecución conlleva una contribución decidida al conocimiento público. De esta manera, cuando el delito se encuentre anudado a

---

<sup>651</sup> Se asimila así autor real con el concepto de autor en sentido restrictivo, tal y como lo recoge Vives, en Libertad de Prensa, págs. 189-190: Autor real es, pues, el que ejecuta por sí solo la totalidad del tipo. Pero también el coejecutor y el autor mediato son autores reales. Todos ellos se encuentran incluidos en el número 1º del art. 14, porque todos ellos toman parte directa en la ejecución de los hechos. Las Sentencias del TS, Sala 2ª, Ponente Eduardo Moner Muñoz, de 16 de Mayo de 1.989 (RA 4962), 5 de diciembre de 1.989 (RA 9427), y 12 de Febrero de 1.990 (RA 1.931), excluyen de los autores reales a los coautores.

<sup>652</sup> Es esta una reelaboración de la tesis de Groizard, ob. cit., págs. 544-565 que pretende ser respetuosa con la regulación de la autoría, pues la autoría de imprenta participaría del mismo contenido que la común, con la sólo excepción de las reducciones, que en este sentido, y por mor del art. 15, limita la autoría a los reales del art. 14.1., porque ninguna otra cosa quiere decir Groizard, ob. cit. pág. 518 cuando afirma: " Bien ha hecho, por lo tanto, la ley en limitar las responsabilidades en estos casos a los autores; es decir, a los que agentes principales del delito, a los que son su causa productora, *a los que directamente toman parte o tienen parte en su resolución o ejecución*. Todos los demás responsables indirectamente, cómplices o encubridores según la ley general, no lo son, y lo aplaudimos, tratándose de los delitos a que el texto se refiere". O cuando, pág. 557 reconoce: " Aun estos agentes principales, causa directa del delito, porque delito no hubiere habido desapareciendo cualquiera de ellos, ni aún estos mismos repetimos, son todos a la vez responsables del mal que causaron y que han tenido en su mano evitar". Así pues, los autores reales del art. 15, son autores del art. 14.1. En este sentido se ha pronunciado una reciente jurisprudencia del TS S2ª: Ss. -ponente Vivas Marzal- de 10 de julio de 1.985 (RA 4.029) y 24 de Noviembre de 1.989 (RA 8178) ; Ss. -ponente Moner Muñoz- de 16 de Mayo de 1.989 (RA. 4962), 5 de Diciembre de 1.989 (RA 9427), 12 de Febrero de 1.990 (RA 1931); Ss.-ponente Ruiz Vadillo- de 25 de Noviembre de 1,988 (RA 9245) y 5 de Mayo de 1.989 (RA 10.080).

la **publicación o difusión** <sup>653</sup>, sobre todo si cada vez constituye un delito, sólo responderá el autor real si ha contribuido a la misma, coincidiendo autor real con autor del escrito<sup>654</sup>. Quedan así resueltos los inconvenientes denunciados por la doctrina mayoritaria<sup>655</sup>.

En estos casos responderá escalonadamente el editor, director o impresor,

---

<sup>653</sup>Groizard, ob. cit, págs. 560 y 561, deja entrever esta posición: " Si aquel (el autor del escrito) ha concebido el pensamiento y ha redactado el escrito o ha trazado el dibujo, ni el pensamiento, ni el escrito, ni el dibujo constituyen en sí el delito, *sino el escrito o el dibujo publicados*"...." **La publicación** es, pues, el sello característico de esta clase de delitos".

<sup>654</sup> Esta interpretación parece la más acertada para evitar los escollos denunciados por Rodríguez Mourullo, Comentarios .., pág. 884, producto de lo que considera una desafortunada manera de configurar el autor real como autor no del delito cometido a través del medio publicitario, sino del texto, escrito o estampa.

<sup>655</sup> Los inconvenientes denunciados, particularmente por Rodríguez Mourullo, Comentarios..., pág. 884 y ss. y Vives Antón, Libertad de Prensa...,pág. 82 y ss. consisten en que puede suceder que sin conocimiento del autor real del texto, un tercero -director, editor o impresor- difundan un escrito injurioso, por lo que recaería la responsabilidad sobre el escritor, quedando excluido precisamente quien ha realizado el delito, que puede cometer múltiples delitos impúnemente, si pensamos que cada edición, constituye un delito. Esto, dicen, es debido a una errónea interpretación del artículo 15 CP, al confundir al autor real del texto con el autor real del delito. Ahora bien, una lectura cuidadosa del texto del artículo 15, permite concluir que en estos casos, el autor del texto, sólo responderá si el escrito o estampa lo ha entregado para su publicación o difusión, pues no se le reputa autor por haberlo creado, sino por haberlo creado y dado a su publicación o difusión. No cabe entender de otro modo el artículo 15 del CP, pues de otro modo carecerían de virtualidad, por ejemplo, los artículos 454 y 459 del CP, que tipifican la calumnia y la injuria hecha por escrito "y publicidad".

y no por la ficción de considerarlos autores reales del texto<sup>656</sup> como ha hecho la jurisprudencia en algún caso, que supone un estiramiento inaceptable, sino en la medida que el autor real tanto es el que lo imagina y crea, como el que lo publica o difunde, pues este hecho no se encuentra separado del inciso: "los que realmente lo hayan sido"<sup>657</sup>. Por tanto, responderá en primer lugar el que lo haya creado con el fin de su publicación o difusión, y en caso de que no sea así, se responderá escalonadamente según previene el artículo 15 en la medida que se haya contribuido a esa publicación que es inseparable del texto, escrito o estampa. Es por ello que se reputan autores a todos aquellos que han participado en esa publicación <sup>658</sup>.

Hasta aquí es clara la conexión del artículo 12.1, 13, 14.1 y 15, pues sólo los autores responden y éstos restrictivamente, es decir, aquellos comprendidos en el artículo 14.1. Pero a partir del primer inciso del artículo 15, la normal incardinación de la autoría en los delitos y faltas cometidas por medio de la imprenta se rompe en un decidido propósito, al contrario de lo que ha considerado la doctrina dominante, de limitar en lo más posible las responsabilidades en dichas

---

<sup>656</sup> Según la propuesta los autores reales se limitarían a los materiales, esto es, al autor directo, coautor y autor mediato.

<sup>657</sup> La mera redacción de un texto, por ejemplo, injurioso, no da lugar a la aplicación de las reglas especiales de autoría previstas en el artículo 15 CP, es preciso, para ello que, se publique o difunda. Tan es así que el artículo 13 exceptúa del artículo 12 a los cómplices y encubridores en los delitos cometidos por medio de la imprenta ...u otro medio de reproducción ... que facilite la publicidad. De este modo, **la publicación o difusión se encuentran en el vértice de la autoría.**

<sup>658</sup> Groizard. ob. cit, pág 556 y 557, hacía mención a tres actos necesarios para la configuración del delito de imprenta: "la creación del original, su impresión y su publicación".

infracciones, pues la enumeración escalonada en la que sigue operando la misma sistemática recogida anteriormente, no pretende sino que sólo exista un responsable del delito, para lo que limita el número de sujetos contra los que puede exigir responsabilidad . Afirmación que se encuentra apoyada en lo establecido en los artículos 819 a 821 de la LECrim., pues de no establecerse ese orden en el artículo 15 se imposibilitaría que se dirigiera el procedimiento de forma subsidiaria. Procedimiento que consiste no tanto en hallar un responsable a toda costa, sino en evitar que la responsabilidad se extienda a categorías insoportables que pudieran recaer sobre personas ajenas al hecho.

Estas categorías, en principio, son tales y por el orden que se recogen, en función de la circunstancia de concurrir una presunción de culpa in vigilando<sup>659</sup>, que no es extraña a supuestos de parte especial.

Sin embargo, esto que sería aceptable debido a la restricción con que se opera en el artículo 13 y 15, decae cuando la responsabilidad subsidiaria no se establece sobre circunstancias que un observador común o medio, o hasta especial en relación al oficio o cargo le sea objetivable y de fácil verificación, y sobre todo sea anterior o coetáneo al hecho mismo, pues es evidente que a pesar de que las personas responsables subsidiarias adopten las mínimas o máximas precauciones en la verificación del autor y su domicilio, pueden ser objeto de

---

<sup>659</sup>No se mantiene que la responsabilidad de los responsables subsidiarios se contraiga por la concurrencia de una culpa in vigilando al modo que lo hace Rodríguez Mourullo, Comentarios pág 887, como se tendrá ocasión de comprobar, sino que la delimitación de los responsables subsidiarios obedece a esa causa, junto a la contribución a la publicación. Otras posiciones sitúan este tipo de responsabilidad en el vicarious liability e incluso en las condiciones objetivas de punibilidad, pero en general, se reconducen a una responsabilidad objetiva

engaño de tal manera que no les sea exigible conducta distinta a aquélla que realizaron, y sobre todo y en especial, cuando concurre la exención de responsabilidad con arreglo, por ejemplo, al número 1 del artículo 8 del CP que es de imposible verificación en la mayor parte de los supuestos, en tanto en cuanto los responsables subsidiarios no son peritos, ni tribunales (jurídicamente sólo concurre una eximente, cuando así lo ha declarado un Tribunal) para estimar tal circunstancia. Y sobre todo, que la concurrencia de esta exención puede darse con autor conocido y domiciliado en España y con posterioridad a la publicación o difusión del texto escrito o estampa, de tal manera que o nos encontramos ante una responsabilidad objetiva o si queremos ser coherentes con la dogmática penal, ante la teoría del error.

La teoría objetiva no es en absoluto gratuita, diríase que más al contrario coincide con la voluntad del legislador, que movido por motivos de política criminal, conjugó el derecho de libertad de expresión con la eficacia en la persecución de las infracciones cometidas por medio de la imprenta, buscando acomodar ésta a la sistemática del Código en cuanto le fuera posible, para lo cual no dudó en construir una norma de prevención mediante la que pretendía que se extremasen las precauciones por los directores, editores e impresores que evitasen que el autor del escrito no fuere distinto del delito, a pesar de que ello conducía a soluciones, en algunos casos injustas, pero que se estimaba que era la única posibilidad de conjugación del derecho de expresión y del derecho del Estado a que no quedasen frustradas sus expectativas de exigencia de responsabilidades por los delitos cometidos por estos mecanismos.

Se añade a ello la propia textualidad de la redacción del artículo 15, cuando éste hace depender la responsabilidad de circunstancias ajenas a la participación de las personas señaladas en el mismo, pues no pueden entenderse de modo

alguno que se reputa autor, por ejemplo, al director de una publicación en función de que el autor del texto no sea conocido, o no esté domiciliado en España o se encuentre exento de responsabilidad con arreglo al artículo 8.1 del CP. Y cuando el artículo 821 de la LECrim establece que dirigida la causa contra alguna de las personas señaladas en el artículo 15 del CP, y por el mismo orden, y apareciere otra que deba responder antes, se dirigirá el procedimiento contra éste y se sobreseerá con respecto a aquélla, lo que sólo es posible ante la creación de una mera ficción de autoría a través del término reputar, que corresponde al mismo concepto señalado en el primer inciso del artículo 15, si bien en este caso, en el del primer inciso, coincide con la categoría del artículo 14.1, sin que puedan concurrir los otros dos apartados por la reducción señalada en aquel artículo.

La teoría de la responsabilidad objetiva que ha venido matizándose progresivamente hacia tendencias de responsabilidad culposa, cede ante la nueva regulación del artículo 1<sup>660</sup> y 6 bis a) del CP en su última reforma de 1.983, pues la definición de delito al introducir como requisitos ineludibles las acciones y omisiones dolosas o culposas, y al declarar que no hay pena sin dolo o culpa, obliga a modificar la interpretación que del artículo 15, hasta ahora se ha mantenido, pues, de forma ficticia puede considerarse autor a quien no lo es, mas si en su acción u omisión no hay dolo o culpa, no hay pena. Y ello cuando es complementado por el artículo 6 bis a), ya no deja ningún lugar a dudas, pues el

---

<sup>660</sup> La exigencia de una connotación subjetiva que rechace todo vestigio de responsabilidad objetiva ha sido invocado por las Ss.- ponente Moner Muñoz- de 5 de Diciembre de 1.989 (RA 9428) y 12 de Febrero de 1.990 (RA 1.931); S. - ponente Ruiz Vadillo- de 25 de Noviembre de 1.988 (RA 9245); y S. -ponente Soto Nieto- de 16 de Mayo de 1.991- " ... exigiéndose el dolo o la culpa, al menos, para la incorporación de la persona al círculo de los responsables que jamás pueden serlo por la sola circunstancia de que el verdadero autor sea desconocido o se halle fuera de España o estuviere exento de responsabilidad".- (RA 11.828).

error de tipo que pudiera darse con carácter invencible en alguno de los supuestos contemplados, excluiría la responsabilidad criminal, siempre y cuando entendiéramos el artículo 15 como apéndice del tipo que constituye el delito cometido por medio de la imprenta.<sup>661</sup>

Pero tampoco resulta enteramente satisfactoria la solución propuesta, porque junto a las problemática técnica que arrastra (imbricar el art.15 en todo caso con un tipo penal, cuando el art.15 se limita a una regulación específica de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), supondría desde el plano político criminal generalizar el error, con la dificultad añadida de su gradación, de modo que el vencible dejaría subsistente un vicarious liability.

### 1.2.2.- Posición de Vives

Vives ha propuesto que los responsables subsidiarios sólo son autores en relación al artículo 14 y, en consecuencia, que hayan contribuido al injusto, lo que resulta un intento gratificante de adecuar la responsabilidad en cascada a la sistemática y dogmática penal, en un empeño por evitar la quiebra de la justicia material por los resultados manifiestamente injustos que produce la aplicación de las normas recogidas en el artículo 15 según el criterio tradicional. Y ello mediante la unificación del concepto de autor acorde con lo regulado en el artículo 14.

Mantiene Vives que los autores del art. 12, están conceptualizados en el art.14, y que la reducción del art.13 opera en relación con el art. 12. De tal manera que si A1 (autor) es B (autores), y A1 es C (concepto de autor) , B = C.

---

<sup>661</sup> Una alusión a esta posible interpretación se contiene en la STC 159/86 de 16 de Diciembre .



error de tipo que pudiera darse con carácter invencible en alguno de los supuestos contemplados, excluiría la responsabilidad criminal, siempre y cuando entendiéramos el artículo 15 como apéndice del tipo que constituye el delito cometido por medio de la imprenta.<sup>661</sup>

Pero tampoco resulta enteramente satisfactoria la solución propuesta, porque junto a la problemática técnica que arrastra (imbricar el art.15 en todo caso con un tipo penal, cuando el art.15 se limita a una regulación específica de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), supondría desde el plano político criminal generalizar el error, con la dificultad añadida de su gradación, de modo que el vencible dejaría subsistente un vicarious liability.

### 1.2.2.- Posición de Vives

Vives ha propuesto que los responsables subsidiarios sólo son autores en relación al artículo 14 y, en consecuencia, que hayan contribuido al injusto, lo que resulta un intento gratificante de adecuar la responsabilidad en cascada a la sistemática y dogmática penal, en un empeño por evitar la quiebra de la justicia material por los resultados manifiestamente injustos que produce la aplicación de las normas recogidas en el artículo 15 según el criterio tradicional. Y ello mediante la unificación del concepto de autor acorde con lo regulado en el artículo 14.

Mantiene Vives que los autores del art. 12, están conceptualizados en el art.14, y que la reducción del art.13 opera en relación con el art. 12. De tal manera que si A1 (autor) es B (autores), y A1 es C (concepto de autor) , B = C.

---

<sup>661</sup> Una alusión a esta posible interpretación se contiene en la STC 159/86 de 16 de Diciembre .

Si de otra parte B es D (autores imprenta), y B es C, se sigue que D = C. Esto es, para ser autor del art. 15 se ha de ser autor conforme al art. 14. Y ello impone la contribución al injusto. No se puede ser autor subsidiario o sucesivo sino se ha realizado como propio un hecho antijurídico<sup>662</sup>. Esta idea viene reforzada porque el inciso "los que realmente lo hayan sido" se extiende a todas las categorías de acción<sup>663</sup> reguladas en el art. 15<sup>664</sup>. De aquí que el redactor del

---

<sup>662</sup> La idea se encuentra excelentemente desarrollada por Vives Antón, ob. cit., págs. 86 y ss

<sup>663</sup> Vives, ob. cit., pág 95: "Solamente entendiendo que las categorías de responsables enumeradas en el artículo 15 designan categorías de acción ( y no status profesionales) se lleva a cabo una interpretación de las mismas coherente con el sentido propio de la institución.

<sup>664</sup> Es probable que se haya desmedido la importancia del inciso "los que realmente lo hayan sido", y cuya exégesis más clara se encuentra en Vives Antón, ob. cit., págs. 89 a 93 y 108-110. En efecto, históricamente había una preocupación constante en evitar al autor pantalla, es decir, aquel que firmaba un artículo (autor formal-ficticio) sin ser el creador y redactor verdadero (autor real-material), la variedad de supuestos era tanta como imaginación se disponía, vb., el Procurador en Cortes que gozaba de inmunidad parlamentaria, el menor, el testafarro, el incapaz demente, no tener residencia en el país etc.. Algunos de estos supuestos se incorporaron a las condiciones de la responsabilidad subsidiaria en el actual art. 15 ( el art. 8 CP daba cobertura al menor y al demente; y la ausencia de domicilio-residencia se hacía constar expresamente), pero otros no era posible, y para estos se salvaba mediante la alocución "que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados". Esta idea viene reforzada por lo dispuesto en el art. 820 de la LECrim: "No será bastante la confesión de un supuesto autor para que se le tenga como tal y para que no se dirija el procedimiento contra otras personas, si de las circunstancias de aquél o de las del delito resultaren indicios bastantes para creer que el confeso no fue el autor real del escrito o estampa publicados". Las referencias a autor real contenidas también en los arts. 816 y el propio 820 - ha olvidado el 819-, como se contiene en la nota 47, pág. 226 de Diaz Garcia y conlledo, Manuel, La Autoría en Derecho Penal, PPU, 1.991, según apreciación de Rodriguez Mourullo en el acto de lectura de la tesis de aquél, son más problemáticas pero en modo alguno definitivas, pues cabe una doble interpretación: autor penal, autor intelectual ( creador-redactor).

escrito o texto solamente será autor, en tanto en cuanto sea autor del delito y no sólo del texto, sin perjuicio de que normalmente el autor del texto es el autor real del delito. Y como tal autor del delito alcanza también a la relación cerrada subsidiaria contenida en el art. 15.<sup>665</sup>

Es sin duda esta una aportación brillante y plausible<sup>666</sup>, pero no exenta de dificultades de orden técnico y político-criminal.

En efecto, desde el punto de vista, político- criminal, los artículos 819 y 821 de la LECrim, suponen un freno a esta teoría, pues, de ser exigible una contribución al injusto, que es clara en el autor real cuando su actividad sea la de realización para la publicación, de no existir indicios de criminalidad, la sentencia vedaría otro procedimiento contra el resto de los señalados. Se imposibilitaría dirigir la acción contra alguno de estos últimos, salvo que precautoriamente se procesara a todos ellos y se resolviera en sentencia, mas ello no es tampoco

---

<sup>665</sup> La supresión del inciso "los que realmente lo hayan sido", no tendría por qué variar la tesis recogida, pues la vinculación a la autoría viene dada por el art. 13, y la limitación y reducción por el art. 15.

<sup>666</sup> Se suman a esta tesis entre otros: Carbonell Mateu, Juan Carlos, Actos preparatorios públicos o realizados a través de los medios de comunicación, en Comentarios a la Legislación Penal, Dirección Cobo del Rosal, Coordinador, Bajo Fernández, Tomo II págs. 200-201, Edersa, 1.983. Gómez Benitez, Jose Manuel - Quintero Olivares, Gonzalo, op. cit., pág. 116 (con referencia a la autoría de tipo). Maqueda Abreu, Maria Luisa, Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, Poder Judicial, 1.987 ( se pronuncia por una responsabilidad subjetiva en la imputación de los hechos). Mira Benavent, Javier, El caso del Diario Egin: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1.986, Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1.987 ( para quien esta solución "supone, además, un equilibrio entre las exigencias derivadas de la libertad de expresión y la diferente contibución a la realización del injusto de las distintas personas que intervienen en un delito cometido por medio de la imprenta").

deseable, ni tampoco posible.<sup>667</sup>

Es más, supongamos que el autor del texto no sea conocido, y se dirija, por tanto, el procedimiento contra el director, y al exigirse que éste haya contribuido de manera principal al injusto, no se le repute autor, porque, en efecto, no haya contribuido. De ser así, no cabría dirigir el procedimiento contra los subsidiarios restantes, porque lo único que lo posibilita es que el director no sea conocido, no esté domiciliado en España, o se encuentre exento de responsabilidad con arreglo al artículo 8 del CP. De este modo, bastaría que fuera el editor, quien siempre cometiera el delito, para que no se le pudiera responsabilizar.

Pero, no han de ser estas consecuencias las que deban provocar el rechazo. Más al contrario, en la medida que amplían el ámbito de libertad, aún cuando produzcan impunidad, son preferibles a las contrarias.

En el orden técnico, también se detectan obstáculos. En primer lugar, la responsabilidad de los subsidiarios a título de autoría por su contribución principal al injusto, no puede explicar el orden jerárquico y ciego que se recoge en el artículo 15, que si se entendiera meramente formal con vocación a garantizar el cerramiento de responsables, hubiera bastado con señalarlos sin hacer depender su consideración de autores de ninguna condición. De otro modo, cómo explicar que primero se repute autor al que realmente lo haya sido del texto escrito o estampa, en segundo lugar al director, en tercer lugar al editor, y en último al

---

<sup>667</sup> No es esta, exactamente, la opinión del TS, que en Sentencias recogidas por Vives, págs. 98 y ss, 9 de Febrero de 1.887 y de 26 de Octubre de 1.905, parece permitirlo, pues la querrela contra uno sirve contra todos, dado que no es preciso reproducirla contra los subsidiarios e interrumpe la prescripción contra el resto.

impresor. Por qué con este orden y no con otro. Por qué, por ejemplo, no anteponer al editor sobre el director, e incluso al impresor. O por qué, la cascada se hace depender de la inculpabilidad.

En segundo lugar, y en respuesta a la última pregunta, si la responsabilidad sucesiva se desencadena en caso de inculpabilidad, previamente hemos afirmado el injusto, esto es, que el anterior sujeto en la escala, era autor, y si lo era, aún cuando inculpaible y no punible, cómo puede serlo también el segundo. Pues del primer autor, según lo mantenido, hemos afirmado que es autor real. Ahora bien, si lo que se afirma es que el segundo, también lo es, qué sentido tendría entonces la responsabilidad en cascada que incluiría un autor subsidiario que en realidad es principal.

De este modo no podría aplicarse en ningún caso la responsabilidad sucesiva, porque o son autores reales, en cuyo caso son directamente autores sin depender de ninguna condición, o no son autores, en cuyo caso no es aplicable la responsabilidad en cascada.

En tercer lugar, es clara la distinción entre responsables subsidiarios y reales. No hay más que detenerse en el segundo párrafo del artículo 820 de la LECrim. para comprenderlo así: "Pero una vez dictada sentencia firme en contra de los **subsidiariamente** responsables, no se podrá abrir nuevo procedimiento contra el responsable **principal** si llegare a ser conocido". El artículo 820, distingue, pues, entre subsidiarios, y principal (autor real). Entre uno que ha cometido el delito, y otro que no, o al menos no a título de autor (sería por oposición a principal secundario, esto es accesorio, en cuyo caso sería un partícipe no precisado). Y contempla la eventual posibilidad de que se dicte sentencia -absolutoria o condenatoria- contra un subsidiario, aún cuando el autor

principal sea otro, y contra el que no cabe dirigir ningún otro procedimiento.

Las objeciones vertidas más arriba no son suficientes e inevitables, a poco que se vayan desmenuzando, para rechazar la tesis de Vives, que resulta así fortalecida (criterio de refutabilidad)<sup>668</sup>. En efecto, ante todo ha de tenerse presente el contexto histórico de la redacción del Código de 1.870, y en particular de la inclusión en el mismo, por medio de los arts. 12 y 14 CP (actualmente 13 y 15) de la regulación en cuanto a responsabilidad de los delitos cometidos por medio de imprenta.

---

<sup>668</sup> Definitivamente fortalecida resulta la posición de Vives con el Proyecto de Código Penal de 1.992. El art. 27 dice así : 1.- En los delitos y faltas cometidos utilizando medios mecánicos o soportes de difusión no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieran favorecido personal o realmente. 2.- Los autores a los que se refiere el artículo 25 responderán de forma escalonada y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º.-Los que sean directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º. Los que sean directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º. Los que sean directores de la empres grabadora, reproductora o impresora. 3.-Cuando por cualquier motivo, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números anteriores, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

En este sentido, es preciso dejar constancia del informe unánime sobre el anteproyecto de Código Penal, emitido por el Consejo General del Poder Judicial, ponente Vives Antón: para ser responsable en los delitos que analizamos han de concurrir los siguientes requisitos: a) ser autor conforme al artículo 25; b) ejercer algunas actividades que se enumeran en el 27.2 y c) que no pueda perseguirse a ninguno de los comprendidos en un ordinal anterior de este último precepto. Con la nueva regulación, dice el informe, no puede ponerse en tela de juicio que tal fundamento reside en la propia contribución al hecho y en la culpabilidad personal. De modo que no cabe aducir frente a la regulación propuesta, las objeciones que -desde una interpretación infundada y regresiva- se hacía a la vigente. Y otra cosa es que pudiera llegarse a una expresión más depurada de lo que se quiere decir.

Desde la Constitución de 1812, con su precedente el Decreto de 10 de Noviembre de 1.810, se aprecia una regulación por medio de leyes especiales del delito de imprenta hasta su inclusión por mandato del Decreto del Gobierno provisional de 23 de Octubre de 1.868 en el Código Penal, que tiene de común la configuración del editor responsable de forma directa como hizo la Ley de 17 de Octubre de 1.837, o indirectamente mediante un sistema de responsabilidad sucesiva que en última instancia paraba en el editor, o en algunos casos en el impresor, según quien se conceptuara ostentaba la estructura económica de la publicación, con la pretensión, se decía, de corregir "los excesos" de la libertad de pensamiento.<sup>669</sup>

---

<sup>669</sup> Una relación exhaustiva, de la que se han extraído la mayor parte de los datos, que han sido completados con los aportados por Groizard, ob. cit., págs. 540 a 543, puede verse en Cendán Pazos, Fernando, Historia del derecho español de prensa e imprenta (1.502-1966), págs. 87 a 143, Editora Nacional, 1.974: La Constitución de 1.812 tuvo como antecedente el Decreto de 10 de Noviembre de 1.810 de las Cortes de Cadiz: art. 3º.- Los autores e impresores serán responsables respectivamente del abuso de esta libertad; art. 7º.- Por tanto, deberá constar al impresor quien sea el autor o editor de la obra; pues, de lo contrario, sufrirá la pena que se impondrá al autor o editor si fueren conocidos. El posterior Decreto de las Cortes de 22 de Octubre de 1.820, se pronuncia en parecidos términos declarando responsables de los delitos de imprenta, al autor o editor y después al impresor. Entremedias la irrupción de Fernando VII que por Decreto de 4 de Mayo de 1.814 y 1 de Octubre de 1.823 instaura la censura previa. La REal Cédula de 12 de Julio de 1.830 extiende la responsabilidad a todo el proceso de impresión, publicación y difusión (art. 10), y sitúa el vertice del control de imprenta en los impresores (arts. 11 a 14).

La Ley de 22 de Marzo de 1.837, nacida en el periodo de restablecimiento de la Constitución de 1.812, establece la responsabilidad, primero del autor y segundo al editor cuando el artículo denunciado no esté firmado o no la reconozca su autor, o se fugue.

Cendán Pazos señala que la Constitución de 18 de Junio de 1.837, "democrática en la forma y conservadora en el fondo", propició una ley restrictiva en legislación de prensa e imprenta (Ley de 17 de Octubre de 1.837), que introdujo la figura del editor responsable: art. 1º.- El editor o editores de un periódico serán siempre, y en todo caso, responsables de cuanto se publique en el mismo. El endurecimiento fue progresivo como dan noticia el Decreto de 9 de

---

Abril de 1.844 en cuyo art. 15 se reputa legalmente autor y editor de una obra al impresor de ella en los casos de ausencia, fuga, insolvencia o incapacidad del verdadero autor o editor, Decreto de 2 de Abril de 1.852 que junto con con el Real Decreto de 23 de Abril de 1.852 y de la Real Orden de 30 de julio del mismo año reintroduce la censura previa para determinadas publicaciones y declara responsables en su art. 12 al impresor de una publicación cuando no hubiese autor, traductor ni editor conocido. La Ley Nocedalia de 13 de Julio de 1.857, además de mantener la figura del editor responsable, exige que figure un Director de la publicación, y la firma del autor.

A partir de la Real Orden de 22 de Enero de 1.864 que ordena retirar y sobreseer todas las causas iniciadas contra periodistas, a excepción de las incoadas por delitos de calumnias e injurias, se produce un cambio cualitativo en el tratamiento de los delitos cometidos por medio de la imprenta, hasta el punto de que el Decreto de 21 de Septiembre de 1.864 y el de 21 de Junio de 1.865 promulgaron sendas amnistías para los delitos de imprenta.

Un nuevo cambio se introduce por la Ley de 7 de Marzo de 1.867 que es considerada por Cerdán Pazos "la más restrictiva que ha tenido nuestro país", pues en su Título II determina los requisitos necesarios para la publicación y circulación de los impresos (Dos horas antes existía la obligación de entregar dos ejemplares al Gobierno Civil o Alcaldía, otros dos en el domicilio del Juez de primera instancia y otros dos al Fiscal, disfrutando los Gobernadores y Alcaldes de amplias facultades para ordenar la recogida de oficio o bien a instancia del Fiscal de impresos delictivos, o bien ofensivos). En el Título III se establece la responsabilidad de los delitos de imprenta: En primer lugar, el autor del artículo, si fuere hallado, y en su defecto, el editor o director del periódico. El impresor era considerado un cómplice. El Título IV trata de los delitos de imprenta y establece el momento de la consumación del delito -cuando el impreso tenga publicidad, y se entiende que la ha alcanzado cuando se ha comunicado a diez personas-; y el V la penalidad: mínima de Arresto Mayor y Multa de 100 a 1000 escudos -publicación de cartas o documentos privados sin consentimiento-, y máxima de cuatro a seis años de prisión menor y multa de 1.200 a 3.600 escudos -contra la Religión, Rey y seguridad del Estado-.

Con la Revolución de 1.869 se produce un nuevo giro en el tratamiento de los delitos de imprenta, pues de una parte desaparece la censura previa, y de otra las leyes especiales, remitiendo la regulación de los delitos de imprenta al Código Penal (Decreto de 23 de Octubre de 1.868 - Ley de 20 de Junio de 1.869). Esta Ley tiene una doble trascendencia, pues determina los responsables de los delitos en los periódicos: el autor del escrito y, a falta de éste, el director, y si no lo hubiere, el impresor; ( cuando se trata de delitos cometidos por medio de libros , folletos y hojas sueltas, se sigue el mismo orden pero el director se sustituye por el editor); y sirve de soporte para la Constitución de 1.869 en



Pues bien en ese contexto, no cabe entender que los arts. 13 y 15 son un correlato de las leyes especiales, por diversas razones que se examinan a continuación:

Primero, porque el art. 22 de la Constitución de 1.869, prohíbe el editor responsable: "No se establecerá ni por las leyes ni por la autoridad alguna preventiva que se refiera al ejercicio de derechos definidos en este título. Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni el editor responsable para los periódicos". En estas condiciones resulta difícil pensar que apenas transcurrido un año se regule penalmente con flagrante violación de la Constitución.

Segundo, porque junto a lo impensable de la incorporación a un texto penal, aunque sea subrepticamente, de la figura del editor responsable que había sido objeto de una declaración constitucional expresa, colocada al mismo nivel que la interdicción de toda censura previa, ninguna voz se levantó en contra de dicha regulación, tanto desde el plano constitucional como penal, como se acredita por las discusiones parlamentarias llevadas a cabo para la aprobación del Código Penal de 1.870.<sup>670</sup>

Tercero, porque las leyes especiales, eran leyes mixtas, esto es, de carácter administrativo y penal, con un desarrollo autónomo sobre responsabilidad, hasta el punto de que en ninguna se hace mención a la autoría.

---

materia de libertad de expresión.

<sup>670</sup> Vives, ob. cit, pág.89. Si las palabras de Montero Rios ( sobre el sistema instaurado en los arts. 12 y 14 como privilegios para la imprenta, pág. 75) y el silencio de la oposición tienen algún significado, es que el sistema del Código era radicalmente distinto del de las leyes históricas.

Y Cuarto, y si cabe más importante, porque la inclusión en el Código Penal, obliga a establecer la responsabilidad por la autoría -todo responsable previamente es autor, aunque no todo autor acabe siendo responsable-. Ello significa que existe una vinculación al concepto de autoría material, pues los autores no se establecen de forma directa, sino que se detienen y beben de la genérica autoría penal. La responsabilidad sucesiva de las leyes especiales, sin embargo, no encontraba más sujeción que a la declaración que las referidas leyes efectuaban, sin que tuviera que coonestarse con disposición general o principio que limitara su ámbito de aplicación. En el Código Penal ya no sucede lo mismo, el autor de los delitos de imprenta ya no sólo se identifica como responsable, sino como aquél que ha realizado el injusto de manera principal, de tal manera que esto supone, sobre todo, un criterio delimitador de relevancia penal, de autoría y responsabilidad.

Las objeciones de tipo de procesal, por otra parte, no pueden estimarse definitivas para sostener una interpretación contraria al contenido material de los arts. 13 y 15 CP, por tres motivos: uno, porque se limita a la ordenación del procedimiento, y con mucho es un elemento auxiliar interpretativo; dos, porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue promulgada por REal Decreto de 14 de Septiembre de 1.882, basada en la Compilación general de 16 de Octubre de 1.879.<sup>671</sup> La base histórica no es, pues, la misma; y tres porque cabe una

---

<sup>671</sup> Cendán Pazos, Fernando, ob. cit., págs. 145 a 151. En el periodo comprendido desde la aparición del Código Penal de 1.870 hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: abdicación de Amadeo de SBoya y guerra civil, derogación de la Ley de 20 de Junio de 1.869 por el Decreto de 20 de Septiembre de 1.873, restauración de la Monarquía, y por Decreto de 29 de enero de 1.875, REal Orden de 6 de Febero , 19 de Febero, 16 de Septiembre todas ellas de 1.876 y 25 de Octubre de 1.877, , y la Ley de 7 de enero de 1.879 ,se introduce subrepticamente la censura previa. Por Decreto de 14 de Febrero de 1.881 el Gobierno de Mateo Sagasta concede un indulto general a todos los periódicos y escritores. La Ley de Policía e Imprenta de 26 de julio de 1.883

interpretación respetuosa con el contenido del art.15 CP, y en consecuencia entre dos posibles interpretaciones habremos de decantarnos por aquella que dé valor y no por la que se lo quite (principio de vigencia y unidad sistemática). Veámoslo.

La no posibilidad de abrir procedimiento contra el responsable principal una vez dictada sentencia contra los responsables subsidiarios, amplía el ámbito de libertad y ningún reproche cabe efectuar, pues no ha de olvidarse que toda la lucha de los liberales en materia de libertad de expresión es que no quede ahogada de forma directa (censura previa), o de forma indirecta (editor responsable-censura sobre el autor).

El orden sucesivo en la responsabilidad obedece a una selección de los llamados a participar en el proceso de elaboración y publicación-difusión, en función de su aportación y su control sobre el proceso (criterio de selección de culpa in vigilando). De tal manera que el orden sucesivo responde a la lógica de las cosas y al propio sistema de cascada, pues respondiendo uno quedan ajenos el resto, y aún siendo todos responsables, sólo uno responde. Pues bien, para este caso, habrá de responder el más próximo en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que coincide con el más próximo con el proceso de elaboración y publicación-difusión (la selección es menos ciega y jerárquica que como se dijo más arriba).

Por último la oposición contenida en el art.820 LECrim., entre principal y subsidiario no lo es entre autor principal y subsidiario, sino entre responsables, y en ese caso se separa de lo preceptuado en el art.15 ( Sin embargo de lo dispuesto en el art. anterior solamente se reputaran autores...). El art.15 regula

---

remite las responsabilidades al Código Penal y Ley de Enjuicamiento Criminal.

la autoría en los delitos de imprenta, y el art. 820 está destinado a establecer el procedimiento contra los responsables, de tal manera que seguida una causa contra un autor no responsable, permite dirigirla contra quien sí resulte responsable que necesariamente será también autor.

### **1.3.- Artículo 45 LPI**

Es en este marco donde debe estudiarse el artículo 45 de la derogada LPI, pues indudablemente encontró su inspiración en el artículo 15 de CP sin que se aprecien motivos bastantes para su incorporación al apartado de penalidad de la citada ley, salvo que se buscara un mejor y mayor perfeccionamiento de las responsabilidades a que dieran lugar las defraudaciones de la Propiedad Intelectual. El parangón del artículo 45 LPI con la regulación de los delitos cometidos por medio de la imprenta, se contiene en: circunscribir la responsabilidad a sólo los autores, y en establecer una responsabilidad subsidiaria en cascada de alcance semejante. Y en efecto, decía el artículo 45 LPI, que responderá en primer lugar el que aparezca autor de la defraudación, y en su defecto, y sucesivamente, el editor y el impresor.

Se puede por tanto concluir que sólo los autores son responsables de este delito, abriéndose de nuevo el debate del concepto a destinar al autor, y aquí es indudable que al no estar constreñido el artículo 45 por la reducción que se opera sobre el artículo 14 del CP, todos aquellos autores que allí se consideran, aquí lo eran, y por tanto se incluyen, además del que toma parte directa en la ejecución del hecho, el inductor y el cooperador necesario, sin que quepa la clásica discusión sobre la autoría real, porque aquí el autor es el de la infracción, que en este caso concreto se inscribe bajo el título de defraudación.

Es difícil entender los supuestos en los que el editor y el impresor no sean cooperadores necesarios en aplicación de las distintas teorías mantenidas por la doctrina y jurisprudencia. La compensación de esta extensión con respecto a la regulación general, se encuentra en la obligada culpabilidad dolosa del autor, que en los casos de autoría negligente quedaría sin punir. Así pues, autor puede ser tanto el autor real como cualquier otro sujeto que haya contribuido a la defraudación, mediante hecho propio.

En consecuencia, el editor y el impresor, para ser considerados responsables sucesivos, no tienen que haber sido autores, pues de serlo, cabe que se reduzca el orden sucesivo, se altere, e incluso desaparezca (cuando aparezca una coautoría: escritor, editor e impresor; o bien cuando se desconozcan todos los posibles responsables a excepción de uno).

De esta manera los responsables sucesivos -en calidad de tales- sólo pueden ser cómplices, sobre los que se establece una presunción de autoría, que únicamente pueden enervar mediante la prueba en contrario de su inculpabilidad. De todo ello pueden extraerse varias conclusiones: la primera es, que los responsables sucesivos son considerados responsables por medio de una presunción, a todas luces contraria a las exigencias constitucionales de protección a un derecho público subjetivo de carácter fundamental que opera como límite de la potestad legislativa<sup>672</sup>; la segunda, y como consecuencia de la anterior, reside en la carga de la prueba, que recae sobre el inculcado, quien ha de probar su inocencia, con quiebra del derecho fundamental instalado en el artículo 24.2 CE., que exige que toda condena se funde en pruebas de cargo; la tercera, que la no culpabilidad ha de ser la derivada de la defraudación, y por tanto dolosa, y por consiguiente es bastante que se actuara a título de culpa para la exculpación de

---

<sup>672</sup>Cobo-Vives. Parte General, pág. 78.

los sucesivos responsables (evidentemente, la culpabilidad de los autores ha de ser igualmente dolosa).

Pero la conclusión, si cabe, más importante, es la referida a que es bastante demostrar la inculpabilidad, para no responder del delito, esto es, se puede contribuir al injusto, realizar un hecho antijurídico, y no ser asimilado a la condición de autor, cuando las notas definitorias del concepto de autor excluyan la culpabilidad, porque es bastante la contribución al injusto. Sin embargo, la referencia a inculpabilidad no implica iguales consecuencias que la invocación a la culpabilidad. En efecto, puede afirmarse que es bastante para ser autor la contribución al injusto, sin que sea, por tanto, necesaria la culpabilidad; y puede afirmarse igualmente, con el mismo sentido, la inculpabilidad, porque su presencia es indiferente para la configuración del autor. De este modo, si bien la exigencia de culpabilidad trastocaría el concepto de autor, la inculpabilidad no le afectaría, porque en definitiva es la ausencia de culpabilidad. De otra parte, el artículo 45 LPI se cuidaba muy bien de establecer una asimilación directa de autoría para los responsables sucesivos. A diferencia del art. 15 CP, que reputa autores, en este caso, el art. 45 LPI, se limitaba a declarar la responsabilidad (responderá), pues ha de tenerse presente que este artículo presidía el apartado dedicado por la Ley de Propiedad Intelectual a la penalidad.

Entre los responsables subsidiarios, desaparece el director de la publicación, quedando circunscrita la responsabilidad en cascada al editor y al impresor, siendo notorio que la responsabilidad es de carácter objetivo- y en este sentido ha de inscribirse el artículo 53 del RPI- pues de otra manera no se comprendería que si el responsable puede caer igualmente dentro de la órbita de los subsidiarios, éstos aparezcan como tales. De lo que puede deducirse que éstos pertenecen a la autoría ficticia, y que nada tienen que ver con la contribución al injusto, motivo

por el cual se establece la salvedad de la prueba en contrario de la inculpabilidad respectiva. Esta conclusión es inevitable, si se piensa que los sucesivos responden en defecto del autor de la defraudación. Esto es, que responden sin ser autores, en calidad de tales, porque de ser autores no podrían ser sucesivos, y si no son sucesivos no pueden ser autores.

Ahora bien, el art. 45 LPI, al contrario de lo que dispone el art. 15 CP, no determinaba las circunstancias de responsabilidad sucesiva. Se limitaba a señalar a los responsables subsidiarios, que aparecerán como tales, en defecto del autor de la defraudación. Pero, "en defecto" puede entenderse, bien como la carencia o falta de de las cualidades propias y naturales de una cosa; o bien por "a falta"<sup>673</sup>. En este segundo sentido, la responsabilidad sucesiva nacerá cuando "falte autor", esto es, cuando no se conozca el autor. En el primer sentido, cuando el autor carezca de algunos elementos que impidan su configuración como tal.

Dada la conceptualización de autor mantenida, no puede aceptarse esta última interpretación, sino se quiere caer en el absurdo, pues no habría autor cuando no se hubiese cometido la defraudación, pero en ese caso, tampoco podrían haber autores sucesivos.

De esta manera, la autoría sucesiva, entraría en funcionamiento cuando "falte" el autor, que cabe interpretar en sentido lato, cuando no pudiere ser hallado por cualquier motivo, o se encuentre exento de responsabilidad, o en sentido estricto, cuando no se conozca. Si bien, dado lo parco del precepto, que

---

<sup>673</sup>Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española de la Real Academia Española.

no regulaba las circunstancias, aún cuando es posterior al artículo 15 CP., y la presunción de culpabilidad que contrae, ya denunciada, habría de interpretarse en sentido estricto .

Y así debe ser, porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene ninguna regulación específica para este tipo de autoría, que deberá regirse por la ordinaria, con la sola excepción de que cuando sea "conocido" el autor de la defraudación, no puede ser dirigido el procedimiento contra el editor o impresor<sup>674</sup>.

En conclusión: ya con notorio rigor el profesor Vives se adelantaba con una aguda crítica y desde posiciones de gran sensibilidad jurídica, a lo que el actual momento legislativo ha puesto de manifiesto. Vives decía: "a tal respecto conviene hacer notar ..., que el artículo 45 de la LPI no es respetuoso con el dogma de la culpabilidad, pues sienta una presunción de culpabilidad que va más allá de la que, según los criterios prevalentes hoy en la doctrina se establece con

---

<sup>674</sup>Sentencia de 16 de Febrero de 1.888, según Nota de Groizard, op. cit., pág. 269. No obstante la Sentencia de 30 de Enero de 1.930, seleccionada por Molas Valverde, Propiedad Intelectual, pág. 418 y 419, liga el artículo 45 LPI con el artículo 14 (hoy 15) CP, al declarar que: "Según el artículo 45 de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1.879, es responsable de las defraudaciones de la propiedad intelectual cometidas por medio de la publicación de las obras a que se refiere la ley, en primer lugar, el que aparezca autor de la defraudación, y en defecto de éste, sucesivamente, el editor y el impresor, salvo prueba en contrario de su culpabilidad respectiva; y conforme al artículo 14 del CP de 1.870, solamente se reputarán autores de los delitos mencionados en el artículo 12 los que realmente lo hayan sido del escrito o estampa publicados; y en su defecto los directores de la publicación, los editores y los impresores, sucesivamente, en la forma que en el propio artículo se detalla" . En el apartado que a continuación analizaremos se expondrán las razones por las que se estima desafortunada esta Sentencia.



carácter general en el párrafo segundo del artículo 1<sup>o</sup><sup>675</sup>.

Esta declaración viene a ser confirmada un año después de ser expuesta, a través del artículo 24.2 de la Constitución, pues como dice la Sentencia del TS de 25 de Abril de 1985, a propósito de la inconstitucionalidad del artículo 546 bis a) del CP., ponente el Magistrado Díaz Palos: "este tipo de responsabilidad (la objetiva) es incompatible con la presunción de inocencia del artículo 24.2, y cuantos supuestos perviven de responsabilidad objetiva han de ser revisados desde el dogma constitucional como de su explícita aplicación en el CP vigente" (dogmática de responsabilidad: no hay pena sin dolo ni culpa).

No obstante pudiera entenderse que la prueba en contrario de la inculpabilidad, fuese garantía suficiente para mantener la pureza de la dogmática, mas si alguna presunción ha de estimarse, es la de la inculpabilidad, y no al revés, de conformidad con el principio de presunción de inocencia, que además exige que las pruebas han de ser de cargo, pertenecientes por tanto aquel que acusa, y no del que es acusado.

Se está por tanto en condiciones de afirmar que el artículo 45 era obra de una defectuosa técnica legislativa que se veía agravada por el carácter de responsabilidad objetiva que obligaba a considerarle, con respecto a los responsables subsidiarios, de inconstitucionalidad sobrevenida.

#### **1.4.- El Título V del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.**

---

<sup>675</sup> Vives Antón, op. cit., pág. 66 (Nota 45)

El artículo 13 exceptúa de lo dispuesto en el artículo 12 los delitos y faltas que se " cometan por medio de la imprenta, el grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la **publicidad**". Por su parte la Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula en su Título V : "Del procedimiento por **delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación**".

En ambos textos se regulan los delitos cometidos por medio de la publicación, y de igual forma se expresaba el artículo 45 LPI: "De las defraudaciones de la propiedad intelectual **cometidas por medio de la publicación ..**"

Ahora bien, la coincidencia del medio delictual, la segura inspiración del artículo 45 LPI en el 15 CP, y el sistema de responsabilidad en cascada, no autoriza a concluir que los artículos 13 y 15, con las reducciones efectuadas en los artículos 12 y 14, todos ellos del CP, son de aplicación a las defraudaciones de la propiedad intelectual.

Aún cuando más adelante será abordado con más detenimiento, sirva de objeción definitiva el hecho de que el artículo 45 LPI hacía referencia a un delito de defraudación, ajeno a los valores que se predicán de la libertad de expresión. Y aún cuando, con la reforma del 63, se modificó sistemática y conceptualmente el tipo que le sirve de soporte, no podía dejarse de lado, el aspecto patrimonial ínsito en la nueva regulación, que le hace incompatible con la creación intelectual, sin más; porque la protección se dispensa a los derechos de autor, y éstos son un haz multiforme y complejo en el que tienen cabida diversos derechos, entre los que se encuentran, aspectos puramente económicos, enlazados, eso sí, con la persona del autor, pero no necesariamente con su potestad creadora.

Tampoco la regulación procesal de los delitos cometidos por medio de la imprenta puede acoger estos supuestos, porque son continuas las referencias a las circunstancias contenidas en el artículo 15, que no se contenían en el 45 LPI (baste citar el artículo 819 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para comprenderlo así).

Esta última consideración, planteaba problemas añadidos a la responsabilidad sucesiva, porque quedaba sin resolverse, qué sucede, si desconocido el autor, y dirigido el procedimiento contra los sucesivos responsables por el orden indicado, apareciese entonces el autor de la defraudación. Tampoco se determina, si dictada sentencia firme contra los sucesivos, puede abrirse nuevo procedimiento, contra el autor de la defraudación, si apareciese después.

En mi opinión, si durante el curso de la causa dirigida contra un sucesivo, apareciera el autor de la defraudación, nada impedía sobreseerla con respecto a aquél, y dirigirla contra éste, sin necesidad de abrir nuevo procedimiento. Si ya se ha alcanzado Sentencia firme, no cabía dirigir procedimiento contra el autor de la defraudación; y de haber sido condenado el sucesivo, sólo le quedaba el recurso de revisión.

Y no puede ser de otro modo, porque no podían concurrir un sucesivo con el autor de la defraudación, salvo que el sucesivo fuera también autor, en cuyo caso no hay dificultad en dirigir el procedimiento contra el que también es autor. Ahora bien, una sentencia condenatoria enervada mediante un recurso de revisión, o una sentencia absolutoria, no impediría dirigir un nuevo procedimiento contra el que aparezca como autor. Como tampoco nada impedía dirigir el procedimiento conjuntamente contra el autor y los sucesivos, si éstos pueden resultar también

autores.

### **1.5.- La autoría en la nueva Ley de Propiedad Intelectual.**

Ninguna regulación específica de autoría se contiene ni en la LPI, ni en la nueva redacción dada a los artículos del CP encargados de la protección de los derechos de autor.

Desparecida la traba que significaba el antiguo art. 45 LPI, la autoría será la ordinaria, esto es, la contenida en los arts. 12 y 14 CP.

Los argumentos de contrario esgrimidos por Gómez Benítez/Quintero Olivares<sup>676</sup>, no resultan convincentes ni desde el plano formal, ni desde el plano

---

<sup>676</sup> Gómez Benítez - Quintero Olivares, op. cit, pág. 117. Las posturas defendidas por Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit. pág. 1991, Carmona Salgado, Comentarios ..., pág 141, y Boix Reig, op. cit., pág 942, Vega Vega, Derecho de autor, Tecnos, 1.990, pág. 197, son por demás confusas, pues los primeros estiman aplicables "las reglas generales sobre autoría que el código contiene (arts. 14, 15 y 15 bis)", y si generales, se entiende por ordinarias, éstas serán única y exclusivamente las contenidas en los arts. 12 y 14. La inclusión del art. 15, parece que inclina a ambos autores por la aplicabilidad del régimen restringido de autoría de los delitos cometidos por medio de la imprenta, pero con una interpretación acorde con la mantenida por Vives Antón, lo que explicaría la presencia del art. 14 junto al 15. Carmona Salgado aún resulta más confusa, pues afirma "que actualmente serán de aplicación las reglas generales sobre participación criminal (no dice autoría), y el régimen específico de responsabilidad establecido en este artículo (parece referirse al art. 15 que nombra momentos antes) operará cuando proceda. ¿Y cuándo procede?. Boix, después de afirmar " que habrá que estar a las reglas generales de participación criminal, en función de los diversos sujetos, objetos y conductas que se contemplan en la Ley,... (considera) de aplicación el sistema específico de responsabilidad del art. 15, o el general según los casos". Vega Vega, además limita la responsabilidad a la autoría real.

político-criminal.

Desde el plano formal es rechazable, porque no tienen presente que una cosa son los delitos cometidos **por medio de imprenta**, y otra bien distinta los **delitos de imprenta**. Sólo los primeros gozan de las restricciones contenidas en los arts. 13 y 15 CP.

Pues, como acertadamente señala Vives Antón<sup>677</sup>, al criticar la posición mantenida por Ferrer Sama<sup>678</sup>, "el criterio del empleo de medios publicitarios en el de ejecución del delito no es suficiente por sí solo". "Los artículos 13 y 15 del Código Penal sólo podrán aplicarse allí donde se halle en juego la libertad de expresión, a algunas de cuyas manifestaciones tratan de otorgar una regulación específica".

Así pues, el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 CP, quedará circunscrita a los delitos cometidos por medio de la imprenta que tengan relación con la libertad de expresión. De esta manera, debe concurrir un medio material, la imprenta, y un medio ideal, la libertad de expresión.

Descansa la anterior afirmación en dos bases: una, histórica, que da noticias precisas sobre la naturaleza de la regulación de los artículos 13 y 15 CP, e incluso de sus precedentes (leyes especiales)<sup>679</sup> y donde es clara la

---

<sup>677</sup> Vives Antón, op. cit. págs. 199 y 200.

<sup>678</sup> Ferrer Sama, Comentarios al Código Penal, Vol. II, págs. 36 y 37.

<sup>679</sup> Un detallado recorrido por los antecedentes y proceso legislativo de los artículos 13 y 15 CP, puede verse en Vives Antón, Libertad de Prensa ..., págs. 11 a 37.

identificación, imprenta, prensa y libertad de expresión; otra, semántica, que permite entender el vocablo publicación, no sólo como el acto de dar publicidad, sino también y sobre todo, como el medio de ejercicio de un derecho subjetivo, cual es, la libertad de expresión.

Ahora bien, la propiedad intelectual, como hemos tenido oportunidad de comprobar, se encuentra íntimamente emparentada con la libertad de expresión, toda vez, que la creación intelectual, no es sino una forma de expresión, hasta el punto que su configuración constitucional aparece en el mismo artículo, el 20, que regula la libertad de expresión. Y aún cuando la creación intelectual no es ni un más, ni un menos de la libertad de expresión, sino un **aliud**, no deja de ser problemática su radical separación.

Sin embargo, la zona problemática no reside en la nítida separación entre creación intelectual y libertad de expresión, sino más bien en los objetos a proteger. Es preciso, por tanto, distinguir la protección del objeto y el objeto de la protección.

Los artículos 13 y 15 CP disponen un trato de favor para los delitos cometidos por medio (mecánico) de la libertad de expresión (**objeto de la protección**). Los arts. 534 bis a) y b) tutelan a los derechos de los titulares de la creación intelectual; dispensa, por consiguiente, **una protección al objeto formal, creación intelectual**.

De manera que, si se confunden ambos planos, se produciría la paradoja de que una regulación especial más favorable por el objeto de protección, facilitaría una desprotección del objeto. Y así sería, si se preconizase una reducción tan fuerte de autores y partícipes como la que disponen los artículos

13 y 15 CP, favoreciendo de este modo, no a los que ejercitan la creación intelectual, sino, al contrario, a los que la lesionan y ponen en peligro<sup>680</sup>.

Gimbernat<sup>681</sup>, por su parte, sólo admite la aplicación de los arts. 13 y 15 CP al plagio que no constituya una copia ilícita. El resto de los supuestos, y en particular la reproducción sigue a su juicio el régimen de la autoría ordinaria, porque para aplicar la autoría de imprenta es preciso que haya un **autor-delincuente**, y éste sólo aparece en el plagio. Pero no todo plagio estará incurso en el régimen especial, sólo aquél que se inserte en un periódico o revista, habida cuenta de que en este caso no hay copia ilícita, pues de haberla la autoría se extiende según reglas específicas determinadas en el art. 534 bis a): a los que reproducen y también a los que distribuyen.

La tesis de Gimbernat en parte coincidente con la aquí mantenida, tampoco puede ser aceptada en lo que respecta a la admisión del plagio insertado en una publicación periódica. Pues si lo he entendido bien, la presencia de una copia ilícita implica que la autoría se extienda también a los distribuidores (además de en este caso al autor-plagiario), porque sólo cabe esta extensión si estamos ante un delito con objeto plural inequívocamente ilícito. Si se hubiese referido a la exigencia de puesta a disposición del público del original o copias (art. 19 LPI), hubiese sido más sencillo de entender, (Gimbernat se refiere al concepto de copia

---

<sup>680</sup> Gimbernat, Otra vez:..., pág. 121. Desde otra vertiente, lo explica del siguiente modo : "a la reproducción no le es aplicable el art. 15 porque simplemente no se dan sus presupuestos: ese precepto parte de que existe un autor-delincuente que ha injuriado, calumniado o plagiado, mientras que en la reproducción ilícita el autor real del texto no es un delincuente, sino todo lo contrario: es precisamente la víctima del delito que ve como publican sin su autorización su obra intelectual".

<sup>681</sup> Gimbernat, Otra vez: ..., págs. 118 a 123.

ilícita del art. 534 bis) b). 2, a)).

Pues bien, con independencia de que no se suscribe la categoría de delito con objeto plural inequívocamente ilícito en las infracciones del derecho de autor, porque la distribución puede comprender copias lícitas, la excepción sostenida por Gimbernat no puede compartirse porque no es respetuosa con los elementos exigidos por el tipo. El Art. 534 bis a) no se refiere a copias ilícitas sino más al contrario a reproducir, plagiar, distribuir o comunicar **una obra literaria artística o científica, o su transformación, o una interpretación o ejecución artística**. La comunicación pública requiere con carácter negativo la presencia de ejemplares, de tal modo que la referencia del art. 534 bis, b), 2, a), no le comprende, le excepciona. Ello demuestra que la copia ilícita de dicho artículo no se extiende a toda conducta típica. No se entiende tampoco por qué la copia ha de ser íntegramente ilícita. Las conductas comisivas constituyen infracciones de derechos sobre obras **en todo o en parte**, y la copia puede contener partes lícitas y partes ilícitas. No hay más que pensar en el plagio de un poema insertado en un libro que, a excepción de dicho poema, es original, rabiosamente original. O una obra en colaboración, donde uno de los autores ha plagiado su aportación diferenciabile. Todo ello pone de manifiesto, también, que la distinción efectuada de copia íntegramente ilícita tampoco es acertada. Y tampoco lo es que en función de esta circunstancia, al modo de una situación típica, reduzca los responsables del delito. Que el distribuidor, almacenador, importador o exportador aparezcan como autores o partícipes dependerá de que contribuyan al injusto, y sólo serán responsables si abarcan dolosamente el hecho. Ello hace que normalmente quedarán al margen de cualquier responsabilidad, pero no derivada de una reducción legal, sino judicial.

En todo caso, como ya se ha dicho, si los delitos cometidos por medio de



imprensa contemplan una reducción de autores/partícipes, no es sólo por la forma del medio comisivo, sino por el contenido del mismo, esto es, por que es la vehiculación natural de la libertad de expresión. Y el que plagia, que en definitiva suprime al autor, no ejercita el derecho subjetivo de la libertad de expresión, sino que la ahoga, ocultando e ignorando a quien legítimamente se ha expresado.

Desde el plano político-criminal, tampoco cabe adscribir la regulación de la autoría en estos delitos a los arts. 13 y 15. Los ejemplos propuestos por Quintero, además de generar, en opinión de Gimbernat<sup>682</sup> la no aplicabilidad del régimen especial de autoría, a lo más lo que supone, según su propia conclusión, es un exceso procesal con las consiguientes molestias, pues se reconoce que a la postre serían absueltos<sup>683</sup>. En todo caso la verificación de la autoría, de la contribución al injusto de determinados sujetos, no implica de suyo la adscripción de las infracciones de los derechos de autor a la autoría de los delitos cometidos por medio de la imprenta. Entre otras cosas porque el impresor, el vendedor, el que encuaderna los paquetes o el propietario de la emisora (según los supuestos escogidos por Quintero), pueden haber llevado a cabo conductas de reproducir, distribuir o comunicar, y en ese caso serán también autores o coutores, según el tracto sucesivo del proceso. No ha de olvidarse que aparte de reproducir/comunicar, se distribuye, y que ésta distribución se componen de medios instrumentales amplios, y en particular alguno de ellos tiene regulación

---

<sup>682</sup> *Ibíd.* Precisamente el hecho de que no exista una persona concretar a quien atribuir la intervención decisiva en el delito (el que tuvo la idea de reproducir ilícitamente el escrito, la persona que ha obtenido el original del artículo, el director que ha ordenado su inserción...), deben responder penalmente todos aquellos que hayan participado objetivamente en el hecho punible (dolosamente).

<sup>683</sup> El art. 637 (sobreseimiento libre) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, obvia, en su caso, la cuestión.

autónoma: almacenar, exportar e importar.

De otra parte, si son absueltos "en nombre del legítimo y pacífico ejercicio de sus profesiones u oficios", entonces es que no son autores, y si no son autores no cabe su procesamiento, y menos que sean juzgados.

Y no cabe, porque para ello es preciso que hayan contribuido a la realización del injusto, y sólo se contribuye si al final la conducta es antijurídica, y no lo es si es justificada.<sup>684</sup>

Finalmente, la inclusión de estos profesionales en la autoría/participación de forma automática como sugiere Quintero, proviene de un argumento "a contrario" falsamente construido: Al excluir los arts. 13 y 15 a los cómplices y encubridores, y los autores quedar reducidos a los enumerados escalonadamente en el art. 15: todos los excluidos también son autores y partícipes, aunque sus conductas no sean punibles. Pero ello no es así. Los arts. 13 y 15 operan para aquellos supuestos en que efectivamente la conducta típica se haya llevado a cabo por diversos sujetos en calidad de autores o partícipes. En estos casos se reducirá la responsabilidad a los enumerados, y por el mismo orden, que el art. 15 señala. Pero cuando las diversas conductas no pueden ser imputadas objetivamente, porque no han contribuido al injusto, o subjetivamente porque no hay consciencia del injusto, los arts. 13 y 15 carecen de virtualidad, bastan las reglas generales para la exclusión del procesamiento ( imputación en el Procedimiento Abreviado),

---

<sup>684</sup> Maqueda Abreu, op. cit., exige también el conocimiento de la antijuridicidad (responsabilidad subjetiva). Y también Gómez Benítez/Quintero Olivares, op. cit. pág. 218 que exigen el dolo (y dominio del hecho) en el concepto de autor, en cuyo caso la problemática político-criminal carece de sentido, pues si dolo es conocimiento, y conocimiento de la significación antijurídica de la conducta, los ejemplos están demás.

pues ello quiere decir que no se ha constatado la existencia de indicios racionales de criminalidad.

Así pues, no cabe una inflación de autoría y participación por "contacto", salvo que se quiera seguir el irónico razonamiento de Ascutia: "se considerará autor del homicidio al que realmente haya clavado el puñal en las entrañas de la víctima. Si éste no fuere conocido o no estuviere domiciliado en España, o estuviere exento de responsabilidad, se reputará autor al fabricante, en cuyos talleres se construyó el arma homicida; en defecto de éste, al operario que la fundió en la fragua; en defecto de éste otro, al que la acicaló y sacó filo; en último resultado, el dueño de la tienda o almacén donde se verificó la venta. Se entiende por dueño de la tienda el jefe de la misma"<sup>685</sup>.

## **2.- Autoplagio.-**

### **2.1.- Del Autor.-**

El objeto material y formal (bien jurídico protegido), es determinante para excluir de la esfera del sujeto activo al autor.

En efecto, el bien jurídico protegido (los derechos morales y patrimoniales del autor), junto al objeto material (la obra intelectual) que establece una clara y neta relación con el autor, que es el titular del bien jurídico protegido, impide la consideración de sujeto activo de aquél.

---

<sup>685</sup> La cita corresponde a Vives Antón, Libertad de Prensa, op. cit., pág. 76, extraída de la obra de Ascutia: La Ley Penal, Madrid, 1.876, pp. 271 a 273.

No estamos, por cierto, en el supuesto de confusión de sujetos, pues en definitiva los derechos de autor -elemento típico- para ser infringidos, deben de producirse sin consentimiento del titular del bien jurídico (sujeto pasivo).

No debe olvidarse por otra parte que a pesar de que el art. 534 bis a) contiene un sujeto pasivo múltiple, el plagio es una conducta lesiva, eminentemente, del derecho moral de autor, y que incluso algún autor<sup>686</sup> ha considerado innecesaria toda referencia a la falta de consentimiento para que la conducta sea típica.

Esta posición como no podía ser menos, no es unánime, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. En concreto la jurisprudencia de derecho comparado<sup>687</sup> ha considerado sujeto activo al autor en supuestos de autoplagio.

Y en cuanto a la doctrina y en lo referido a la LPI de 1.879, Mascareñas<sup>688</sup>, entendía que la enajenación por el autor de sus derechos patrimoniales le situaba en la línea de los sujetos activos, y ello aunque no lo dice, sólo podría deberse por considerar al Editor (o cualquier propietario) con calidad de sujeto pasivo

---

<sup>686</sup> Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 1.990

<sup>687</sup> Molas Valverde pág. 37 ( normas procesales de especialización de la Propiedad intelectual), recoge una Sentencia del Tribunal de Grande Instance del Sena (Francia) de 7 -5 - 1963, que considera defraudador al autor que después de haber cedido el derecho de edición y venta de su obra, a un editor, cede el mismo derecho a otro editor al cual entrega la obra, modificada por su propio autor. Algardi en su nota 19, pág. 674, cita la sentencia de 30 de Enero de 1895 de la Corte de Apelación de Roma y la Sentencia de 19 de Marzo de 1.883 de la Corte Real de París, que condena , la primera a un autor por haber cedido a su editor una obra similar a la cedida a otro; y la segunda , por haber engañado al público de una obra teatral

<sup>688</sup> Mascareñas, op. cit. pág. 32, en igual sentido Miserach, op. cit pág., 681.

frente a terceros y al propio autor, mas como en el apartado dedicado al sujeto pasivo hemos visto, no podía estimarse al Editor ( o cualquier propietario) como tal, porque no ostentaba la titularidad del bien jurídico protegido, dada la interrelación existente entre autor y obra, y dado que el art. 534.1º CP hacía mención al autor y sólo autor, como titular de bienes jurídicos; los demás podían estimarse sujetos pasivos de la acción, o bien perjudicados pero en ningún caso sujetos pasivos del delito.

Por contra, Quintano<sup>689</sup> opinaba, aunque por razones más limitadas que como quiera que el titular de los bienes patrimoniales (editor) no tiene por qué serlo de los morales a consecuencia del carácter fragmentario de la propiedad intelectual ( derechos morales y patrimoniales), el autor de considerarse sujeto activo, no lo sería del delito de infracción del derecho de autor (de su derecho), sino del de estafa<sup>690</sup>. No obstante, admite que el Editor pueda ser sujeto pasivo frente a terceros.

El supuesto contrario: el editor que "reformo indebidamente el texto u omite el nombre del escritor", sí caería dentro de la esfera de sujeto activo.

---

<sup>689</sup> Quintano, op. cit. pág. 630.

<sup>690</sup> En el mismo sentido se expresa Ferré Olivé, op. cit., pág. 73 y 85. "Las relaciones internas entre autor y cesionario no aparecen como un objeto directo de tutela penal, dado que los preceptos no ponen su empeño en prohibir comportamientos del autor o de cesionario. Parece que esas conductas deben buscar sus correctivos en otros preceptos penales, o en la relaciones de derecho privado que unen a ambos sujetos". Sólo una precisión: el art. 534 bis a) no regula, ni tiene por qué, las relaciones autor-cesionario, pero sí protege determinados derechos exclusivos que pueden ser violentados también por el cesionario.

Algardi<sup>691</sup> también se muestra contrario al autoplagio, y aunque se cuestiona si pudiera constituir esta conducta un delito de falsificación, niega terminantemente que pudiera ser plagio porque no se " viola la relación autor-obra y el plagio no es concebible de parte del mismo autor. Porque el autor es siempre según mi (su) opinión titular del poder originario integral sobre la obra". Falta pues, el elemento de la ajenidad para que la conducta sea típica<sup>692</sup>.

## 2.2.- Del coautor.-

Cuestión distinta es la del coautor plagario, que no ofrece dudas en aquellas obras en la que su aportación es identificable y separable de la de los otros intervinientes, pues en este caso, de alterar o modificar aquella parte de la obra perteneciente a los concurrentes en la creación intelectual, se habrá convertido en sujeto activo, sin más, del delito estudiado, pues en nada se diferencia de cualquier otro sujeto.

La dificultad reside, sin embargo, en las obras en colaboración o colectivas, donde las aportaciones de los coautores se confunden para formar un todo, sin que se conozca la entidad creativa de cada uno ellos, de tal modo que es inescindible del todo armónico que representa la obra, pues aún en las obras colectivas los intervinientes no pierden la titularidad, sin perjuicio de la coordinación a que se

---

<sup>691</sup> Algardi, op. cit., pág. 673. El art. 171 del CP Italiano se refiere a la obra de otro y el art 7 LPI, habla de obras ajenas. Manzanares Samaniego, op. cit., pág. 65, considera que en el Derecho Alemán no cabe el autoplagio (uso de obras anteriores propias).

<sup>692</sup> Desantes, La relación .... pág 149 y 150, se pronuncia a favor de la evicción para los supuestos de autoplagio.

encuentran disciplinados.

De admitirse la condición de sujeto activo, se violentarían cuantas razones asistían al negar tal condición al propio autor, y de no aceptarse, el resto de los coautores se encontrarían indefensos ante el plagio a que sería sometida su labor creativa.

Una solución adecuada, pasa por distinguir si el plagio ha afectado al conjunto de la obra o sólo a parte. De haber afectado al conjunto es indudable que se han infringido derechos de autor (de los otros), y por consiguiente no se entraría en contradicción con lo hasta aquí mantenido, pues es indudable que aún sin conocerse la atribución de la paternidad de una zona concreta de la obra a un autor en particular, es también cierto que el coautor plagiarario no creó toda la obra, en toda su dimensión, sino que su contribución se debió, bien a parte de ella, o bien a su totalidad en determinada faceta. De haber afectado a parte, sólo la prueba -de difícil articulación- pudiera ofrecer una acertada calificación sobre la autoría, y de este modo sobre su plagio.

Sin embargo, para una más efectiva defensa de los derechos de autor, cabría considerar el binomio autor-obra desde la perspectiva de bloques conjuntos, de modo que la obra no sería el producto de la ideación y creación de varios autores, sino de su conjunto que adquiere identificación propia. La obra no estaría compuesta por partes o aportaciones individuales, y los autores no quedarían identificados separadamente, sino por su conjunto, de tal manera que el ataque a la obra por uno de los coautores no constituiría un autoplagio (atípico), porque no tendría calidad de autor, ya que por sí sólo éste no tiene relevancia. No existe. Es un extraño que se ha convertido en sujeto activo, pues ha roto la relación autor

(conjunto de coautores con entidad propia) con la obra (aportación unitaria)<sup>693</sup>.

---

<sup>693</sup> Los derechos de los coautores se recogían en los artículos 22 y 23 de la LPI y 72, 93, 94, 111 y 112 del RPI. A excepción del art. 93 del RPI, el resto del articulado se refiere a coautoría separable (letra y música) que no ofrece dificultades para atribuir la condición de sujeto activo al coautor que infrinja los derechos del otro coautor. El art. 93 RPI, sin embargo parece regular una coautoría por colaboración, y del mismo se desprende la prohibición de que uno de los coautores (aquél que no se muestre ofendido) pueda publicar o representar la obra, para lo que deberá ser convenientemente indemnizado, dado que dicho artículo distingue la coautoría musical de la coautoría literaria, es decir, prevé que en la creación literaria haya intervenido más de un autor, en cuyo caso considera a la obra un todo, dada la condena a que somete a uno de los coautores a quien le despoja de las prerrogativas de decidir sobre su aporte creativo. La nueva LPI les dedica el art. 7, 28.1, 28.3, 87 (indirectamente los arts. 11 y 12).



## **XI.- CULPABILIDAD.-**

### **A) Reforma del '63**

La conducta típica que se describía en el artículo 534 párrafo primero, encontraba asiento en un verbo que constituye la esencia del delito, esto es, la infracción (ius infringere). La multiplicidad de la infracción, en este caso, de los derechos de autor, contemplados en Leyes, Reglamentos, e incluso Ordenes, aconsejaba delimitar el ámbito de operatividad del derecho penal.

Para ello, cabía intervenir tanto cerca del bien jurídico como de la culpabilidad. En el primer caso, reduciendo la esfera de protección, y en el segundo, restringiendo la culpabilidad a una forma puramente psicológica, guiada, naturalmente, por la consciencia de la significación antijurídica de la conducta y la voluntad de su realización.

En este doble sentido parecía que se pronunciaba el art. 534, dando así cumplimiento al principio de proporcionalidad en su sentido estricto, pues tendría en cuenta el contenido de injusto y el reproche dirigido al autor por su realización. La presencia del término "intencionadamente" avalaba esta interpretación, dada la operatividad y consecuencias que derivan de él.

#### **1.- El término intencionadamente**

### 1.1.- Elemento subjetivo

El adverbio intencionadamente, cabe entenderlo como elemento subjetivo del tipo de injusto, y también, como un elemento anímico perteneciente a la culpabilidad en su forma dolosa.

El criterio delimitador entre elemento subjetivo y culpabilidad, según el cual, estaríamos ante el primero en aquellos casos en que suponga una lesión o peligro, o al menos un aumento de lesión o puesta en peligro del bien jurídico; y ante el segundo, cuando en realidad suponga un aumento o disminución de la reprochabilidad<sup>694</sup>, es de difícil asunción en el presente caso.

Así, cabe interpretar que la intencionalidad es un elemento anímico, sin cuya presencia no tiene vida el tipo de injusto. La conducta del sujeto debe ir dirigida, debe tener como fin o finalidad, la infracción de los derechos de autor. De tal modo que el tipo de injusto no se conforma con la infracción de los derechos de autor, sino con la infracción intencionada de los mismos.

Considerada de este modo la infracción de la que hablaba el art. 534.1 CP, sería un tipo de infracción específica, pues no toda infracción constituye el tipo de injusto, sólo la que tenga una finalidad, la que se realice con intención, o lo que es lo mismo: es preciso constatar la intención de infringir los derechos de autor.

De ser de este modo no habría duda sobre la naturaleza jurídica del término psicológico "intencionadamente". Sería, sin más, un elemento subjetivo del tipo de injusto.

---

<sup>694</sup> Cobo-Vives, Parte General, pág. 310.

## **1.2.- Culpabilidad dolosa**

Pero de otra parte, el adverbio puede dar, también, cobertura a una forma de culpabilidad, la dolosa, excluyente de la culposa. El que realiza una infracción intencionadamente, la lleva a cabo con dolo, esto es, con consciencia del hecho y de su significación antijurídica (elemento intelectual), y queriéndola (elemento volitivo). De esta manera no cabe la forma de culpabilidad culposa. El reproche que cabe efectuar es el que corresponde a la forma más grave, la representada por el dolo, sin que quepa atribuir subjetivamente otra forma de culpabilidad, puesto que el requisito del conocimiento (hecho y su significación antijurídica), junto con el de la voluntad, es patrimonio del dolo.

## **1.3.- Doble función del dolo**

Parece, pues, que el adverbio "intencionadamente", puede jugar un doble papel: de una parte como constitutivo del tipo de injusto (elemento subjetivo); y de otra, como fundamentador de la culpabilidad dolosa. Se daría así, lo que se ha denominado, la doble función del dolo<sup>695</sup>, toda vez, que supone la determinación del tipo de injusto (desvalor de la conducta por lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido), y además fundamenta el reproche dirigido al autor por el hecho cometido.

## **1.4.- Toma de posición**

---

<sup>695</sup> Cobo-Vives, Parte General, pág. 457 y 458.

Esta conclusión no es, sin embargo, inevitable. La Sección 3ª del Capítulo II del Título XIII, trata " De las infracciones del derecho de autor y de la propiedad industrial", y no de las infracciones intencionadas. Quiere ello decir que el tipo de injusto se circunscribe a la infracción de los derechos de autor, cuya delimitación penal ha de extraerse del contenido de la Ley que los regula y de los principios de derecho penal. De un análisis textual del precepto penal se llegaba a la misma conclusión, pues el tipo aludía al que infringiere intencionadamente, y no a quien intencionadamente infringiere. Al situar en primer lugar la infracción ponía de relieve la constitución del injusto sin que quede implicado por modalidad alguna. Pues el primer juicio (el de antijuridicidad) es verificado por la infracción (que por su propia naturaleza encierra, en este particular caso, el tipo de injusto) y el segundo, al que da paso el anterior (de culpabilidad), es verificado por la intencionalidad (forma de culpabilidad).

De no ser así, querría decir que la infracción de los derechos de autor (sin más), no lesiona ni pone en peligro ningún bien jurídico (los propios derechos de autor). Afirmación contradictoria con la propia esencia de la infracción que en todo caso supone el quebranto de una norma (mediante acción u omisión). Y si la norma en primer lugar protege y distribuye, y en segundo lugar, obliga y motiva, mal puede aceptarse que se quiebre, y no se lesione.

Era, pues, determinante que el verbo nuclear del tipo consistiera en infringir, pues ello conllevaba, sustancialmente, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En consecuencia, no cabía incluir el art. 534 entre los delitos de intención (por la presencia de un elemento subjetivo del tipo de injusto), porque como de inmediato se comprueba en el paradigmático art.514 CP, su verbo típico no es consustancial con el tipo de injusto: tomar una cosa mueble ajena para

trasladarla de sitio (para preservarla, guardarla, gastar una broma, etc), no lesiona la propiedad privada, y ni siquiera la pone en peligro, es preciso para ello, que se haga con ánimo de hacerla suya, porque la conducta típica total o completa, es "con ánimo de lucro ....toma(r) las cosas ... ajenas ", incardinando en el tipo la intención con antelación a la acción (verbo), de tal manera que la dirección de voluntad preside el tipo y lo califica, conformando, así la lesión del bien jurídico, esto es, el injusto. Al contrario, como hemos tenido ocasión de comprobar, que en el art.534 CP.

En otros términos, de aceptarse que estamos en presencia de un elemento subjetivo del tipo de injusto (mediante el adverbio intencionadamente), la no concurrencia de este elemento, convertiría la conducta en atípica e impune, tornando innecesaria toda invocación a la antijuridicidad o su reverso, la justificación, y a la culpabilidad (imputabilidad, -formas- dolo y culpa, y exigibilidad). Ahora bien, si infringir es realizar el tipo de injusto, la intencionalidad ha de referirse, necesariamente, al momento o juicio de la culpabilidad, al reproche que cabe dirigir al autor por el hecho cometido.

En este sentido habría de interpretarse el término psicológico intencionadamente, como referencia precisa a una de las formas de culpabilidad.

Son varias las razones que, además de las vistas, abonan esta interpretación:

a) El adverbio intencionadamente, ha sido utilizado como sinónimo de malicia, dolus malus, en el Código Penal<sup>696</sup>, vb., art. 565 CP, en su

---

<sup>696</sup> Tras la reforma de 21 de Junio , conforme a la Ley Orgánica 3/1.989 , el artículo 563, incorpora el mismo adverbio, una vez que la doctrina y

redacción anterior.

b) Intencionadamente es un término psicológico, y por consiguiente, perteneciente al ánimo del sujeto. Aún siendo el juicio de culpabilidad un juicio normativo, es claro que el dolo sigue manteniendo una conexidad psicológica entre el agente y el hecho<sup>697</sup>. Tanto el conocimiento como la voluntad son consustanciales con la intención. No cabe hablar de intención en aquel sujeto que no tiene consciencia ni voluntad. Y a su vez, de un sujeto conocedor de los hechos y de su significación antijurídica, y que por él son queridos, podemos afirmar que obra con intención o intencionalidad.

c) Se confirmaba así que la infracción de los derechos de autor realiza el tipo de injusto, dejando de ser de este modo irrelevantes para el derecho penal las conductas infractoras sin intención, aún cuando no puedan ser reprochadas.

d) En consecuencia, se circunscribía el reproche a las conductas dolosas, no pudiendo imputarse subjetivamente las culposas.

## **B) Reforma del '87**

La reforma operada en esta materia en el '87, ha tenido influencia en la

---

jurisprudencia habían sentado las bases del carácter doloso del delito de daños, de manera que su inclusión obedece al interés de zanjar legislativamente la cuestión de la forma de culpabilidad dolosa del delito de daños.

<sup>697</sup> Por este motivo Cobo-Vives, Parte General, 3ª Edición, pág. 421 y 422, adoptan un sistema complejo.

conversión del término "intencionadamente", que pervive, en un elemento subjetivo del tipo de injusto con la misma significación en el campo de la culpabilidad que tenía antes. El tipo de injusto requerirá que las conductas comisivas de reproducir, plagiar, distribuir y comunicar públicamente sean realizadas intencionadamente, de otro modo serán atípicas. Pero ejecutadas intencionadamente, se excluye toda incriminación culposa. Así pues la variación es de corto alcance. Los argumentos de Quintero<sup>698</sup> en orden a incluir la ajenidad como elemento subjetivo, o a la intención ya no en relación con los derechos de autor, sino con las conductas de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, no tienen trascendencia alguna. La ajenidad se predicaba necesariamente antes y ahora porque se infringía sin autorización<sup>699</sup>, esto es la titularidad correspondía a otro, con independencia a de quien correspondiera, no se infringía el derecho del autor, sino el de autor. En lo relativo a la consideración de la intención como atributo de las conductas típicas, y no de los derechos de autor, no se puede olvidar que precisamente las conductas corresponden miméticamente a los derechos de autor, aunque de forma reducida y limitada, pero en definitiva referido a ellos.

Sin embargo queda por dilucidar el ámbito de operatividad del dolo en este delito. El término "intencionadamente" da paso a diversas interpretaciones, toda vez que presupone una finalidad: la voluntad del agente está dirigida a obtener unas consecuencias. La asunción del dolo directo de segundo grado<sup>700</sup> y el

---

<sup>698</sup> Quintero, op. cit., págs. 108 y 109.

<sup>699</sup> Arroyo/Rivas, op. cit., pág. 2000.

<sup>700</sup> Entienden excluido el dolo directo de segundo grado o indirecto, y por tanto, también el eventual: Quintero Olivares, op. cit., pág. 113. Queralt, op. cit., pág. 337

eventual<sup>701</sup> estaría plagada de dificultades<sup>702</sup>.

### 1.- Dolo directo de primer grado

Se mantiene, mayoritariamente, que los delitos dolosos son delitos de intención o intencionales. Visto lo expuesto anteriormente, nada cabe oponer. Es más, la intención califica y determina el dolo, es, en esencia, el mismo dolo.

Sin embargo, realizar una conducta con intención, aún no dice nada del carácter doloso del hecho. No hay más que pensar en el enajenado que mata. Es claro que lo hace con la intención de matar cuando de los datos objetivos antecedentes, concurrentes y coetáneos, y dinámica comisiva así se desprenda. Y sin embargo, no podríamos afirmar que ha cometido un delito doloso<sup>703</sup>. Aún más llamativa resulta la justificación, entiéndase legítima defensa o estado de necesidad, pues si bien el sujeto mata "en" defensa, o "para" salvar un bien

---

<sup>701</sup> Excluyen el eventual además de los expresados en la nota anterior: Carmona Salgado, *La Nueva Ley...*, pág. 346. De la misma autora, *El Tipo básico*, pág. 158. Boix, *op. cit.*, pág. 944. De dolo específico, como dolo directo, se muestra partidario de acuerdo con la tradición jurisprudencial: Soto Nieto, *op. cit.*, pág. 973 y ss.

<sup>702</sup> Se inclinan por una mera distinción entre dolo y culpa, sin excluir ninguna clase de dolo: Rodríguez Devesa, *op. cit.*, pág. 537. Muñoz Conde, *op. cit.*, pág. 289. Bustos Ramírez, *op. cit.*, pág. 253. Arroyo/Rivas, *op. cit.*, pág. 1.999, aunque desde la óptica del dolo natural ( pág. 2.000). Por la misma solución se inclinan, aunque referido a la propiedad industrial: Guinarte Cabada, *op. cit.*, pág. 70 y ss., y Bajo Fernández, *op. cit.*, pág. 291.

<sup>703</sup> Córdoba Roda, J., *Comentarios al Código Penal I*, Pág. 22 y 23. Asimila este autor, origen volitivo y dolo, y concibe a éste como la finalidad orientada al hecho configurado en el tipo respectivo. Desde esta posición finalista (dolo del hecho), mantiene que en estos supuestos no sólo hay voluntad sino dolo.



mayor, mata y tiene intención de matar. No puede decirse que tenía la intención de defensa y salvamento de forma aséptica o neutra. Se convendrá, al menos, que el sujeto sabía que su defensa conllevaba necesariamente la muerte del otro. Podemos decir, no obstante, que la muerte así producida no es dolosa, porque no basta la intención, es preciso la consciencia de la significación antijurídica del hecho típico, esto es, que la intención ha de ser "mala". En definitiva, se trata de la vieja discusión del *dolus natural* y *dolus malus*, que en este caso sirve para introducir una cuestión de decisiva trascendencia a la hora de resolver la culpabilidad en el delito de infracción de los derechos de autor.

### **1.1.- Clases de intención**

En efecto, se pone de relieve que existen diversas clases (conceptos y formas) de intención, como ha puesto de manifiesto Husserl<sup>704</sup>. No queda, por consiguiente, más remedio que reconocer que la intención ofrece diversas variantes: unas, asimiladas al *dolo natural*, indicarán la voluntad de realización del hecho; otras, se anudarán a la significación antijurídica del hecho que, o bien comportarán una finalidad (consecuencia querida), o bien, sin finalidad, se aceptará (consecuencia necesaria), o en otro caso, se asumirá (consecuencia probable).

### **1.2.- Clases de voluntad.**

Ahora bien, junto, o antes, de la intención se encuentra la voluntad, como se comprueba en los delitos culposos, que se configuran sobre la base de la

---

<sup>704</sup> Ferrater Mora, Josè, Diccionario de Filosofía

infracción de un deber por falta de previsibilidad, que requiere un conocimiento potencial, pero a la postre conocimiento, porque tanto concierne al resultado como a la significación. Le diferencia, ciertamente, este conocimiento, del doloso, en que éste es querido, y aquél no. Pero lo querido y no querido no es el hecho (en este caso acción en sentido estricto), sino el resultado. No puede hablarse de acción si no hay manifestación de voluntad, pues le es consustancial. De tal modo que podemos seguir afirmando la concurrencia de la voluntad en el hecho culposo, a pesar de que el resultado no es querido<sup>705</sup>. Quiere ello decir que hay diversas voluntades, una voluntad que comprende solamente la acción (común de los delitos dolosos y culposos, y otra que incluye también el resultado (exclusiva de los delitos dolosos).

La voluntad desde la perspectiva del *dolus malus*, sólo adquiere plena vigencia en la consecuencia querida, pues lo perseguido es lo querido (dolo directo de primer grado). La aceptación de la consecuencia necesaria (dolo directo de segundo grado), pone al descubierto que precisamente porque es aceptada, viene ya dada, no es el fin de la acción, y en consecuencia, no es estrictamente querida. Con mayor razón ha de postularse tal extremo de la asunción del resultado (dolo eventual), donde no sólo no es querida, sino que incluso no es segura (necesaria), sólo probable.

### **1.3.- Posición de Gimbernat acerca de la voluntad en el dolo.**

---

<sup>705</sup> Kaufmann, Armin, Teoría de las Normas, DEpalma, 1.977, pág. 149. Con cita de Binding se lee: "En todo caso debe evitarse necesariamente el uso lingüístico que atribuye a la voluntad en el delito doloso un papel distinto del que se le asigna en el culposo. La diferencia reside únicamente en el conocimiento, y no en la voluntad". En parecidos términos se han expresado otros autores, distinguiendo dolo y culpa por el conocimiento actual o potencial del hecho.

Gimbernat ha denunciado la fragilidad de la voluntad en el dolo directo de segundo grado y en el dolo eventual, llegando incluso a negarla, pues la estima innecesaria para afirmar el dolo, toda vez que la distinción entre dolo y culpa radica en la gravedad del hecho, pues uno se pune más gravemente que otro.

El razonamiento de Gimbernat<sup>706</sup>, está basado en la idea expresada por Platzgummer de lo co-consciente, según la cual "para querer algo en el momento de la ejecución del delito hay que tener conciencia de ello", bastando una co-consciencia que "se caracteriza porque, como tal, no es consciente ni atendido explícitamente". En consecuencia, si la co-consciencia no es exactamente consciencia, y ésta es precisa para poder afirmar la voluntad, mal puede afirmarse ésta en toda su extensión.

Sin embargo, ello no implica, como parece hacer Gimbernat, negar radicalmente la voluntad, sino en todo caso graduar la voluntad, que es, justamente, lo que aquí se mantiene.

Se apoya también, Gimbernat<sup>707</sup>, en el dolo directo de segundo grado para demostrar, en palabras de Schidhäuser, que "la aprobación del resultado no desempeña ningún papel en los casos de dolo directo de segundo grado en sentido estricto (el desconsuelo de la familia va unido necesariamente a la muerte del padre), ni en aquellos casos en los que se considera sumamente probable que el resultado directamente querido traiga consigo otros no queridos".

---

<sup>706</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, Estudios de Derecho Penal, Acerca del dolo eventual, Civitas 1.980, pág 188.

<sup>707</sup> Gimbernat, op. cit., pág., 190.

Llega a esta conclusión, porque en el ejemplo de quien mata a un padre de familia, el homicida sólo persigue, en realidad, la muerte, y ninguna otra consecuencia, como puede ser el desconsuelo o dolor causado a la familia que es inherente a la muerte del padre. Luego, hay dolo pero no voluntad. Por consiguiente, la voluntad no es consustancial al dolo.

El razonamiento no se sostiene. Goza de una contradicción interna insalvable. Pues, de una parte, dice que el dolo es consciencia y voluntad (dolo directo de primer grado); y de otra, que es sólo consciencia (dolo directo de segundo grado), habiendo dicho antes que la consciencia es el presupuesto de la voluntad. Pero es más, afirma que cuando estamos ante consecuencias necesarias, estamos en presencia de dolo, una vez que ha negado uno de sus elementos esenciales, la voluntad. De tal manera, que o bien el dolo no requiere voluntad, en cuyo caso, la distinción con la culpa resulta imposible, o si la requiere, al afirmar al mismo tiempo que el dolo de segundo grado y el eventual no la contienen, no son en realidad formas dolosas.

Por último, el recurso a la distinción entre dolo- culpa en razón a la distinta gravedad de una y otra (criterio cuantitativo), tampoco es aceptable, porque significaría que el sustrato de ambas formas de culpabilidad es el mismo (criterio cualitativo), y ni siquiera, el propio Gimbernat, se atreve a tanto. Entre otras cosas, porque la mayor o menor gravedad es meramente una progresión cuantitativa, que aún no ha dicho nada sobre la naturaleza de la cosa.

Lo que sí pone de manifiesto Gimbernat, es que hay diversas voluntades, pese a que algunas las niega, con consecuencias distintas. En efecto, no es lo mismo que el agente conozca y quiera su acción, que además conozca su significación antijurídica, y que además persiga un resultado. Como tampoco es

lo mismo, que no queriendo un resultado lo acepte porque va unido indisolublemente a otro que sí quiere. Y por supuesto, tampoco es igual que en vez de aceptarlo, lo asuma en caso de que siendo probable se llegue a dar. En cada una de estas voluntades, hay una intención distinta. En la primera sólo existe la relación sujeto cognoscente y el objeto, la intención es en este caso puramente gnoseológica. En la segunda, la intención consiste en la determinación de la voluntad en orden a un fin. En la tercera, sólo existe un fin y dos resultados, quedando, por tanto, uno de ellos, fuera de toda intención. En la cuarta, el resultado no es buscado, no constituye ningún fin, no hay tampoco intención.

## **2.- Intención y dolo**

Se suscita, entonces, la cuestión de cómo se pueden reprochar como dolosas las conductas que no son intencionales. Nace este interrogante de la errónea atribución que se efectúa al delito doloso de intencional, que sin duda lo es en muchas ocasiones, pero no en todas. Veámoslo.

El dolo no entraña otra cosa que conocimiento de los hechos, de su significación antijurídica, y su volición. Con ello basta para afirmar que un hecho es doloso. La intencionalidad, servirá, sencillamente, para distinguir las clases de dolo. Lo común a las diversas clases de dolo es la voluntad. Y la voluntad, entendida aquí como libre albedrío o libre determinación (por eso podemos reprochar), la podemos afirmar de todos y cada uno de ellos.

En los casos del dolo directo de segundo grado y dolo eventual, se ha cuestionado, no obstante la concurrencia de la voluntad. Se mantiene, en estas clases de dolo, que el sujeto no persigue el resultado, y ciertamente es así. Ahora

bien, el sujeto conoce el hecho y su curso causal (lanzar una bomba al paso de una comitiva para atentar contra un dirigente, lo que necesariamente supondrá la muerte de más personas), su significación antijurídica (el hecho encierra dar muerte a varias personas y ello es -injusto- contrario a derecho), y aún así decide llevarlo a cabo. No puede decirse que el sujeto no tenga voluntad de matar a las otras personas integrantes de la comitiva. Así lo ha querido. Ha contemplado el resultado de su acción y ha determinado (decidido) ejecutarla. En consecuencia, no puede afirmarse que no concorra la voluntad, porque sería tanto como decir que la acción fue involuntaria. Cosa distinta es que sea intencional, esto es, que esté dirigida a un fin (concreto y determinado), porque intención, expresa la acción y efecto de tender hacia algo, es decir, la determinación de la voluntad en orden a un fin.

### **3.- Voluntad e intención.**

Se comprende de inmediato que los conceptos de voluntad e intención no son sinónimos, porque de serlo, la proposición consistente en que "la intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin, contendría una contradicción lógica, toda vez que el predicado sería el mismo sustantivo, o al menos parte de él, y en consecuencia se estaría refiriendo a sí mismo. Si se refiere a sí mismo, la segunda parte de la proposición carece de sentido, pues se habría convertido en una tautología, en la que, naturalmente, el predicado no es lo afirmado o negado del sustantivo, sino el propio sustantivo.

La voluntad es un fenómeno volitivo en el que concurren numerosos fenómenos psíquicos, sin que esté "sometida en ninguno de sus actos a la necesidad, y ello hasta el punto de que voluntad y libre albedrío no son potencias

lo mismo, que no queriendo un resultado lo acepte porque va unido indisolublemente a otro que sí quiere. Y por supuesto, tampoco es igual que en vez de aceptarlo, lo asuma en caso de que siendo probable se llegue a dar. En cada una de estas voluntades, hay una intención distinta. En la primera sólo existe la relación sujeto cognoscente y el objeto, la intención es en este caso puramente gnoseológica. En la segunda, la intención consiste en la determinación de la voluntad en orden a un fin. En la tercera, sólo existe un fin y dos resultados, quedando, por tanto, uno de ellos, fuera de toda intención. En la cuarta, el resultado no es buscado, no constituye ningún fin, no hay tampoco intención.

## **2.- Intención y dolo**

Se suscita, entonces, la cuestión de cómo se pueden reprochar como dolosas las conductas que no son intencionales. Nace este interrogante de la errónea atribución que se efectúa al delito doloso de intencional, que sin duda lo es en muchas ocasiones, pero no en todas. Veámoslo.

El dolo no entraña otra cosa que conocimiento de los hechos, de su significación antijurídica, y su volición. Con ello basta para afirmar que un hecho es doloso. La intencionalidad, servirá, sencillamente, para distinguir las clases de dolo. Lo común a las diversas clases de dolo es la voluntad. Y la voluntad, entendida aquí como libre albedrío o libre determinación (por eso podemos reprochar), la podemos afirmar de todos y cada uno de ellos.

En los casos del dolo directo de segundo grado y dolo eventual, se ha cuestionado, no obstante la concurrencia de la voluntad. Se mantiene, en estas clases de dolo, que el sujeto no persigue el resultado, y ciertamente es así. Ahora

bien, el sujeto conoce el hecho y su curso causal (lanzar una bomba al paso de una comitiva para atentar contra un dirigente, lo que necesariamente supondrá la muerte de más personas), su significación antijurídica (el hecho encierra dar muerte a varias personas y ello es -injusto- contrario a derecho), y aún así decide llevarlo a cabo. No puede decirse que el sujeto no tenga voluntad de matar a las otras personas integrantes de la comitiva. Así lo ha querido. Ha contemplado el resultado de su acción y ha determinado (decidido) ejecutarla. En consecuencia, no puede afirmarse que no concorra la voluntad, porque sería tanto como decir que la acción fue involuntaria. Cosa distinta es que sea intencional, esto es, que esté dirigida a un fin (concreto y determinado), porque intención, expresa la acción y efecto de tender hacia algo, es decir, la determinación de la voluntad en orden a un fin.

### **3.- Voluntad e intención.**

Se comprende de inmediato que los conceptos de voluntad e intención no son sinónimos, porque de serlo, la proposición consistente en que "la intención es la determinación de la voluntad en orden a un fin, contendría una contradicción lógica, toda vez que el predicado sería el mismo sustantivo, o al menos parte de él, y en consecuencia se estaría refiriendo a sí mismo. Si se refiere a sí mismo, la segunda parte de la proposición carece de sentido, pues se habría convertido en una tautología, en la que, naturalmente, el predicado no es lo afirmado o negado del sustantivo, sino el propio sustantivo.

La voluntad es un fenómeno volitivo en el que concurren numerosos fenómenos psíquicos, sin que esté "sometida en ninguno de sus actos a la necesidad, y ello hasta el punto de que voluntad y libre albedrío no son potencias



distintas, sino una sola potencia" (Sto. Tomás)<sup>708</sup>.

La intención, sin embargo, son esos mismos fenómenos psíquicos o actos (vivencias diría Husserl), que contienen intencionalmente un objeto (Brentano), es por esto que son la nota esencial de tales fenómenos<sup>709</sup>. La intención es, pues, un estadio más avanzado que la voluntad, a la que califica, y como se ha dicho, determina.

### 3.1.- Sus consecuencias

Establecida la diferencia, ésta habría de servirnos para obtener las consecuencias de las diversas clases de dolo. En efecto, parece que allí donde se exija expresamente en el tipo la intención, estaremos hablando de dolo directo de primer grado<sup>710</sup>. Se comprende esto así, porque las distintas clases de dolo (porque son distintas) deberían producir diversas y graduales consecuencias jurídicas. Y entre ellas, la que no toda realización del injusto típico cabe reprochar bajo formas de dolo directo de segundo grado y eventual, como no todo tipo de injusto se describe mediante hecho activo (las conductas pueden ser excluyentes, sólo son compatibles en la comisión por omisión), y en muchos delitos no caben formas imprudentes.

En consecuencia, si podemos distinguir entre voluntad e intención, porque

---

<sup>708</sup> Ferrater Mora, José, Diccionario de Filosofía

<sup>709</sup> Ibídem

<sup>710</sup> Mir Puig, op. cit.,pág. 260. A este dolo le denomina también : dolo de intención, o intención en sentido estricto.

la intención es la voluntad calificada, allí donde ésta se presente, deberá producir diversos efectos, restringiendo el reproche con adecuación a la intensidad de la voluntad.

De modo que el vehemente enamorado que publica un verso plagiado a su amada no cometería el delito de infracción de los derechos de autor, pues el plagio es una consecuencia necesaria del "engaño" a que somete a la mujer que pretende atraer (para atraer he de plagiar). O en el ejemplo, expuesto por Quintero<sup>711</sup>, de quien para injuriar o calumniar utiliza un texto que hace suyo sin autorización, persigue injuriar, aunque sabe que también de este modo infringe el derecho del autor, anulando su paternidad, tampoco en este caso estaríamos ante un delito por inculpabilidad, "porque el sujeto habría orientado subjetivamente su conducta al fin de ofender al honor, de manera que el plagio, por ser meramente instrumental, no podría merecer esa definitiva y prioritaria condición de intencionalidad".

No pueden, sin embargo, admitirse tales consecuencias. El dolo no opera con identidad de criterios que la culpa donde, efectivamente, el grado de deber de cuidado trae como consecuencia una mayor o menor gravedad culposa. El dolo no tiene en sí mismo gradaciones. Una conducta dolosa de primer grado lleva aparejada la misma punición que una de segundo grado o eventual. Tan grave es una como las otras. Desde este plano, afirmada la condición dolosa de una conducta, ésta puede presentarse bajo cualquiera de sus modalidades.

El carácter instrumental del plagio, no impide considerarlo, precisamente,

---

<sup>711</sup> Quintero, op. cit., pág. 113.

dolo directo de primer grado<sup>712</sup>. Este carácter instrumental en todo caso tendría trascendencia ante el concurso de normas o de infracciones, pero no ante el dolo. De otra parte la concurrencia de ánimos no produce un efecto de "desplazamiento", sino de "coexistencia". Lo determinante en este caso es que un tipo abarque la totalidad del desvalor o sólo lo haga parcialmente, en este último caso es preciso acudir a un concurso de infracciones para completarlo, y en cada una de ellas goza de autonomía la figura del dolo.

El Código Penal establece una distinción entre dolo y culpa, y dentro de la culpa diversos grados -art. 565: temeraria y profesional, y antes de la reforma del 89: imprudencia simple con infracción de reglamentos-, sin embargo, dentro del dolo no hay distingos, cualquier clase de dolo lleva aparejada idéntica sanción. Ello pone de manifiesto que igual gravedad contiene una clase u otra de dolo. Y que la problemática está residenciada en el proceso de atribución subjetiva, esto es, en el reproche a título de culpa o dolo<sup>713</sup>. Especialmente en el proceso de atribución<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 260. El delito puede perseguirse sólo como medio para otros fines, y seguirá habiendo dolo directo de primer grado (Jescheck, Stratenwerth).

<sup>713</sup> Bustos Ramírez, Bases Críticas de un nuevo derecho penal, Temis, 1.982, pág. 110. Refiriéndose a la imputabilidad considera que es siempre un juicio de atribución subjetiva negativo, la inimputabilidad un juicio positivo; es decir la imputabilidad es la expresión de la intolerabilidad de la incompatibilidad demostrada por la racionalidad del sujeto en su hecho en relación a la racionalidad del sistema. La inimputabilidad ha de ser la expresión de la tolerabilidad del sistema con la incompatibilidad demostrada por la racionalidad del sujeto en su hecho en relación a la racionalidad del sistema.

<sup>714</sup> Un desarrollo de estos procesos puede verse en Díez Ripollés, Jose Luis, Los elementos subjetivos, Tirant lo Blanch, 1.990. La cuestión es compleja, y excede de este estudio, sin embargo, conviene resaltar que precisamente es de enorme dificultad porque los "animus" son de imposible constatación psicológica

Sentado lo anterior, queda por adscribir al término "intencionadamente" su auténtica función. Para ello, conviene precisar como se dijo al inicio que existen diversas clases de intención, todas ellas reconducibles a una relación entre el querer y su objeto<sup>715</sup>, y que ello es posible porque están presididas por lo volitivo, esto es, por el querer; y como acertadamente afirma Mir Puig, "querer no es sólo perseguir una meta, sino también el aceptar algo por la razón que sea, aunque sea a disgusto y como consecuencia inevitable. Así entendido el querer debe exigirse en toda forma de dolo, sea directo de primer grado, sea directo de segundo grado o eventual"<sup>716</sup>. Por consiguiente, el término intención sería una forma abreviada de dolo. Esta conclusión es particularmente evidente en el tipo estudiado si se acude al Decreto 691/1963, de 28 de Marzo, por el que se aprueba el texto revisado de 1.963 del Código Penal, Consideración 1<sup>a</sup>, e): " Se **acentúa expresamente la incriminación dolosa** en el art. 534 (antes 533) modernizando la expresión con la denominación de "los derechos de autor", con lo que nos hallamos, por la extensión que reviste y el sentio espiritualista que representa, con un precepto por entero nuevo en relación con la antigua redacción".

En consecuencia, la función del término "intencionadamente" es delimitadora de las formas de culpabilidad, constitutiva de un tipo doloso, sin que tenga incidencia sobre las clases de dolo<sup>717</sup>.

---

(Hassemer, Naucke, etc.), la solución normativa, más alejada de la verdad material (no se olvide que la tensión entre eficacia y justicia, ha de romperse decididamente en favor de ésta), ofrece mayores garantías, al menos con el saber, sistema y estructura actual.

<sup>715</sup> Cobo/Vives, op. cit., pág. 467.

<sup>716</sup> Mir Puig, op. cit., pág. 257.

<sup>717</sup> Bacigalupo, Manual de Derecho Penal, Temis, pág. 104. Sostiene que: "La expresión intencionadamente no tiene por qué significar nada más claro que

#### 4.- Intención según la jurisprudencia

La intención ha sido descrita por la Jurisprudencia de forma positiva por el modo operandi: "al presentar la cinta magnetofónica usando de la figura del autor de las canciones originales, la leyenda la tipografía y colores elegidos, a que se ha hecho antes referencia, (basta) para comprender sin más que se tenía plena conciencia y voluntad de que quería imitar la obra usurpada para engañar a los adquirentes de la misma, a fin de que creyeran que se trataba de la auténtica versión del popular cantante" STS 14-2-1984. "Porque el modus operandi se proyectaba tanto sobre el estuche que contenía las cintas como sobre la versión fonográfica" STS 30-5-1984.

También ha sido descrita de forma negativa acudiendo a inferencias extraídas de la concurrencia de otros "móviles", en general, de carácter mercantil, cuya sanción implicaría una repugnada prisión por deudas. Sentencias de 9-5-66; 15-12-69 y 13 de Junio de 1.987. Igualmente se ha recurrido al criterio del desconocimiento. Sentencias de 15-2-1883 y 7-4-65 entre otras.

---

las restantes alocuciones discutidas; en el contexto del último párrafo del art. 565 (modificado por la reforma del '89) del Código Penal hace referencia a la pena del delito no culposo pero no define el dolo." Sin embargo, no se puede compartir en su totalidad tal afirmación, pues no define la clase dolo, pero sí el tipo de dolo. Ningún inconveniente presenta a esta propuesta la redacción del art. 565, párrafo último CP (hoy reformado), pues si bien "intencionadamente" hace referencia a dolus malus, lo es en oposición a "imprudencia", y por tanto, a ninguna clase de dolo se refiere, es sólo una referencia genérica. Pero es más, el artículo 565 CP, ha sufrido una reforma (Ley Orgánica 3/1989, de 21 de Junio), por la que se ha sustituido "delito cometido intencionadamente" por "(d)el correspondiente delito doloso", esto es, con la modificación efectuada, el término intención queda "libre" (por decirlo así), para operar sobre cada una de las modalidades de dolo.

## 5.- El error

El desconocimiento ha tenido un especial tratamiento en la Sentencia del TS.de 13 de Junio de 1.987, de la que conviene ocuparse, por su cercanía con el error. Dice la Sentencia que "puede afirmarse con claridad y así parece admitido, en pacífica opinión, que la culpabilidad requerible no es, ni puede ser otra, que la dolosa, quedando al margen de lo penal las formas de incriminación culposa"(STS 27-4-79), a partir de esta doctrina "y sobre la base de que la conducta de los procesados estuvo inspirada por la suposición racional de que actuaban lícitamente, la AP, llegó a la conclusión de que los hechos declarados probados no eran legalmente constitutivos de un delito de infracción de los derechos de autor", porque "la ausencia de conocimiento de la antijuridicidad del hecho unida a la imposibilidad de superar tal desconocimiento, excluye la culpabilidad y, en consecuencia, el delito".

En realidad, aunque no lo dice, la Sentencia declara la inculpabilidad por la concurrencia de un error de prohibición (art.6 bis a, últ.párrafo). Hasta tal punto es así, que parece adherirse a la teoría de la culpabilidad cuando declara (de forma, por cierto, confusa) que para la perfección del delito es dudoso sea preciso un ánimo especial de transgredir, toda vez que un sector de la doctrina (y en ascenso, dice) entiende el dolo como natural.

El error de prohibición invencible, lo describe en síntesis, como una suposición racional de actuar lícitamente, por ausencia de conocimiento de antijuridicidad, con imposibilidad de superar tal desconocimiento por haber actuado en la fundada convicción de estar disponiendo de unas obras de dominio

público.<sup>718</sup>

No parecen, sin embargo, muy ajustados al error invencible los elementos que se contienen en la dogmática expuesta. En efecto, ausencia de conocimiento y desconocimiento, no es lo mismo que creencia errónea, que es la expresión que utiliza el art.6 bis a). En el primer caso, la ausencia de conocimiento y el desconocimiento, se encuentran más próximos a la ignorancia que al error<sup>719</sup>. En el error, no hay ausencia de conocimiento, sino falso conocimiento, que hace creer que se actúa lícitamente, pero no por suposición como dice la referida Sentencia, aunque ésta sea racional, sino con plena certeza (razonable), para que sea invencible.

## **6.- La presunción de la inscripción registral.**

Enlazan estas consideraciones, con la presunción iuris et de iure de la inscripción registral de las obras intelectuales. Según ésta, sólo gozaban de protección las obras inscritas. Y la inscripción, suponía que toda infracción era dolosa. Se quebraba el principio de culpabilidad, y se excluía la teoría del error.

Se confundía, la prueba sobre la ignorancia o el error (siempre difícil) que podía llevarse a cabo por la inscripción (mayor o menor credibilidad), con la

---

<sup>718</sup> Soto Nieto, op. cit., pág. 975. Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 537. Quintero, op. cit., pág. 102., amplía el autor el error a otros supuestos: creencia de que la obra es anónima o se desconoce al autor; o bien que cuando sea conjunta, creyera el "autorizado" que el permiso de un coautor era suficiente, o que se actuaba con consentimiento de todos.

<sup>719</sup> Igual defecto: asimilación entre error e ignorancia se observa también en Carmona, La Nueva Ley..., pág. 346

culpabilidad. Progresivamente se pasó a una presunción *iuris tantum*, por mor de la interpretación que se realizaba del derogado art. 1 CP.

Sin embargo, la Sentencia de 14-2-1.984, concluyó "que la inscripción registral no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo del derecho". Poniendo, de este modo, en vigencia el principio de culpabilidad, pues de una parte, declara que todas las obras están protegidas con independencia de su inscripción; y de otra, que la no inscripción es relevante de cara a la culpabilidad (inculpabilidad por error). En este mismo sentido la STS 13-6-1.987.

La reforma de la LPI del '87 ha bebido de estas fuentes, y otorga protección a la propiedad intelectual por el sólo hecho de su creación (art. 1); se establece una inscripción registral facultativa (art. 130. 1); la inscripción goza de una presunción *iuris tantum* de carácter probatorio (art. 130.3); y por último, hace desaparecer la odiosa figura del dominio público relativo (antiguo art. 36 LPI).

De este modo, a pesar de que el registro es de carácter público (art. 130.4), el error no quedará afectado porque la obra esté inscrita, circunstancia ésta que podrá influir, en todo caso, en la valoración probatoria de la falsa representación de la caída en dominio público de la obra reproducida, distribuida o comunicada.



## XII.- FORMAS DE APARICION

### 1.- Iter Criminis.

1.1.- Con la anterior legislación (norma penal en blanco con reenvío a la LPI) siempre se entendió que la consumación se producía por "el hecho de ponerse a disposición del público la obra que se reproduce (o representa)". STS. 30-12-1.899.

Sintonizaba la jurisprudencia con la exigencia de la "publicación", pues en otro caso no se lesionaría el bien jurídico con independencia de que produzca o no perjuicio, que queda para la fase de agotamiento del delito.

La infracción, como ya se dijo al tratar la copia privada, no reside en copiar, sino en copiar editando, esto es, la copia comunicada. En consecuencia el delito se consuma en el momento que la copia llegue al público. Debiendo entender, que es bastante con que se encuentre a disposición del público, y que basta para ello una **disposición ideal**.

Este concepto de disposición ideal ha de servir para determinar el momento de la consumación a la luz de la nueva regulación penal de estas infracciones. En efecto, el art. 534 bis a) ha fragmentado el iter criminis con sus correspondientes infracciones, y cada una de ellas goza de autonomía en la fijación de su momento consumativo, pero todas ellas son reconducibles a la

conurrencia de una disposición ideal de la obra a favor del público.

La reproducción es la fijación de la obra en un medio que permita su **comunicación** y la obtención de copias de toda o parte de ella. Consiste la distribución en **la puesta a disposición del público** del original o copias de la obra (almacenaje, importación y exportación, como ya se dijo son actividades instrumentales de la distribución). Y por último, se entenderá por **comunicación pública** todo acto por cual una pluralidad de personas pueda **tener acceso** a la obra. Del plagio se podría decir otro tanto, porque aún cuando no está definido en la LPI, y su definición doctrinal no incluye ni la puesta a disposición del público, ni su accesibilidad, un plagio privado, por su inocuidad no tiene relevancia penal (es semejante a una copia privada y tiene igual tratamiento).

### **1.2.- Formas imperfectas.-**

Nada impide la aparición de los actos preparatorios punibles, ni de la tentativa<sup>720</sup>. No así, es el caso de la frustración.

Es pacífica la consideración de que el delito de infracción de los derechos de autor, es de simple o mera actividad. Ello provoca que no quepan formas imperfectas intermedias, pues o estamos ante una consumación o ante una tentativa. En efecto, si se practican todos los actos de ejecución (mera actividad), ya se ha consumado el delito, porque la dinámica comisiva no queda sujeta a un ulterior resultado.

---

<sup>720</sup> Quintano, op. cit., pág. 614, entiende que aún sin tratarse de infracciones de mera actividad, en la práctica así se han de considerar, porque la naturaleza de las cosas impone que no se incriminen las formas imperfectas.

Ahora bien, si el fundamento, tanto de la tentativa como de la frustración, se encuentra en el peligro que la ejecución de los actos inspira en el bien jurídico<sup>721</sup>, hasta tal punto que no es admisible la tentativa en los delitos de peligro<sup>722</sup>, cuando nos encontremos ante un delito de simple actividad, pero de lesión, como es el caso, ya no es tan clara la distinción entre consumación y frustración. Dependerá de la interpretación que efectuemos del término resultado del art.3.2 CP. Si lo ligamos a la causalidad, la distinción delitos de resultado y lesión es acertada. Pero si, para el caso de la frustración, resultado es lesión del bien jurídico, no cabe distinción alguna, son la misma cosa. De esta manera quedaría, una fase anterior, la de peligro, que ofrecería cobertura a la tentativa.

En todo caso, ha de rechazarse la admisión de las formas imperfectas en los supuestos agravados, art. 534 bis b), 2 b), sostenidas sobre la producción de perjuicio y la concurrencia de éste para la consumación del delito<sup>723</sup>. Ya se dijo, y no nos extenderemos en ello, que el daño causado de especial gravedad pertenece a la fase de agotamiento del delito y no a la consumación del mismo. En consecuencia, siendo el delito de mera actividad, también en este supuesto, no cabe la frustración. De otro lado, y también se debatió en su momento, que la infracción haya sufrido una fragmentación, y el momento de la reproducción sea distinto al de divulgación no autoriza a interpretar que consumada la primera para realizar la segunda (una especie de delito mutilado de dos actos), nos encontremos ante una frustración de esta última<sup>724</sup>. Este modo de entender el tipo lo

---

<sup>721</sup> Córdoba Roda,J., Comentarios al Código Penal, Tomo I, pág. 141.

<sup>722</sup> *Ibídem*

<sup>723</sup> Carmona, Nueva Ley..., pág. 348; de la misma El tipo básico, pág. 160 y 178;

<sup>724</sup> Carmona, La NUEva Ley ..., pág. 348. De la misma autora, El tipo básico..., pág. 160 y 178.

convertiría en un tipo mixto acumulativo, y nos conduciría a un concurso real. Pero ello, como ya se ha dicho, es inadmisibile.

De otra parte, la adscripción que efectúa Quintero del delito, a los de protección de bienes de carácter espiritual, y su consecuencia, por la que no es posible otorgar estadio típico para la tentativa, tampoco puede ser admitida. En primer lugar porque no es del todo cierto que la protección sea otorgada a un bien puramente espiritual. En segundo lugar, que el delito es de lesión y no de peligro; es, por tanto, necesario lesionar el bien jurídico, y en consecuencia, existen fase anteriores que lo ponen en peligro; estas fase son la tentativa y la frustración, lo que sucede es que ésta última es de difícil o imposible aparición. Y en tercer lugar, es posible imaginar supuestos de tentativa, vb., el descubrimiento del hecho cuando se tiene la matriz, placas o moldes para llevar a cabo la reproducción, y ésta aún no ha sido fijada.

Gimbernat partidario de incluir la reproducción y el almacenamienmto entre los delitos de peligro abstracto, y la comunicación y distribución, entre los de lesión<sup>725</sup>, considera que la reproducción es un delito de resultado<sup>726</sup> - no se entiende como un hecho que ni siquiera lesiona, sólo crea peligro, puede causar un resultado-. En todo caso lo aquí interesa es que considerándolo como delito de resultado admite la frustración, y para ello pone el siguiente ejemplo: Si el sujeto oprime el botón destinado a activar el mecanismo reproductor de la obra pirateada, y no obstante no se pone en funcionamiento porque se produce un corte de electricidad o porque la máquina sufre una avería, entonces es evidente que ha practicado todos los actos ejecutivos (oprimir el botón) que deberían

---

<sup>725</sup> Gimbernat, Otra vez :..., pág. 112.

<sup>726</sup> *Ibíd*em, pág. 118.

producir el resultado (las copias ilegales), fracasando por una causa ajena a su voluntad.

Imaginemos por el contrario que la reproducción se lleva a cabo por un amanuense. Siempre podría decirse que la pluma se le rompe al momento de copiar, o que se queda sin tinta, para situar la conducta entre la frustración.

Como se ve las situaciones pueden llegar a lo grotesco. En realidad lo que sucede es que si no se llega a reproducir es una tentativa y si se consigue, una consumación, porque como se ha dicho la reproducción se consuma con una puesta ideal a favor del público, **que permita su comunicación** dice el art. 18. Esta exigencia impide considerar que el mero hecho de apretar el botón de la máquina fotocopidora o del magnetoscopio agote los actos ejecutivos. La obtención de las copias no es un **resultado jurídico** del delito, sino una mera consecuencia del acto. Basta reproducir de modo que permita su comunicación para consumir el delito. Los diversos actos, precisamente porque el delito es plurisubsistente, dan acogida a la tentativa.

Por último, como señala acertadamente Algardi, la exigencia de idoneidad de la tentativa hace que nos encontremos ante un delito imposible, no punible, cuando un sujeto usurpa la paternidad de obras universalmente conocidas, o si el plagio es tan chabacano que hace imposible su confusión con el original, vg., la Divina Comedia<sup>727</sup>.

## 2.- Concurso de delitos.-

---

<sup>727</sup> Algardi, op. cit., pág. 682.

Bien dice Vives<sup>728</sup> que" la exigencia conceptual de una pluralidad de infracciones obliga a excluir del ámbito del concurso, en primer lugar, aquellos supuestos en que la pluralidad de valoraciones es meramente aparente". En estos casos estaríamos, en realidad, ante un concurso de Leyes y no de delitos.

Con antelación a la reforma de 1.963, el concurso entre defraudación de la propiedad intelectual y la estafa, era un concurso aparente de leyes que se resolvía mediante la regla de la especialidad (*Lex specialis derogat legi generale*), como parece desprenderse de la Sentencia del TS de 17 de Abril de 1.979. Si bien tal posición es acertada, requiere alguna precisión: Antes de la reforma de 1.963 el tipo de injusto consistía en una defraudación (de la propiedad intelectual), y sistemáticamente pertenecía a las estafas, de la que se podía considerar que era una subclase. En consecuencia la aplicación de la regla de especialidad era acertada. Pero lo era sólo cuando la estafa estaba referida al autor, no cuando lo era a terceros, normalmente adquirentes de la propiedad intelectual defraudada. Se producía entonces, y ahora, un doble injusto a resolver por la vía del concurso de delitos. Solución a la que nos habremos de referir más adelante.

También quedaban fuera<sup>729</sup> las conductas que surgían alrededor de la actividad de explotación de la obra, y que no afectaban a los derechos económicos - patrimoniales pertenecientes al autor, como son, normalmente, los de

---

<sup>728</sup> Vives Antón, Tomás S., La estructura de la teoría del concurso de infracciones, Colección de Estudios. Serie Minor. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia, 1.981, pág. 8.

<sup>729</sup> Casabona, op. cit., pág.. también incluye dentro del concurso de normas, la utilización pública de nombre supuesto o usurpación del estado civil.

apropiación indebida.<sup>730</sup> Pues "lo decisivo no es tanto la materia intelectual sobre la que versan, como que se ataque de modo total o parcial ese bien o interés jurídico de tan compleja naturaleza cual es el lato sentido el derecho de autor"<sup>731</sup>.

Mutatis mutandis es de aplicación la anterior doctrina a la nueva regulación penal introducida por la Ley Orgánica 6/1987 y su complementaria Ley de Propiedad Intelectual que en su art. 3º, sacraliza el concurso de infracciones: Los derechos de autor son **independientes y compatibles** con: 1º La Propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. 2º Los derechos de propiedad industrial que puedan existir sobre la obra. 3º Los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos en el Libro II de la presente Ley.

---

<sup>730</sup> Vega Vega, op. cit., pág. 244. Sostiene que aunque de un análisis estrictamente teórico pueda admitirse la posibilidad de que los delitos contra la propiedad intelectual sean cometidos en concurso con la apropiación indebida, desde el punto de vista práctico resulta casi imposible. La apropiación indebida puede existir de forma independiente y autónoma de los ataques a los derechos de autor, nunca en concurrencia. Ello es así, porque para que se dé una apropiación indebida, se ha de partir de un ejercicio lícito de los derechos de autor, y si no existe autorización de explotación, no habrá apropiación indebida, sino delito contra la propiedad intelectual, sin perjuicio de la responsabilidad civil consiguiente.

<sup>731</sup> Quintano, op. cit. pág. 613. La Sentencia de 9-2-63 -editor que había elevado el precio de los ejemplares sin la autorización del autor- se pronunció sobre este delito aunque absolvió por falta de dolo. Gómez Benítez, op. cit., pág. 188 a 190, considera las actuaciones ilícitas sobre remuneraciones proporcionales o compensatorias, como delitos de apropiación indebida (art. 535 CP), porque tienen naturaleza de depósito: Arts 25 (remuneración compensatoria); art. 79 (remuneración de las representaciones teatrales); art. 90.2 (exhibición pública de obras audiovisuales); art. 24 (droit de suite); y art. 46.1 (participación proporcional en los ingresos de explotación de obras cedidas por el autor a título oneroso).

El concurso entre la infracción de los derechos de autor y la estafa (a terceros), viene siendo admitido por la Jurisprudencia (Sentencias de 27 de Abril de 1.979, 14 de Febrero de 1.984 y 30 de Mayo de 1.984). La estafa estimada como infracción autónoma, es la denominada defraudación en la calidad. El supuesto es bien sencillo, y en los dos supuestos enjuiciados referidos al mismo tipo de obra intelectual: Grabación de cintas magnetofónicas con canciones de un popular cantante, que en su presentación (en su conjunto) creaban la impresión de ser las canciones originales<sup>732</sup>.

De esta manera se lesionaba el derecho del autor, y el patrimonio de los adquirentes mediante el engaño consistente en una defraudación de la calidad. El concurso es ideal.<sup>733</sup>

Una situación peculiar de concurso se produce en las artes plásticas. La falsificación de un cuadro y su firma, para su venta. Lo primero que hay que distinguir es si la conducta falsaria, es, sin más, una infracción de los derechos de autor, en cuyo caso el hecho se reduciría a este delito y al de estafa, con la solución ya dada; o si, en realidad hay también una falsedad, y se produce una triple lesión de bienes jurídicos. En este último caso, parece que el concurso ideal se tendría que reducir a dos de los delitos, y un tercero operaría en concurso real.

---

<sup>732</sup> La Sentencia fue analizada oportunamente al tratar del plagio y las Cover-Version. En aquel momento se criticó y rechazó su contenido conceptual, y la solución desestimatoria a que llegaba. Ello no es óbice, para que pueda darse un supuesto que se incardine en una infracción de los derechos de autor y de estafa en la calidad de las cosas. Basta para ello que la dinámica comisiva sea la tipificada, y que ello comporte un engaño con desplazamiento patrimonial de los compradores.

<sup>733</sup> Casabona, op. cit., pág. 166, lo considera concurso real. En el sentido del texto, Vega Vega, op. cit., pág. 243. Arroyo Zapatero/García Rivas, op. cit., pág. 2.004



Resolvamos primero ésta última cuestión.

El art.71, primero in fine, concibe el concurso ideal medio-necesario, sólo entre dos delitos: UNO medio necesario para OTRO. No obstante esta fórmula es precedida por otra, en puridad concurso ideal, por la que un hecho constituya dos o más delitos. Es claro que "uno y otro" se refiere a delito, pues de otro modo sería un concurso real, ya que ello implicaría la existencia de dos hechos<sup>734</sup>. La literalidad del texto no ofrece dudas, sólo cabe un delito producido por otro. Ahora bien, nada impediría construir un concurso sobre otro. Veámoslo.

Un hecho, la falsificación, constituye dos delitos, infracción de los derechos de autor y falsificación (concurso ideal primer inciso), y uno de ellos, es el medio necesario para cometer el de estafa (concurso medial del inciso segundo).

En lo que respecta a la concurrencia de dos delitos (infracción de los derechos de autor y falsificación) por el hecho falsificar el cuadro y la firma, ha de tenerse en cuenta que el bien jurídico protegido en ambos delitos se encuentra próximo, en uno la falsificación se protege la fe y seguridad en el tráfico jurídico, y en otro (en este caso) la paternidad de la obra y sus consecuencias económicas. En uno y otro coincide la necesidad de preservar la certeza (seguridad jurídica). En efecto, se protege el derecho del autor a ser conocido, y también a que se le reconozca por el público, cosa imposible si su nombre es suplantado o usurpado. Uno de ellos, la falsificación contiene un objeto formal de ámbito más reducido que otro, el de infracción de los derechos de autor, que lo contempla en su totalidad. Luego estamos ante un concurso de normas y no de infracciones. Para

---

<sup>734</sup> Vives Antón, La estructura . . . ., pág. 18.

comprenderlo con mayor claridad, no hay más que pensar que las conductas son idénticas en ambos delitos, los dos consisten en imitar, copiar, alterar. Es más, la legislación italiana y francesa distingue entre falsificación (forma material) y plagio (forma ideal). Por consiguiente, la cuestión se reduciría a un concurso ideal del delito de infracción de los derechos de autor con la estafa.

Un supuesto específico de concurrencia de la infracción de los derechos de autor y de propiedad industrial, viene representado por la falsificación o sustitución por otros, de sellos, marcas, billetes o contraseñas (art. 280 y 281 CP)<sup>735</sup>. Pues bien, lo declarado por la Sentencia de 27-4-79, que asegura que la protección de los derechos de autor reside, además de en el art. 534 primero del CP, en los artículos 280 y 281 del mismo texto, requiere de algunas precisiones.

Los artículos 280 y 281, están referidos claramente a la Propiedad Industrial, si bien con mayor amplitud que la protección que ésta otorga. La jurisprudencia y doctrina es pacífica en esta consideración (Mascareñas, Orts Berenguer, Bajo Fernández, Quintano). Basta para afirmarlo, tener presente que los signos (mercantiles) como las marcas, no requieren originalidad, ni siquiera novedad, y por tanto no gozan de la protección de la LPI. Es más la Real Orden de 17 de Junio de 1.903 (Gaceta de 28 de Junio) los excluía expresamente. Luego la cobertura que ofrecen los citados tipos es de naturaleza distinta, y no suponen ningún plus protector.

La infracción de los derechos de autor puede darse sin que se produzca ninguna suerte de falsificación o de lesión de derechos de propiedad industrial,

---

<sup>735</sup> La LPI hace mención expresa a esta dualidad protectora, intelectual e industrial, en el caso de los programas de ordenador (art. 96.3 LPI).

pero a la vez, cabe que la dinámica comisiva lesione varios injustos y se esté en necesidad de acudir a diversas normas para completar la desvaloración. Por esto no se puede estar de acuerdo con las posiciones que cuestionan el concurso de delitos por el riesgo de infringir el principio non bis in idem, y proponen sancionar únicamente por un delito contra la Propiedad Intelectual, mediante la aplicación de la regla de la consunción<sup>736</sup>.

La vulneración del principio non bis in idem se produce cuando **una misma infracción** se sanciona dos veces, pero no es el caso. El ejemplo propuesto por Carmona -extraído de la STS de 27 de Abril de 1.979- : reproducción exacta de la portada del fonograma, supone, en tanto en cuanto haya falsificado el sello, la marca o contraseña, o la haya sustituido, una infracción distinta y nueva no contemplada por la infracción de los derechos de autor. En nada se arriesga el principio non bis in idem. Para hacerlo hubiera sido necesario considerar que la falsificación era un acto copenado, que es lo que parecen indicar Arroyo/García, cuando aluden a la regla de consunción. Esta regla es aplicada en base a estimar la falsedad un medio para lesionar el derecho de autor. La relación medial no tiene aquí la misma dimensión que la que se predica del art. 71. Aquí la relación no es que un delito sea el medio necesario para cometer otro, sino que un delito forma parte de otro, esto es, le es propio. Desde este plano la posición de los autores no puede ser compartida. El art. 534 bis a) ni es un delito complejo, es más, como se ha dicho reiteradamente es de carácter alternativo; ni requiere ninguna suerte de progresión; ni contempla en su injusto- dinámica comisiva, ni desvalor-, la falsificación, aún siquiera para la reproducción o distribución de la grabación fonográfica. Una falsedad de los distintivos, de las marcas o señas de la grabación es un injusto no contemplado por el art. 534 bis a). Así pues, si bien

---

<sup>736</sup> Carmona, Nueva Ley ..., pág. 352. Arroyo/García, op. cit., pág. 2.004, aplican la regla de la consunción.

pueden concurrir, infracción de derechos de autor y falsedad de los arts. 280 y 281 CP, lo harán en una concurrencia real.

También una errónea interpretación del principio *non bis in idem* sostiene Quintero<sup>737</sup> a propósito de la regulación de las agravaciones del art. 534 bis b) 2 - especial trascendencia de las copias ilícitas, y que el daño causado revista especial gravedad-, pues confunde los perjuicios genéricos con los concretos. Los perjuicios de las agravaciones, en primer lugar, no tienen tal naturaleza, al menos el apartado a) del art. 534 bis b) 2; y el apartado b): en lo que de común pueda tener de perjuicio, está referido a los titulares de la propiedad intelectual. Así pues, los terceros extraños a esta titularidad quedan al margen de la protección, y sus perjuicios deberán ser atajados por otras vías o, en su caso, por delitos distintos, lo que faculta el régimen del concurso. Ninguna dificultad, pues, se observa en la aplicación del concurso real o ideal de delitos. Si por el contrario las limitaciones de que se hace eco Quintero están referidas al perjudicado-titular la concurrencia de "perjuicios" de escasa relevancia no dice aún nada de la presencia de otros delitos patrimoniales en relación concursal. No todo "perjuicio" es consecuencia de delito, como no todo delito provoca perjuicio. Habrá de verse caso por caso : "perjuicio" de responsabilidad civil; "perjuicio" de concurso de leyes; y "perjuicio" de concurso de delitos.

En este sentido, los delitos sobre el *corpus mechanicum* (daños, robos, hurtos, etc.) resultarán de difícil aparición concursal con los de derechos de autor, pero en modo alguno de imposible concurrencia. Imaginemos una apropiación indebida, hurto o robo de un manuscrito o cuadro inédito, que se reproduce y distribuye con ánimo de lucro y cuyas copias ilícitas posean especial trascendencia. Nos encontraríamos ante un concurso real de un delito de

---

<sup>737</sup> Quintero, op. cit., pág. 33 y ss.

apropiación indebida, hurto o robo, con uno de infracción de los derechos de autor del art. 534 bis a) primer párrafo y 534 bis b) 1, a), b) y 2, a).<sup>738</sup>

---

<sup>738</sup> Vega Vega, op. cit. pág., 246. De concurrir, opina, que sería un concurso ideal y no real.

### **XIII.- PENALIDAD**

#### **1.- Antecedentes históricos-legislativos.-**

Ya con la concesión del primer privilegio por el Consejo del Reino en 1.503, se prohíbe la impresión bajo multa de 50.000 maravedies, la mitad para la cámara y la otra mitad para el concesionario<sup>739</sup>. La Ley I, tít.XVI, Lib.VIII Nov.Recop., disponía la quema del libro imprimido o vendido sin licencia, y el dueño condenado a perder la edición y el importe de su valor, el cual se dividía en tres partes, una para el denunciador, otra para el Juez y otra para el fisco real

El Decreto de 10 de Junio de las Cortes de Cadiz, disponía el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra la propiedad intelectual con arreglo a las leyes vigentes sobre usurpación de la propiedad ajena.

El Código de 1.822, en su artículo 782 imponía la pena de multa del cuatro tanto del perjuicio causado. La Ley de 5 de Agosto de 1.823 disponía que el que usurpare la propiedad de una obra, pagaría a su dueño el valor de 1500 ejemplares. La Ley de Propiedad Literaria de 10 de Junio de 1.847, en su artículo 19, dispuso que el que reprodujere una obra ajena sin consentimiento del autor, perdería todos los ejemplares que se le encontrasen, los cuales se entregarían al

---

<sup>739</sup> Ver el apartado 4 del Capítulo II

autor, y sería condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios, sin que la indemnización pudiera bajar del valor de dos mil ejemplares. En caso de reincidencia se añadiría una multa a esta penas una multa que no podría bajar de dos mil reales, ni exceder de cuatro mil; en caso de doble reincidencia se añadiría la pena de uno a dos años de prisión correccional.

El Código de 1.850 (art.457), que transcribe el de 1.848 (art.446),establece penas de arresto mayor y multa, y entrega al perjudicado de los ejemplares, máquinas u objetos contrahechos, introducidos o expendidos fraudulentamente; y también las láminas o utensilios empleados para la ejecución del fraude.

El de 1.870, remite la penalidad en su artículo 552, a la del artículo 550 (en similares términos que lo hizo el de 1.848 y 1850), esto es, pena de arresto mayor en sus grados mínimo y medio y una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado. Idéntica solución adopta el de 1.932 (art. 527 en relación con el 525), y el de 1.944 (Art.533 en relación con el 531).

La reforma de 1.963, sacó la regulación de la Sección de estafas, y creó una independiente, con un sólo artículo, el 534, que penalizaba las infracciones del derecho de autor con arresto mayor y multa, y en caso de reincidencia, prisión menor.

Ha sido, pues, una constante, castigar las infracciones de los derechos de autor, por medio de multas, (un sui generis) comiso, y eventuales incrustraciones de penas personales (penas cortas privativas de libertad). Cabe, sin embargo, destacar una ignominiosa excepción: la de "Felipe II (que) no puso límites á su soberbia contra los infractores de aquel precepto (la impresión ó la introducción de un libro sin licencia y su venta); lo que D. Fernando y Doña Isabel mandaron

hacer con los libros, ó poco menos ( el libro, sin aquel requisito, era quemado en la plaza pública), no tuvo reparo en mandar se hiciese también con sus autores. Porque si bien no llevó su saña hasta hacerlos perecer en afrentosa hoguera, solo obtuvieron de su caridad que les hiciese sufrir, en otro género de suplicio, la pena de muerte. ¡Hay atrocidades del despotismo, que es preciso verlas escritas en las leyes para creer que han podido pensarse, dictarse, ejecutarse y consentirse!"<sup>740</sup>. También, por su desproporción, cabe reseñar la Ley XI, tit. XVI, Lib. VIII Nov. Recop., dictada por Felipe V, que imponía la pena de diez años de presidio y el pago de quinientos ducados de vellón; y el Código Penal de 1.928, pues imponía las penas de la estafa genérica (artículo 725 en relación con el 724), que eran un verdadero despropósito, pues llegan a equipararse a las de homicidio.

## 2.- La penalidad del art. 534.1º.

Junto a la penalidad que disponía el art.534.1 del CP, se hallaban las recogidas en la LPI y su Reglamento. La LPI dedicaba un Título a la penalidad (art. 45 a 49), como así también lo hace el RPI, en sus artículos 52 y 53. En efecto, la "ley de 10 de Enero no se ha contentado, y ha hecho mal, con las sanciones en el Código Penal establecidas, sino que saliendo de los naturales límites donde según los principios, debe quedar encerrada la acción del derecho civil, ha establecido otras responsabilidades, correcciones y penas que, además de las señaladas en el Código, deben tomar en cuenta los tribunales"<sup>741</sup>.

---

<sup>740</sup> Groizard, op. cit. pág 261

<sup>741</sup> Ibídem, pág 269. Y ha hecho mal en verdad, como tendremos oportunidad de comprobar



## 2.1- Las sanciones del RPI

Conviene iniciar el estudio del articulado de la legislación especial en materia de sanciones, por las que representan una menor dificultad, esto es, las fijadas en el Reglamento; y de este modo empezar a despejar la, a veces, confusa, y, otras, compleja legislación sancionadora del derecho de autor.

Los artículos 52 y 53 RPI, a pesar que dan contenido al Capítulo IX (De la penalidad) del Título I del Reglamento de Propiedad Intelectual, no son disposiciones de tipo penal. Pues si bien, en su originaria redacción la conducta descrita en el artículo 52 (La declaración de los propietarios al frente de sus obras de haber hecho el depósito legal, sin que lo realicen dentro del plazo fijado) era constitutiva del delito de defraudación de la propiedad intelectual, fue modificada por el Real Decreto de 15 de Junio de 1.984, "fundándose en que el Reglamento se excedió de sus facultades al imponer una sanción que en buenos principios sólo puede hacerse legislativamente"<sup>742</sup>, imponiendo para tal conducta la multa de 25 a 250 pesetas, de claro matiz administrativo, como no podía ser menos, por la naturaleza y entidad de los hechos. Hizo, sin embargo una salvedad, dejando aparte la responsabilidad penal. Expresión ociosa e innecesaria .

Igual razonamiento ha de servir para rechazar el carácter penal del artículo 53, pues además de ser impropio de un Reglamento, el citado artículo se limita a establecer, para los comerciantes que omitan llevar un registro de obras, una responsabilidad con arreglo a las leyes, esto es, la que se derivase con arreglo a el Ordenamiento Jurídico, sin que llegue a precisarse el tipo de responsabilidad y la ley que la contempla, que de ser penal, que no lo es, la penalidad se determinaría por ésta y no por aquélla. En consecuencia ha de rechazarse

---

<sup>742</sup> López Quiroga, op. cit. pág. 234.

igualmente el carácter penal del referido artículo<sup>743</sup>.

## **2.2.- Las sanciones de la LPI de 1.879.**

### **2.2.1.-Cuestiones Preliminares.**

Despejado el carácter no penal de los artículos 52 y 53 del RPI, queda por abordar el título de penalidad contenido en la LPI de 1.879.

Se iniciaba este título por el artículo 45, regulador, no precisamente de las penas, sino de la autoría, ya suficientemente tratado en el Capítulo correspondiente, con las conclusiones que allí se extrajeron.

No sucedía lo mismo con el art. 46, pues disponía que, además de las penas que fijan el artículo 552 (hoy 534) del CP para los defraudadores de la propiedad intelectual, sufrirán, éstos, la pérdida de todos los ejemplares ilegalmente publicados, los cuales se entregarán al propietario defraudado.

A su vez, el art. 534, impone las penas de arresto mayor y multa, independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales.

Son varias las cuestiones que se suscitaban de la regulación de la penalidad en los artículos 534 del CP y 46 de la LPI, a saber:

### **2.2.2.- Leyes especiales.**

---

<sup>743</sup> A las mismas conclusiones llega Quintano, op. cit., págs. 602 y 603.

En primer lugar corresponde interpretar adecuadamente el inciso contenido en el artículo 534 "independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales".

La referencia en plural a la leyes especiales, cabía interpretarla en dos sentidos: uno, que es una referencia a cualesquiera leyes reguladoras del derecho de autor, que contengan sanciones; dos, que, comoquiera, que en el mismo artículo 534 se regulaban las infracciones a los derechos de autor y de propiedad industrial, a ambas se refiere, aún cuando el inciso se encuentra situado en el apartado de las infracciones de los derechos de autor.

De aceptar la primera interpretación, el legislador se habría pronunciado con previsión legislativa, si se entendiese que la única ley especial es la LPI, pues ante la eventualidad de que en el futuro se promulgasen otras leyes especiales, el artículo 534, ya estaría preparado para incorporar las penalidades que en las mismas se contuviesen.

No parece aceptable esta posición, por dos razones: una, porque el tratamiento penológico de los derechos de autor y de propiedad industrial sería distinto, a pesar de que se encuentran regulados en el mismo artículo del Código Penal, y con idéntico tratamiento típico (a los que de igual manera infringieren); y dos, porque un Código tan provisionalísimo como el de 1.944, no parece que estuviera en disposición de hacer previsiones legislativas, esto es, de la procuración de perdurabilidad de sus preceptos más allá de las leyes especiales, cuando, y como recientemente, hemos tenido oportunidad de comprobar, se ha producido una inversión legislativa: la modificación de la ley especial ha arrastrado la del CP.

Cabe, sin embargo, que la referencia en plural a leyes especiales, deba entenderse a otras leyes, aparte de la LPI, como la Ley 9/1975 de 12 de Marzo, Ley del Libro, que contenía también sanciones. Y desde luego nada impediría entenderlo así. Es más, esta interpretación es compatible con la segunda expuesta, que a continuación trataremos. Ahora bien, es claro, que las sanciones contempladas en la Ley del Libro, son de carácter gubernativo, y siendo esto así, sólo cabrían dos opciones: una, considerar que el inciso, que por cierto hace mención del término sanciones y no penas, habría de referirse a sólo las sanciones de carácter administrativo, de tal manera que todas las sanciones contempladas en las leyes especiales, incluida la LPI, son de ese carácter, en cuyo caso ningún problema representarían desde la perspectiva penológica; dos, estimar que unas lo son y otras no, y en ese caso, es más que dudosa su aplicación (las de carácter penal), como luego veremos.

La segunda interpretación, como ya se ha adelantado, es la más acorde con el texto del artículo 534, aunque deja abierta la duda del carácter de la sanción. En efecto, el segundo párrafo, el que tipificaba la infracción de los derechos de la propiedad industrial, se inicia, y no es casual, por la mención a la pena: "La misma pena se aplicará...". Y en definitiva ¿cuál es la pena que se impone en el párrafo anterior?: arresto mayor y multa, independientemente de las sanciones determinadas por las leyes especiales.

Se despejaban así las dudas puestas de manifiesto por Bajo Fernández<sup>744</sup>, en favor de que el inciso opera en los dos tipos de infracciones. Ahora bien, como ya se ha apuntado, esta interpretación aún cuando es compatible con la multiplicidad de leyes especiales, sigue sin resolver, si la

---

<sup>744</sup> Bajo Fernández, Miguel, Delitos económicos, Civitas, 1.978, pág. 264

mención a sanción implica una naturaleza administrativa o penal.

### **2.2.3.- Naturaleza de las sanciones**

#### **2.2.3.1.- Administrativa**

En lo que respecta a los derechos de autor, y en particular a la regulación contenida en la LPI, la tesis de que sean sanciones gubernativas, encuentra algunos apoyos, pero a la vez tropieza con graves dificultades.

La naturaleza administrativa de las sanciones contempladas en la LPI, vendría apoyada, además de lo expuesto en el análisis del inciso del art.534 CP, por tres motivos: uno, porque en la LPI era perceptible una sensible esquizofrenia sancionatoria, pues aparte de la penalidad contenida en su Reglamento, ya objeto de estudio, contiene sanciones al margen del título que regula la penalidad. El artículo 25 era un claro exponente, pues encontrándose fuera del título de la penalidad como ya se ha dicho, dispone la pérdida del producto total de la entrada, el cual se entregará íntegro al dueño de la obra ejecutada; esta sanción era idéntica a la del artículo 46, con la sola excepción, que la primera está referida a ejecución de la obra, y la segunda a publicación; dos, las sanciones contenidas en los artículos 25 y 46 de la LPI se asemejaban sospechosamente a otra de carácter estrictamente gubernativo, pues su imposición es facultad de los Gobernadores o en su defecto de los Alcaldes, por la que según el artículo 49 (incluido dentro del título de la penalidad) se autorizaba a las mencionadas autoridades a la suspensión de la ejecución de la obra, o al depósito del producto de la entrada, en cuanto baste a garantizar los derechos de propiedad; tres, porque el principio de codificación recogido en el artículo 604

del CP, propicia una interpretación de esta índole.

Un análisis crítico de los motivos expuestos, nos dirá, que no es bastante una interpretación sistemática, por sí sólo, para inclinarnos por la naturaleza administrativa de las sanciones. El mismo análisis, a su vez nos dirá, que la actuación gubernativa, era sin más una medida cautelar para asegurar los derechos económicos de los autores, como lo acredita la Orden Circular de 25 de Mayo de 1.936, pues así como en los artículos 25 y 46 la sanción iba precedida de una conducta defraudatoria, no era el caso en el supuesto referido en el art. 49 LPI, aunque sí en el artículo 63 del RPI que lo desarrollaba y en lo dispuesto en la Real Orden de 27 de Junio de 1.896. En lo que respecta al motivo tercero, se reserva su análisis, para una exposición más global de la penalidad contenida en las leyes especiales. Tampoco ayuda la distinción que sobre la naturaleza de las infracciones, mantiene la teoría cuantitativa dominante<sup>745</sup>.

#### 2.2.3.2.- Penal

En apoyo de la naturaleza penal de las sanciones consignadas en los artículos 25, 46 y ss. de la LPI, se encuentra: en primer lugar, que los artículos 46 y ss. se hallaban bajo la rúbrica de la penalidad, y el 25 incluye una sanción, junto con la dispuesta en el código penal; en segundo lugar, que el propio artículo 25 al imponer la sanción de pérdida del producto total de la entrada, lo hacía como castigo en forma de pena, según se deduce del propio texto: "se castigará con las penas establecidas en el código y con las pérdidas del producto total de la entrada". En parecidos términos, aunque no idénticos, y de ahí su dificultad interpretativa, se expresaba el artículo 46 LPI; y en tercer lugar, el párrafo

---

<sup>745</sup> Cobo/Vives, op. cit., pág. 46.

primero del artículo 49 atribuía una competencia a los tribunales ordinarios, sólo posible en esta materia (sanciones) si se trata de penas.

Ahora bien, tales conclusiones no son inevitables. En efecto, la sistemática de las leyes, es relevante, pero no decisiva y menos definitiva, a la hora de interpretar los textos legales, como ya se ha dicho a la hora de rechazar la adscripción administrativa de las sanciones de la ley especial. De otra parte, el inciso del artículo 25 "y con la pérdida del producto total" que sigue a castigar "con las penas establecidas en el Código", es tan válido interpretarlo unido a las penas del Código, como al contrario, pues la conjunción "y" sólo indica que son acumulables y no alternativas, pero nada dice sobre la naturaleza de la sanción. Y por último, el artículo 49, al disponer que "Los Tribunales ordinarios aplicarán los artículos comprendidos en este título en la parte que sea de su competencia", si bien nace con la pretensión derogatoria de todo fuero privilegiado, como así había establecido con anterioridad la Ley de 1.847, los Tribunales, venían interpretándolo, en el sentido de la compatibilidad de las sanciones, esto es, que pueden aplicarse tanto en el ámbito penal como en el civil, como tiene declarado la S. de 6 de Octubre de 1.915. Y no podría interpretarse de otro modo porque el artículo 49 era de estricta aplicación a ese título, el de la penalidad, y, en consecuencia, quiere ello decir que las sanciones podían ser aplicadas igualmente por los Tribunales civiles como penales, desdibujándose la naturaleza de las sanciones, que resulta cada vez más borrosa.

**2.2.4.- El inciso: "independientemente de las sanciones determinadas en las leyes especiales" (arts.25 y 46).**

Este inciso, por otra parte, permitía una doble interpretación: una primera,

por la cual las penas del código penal se impondrán, sin perjuicio de las que se decreten por quien tenga competencia para ello; y una segunda, por la cual las sanciones de las leyes especiales se impondrán por el Tribunal Sentenciador, además de las del Código. De aceptar esta segunda, en palabras de Quintano<sup>746</sup>, "se arriesga un tanto el principio del ne bis in idem".

Vistas las dificultades interpretativas, queda por acudir a determinar la clase de sanción que disponía tanto el artículo 25 como el 46.

Participaba esta sanción de "pérdida" del producto total de la entrada o de todos los ejemplares publicados, de dos instituciones bien diferenciadas en el Código Penal: una el comiso; y otra, la responsabilidad civil, que naturalmente no es privativa del campo penal.

#### **2.2.4.1.- Comiso**

Estaba emparentada con el comiso, pero no es técnicamente un comiso<sup>747</sup>. El art.48 CP impide considerarlo como tal, pues los efectos del delito (que es este caso), según dispone dicho artículo, serán decomisados a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito; y sin embargo, el art. 46 LPI se mostraba ajeno a esta circunstancia, de tal manera que aún cuando se haya difundido la publicación, y se encuentre distribuida en librerías o incluso entre particulares, debería llevarse a cabo el decomiso. Tendría, entonces, razón

---

<sup>746</sup> Quintano, op. cit., pág. 634 .

<sup>747</sup> Carmona Salgado, La nueva Ley de Propiedad Intelectual, Ed. Montecorvo, pág 355. Pese a ello la autora considera que es un comiso.



Quintano, que este supuesto de comiso especial podía redundar en perjuicio, no necesariamente del culpable<sup>748</sup>. Una interpretación literal del precepto lo permite, pero no es obligada, porque sólo se puede sufrir "la pérdida" de aquello que se posee, y cuando hay un tercero que goza de la titularidad por un título legítimo, no podemos afirmar que posee, y por consiguiente, que puede perder. Esta interpretación es, pues, respetuosa con el sentido del precepto. Pero no lo sería, sin embargo, aquella por la que el inciso "pérdida de todos los ejemplares", alcanzase al producto de la venta de esos mismos ejemplares publicados ilegalmente.

De otra parte, los arts.25 y 46 LPI, se separaban del 48 CP, en el destino de los objetos decomisados: entrega al propietario defraudado, en aquellos; y venta por pública subasta en éste (si son de lícito comercio, pues en otro caso se les dará el destino que dispongan los Reglamentos, o, en su defecto, se inutilizarán). Pero, es más, así como la LPI disponía la entrega de todos los ejemplares o del producto de la entrada al propietario, el CP aplica el producto de la venta (pública subasta), a cubrir las responsabilidades del penado, que van más allá de las indemnizaciones al perjudicado, y por el orden que estipula el art. 111 CP.

#### **2.2.4.2.- Responsabilidad civil.**

Tampoco, técnicamente, puede considerarse una responsabilidad civil, al uso del art. 19 y ss. del CP., en relación con los artículos 101 y ss. del mismo texto legal. A lo que más pudiera aproximarse, dentro de dicha responsabilidad, es a la figura de la restitución, pero es obvio, que la restitución, tal y como exige

---

<sup>748</sup> Quintano, op. cit., pág. 636.

el art.102 CP, ha de hacerse de la misma cosa, y los ejemplares ilegalmente publicados, no puede ser objeto de restitución, puesto que antes de su publicación no tenían existencia; a no ser que "la misma cosa" se refiera a "similar cosa"; interpretación rechazable, porque en ese caso carecerían de virtualidad los números dos y tres del artículo 101 CP.

Sólo la indemnización de perjuicios, número tres del artículo 101 CP, parece no ofrecer inconvenientes. Ahora bien, no en todos los supuestos la pérdida de ejemplares puede ser adscrita a la responsabilidad civil; pues, ¿qué sentido tendría la entrega "al propietario defraudado", de los ejemplares publicados ilegalmente, cuando lo han sido por medio de un plagio?. ¿En que medida le resarce de los perjuicios que se le hubieran causado?. Es claro que en ninguna, porque entre otras cosas, la obra es ilegítima y de imposible comercialización; amén, de que incluso el artículo 48 CP, determinaría su inutilización; y a mayor abundamiento, siendo el interés del autor que la obra ilegalmente publicada (plagio), no sea difundida, es obvio que no va a ser él quien la ponga en circulación.

El legislador pensó únicamente en la reproducción sin autorización, esto, es en la infracción de los derechos económicos del autor, pero el sentido de la ley -al que hay que atenerse- no deja lugar a dudas. Aun así, en estos supuestos, seguía siendo dudosa la operatividad del artículo, porque imaginemos que se ha producido la publicación sin autorización, y la edición se encuentra mutilada, o más fácilmente, es de baja o pésima calidad; en estas condiciones el autor no tiene ningún interés por la publicación. Pero es más, supongamos que es una edición sin mutilación alguna, y de una excelente calidad, incluso superior a la que circula legalmente, y el autor ha cedido los derechos de edición a un tercero, aún cuando conserva la propiedad, y por supuesto la autoría, ¿cómo podría difundir la obra

sin perjudicar a un tercero que ostenta legítimos derechos (editor) sobre la misma obra?; ¿qué sentido tiene, entonces, la entrega al propietario de los ejemplares publicados?. Piénsese, por otra parte, en la paradoja del perjudicado/perjudicado, en el supuesto que el número de ejemplares fuera elevado, y el autor tuviera que disponer lo necesario para que se efectuase la entrega, su desplazamiento, almacenaje, y en su caso destrucción. Actividades a cargo del perjudicado, que sólo le perjudican.

Beneficia únicamente al autor, en tanto en cuanto, cesa la causación de perjuicios; pero para ello es innecesaria la entrega al "propietario", es bastante acudir al artículo 48 CP.

La confusión era tal, que Groizard<sup>749</sup> al comentar esta disposición afirma que es un "Principio justo, pero que no había necesidad de consignarlo en la ley especial, puesto que entre las reglas generales establecidas en el Código Penal está la pérdida ó comiso de los instrumentos o "efectos" del delito y la obligación en todo caso de indemnizar el reo daños y perjuicios al ofendido, ... sin necesidad de hacer especiales conminaciones que afean la parte artística del Código, que hacen dudar de la eficacia de sus preceptos cardinales y que carecen de aquel laudable tecnicismo que debe resplandecer en la redacción de las leyes".

---

<sup>749</sup> Groizard, op. cit., pág. 271. El segundo inciso, aunque unido al primero por medio de puntos suspensivos, pertenece, en realidad, a un comentario distinto; pertenece al análisis del artículo 457 del Código de 1.850, que consignaba "una cosa análoga" a la del artículo 46 de la Ley de 10 de Enero, siendo "suprimidas por los reformadores de 1.870 que, por lo visto, creyeron que con lo legislado acerca de la responsabilidad civil exigible á los autores del delito y con el embargo y con la pérdida ó comiso de los efectos del mismo, estaba bien garantizado el derecho de propiedad intelectual, ...".

Y en efecto, es el autor del proyecto de la Ley de 10 de Enero de 1.879, Danvila Collado<sup>750</sup>, quien confirma que "Esta pérdida constituye una verdadera indemnización de daños y perjuicios" (parcial), a deducir de la general, pues de otro modo se produciría un enriquecimiento injusto.

Si se concluye que era una indemnización de daños y perjuicios, y de ningún otro modo se puede considerar porque no aumenta, ni modifica las penas del Código penal, y en consecuencia se limita a una responsabilidad de carácter civil, hecho que justifica su aplicación, también, en los procedimientos civiles, no existiría más penalidad que la dispuesta en el Código Penal.

#### **2.2.4.3.- Las Leyes especiales y el Código Penal.**

A igual conclusión se podía llegar, aun admitiendo que la pérdida de ejemplares ilegalmente publicados era una pena, y que la LPI -en sus artículos 45 y ss.- era una Ley especial penal, si ponemos en relación el artículo 7 con el 604, ambos del Código Penal.

El artículo 7 establece la no sujeción a las disposiciones del Código Penal de los delitos y faltas que se hallen penados por Leyes especiales. A su vez, el artículo 604 (Disposición Final Derogatoria), dispone que:

"Los preceptos de Leyes penales especiales incorporados al presente Código se aplicarán con arreglo a las disposiciones del mismo, quedando subsistentes aquellos otros que no contradigan ni se opongan a lo establecido en este Cuerpo legal, tanto en el aspecto sustantivo como en

---

<sup>750</sup> Danvila y Collado, op. cit., pág. 661.

el de la determinación de la jurisdicción competente".

Este artículo, es consecuencia de la Ley de 19 de Julio de 1.944, que autoriza publicar un texto refundido del Código Penal de 1.932 y fija el alcance de las reformas que se introducirán en él, y que dispone en su artículo 1º:

" Se autoriza al Gobierno para publicar, a propuesta del Ministro de Justicia, un nuevo texto del Código Penal vigente. En dicho texto se insertarán las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a 1.870 y en las que concurren estas dos condiciones esenciales: primera, que hayan sido establecidas o expresamente aceptadas por el nuevo Estado, y segunda, que puedan ser incorporadas al texto refundido sin alterar la unidad y armonía científica del citado Código".

El Decreto de 23 de Diciembre de 1.944 por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1.944", según la autorización otorgada por Ley de 19 de Julio de 1.944, reproduce en su apartado A), prácticamente, el artículo 1º de la referida Ley:

"Inserción de las disposiciones posteriores a 1.870, establecidas o aceptadas por el nuevo Estado, que no alteren la armonía científica del Código, como son algunos preceptos del de 1.870, mayor número de ellos correspondientes al de 1.928, las Leyes de Seguridad del Estado, terrorismo y robo a mano armada, tenencia de armas, redención de penas por el trabajo, abandono de familia, adulterio, delitos contra la honestidad, delitos contra la propiedad y otros semejantes".

Así pues, incorporadas las Leyes Especiales posteriores a 1.870, que hayan sido aceptadas por el nuevo Estado sin que alteren la unidad y armonía del Código Penal, queda pendiente por determinar, si la LPI era una Ley especial, y si quedó insertada dentro del nuevo Código.

Es más que dudoso que la LPI pueda ser considerada una Ley Especial, si nos atenemos a su concepto formal, que es el admitido<sup>751</sup>, pues en ese sentido, "Ley especial es la que, estableciendo penas para un hecho, no se halla incorporada al Código Penal común"<sup>752</sup>. La LPI -si es que consideramos una pena la pérdida de ejemplares- no contenía, sin embargo, anudada a la sanción, un hecho, puesto que tal sanción se encontraba referida a una calificación, que, por cierto la otorga el Código Penal.

De otra parte, el artículo 7 CP, exceptúa la aplicación de las disposiciones del CP a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. La distinción entre delito y falta, se opera por la gravedad de la penalidad, esto es, delito, penas graves; faltas, penas leves. La división entre penas graves y leves se efectúa en el artículo 27 del CP, que no contiene en su Escala General, y en ninguna otra disposición, pena de pérdida de ejemplares.

En consecuencia no puede hablarse de Ley Especial penal, tanto en su sentido formal, como material.

Si por el contrario, se estimara que era una Ley Especial, tampoco tendría

---

<sup>751</sup> Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Comentarios al Código Penal I, pág. 200,.

<sup>752</sup> *Ibíd*em, pág. 200

operatividad la "pena" de pérdida de los ejemplares, más allá de lo que disponía el artículo 48 CP. Veámoslo.

El artículo 46 LPI hacía una remisión directa al Código Penal (al igual que otros artículos de la misma Ley), pues el único delito es el definido por el artículo 534.1º del CP. La LPI, por ser el referido artículo del CP, un tipo en blanco, sólo le sirve de relleno. Pero ha de insistirse que el único delito era el del CP, eso sí, con diversas tipicidades que se encontrarán en la LPI. En este sentido, no ofrecía duda la plena incorporación de la LPI al CP en aquellos aspectos que facilitan cobertura al tipo penal. Y siempre ha sido así, desde el inicio del proceso codificador, si bien no existía un artículo 604, hasta la refundición del Código de 1.944<sup>753</sup>.

Se puede concluir, por tanto, que la LPI, de estimarse como Ley Especial se encontraba incorporada al Código Penal, y por él se debía regir. No obstante, pudieran quedar subsistentes aquellos preceptos que no contradigan ni se opongan a lo establecido en el Código. De tal manera que es preciso averiguar, si el art.25 y 46 LPI, se encontraban entre ellos.

En primer lugar, los referidos artículos contenían una sanción distinta a la prescrita por el Código Penal para las mismas conductas. Y en segundo lugar, la sanción, como hemos tenido oportunidad de comprobar, era extraña a las dispuestas en el Código Penal.

Por consiguiente, salvo las conductas típicas que subsisten en la LPI, las

---

<sup>753</sup> Todos los Códigos han contado con una disposición derogatoria, pero no expresada en los términos del vigente art. 604, a excepción del efímero Código de 1.928 que era muy similar a la actual; si bien, ninguna referencia expresa hacía a las leyes especiales posteriores a 1.870 .

penalidades dispuestas en el art. 25, 46, e incluso las agravaciones del artículo 48, todos ellos de la LPI, no tenían efectos legales (penales)<sup>754</sup>.

## **2.2.5.- Las agravantes.**

### **2.2.5.1.- Artículo 48 LPI.**

El último de los artículos pendiente de estudio, inserto en el título de la penalidad, el art. 48, no está exento, igualmente, de críticas. Se regulaban en este precepto las circunstancias agravantes de la defraudación.

La agravación viene determinada por circunstancias, que en realidad son conductas típicas. No modifican en consecuencia la responsabilidad, sino que, más bien, se incluyen dentro del injusto, contrariando de este modo lo dispuesto en el artículo 59 CP. Pero es más, tales conductas ni siquiera aumentan o disminuyen el injusto, son la reproducción de aquellas que lo conforman. En efecto, la variación del título (distinto de la falsificación del artículo 47.2), se describía como conducta típica en los artículos 24 LPI y 64 y 67 del RPI. Lo mismo se puede decir de la alteración del texto, según recogía el mismo artículo 24 LPI:

---

<sup>754</sup> Bajo Fernández, Miguel, Derecho penal económico, Civitas, 1.978, pág 250. Se coincide, pues, con la tesis que sostiene el autor a propósito del delito de infracción de los derechos de propiedad industrial, que señala: "De ahí (de la incorporación de la Ley de 1902 al CP, por los mismos argumentos aquí esgrimidos) que la calificación que el artículo 144 Ley 1902 hace de la indemnización de daños y perjuicios como pena accesoria haya de considerarse como disposición derogada al contradecir las disposiciones del Código Penal sobre indemnización de daños y perjuicios. En efecto, el Código no entiende esta consecuencia del delito como pena accesoria".



"cambiando su título, suprimiendo, alterando o adicionando algunos pasajes sin previo permiso del autor, serán considerados como defraudadores de la propiedad intelectual".

El segundo apartado del artículo 48, causa, también, perplejidad. Era una circunstancia agravante la reproducción en el extranjero, si después se introduce en España, y más aun si se varía el título o se altera el texto. Ahora bien, si la reproducción era defraudación en el extranjero, ¿por qué entonces se configura como agravante?; y sin no lo es, ¿cómo puede ser una agravante?. Si la agravación consistía en la posterior introducción en España, qué diferencia guardaba con el art.47.4 (A los que importen del extranjero obras en que se haya cometido la defraudación ...).<sup>755</sup>

La conducta del art.47.4 era más grave, siquiera, que la aquí descrita, pues allí se hacía una concreta referencia a defraudación, que aquí no se recoge (aunque en ese sentido debiera interpretarse), pues sólo a reproducción se refería (nada dice de con o sin autorización); y además esta introducción, en aquél, debía ser con fraude de los derechos de aduana, sin que ningún otro requisito añadido se recoja en éste. A todo ello ha de añadirse la palmaria vulneración del principio de legalidad, de la seguridad jurídica, por el empleo de términos descriptivos difusos y discrecionales, cuales eran, "y más aún si se varía el título o se altera el texto", que parece traer como resultado una agravación de la agravación.

De otra parte, de estimarse la tesis derogatoria contemplada en el artículo 604 CP, el artículo 48 carecería de toda virtualidad, pues en definitiva vendría a regular agravantes extrañas al CP, y en consecuencia, contrarias a él.

---

<sup>755</sup> Quintano, op. cit., pág 635. Groizard, op. cit., pág 274

En conclusión, el artículo 48 LPI, no desplegaba ninguna eficacia como agravante, en primer lugar porque no describía circunstancias, sino conductas, y éstas conforman el tipo de injusto (art. 59 CP); y en segundo porque al estar descatalogado por el art. 10 CP, entra en aplicación del artículo 604 del mismo texto.

#### **2.2.5.2.- Ultimo párrafo del artículo 534 CP.**

No es el caso, sin embargo, de la circunstancia agravante de reincidencia acogida en el último párrafo del art.534.1 CP. Si bien, no es pacífico su entendimiento.

Para unos<sup>756</sup> se trataría de un concepto normativo con sede en el artículo 10.15 CP. Para otros<sup>757</sup> la especificidad del caso y la dureza de la agravación aconsejan limitarla a los supuestos de infracción de los derechos de autor.

Ciertamente la posición de Rodríguez Devesa goza de solidez, toda vez que el término reincidencia puede interpretarse como una cláusula normativa ya valorada en el artículo 10.15 CP. Ahora bien, sus consecuencias son distintas. En efecto, la elevación de grado, cual se dispone en el artículo 534 CP, no se corresponde con las reglas del artículo 61 CP. Sólo se asimilaría a la extinta doble reincidencia, pero el texto sólo refiere la reincidencia. En consecuencia el término reincidencia coincide parcialmente y no en su totalidad con el recogido en el artículo 10.15 CP, lo que provoca el rechazo de este precepto como configurador

---

<sup>756</sup> Rodríguez Devesa, Parte Especial, pág. 487

<sup>757</sup> Quintano, Tratado III, págs. 634 y 635

de la agravación del art.534 CP.

Nos inclinamos, pues, por considerar que la reincidencia del art.534 era una agravación específica sin ninguna conexión con el artículo 10.15 CP. Y no sólo porque no seguía idéntico régimen (criterio técnico), sino porque sus consecuencias eran discriminadoras e insatisfactorias (criterio de política-criminal). Pero es más, y quizás definitivo, el legislador en la exposición de motivos de la Ley 79/ 1.961, de 23 de Diciembre, de Bases para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales, en su primera motivación, apartado c), se expresa del modo siguiente:

"El artículo 533 se desplaza de la rúbrica de -Estafas y otros engaños-, llevándose a sección independiente, y dándosele nueva redacción, de conformidad con lo establecido en los modernos acuerdos internacionales (especialmente los acuerdos sobre el derecho de autor), con lo que se moderniza y a la par se crea un tipo agravado por la habitualidad".

Así pues el término reincidencia del artículo 534 CP, es un término vulgar del lenguaje que se corresponde con la habitualidad estricta sobre las infracción de los derechos de autor al modo del artículo 546 bis a), (ni siquiera alcanza la habitualidad a la infracción de la propiedad industrial, si bien aquella produciría reincidencia con respecto a ésta). De tal manera que en la mayoría de los casos, reincidencia (normativa) del art.10.15 CP y reincidencia-habitualidad, coincidirían aunque no necesariamente.

Por último, como quiera que la reincidencia suponía prisión menor, y no elevación de grado, la pena de multa no se aplicaría en este supuesto.

La posible aplicación del art. 563 bis b) no es aceptable, se trata de un error su ámbito de operatividad, su ubicación sistemática no permite referirlo a todo el Título, sino al Capítulo de daños<sup>758</sup>.

### **3.- La penalidad de la reforma del '87.**

#### **3.1.- Cuestiones preliminares.**

El art. 534 bis a), tipo nuclear del delito contra los derechos de autor lleva aparejada la pena de multa (de 100.000 a 2.000.000 pesetas), penalidad ésta que ha desatado toda suerte de críticas por su limitada eficacia de prevención general. Ello sin embargo es contradictorio con la remisión de la infracción, propugnada por el mismo sector doctrinal, a las faltas, y la creación de un tipo que incluyese el ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo de injusto. Por el contrario, desde una perspectiva de prevención general, el tipo no hace sino mantener la misma línea politico-criminal que el derogado 534.1 CP, pero con la ventaja de graduar las penas, en un caso reduciéndolas, en otros agravándolas. No hace sino seguir los dictados de una buena parte de la doctrina que abogaba por una fragmentación de las conductas y sanciones.

Esta forma de proceder tiene la ventaja de que de forma escalonada se determinan las consecuencias jurídicas, de tal modo que la proporcionalidad está más asegurada, y el reproche más ajustado. Se le une el hecho de que se establece un suelo y techo sancionador, desde lo más bajo a lo más alto, en función de la gravedad de la conducta, esto es, de la mayor o menor lesión del bien jurídico. El tipo de injusto es diseccionado, y la condigna sanción resulta progresiva.

En efecto, no alcanza igual grado de lesión un plagio por mera liberalidad

---

<sup>758</sup> En el mismo sentido del texto, Vega Vega, Derecho de Autor, pág. 256.

que uno hecho con ánimo de lucro. El potencial lesivo de uno y otro es distinto. El primero aún cuando afecta plenamente al derecho de paternidad del autor (derecho moral), sin embargo deja intacto el derecho de explotación. El segundo por el contrario lesiona también el derecho de explotación. Y lo mismo sucede con el resto de conductas, pues no debe olvidarse que los derechos patrimoniales del autor, no sólo residen en su derecho de exclusión, sino también en su derecho de retribución. El art. 534 bis a), ha pretendido ser respetuoso con esa dualidad (excluir y retribuir). Se entiende, por tanto, que se haya producido una fragmentación de las conductas y la progresión de las sanciones. Otra cosa es que se haya acertado con la mecánica compleja elegida, con la sucesiva elevación de las sanciones, y en definitiva con el sistema de la agravación de la agravación, mediante la inclusión cruzada de conductas que afectan a derechos morales y económicos del autor.

### **3.2.- Las penas.**

El art. 534 bis b), 1, impone la pena arresto mayor y multa (175.000 a 5.000.000); y el nº 2 del mismo artículo la pena de prisión menor, multa de 175.000 a 10.000.000 de pesetas e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión. En conjunto, pues, la pena resulta más grave con respecto a la contenida en el antiguo art. 534.1. Arresto Mayor y multa (con reincidencia prisión menor), contra Prisión Menor, multa e inhabilitación especial.

La nueva regulación ha suprimido la reincidencia (habitualidad) especial, y toda referencia a las leyes especiales que tanto problemas causaba. Las leyes especiales no contienen ninguna pena, ni agravación.

Hasta aquí la penalidad no ofrece ninguna dificultad exegética, su

determinación por escalones progresivos resulta clara, a excepción de la singularidad de la pena de inhabilitación especial, cuyas reglas de determinación, grados de pena, y superior e inferior, habrán de hallarse de forma analógica con los criterios generales (tres grados iguales, art.78, y el grado inferior y superior de acuerdo con las escalas graduales, art. 73) contenidos en la Parte General del Código Penal.

Pero la cuestión se complica con lo dispuesto en el último párrafo del art. 534 bis b), y las disposiciones de los artículos 534 bis, c), y 534 ter.

### **3.3.- Las medidas: Preventivas/ Cautelares/ Publicación Sentencia.**

La dificultad proviene, en primer lugar, del último párrafo del art. 534 bis, b) : "en tales supuestos ( art. 534 bis b), 2) el Juez podrá, asimismo decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado". Los supuestos consisten en llevar a cabo cualquiera de las conductas comisivas con ánimo de lucro y además que la cantidad de copias ilícitas posean especial trascendencia económica o que el daño causado revista especial gravedad. En estos supuestos el Juez **podrá** decretar el cierre **temporal o definitivo** de la industria o establecimiento del **condenado**.

Nada dice el precepto sobre la naturaleza del cierre de la industria. Cabe, por tanto, que se trate de una sanción (pena), o de una medida, y en este caso de tipo administrativo o penal.

Hay que descartar de inmediato que se trate de una sanción penal o administrativa, por diferentes razones:

En primer lugar, porque las sanciones si bien pueden ser de carácter alternativo, no pueden ser facultativas, como es este caso; en segundo lugar, porque la sanción viene dada al principio del número 2 de forma extensa, y el cierre del establecimiento aparece después de descritas las agravaciones; y en tercer lugar, no es catalogable con otras penas, pues si bien podía guardar una cierta analogía con la inhabilitación ésta ya está recogida en el mismo apartado como pena, y de otra parte la inhabilitación es personal, y sin embargo el cierre es sobre la industria; la primera impide una profesión, el segundo la actividad concreta de ese establecimiento, pero no desarrollar la actividad o profesión.

Así pues, estaremos en presencia de una medida al modo concebido en el art. 344 bis b) del CP, que por ser dictada en un proceso penal es de carácter penal<sup>759</sup>.

Ahora bien esta medida, temporal o definitiva, sólo se puede acordar en sentencia, no cabe que sea decretada durante el proceso; la referencia al condenado, implica que éste haya sido declarado culpable<sup>760</sup>. Esta interpretación

---

<sup>759</sup> Rodríguez Devesa, op. cit., pág. 541, considera por el contrario que se trata de una medida de carácter administrativo, pues no pueden catalogarse ni como penas ni como medidas de seguridad. Pero a renglón seguido, advierte que su inobservancia daría lugar, no obstante, a un delito de quebrantamiento de condena. Hacer depender la naturaleza de una medida de su catalogación carece de sentido en un Código Penal que las ha incluido, más que como medidas, como sanciones, y donde el principio de legalidad está en permanente quiebra. El Código no hace un pronunciamiento genérico sobre las medidas, es más las ignora. Su inclusión puntual, es sólo eso, puntual.

<sup>760</sup> Jufresa Patau/ Martell Perez-Alcalde, La protección Judicial y extrajudicial de los derechos de autor, Revista Jurídica de Catalunya, pág. 134. Guerrero Zaplana, Julio, Los llamados videos comunitarios y los delitos contra la propiedad intelectual cometidos por estos, Revista Jurídica La Ley, pág. 815 y 816.

parece reforzarse con el contenido del art. 123 y 124<sup>761</sup> de la LPI que contienen las medidas preventivas<sup>762</sup>, pues éstas sólo podrían operar, al contrario que las cautelares (apenas diferentes) del art. 126 (según previene el art. 128), en el proceso civil.

Sin embargo la conclusión no es inevitable, y la lógica de las cosas impone la asunción de tales medidas también en el proceso penal. En efecto, si un injusto más leve aconseja medidas preventivas, con mayor razón uno más grave. Pero es más, el art. 123 al facultar la adopción de las medidas del art. 124, se refiere al cese de la actividad ilícita del **infractor**. Tanto infringe el que lesiona el injusto civil como el penal ( en este último caso la carga de lesividad es mas mayor y más grave). Y aunque así no fuera, la LECrim., en sus arts. 13, 334 y 338 goza de medios indóneos para el aseguramiento preventivo. Así, pues, tales medidas a pesar de la redacción del art. 534 bis b), 2, último párrafo, pueden ser acordadas durante el proceso. La mención al condenado, ha de interpretarse en un sentido amplio como inculpado.

---

<sup>761</sup>Art. 124: 1.- El cese de la actividad ilícita podrá comprender: a) La suspensión de la explotación infractora. b) La prohibición al infractor de reanudarla. c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción. d) La inutilización de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y, en caso necesario, la destrucción de tales instrumentos. e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada.

<sup>762</sup> Jiménez Villarejo, José, La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual, Poder Judicial, N° Especial IX, pág. 362 y 363. Las llama así, para distinguirlas de las cautelares del art. 126, 127 y 128 de la LPI, que si permiten su adopción por el Juez de Instrucción.



De las medidas cautelares<sup>763</sup> recogidas en el art. 126<sup>764</sup> puede decirse otro tanto: son facultativas y pueden adoptarse igualmente en el proceso penal. El art. 128 expresamente así lo autoriza: Las medidas cautelares previstas en el artículo 126 **podrán** ser acordadas en las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos reconocidos en esta Ley. Sin embargo, la remisión que para su tramitación efectúa al art. 127 de la Ley, supone una invasión de las normas procesales que distorsiona el procedimiento penal<sup>765</sup>.

De las medidas preventivas y cautelares puede decirse que han quedado sometidas al proceso de judicialización, extrayéndolas, de las competencias

---

<sup>763</sup> Jiménez Villarejo, op. cit., pág. 362-363. Distingue el autor entre tutela preventiva, represiva y cautelar. La preventiva y cautelar se solicitan y eventualmente se prestan en vista del peligro de un daño jurídico que se quiere evitar. La diferencia entre una y otra está, en el sentido definitivo de la tutela preventiva, por una parte -se ordena el cese, no la momentánea paralización de la actividad infractora- y en la índole provisional o de urgencia de la tutela cautelar, por otra, adoptada siempre "con carácter previo" y a la espera de un pronunciamiento definitivo cuyas consecuencias es preciso asegurar. Por lo demás está clara la distinción entre la tutela preventiva y la tutela represiva, que se insta mediante la exigencia de una indemnización cuando la única protección es a eliminar a posteriori el daño ya producido (daños y perjuicios, art. 125).

<sup>764</sup> Son medidas cautelares las que, según las circunstancias, para la protección urgente de tales derechos, y en especial: 1.- La intervención y del depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración. 2.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda. 3.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública.

<sup>765</sup> El art. 127 establece una regulación estrictamente civil de difícil asunción por el proceso penal (por este motivo ha sufrido una reforma reciente por Ley 20/1.992 de 7 de Julio). En este sentido: Jufresa Patau/Martell Perez-Alcalde, op. cit., pág. 134. Moreno Catena, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989, pág. 1.716.

gubernativas (antiguo art 49 LPI), como no podía ser de otro modo dada la naturaleza de ciertas medidas, vg, el secuestro de ejemplares (art. 20 CE). Por esto no es atendible la invocación que efectúa Carrasco Perea<sup>766</sup> a la celeridad gubernativa, ni siquiera compatibilizándola con la judicial.

La inclusión de las medidas preventivas y cautelares en sede de penalidad, obedece no sólo a la proximidad del último párrafo del art. 534 bis b), sino también a que las dispuestas en el art. 124.3, 124.1, d) y las del art. 126.1, se acercan sospechosamente al comiso (pena accesoria del art. 48 CP).

La redacción del art. 124.3 LPI es análoga a la del antiguo art. 46 LPI, con la salvedad de que la atribución de los ejemplares es facultativa para el titular del derecho, y se entiende que también para el Juez, evitando así las enojosas consecuencias que en su momento se denunciaron (así como la salvedad de la buena fe del tercero poseedor). La novedad más importante, no obstante, es que tales ejemplares se entregan a cuenta de daños y perjuicios a precio de coste. De este modo las dudas suscitadas en su momento sobre la naturaleza de esta medida se saldan a favor de adscribirla a una reparación indemnizatoria. No resulta tan clara la medida de destrucción de los instrumentos de reproducción (art. 124.1, d), pues el art. 48 CP, cuando se trata de objetos decomisados de no lícito comercio ordena su **inutilización** (igual término utiliza el art. 124 LPI). No obstante, el art. 534 bis b), no lo contempla como pena; en el art. 124 está conceptualizado como una medida aseguradora, y forma parte de otras medidas destinadas a asegurar el cese de la actividad ilícita. La concurrencia medida-comiso, aún cuando "predomine claramente, en la inutilización de los instrumentos del delito, la dimensión punitiva, sobre la estrictamente precautoria ... (hace pensar) que nos encontramos, no ante sanciones, sino ante medidas de

---

<sup>766</sup> Carrasco Perea, op. cit., pág. 1.701.

garantía para que no sea burlada la suspensión de la explotación infractora ".<sup>767</sup>

En iguales términos cabe pronunciarse sobre el art. 126.1 LPI.

Por último el art. 534 bis c) establece con carácter facultativo, también, que en el supuesto de sentencia condenatoria el Juez podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

En opinión de Carmona Salgado<sup>768</sup>, en su primera obra sobre esta materia, atiende a una reparación moral (en igual sentido se pronuncia la CFGE<sup>769</sup>, Díaz García Conlledó<sup>770</sup>, y Romeo Cabona<sup>771</sup>). Este tipo de reparación moral (publicación de sentencia condenatoria) sólo está prevista, además, en nuestro ordenamiento penal en el art. 465 para delitos de calumnias e injurias propagadas por escrito y en periódicos. Se diferencian, sin embargo, en que en los supuestos de injurias y calumnias, la sentencia se publicará a instancias del ofendido, en los mismos periódicos en que se hubiere propagado, y con cargo a ellos. La publicación de la Sentencia está dirigida a dar satisfacción al ofendido, a restituir su fama y buen nombre. Ahora bien, no es imaginable como puede, la publicación de la sentencia condenatoria, ser reparadora de un daño moral en el caso de un cesionario en exclusiva que ve infringidos sus derechos de explotación. Es verdad que el carácter facultativo de la publicación podría reconducir, sólo la publicación a supuestos de plagio, infracción del

---

<sup>767</sup> Jiménez Villarejo, op. cit., pág. 363-363.

<sup>768</sup> Carmona Salgado, La Nueva Ley .., pág. 362.

<sup>769</sup> CFGES, op. cit., pág. 706.

<sup>770</sup> Díaz y García Conlledó, M.. Los derechos de autor y conexos, op. cit, pág.847 y 848.

<sup>771</sup> Romeo Casabona, Poder informático, op. cit., pág. 167.

derecho de divulgación o usurpación de la condición de autor, pero el art. 534 bis, c), no excluye ni limita ninguna suerte de infracción, y, por consiguiente, tampoco debe hacerlo el Juez<sup>772</sup>.

En una posterior publicación<sup>773</sup>, considera que es una reparación del daño material no incompatible con las normas de responsabilidad civil. Tampoco se alcanza a comprender en qué puede reparar el daño material producido la publicación de la sentencia, sobre todo dadas las amplísimas posibilidades reparadoras que ofrece el art. 534 ter, en relación con los arts. 123 y ss. de la LPI.

Por su parte, Boix<sup>774</sup>, estima que se trata de una medida en evitación de que se produzca incremento de los perjuicios ocasionados por la condena delictiva o de sus efectos sociales negativos.

Encuentra apoyo esta posición en un antecedente legislativo<sup>775</sup> sobre publicación de sentencia condenatoria en delitos de falsificación o importación (falsificada) de la propiedad intelectual (nombres, marcas o signos) en el Código de 1.928, art. 732 en relación con los arts. 730 y 731 CP. La falsificación e importación a que hacen referencia los arts. 730 y 731, está puesta en conexión

---

<sup>772</sup> Manzanares Samaniego, Jose Luis, op. cit. págs. 77 y 83. La Ley alemana, con mejor criterio, en los arts. 103 y 111, ordena la publicación de la Sentencia en los casos que lo solicite el interesado y **justifique o demuestre su interés jurídico en ello.**

<sup>773</sup> Carmona Salgado, El Tipo básico..., pág. 181.

<sup>774</sup> Boix, op. cit., pág. 948.

<sup>775</sup> La propuesta de Anteproyecto, art. 250.2, regulaba la publicación de la sentencia condenatoria.

con el engaño al comprador sobre su origen, de tal modo que la publicación de la Sentencia pretendería evitar o aminorar un sucesivo engaño.

Todo indica, pues, que en la línea de la regulación del Código Penal de 1.928, y la acertada interpretación de Boix, la publicación de la sentencia tendría como objetivo, para aquellos supuestos de necesidad de conocimiento público (periódico oficial), por la índole de la infracción y de su trascendencia, evitar una prolongación, un ulterior agotamiento, del delito, en un doble aspecto: perjuicios al titular del derecho, y efectos sobre el público receptor (engaño sobre la paternidad del autor, o sobre las condiciones de la publicación o comunicación).

## B I B L I O G R A F I A

- Albaladejo Garcia, M. / Bercovitz Rodriguez-Cano, R. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1.989.
- Algardi, Zara. Il plagio litterario, e il carattere creativo dell'opera. Multa Pacis. Milano, 1966.
- Alonso Olea, M. Derecho del Trabajo. Madrid, 1980.
- Alvarez Cid, José y Teófilo. El Código Penal de 1.870. Librería de Juan Font. Córdoba, 1.908.
- Alvarez Romero, Carlos. La propiedad Intelectual. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid 1.979.
- Alvarez Romero, Carlos. Significado de la Publicación en el Derecho de Propiedad Intelectual. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid, 1.969.
- Andreotti, A. La leggi per la tutela della propieta letteraria, artistica ed industriale. Enciclopedia del Diritto Penale Italiano. Milán, 1.905.
- Ansorena, Luis. Tratado de la Propiedad Intelectual en España Saen de Jubera Hermanos Editores.
- Anteproyecto de Código Penal de 1.992. Ministerio de Justicia, Secretaría , Madrid, 1.992.
- Ascarelli, Tulio, Teoria de la concorrenza e dei beni immateriali, Milan, 1.956
- Aresti Gutierrez, Enrique. La Protección Jurídica de los Programas de Ordenador en España, a través del Derecho de Autor, Del Derecho de Patentes y del Derecho Penal. Revista

La Ley, Año X Núm. 2135. 3 de Enero de 1.989.

Arroyo Zapatero, Luis/García Rivas, Nicolás (Coordinado por Bercovitz). Comentario a la Ley Orgánica 6/1.987, de 11 de Noviembre, por la que se modifica la Sección III del Capítulo 4 , Título XIII del Libro II del Código Penal. Tecnos. 1.989.

Arroyo Zapatero, Luis. / García Rivas, Nicolás. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. Revista de Derecho Constitucional, Año 3, núm. 8. Mayo-Agosto, 1983.

Astolfo Di Amato. Diritto Penale Dell'impresa. Dott. A. Giuffre Editore. Milano, 1.987.

Bacigalupo, E. Manual de Derecho Penal. Temis.

Bajo Fernández, M. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos. Madrid 1987.

Bajo Fernández, Miguel. Parte Especial. Civitas. 1.978.

Baratta, Alessandro. Stato Sociale e libertà dell'arte. Profili filosofici, costituzionali e penali del concetto dell'arte in relazione all'osceno. Cedam-III Convenio de Derecho Penal- Bressanone 1.965. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1.966.

Bautista, Eduardo. Las Sociedades de Autores, garantes de la independencia autoral. Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC) AG/86/1213. XXXVº Congreso. Madrid 6-11 de Octubre de 1.986.

Baylos Corroza, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial, Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal. Civitas. Madrid, 1.978.

Baylos Corroza, Hermenegildo. Acotaciones al Nuevo Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Octubre, 1.986.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual. Tecnos. Madrid, 1989.

Bobbio, Norberto. Contribución a la Teoría del Derecho. Ed. Debate. 1.990.

Boix Reig, Javier. Derecho Penal. Parte Especial. Coordinados por Vives Antón. Tirant Lo Blanc. Tercera edición. Valencia 1.990.

Bondía Román, F. Los autores asalariados. Revista Civitas del Derecho del Trabajo, núm. 19. Julio-Sep., 1984.

Bondía Román, Fernando. Propiedad Intelectual, Su significado en la Sociedad de la información. Trivium Editorial. 1.988.

Bricola, Franco/Zagrebelsky, Vladimiro Codice Penale; Parte Especial.-Giusprudencia Sistematica di diritto penale. Tomo II.

Bustos Ramírez, Juan. Parte Especial. Adenda. 1989.

Bustos Ramírez, Juan. Bases Críticas de un nuevo derecho penal. Temis. 1982.

Bustos, J. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ariel. 1.986.

Bustos, Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ariel. Barcelona, 1984.

Córdoba Roda, J. Comentarios al Código Penal I. Ariel. 1.976.

Cabanillas Sánchez, Antonio. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1.989.

Caffarena Laporta, Jorge. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. Madrid, 1989.

Caramés Puente, Jorge. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. Madrid 1989.



Caravantes , Vicente. Exposición y examen de nuestras leyes y tratados sobre propiedad literaria. Revista Legislación y Jurisprudencia. 1876.

Carbonell Mateu, Juan Carlos.  
Comentarios a la Legislación Penal. Dirección:Cobo del Rosal. Coordinador: Bajo Fernández. Tomo II. Edersa. 1983.

Carmona Salgado, Concepción. Los tipos agravados del nuevo delito contra la propiedad intelectual. EDERSA.- Comentarios a la Legislación Penal. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal/ Coordinados por Miguel Bajo Fernández. 1.991.

Carmona Salgado, Concepción. Medida Cautelar de publicación de la Sentencia Condenatoria. EDERSA.- Comentarios a la Legislación Penal. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal/ Coordinados por Miguel Bajo Fernández. 1.991.

Carmona Salgado, Concepción. El tipo básico del nuevo delito contra la propiedad intelectual. EDERSA.- Comentarios a la Legislación Penal.Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal/ Coordinados por Miguel Bajo Fernández. 1.991.

Carmona Salgado, Concepción. Responsabilidad Civil. EDERSA.- Comentarios a la Legislación Penal. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal/ Coordinados por Miguel Bajo Fernández 1.991

Carmona Salgado, Concepción. La NUEva Ley de Propiedad Intelectual Editorial Montecorvo S,A. 1.988.

Carmona Salgado, Concepción. Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1.987 Poder Judicial nº Especial IX.

Carrasco Perera, A. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1989.

Casas Barquero, Enrique. El consentimiento en el derecho penal. Instiuto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Colección estudios de Criminología, Serie Minor, núm. 4. 1.987.

Cendán Pazos, Fernando. Historia del derecho español de

prensa e imprenta /1502-1966. Editora Nacional. 1.974.

Clavería Gosalvez, Luis-Humberto. Dominio Público Relativo y Dominio Público Absoluto. (Comentario a la Sentencia del TS de 14 de Octubre de 1.983). Anuario de Derecho Civil. Julio-Sep. 1984.

Cobo del Rosal. / Vives Antón. Introducción General sobre la reserva de ley orgánica en materia penal y administrativa. Comentarios a la legislación penal, Tomo III, Delitos e infracciones de contrabando. Dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández. Edersa. 1984.

Cobo/Vives. Parte General Tirant lo blanch. 3ª Edición. Valencia, 1.990.

Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) Resoluciones Adoptadas por la Asamblea General Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC) AG/86/1295 XXXVº Congreso. Madrid 6-11 de Octubre de 1.986

Cortés Giró, Vicente Derecho de Propiedad Intelectual Editorial Marfil Alcoy. 1.957

Crespi, Alberto/Zuccala, Giuseppe/Stella, Federico. Comentario Breve al Codice Penale. CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani Padova, 1.986

Cuello Calón, Eugenio. Código Penal de 8 de Septiembre de 1928. Barcelona, 1929.

Chico Ortiz, José María. Los aspectos humano, sociológico y jurídico de la propiedad intelectual RCDI. Enero-Febrero, 1.988.

Chico Ortiz, Jose María. Propiedad Intelectual. Derecho de reproducción y relaciones internacionales Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo I. 1.981.

Chirinos, Sonia A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual del autor Poder Judicial nº Especial IX, págs. 425-437

Chuliá, Vicent. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Bosch. 1988.

Díaz Alabart, Silvia. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1989.

Díaz y García Conlledo, Miguel. La Autoría en Derecho Español. PPU 1.991

Díaz y García Conlledo, Miguel. Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido. Anuario de Derecho Penal. 1.990.

Díez Picazo-Gullon. Sistema del Derecho Civil. Vol. III. 1990.

Díez Ripollés, José Luis. Los elementos subjetivos. Tirant lo blanc. 1990.

Díez- Picazo y Ponce de León, L. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1.989.

D. de Freitas La remuneración del Autor y la Reproducción de sus obras mediante grabaciones efectuadas a domicilio Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC) AG/86/1173 XXXVº Congreso. Madrid 6-11 de Octubre de 1.986

Danvila y Collado, Manuel. La Propiedad Intelectual. Madrid, 1982.

Delgado Porras, A. Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Civitas. 1.988.

Delgado Porras, A. La propiedad intelectual y la explotación videográfica en las obras del ingenio. Revista de Derecho Privado. 1.983.

Desantes Guanter, José María. Los derechos de autor sobre el material publicado por la prensa. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Enero, 1.975.

Desantes Guanter, Jose María La Relación Contractual entre Autor y Editor Ediciones Universidad de Navarra 1.970

Desbois, Henri Le Droit D'Auteur en France. Propriété Littéraire et Artistique Dalloz. Troisième Edition París, 1.978

Dietz, Adolf. Los Derechos de Autor. Ministerio de Cultura. Cultura y Comunicación Núm. 22. 1.983.

Espín Cánovas, Diego. El Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual de 1.986 Revista la LEY, Ato VII, Núm. 1.551. 30 de Septiembre de 1.986.

Espín Canovas, D. Manual de Derecho Civil Español. Edersa. 1.968.

Fernández Novoa, Carlos. La Duración de los Derechos de Explotación sobre el Software. REvista La Ley. Número 2.976.- Abril 1.992.

Ferré Olivé, J.C. Delitos contra los derechos de autor. Anuario de Derecho Penal. Enero-Abril, 1.991.

Ferrater Mora, Jose. Diccionario de Filosofía Abreviado. Edhasa. 1.989.

Ferrer Sama, A. Comentarios al Código Penal. Murcia, 1.947.

Ferrini, Contardo. Diritto Penale Romano. Esposizione Storica e Dottrinale. Extracto de la Enciclopedia Del Derecho Penal Italiano dirigida por el profesor Pessina. "L'Erma" di Bretschneider. Roma, 1.976.

Fiscalía General del Estado. Precisiones sobre algunos aspectos de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1.987 de 11 de Noviembre. Anuario de Derecho Penal y ciencias Penales. Circular 2/1.989 de 20 de Abril.

Forns, José El derecho de autor en 1.948 Revista de Derecho Privado.

Forns, José El carácter inmaterial de las creaciones literarias y artísticas Revista de Derecho Privado. 1.949.

Forns, José. Derecho de propiedad intelectual en sus relaciones con el interés público y la cultura. Anuario de Derecho Civil. 1.951.

Forns, José. Sobre la definición lógica del concepto de "publicación" en derecho de autor. Revista de Derecho Privado. Abril, 1.955.

Gálvez, J. Comentario al art. 20 C.E. en comentarios a la Constitución, dirigidos por Garrido Falla. Civitas. Madrid, 1.980.

Gómez Benítez, Jose Manuel/Quintero Olivares, Gonzalo. Protección Penal de los Derechos de Autor y Conexos. Cuadernos Civitas. Madrid.1.988.

Góngora, Francisco. Manual de la Propiedad Intelectual. Góngora Editorial. Segunda Edición.- Ley y Reglamento. Disposiciones complementarias. Jurisprudencia, Policía de Espectáculos, Ley de Imprenta, Convenio de Berna y otros Tratados, con notas y aclaraciones. Madrid, 1.926.

García Noblejas y García Noblejas, Jose Antonio. La Titularidad de la Propiedad Intelectual en las obras cinematográficas, referidas especialmente al derecho español. Extracto del Dictamen 10 de Marzo de 1.965.

García Sanz, Rosa María, El derecho de Autor de los informadores Ed. Colex, 1.992

Gete-Alonso y Calera, Maria del Carmen. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1.989.

Gimbernat Ordeig, E. Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los artículos 13 y 15 del Código Penal). Estudios Penales y Criminológicos, XV. Universidad de Santiago de Compostela,

nº. XV. 1.992.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Autor y cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1.966.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual. Poder Judicial nº Especial IX.

Gimbernat Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho Penal. Acerca del Dolo Eventual. Civitas. Segunda Edición, 1.981.

Gimenez Bayo, Juan/Rodriguez Arias Bustamante, Lino. La Propiedad Intelectual. Compilacion y Comentarios de las Disposiciones Legales vigentes en España con su jurisprudencia. Instituto Editorial Reus. Madrid.-1.949.

Giuriati, Domenico El Plagio La Espaa Moderna

Goblot, Edmundo. Tratado de lógica. Editorial Poblet. 1.929.

Groizard y Gomez de la Serna, Alejandro. El Código Penal de 1.870 concordado y comentado Tomo VII. Salamanca, 1.897.

Gual de Sojo, Adriá. La Ley de Propiedad Intelectual de 11 de Noviembre de 1.987 Estudio Crítico. Revista Jurídica de Cataluña.

Guasp, Jaime. El Derecho de Propiedad Intelectual en la representación y proyección pública de las obras cinematográficas. Extracto el Dictamen. 29 de Marzo 1.965.

Guerrero Zaplana, Julio. Los llamados Vídeos Comunitarios y los Delitos contra la Propiedad Intelectual cometidos por estos. Revista La Ley.

Guinarte Cabada, Gumersindo. Determinación de las infracciones típicas. Comentarios a la legislación penal dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández. Tomo XIII. Edersa. 1.991.

Herrero García, María José, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz, Tecnos, 1.989.

Jaramillo García, A. Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1.870. Prólogo de Ildefonso Alamillo Salgado, Volumen II-Libros II y III. La Gaceta Regional. Salamanca.

Jescheck, H. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde. Vol. II Bosch.

Jiménez Villarejo, José. La responsabilidad Civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual y la vías judiciales para su exigencia. Poder Judicial nº Especial IX.

Jufresa Patau, Frances de P. El Fundamento Constitucional del Derecho de Autor REvista la LEY.

Jufresa Patau, Frances de P./Martell Perez-Alcalde, Cristobal. La Protección Judicial y Extrajudicial de los Derechos de Autor. REvista Jurídica de Cataluña.

Kant, E. Principios Metafísicos del Derecho Editorial Américallee, Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición.

Kauffmann, Armin. Teoría de las Normas. Depalma. 1.977.

Kernochan, J.M. Las condiciones imperativas para una gestión económica y eficaz de los derechos de autor. Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC) AG/86/1038. XXXVº Congreso. Madrid 6-11 de Octubre de 1.986.

López Quiroga, Julio. La Propiedad Intelectual en España. Madrid, 1.918.

Lacruz Berdejo, J.L. Prólogo a la obra de Bondía Román, Propiedad Intelectual. Su significado en la sociedad de la información. Trivium Editorial Madrid, 1.988

Lacruz Berdejo, Jose Luis. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. Madrid, 1.989.

Lamarca Pérez, Carmen. Legalidad Penal y Reserva de Ley en la Constitución Española. Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, núm. 20. Mayo-Agosto 1987.

Lledó Yagüe, F. Comentarios a la Propiedad Intelectual, Coordinados por Bercovitz. Tecnos 1.989.

Magiore Diritto Penale. Parte Especial. Vol. III. Ed. Temis Bogotá, 1.985.

Maqueda Abreu, Maria Luisa. Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología. Poder Judicial. 1.988.

Manzanares Samaniego, Jose Luis, La Ley Alemana sobre el derecho de autor y otros derechos análogos, Poder Judicial, 1.992.

Mascareñas, Carlos. Notas para un estudio sobre la defraudación de la Propiedad Intelectual. Revista Jurídica de Cataluña, 1.953.

Matthyssens, Jean. Gestión y control de los derechos sobre las obras audiovisuales. Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC) AG/86/992. XXXVº Congreso. Madrid 6-11 de Octubre de 1.986.

Melichard, Ferdinand. La remuneración del Autor y la Reproducción de las obras mediante la Reprografía. Confederación Internacional de Sociedades de Autores (CISAC) AG/86/1019. XXXVº Congreso. Madrid 6-11 de Octubre de 1.986.

Mestre Delgado, Esteban. Límites Constitucionales de las remisiones normativas en materia penal. Anuario de Derecho Penal. Mayo-Agosto, 1.988.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. PPU. 1.990.

Mira Benavent, Javier. El caso del Diario Egin: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de Diciembre de 1.986. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1.987.

Miserachs Rigalt, Antonio Delitos contra la Propiedad Intelectual NEJ.

Miserachs Sala, Pablo. Acotaciones Históricas a la reforma de la Propiedad Intelectual. Revista La Ley. Año VI Número 1174. 16 de Abril de 1.985.



- Miserachs Sala, Pablo. La Nueva Ley de la Propiedad Intelectual Revista La Ley, Año IX, Núm. 1.904. 12 de Febrero de 1.988.
- Miserachs Sala, Pau. La Propiedad Intelectual en España Revista la Ley, Año VII, Núm. 1.613. 26 de Diciembre de 1.986.
- Molé, Marcello. Plagio. Diritto romano. Nuovo Digesto.
- Molas Valverde, J. Propiedad Intelectual, Suma jurídica para la Práctica forense. Barcelona, 1962.
- Molas Valverde, J. Normas procesales de especialización en propiedad intelectual. Ediciones Nauta.
- Mommsen, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Tomo Segundo y Ultimo. La España Moderna.
- Moreno Catena, Victor. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1989.
- Morillas Cueva, Lorenzo. Sobre la denominación de la Sección III del Capítulo IV del Título XIII del Libro II del Código Penal. Poder Judicial nº Especial IX.
- Mouchet, Carlos/Radaelli, Sigfrido Protección Penal de los Derechos sobre las obras literarias y artísticas. Revista de Legislación y Jurisprudencia. 1.954.
- Muñoz Conde, Francisco Derecho Penal Parte Especial. 7ª Edición. Tirant lo blanch.
- Nappi, Casello, D'Ambrosio, Garavelli, Groso, La Greca, Mazzacuva, Perduca, Pisa Zagrebelsky, dirette da Franco Brícola e Valdemiro Zagrebelsky. Codice Penales, Parte Speciale, Vol. I.
- Nevado Aguirre, Jose M. Una cuestión a debate: la remuneración compensatoria del derecho de autor. Revista La Ley, Nº. 3.103. Octubre, 1.992.

O'Callaghan Muñoz, Xavier. El Vídeo como objeto de la Propiedad Intelectual Revista de Derecho Privado. Noviembre 1.982.

Ortiz de Zuñiga, Manuel/De Castro y Orozca, José. Código Penal Explicado para la comn inteligencia y fácil aplicación. Imprenta y Libreria de D. Manuel Sanz. Granada, 1.848. Tomo Tercero.

Orts Berenguer, E. Parte Especial, Coordinada por Vives Antón Tirant lo blanch, 2ª Edición. 1.988.

Otero Lastres, Jose Manuel. La protección constitucional del derecho de autor: Análisis del artículo 20.1 b) de la Constitución Española. Revista La Ley. Año VII Número 1.442. 30 de Abril de 1.986.

Pérez Castro, N. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1989.

Pérez Cuesta, Emilio. Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor. Revista de Derecho Privado. 1981.

Pérez de Castro, N. El derecho de propiedad sobre las obras de arte y el derecho del autor al respeto de la obra. Actualidad Civil, núm.4. 1987.

Pérez Serrano, Nicolás. El derecho moral de los autores. ADC. 1949.

Pacheco, Joaquin Francisco. El Código Penal, concordado y comentado. Tercera Edición, corregida y aumentada, Tomo III Imprenta de Manuel Tello. Madrid, 1867.

Paz Canalejo, Narciso. Naturaleza Jurídica de las Entidades de Gestión Colectiva Previstas en el Proyecto de Ley de Propiedad Intelectual. REvista La Ley, Año VIII, Núm. 1.682 3 de Abril de 1.987

Peña Quirós, B. Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales, dirigidos por Albaladejo. Tomo V, volumen II. 1985.

Piola Caselli, E. Diritti D'Autore. Nuovo Digesto Italiano, N° 12.

Polaino Navarrete, Miguel. Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual. Poder Judicial n° Especial IX.

Prudhon, Pierre Joseph. Les Majorats Litteraires. París. 1.863.

Queralt, Joan. Derecho Penal. Parte Especial. Bosch. 1986.

Queralt, Joan. De algunas bases del Derecho Penal Español. Anuario de Derecho Penal. ADP. 1985.

Quintano Ripolles, A. Tratado III. Madrid, 1965.

Riera Aisa, Luis Contrato de Edición NEJ

Rivero Hernández, Francisco. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. Madrid, 1989.

Rodríguez Devesa, J.M. Derecho Penal español. Parte Especial. Ed. Ceura, Madrid, 1.983.

Rodríguez Devesa. Parte Especial. Editorial Ceura. 13ª Edición. 1.990.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Comentarios al Código Penal. Ariel. 1.976.- Tomo I.

Rodríguez Ramos, Luis. Reserva de ley orgánica para las normas penales. Comentarios a la legislación penal dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández. Tomo I. Edersa. 1982.

Rodríguez Ramos, Luis. El "resultado" en la teoría jurídica del delito. Cuadernos de Política Criminal, n° 1. 1.977.

Rodríguez Tapia, J.M. Comentario al auto de 5 de Enero de 1.988 del Juez de Primera Instancia número 2 de Palma de Malloca aplicando la nueva Ley de Propiedad Intelectual. Poder Judicial.

Rodríguez Tapia, J.M. Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, coordinados por Bercovitz. Tecnos. 1.989.

Rodríguez Tapia, Jose Miguel Siete Derechos en Busca de Autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de Noviembre de 1.987 (BOE 17 de Noviembre ) ADC. 1.988.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino. Naturaleza Jurídica de los Derechos Intelectuales. Revista de Derecho Privado. Septiembre-Octubre, 1.949.

Rogel Vide, Carlos. Autores, coautores y propiedad intelectual. Tecnos. 1.984.

Rogel Vide, Carlos. El Video y la Propiedad Intelectual. Revista La Ley. 1.982

Rogel Vide, Carlos. Notas sobre el Derecho de cita de obras literarias o artísticas. Revista La Ley. 1.984.

Rogel Vide, Carlos. De los límites a las infracciones del Derecho de Autor. Revista La Ley, Año X, Núm. 2.148. 20 de Enero de 1.989.

Roldán Barbero, Horacio. Personalismo y Patrimonialidad en la reciente modificación de los Delitos contra los Derechos intelectuales. REvista La Ley. 1.988-2.

Romeo Casabona, C. M. El Médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad). Bosch. 1.981.

Romeo Casabona, C.M. Poder Informático y seguridad Jurídica. Fundesco. 1.988.

Ruiz Antón, Luis Felipe. El agente Provocador en el Derecho Penal. Edersa. Madrid, 1982.

Ruiz Miguel, Angel, Estudio Preliminar: Bobbio y el positivismo jurídico italiano, Ed. Debate, 1.990.

Sainz Moreno, Fernando. El Derecho de Autor de los Funcionarios Publicos. Información Jurídica. Civitas.

Madrid.- Marzo 1.990

Samaniego Bordiu, Gonzalo. Introducción a la Nueva Ley de Propiedad Intelectual. Boletín núm. 1.483.

Serrano Alonso, Eduardo. Sugerencias para una Reforma del Derecho de Autor. Actualidad Civil N° 2. Semana 6-12 Enero 1.986.

Soto Nieto, Francisco. Delitos contra los Derechos de los Titulares de la Propiedad Intelectual. Poder Judicial, n° Especial IX.

Storch de Gracia y Asensi, Jose Gabriel. Acerca del Derecho a la intimidad y a la propia imagen de un torero, por la difusión del video de su cogida y muerte. Revista la Ley. Año VIII, Número 1.690. 15 de Abril de 1.987.

Storch de Gracia y Asensi, Jose Gabriel. Derecho a la producción y creación intelectual, Derecho de Autor y Derecho de Propiedad sobre la Obra Concreta.- Reflexiones para una construcción jurídica de dichos derechos. Revista la Ley. Año VII, Número 1.461. 27 de Mayo de 1.986.

Tallón García, José Los efectos de la relación jurídico-laboral periodística sobre la propiedad intelectual Revista General de Derecho. 1.983.

Vega Vega, José Antonio. Derecho de autor. Tecnos. 1990.

Vega Vega, Jose Antonio. Consideraciones de Política Criminal sobre el Plagio como infracción de los Derechos de Autor. Revista Internacionale de Droit Pénale. 1.978.

Vega Vega, Jose Antonio Titulares Protegidos en el Derecho de Autor Revista General de Derecho. Septiembre, 1.986.

Viada y Vilaseca, Salvador. Código Penal 1.870, Concordado y comentado. Tomo III. Madrid, 1.890.

Viada y Vilaseca, Salvador. Código Penal de 1.870. Editorial Reus. Tomo V, Quinta Edición, corregida por Salvador Viada Rauret Madrid, 1.927.

Vives Antón, Tomás S. Libertad de Prensa y Responsabilidad Criminal. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1.977.

Vives Antón, Tomás S. La estructura de la teoría del concurso de infracciones. Colecciones de Estudios. Serie Minor. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia, 1.981.

Vives Antón, Tomás S. Ponencia del Informe sobre el Anteproyecto del Código Penal. Consejo del Poder Judicial. 1.992

Vizmanos, Toms María/Alvarez Martinez, Cirilo. Comentarios al Código Penal. Establecimiento tipográfico de J. González. Madrid, 1.848.

Wistrand, Hugo. Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses oeuvres. Editions Montchrestien. 1.968.