

LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Por

JOSÉ-ANTONIO VEGA VEGA

Doctor en Derecho. Abogado

Director de la Escuela U. de CC. Empresariales de Plasencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Planteamiento. 1.2. Las infracciones contra la propiedad intelectual como delitos "sui generis".- 2. LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS. DIFICULTADES PARA SU TIPIFICACIÓN. 2.1. Violaciones de derechos morales. 2.2. Infracciones de derechos patrimoniales. 2.3. Conductas mixtas.- 3. LA REFORMA DE 1987. 3.1. Alcance de la Reforma. 3.2. Incriminación dolosa.- 4. CONDUCTAS INCRIMINADAS. 4.1. Ideas preliminares. 4.2. Intrascendencia del perjuicio económico y del ánimo de lucro. 4.3. Tipo básico. 4.3.1. Reproducción de obras. 4.3.2. Plagio. a) Noción. a') Concepción amplia. b') Concepción restringida: diferencia entre plagio y usurpación. c') La suplantación de la personalidad del autor o intérprete. b) La tipificación del plagio en el Código Penal. c) Contenido de la conducta. d) Requisitos. 4.3.3. Distribución. 4.3.4. Comunicación pública. 4.3.5. Importación, exportación y almacenamiento de obras procedentes de actividades ilícitas. 4.4. Tipos agravados. 4.4.1. Obrar con ánimo de lucro. 4.4.2. Infringir el derecho de divulgación del autor. 4.4.3. Usurpar la condición de autor o artista. 4.4.4. Modificación sustancial de la obra. 4.5. Conductas hiperagravadas. 4.5.1. Existencia de copias ilícitas que posean especial trascendencia económica. 4.5.2. Daño de especial gravedad. 4.6. El consentimiento del titular como elemento negativo del tipo.- 5. LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR.- 6. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD. 6.1. Límites al derecho de reproducción, distribución y comunicación. 6.1.1. Reproducciones destinadas al uso privado. 6.1.2. Reproducciones, distribuciones y comunicaciones. a) Supuestos generales. b) El derecho de cita. c) La problemática de las "citas de citas". d) Análisis, comentarios o juicios críticos. e) Revistas de prensa. 6.2. Límites al derecho de autorizar la transformación. 6.3. Límites al derecho de autorizar la emisión o retransmisión. 6.4. Límites al derecho a no divulgar.- 7. CONCLUSIÓN: CUESTIONES DE "LEGE FERENDA". 7.1. La falta punible contra los derechos de autor. 7.2. Requisitos de procedibilidad. 7.3. Incriminación del empleo de "ghost writers".

1. INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO

De las formas jurídicas de protección de la propiedad intelectual, la penal es la más enérgica y eficaz, por cuanto que la índole de las sanciones así como el carácter público del Ordenamiento actúan como resortes intimidatorios y represores contra los posibles infractores de la legalidad en la materia, por lo que, en buena lógica, cuando se habla de protección de este instituto debemos referirnos a esta forma de tutela en la medida que, en muchos casos, la tutela civil va a la zaga y porque, sin duda ninguna, es siempre la protección punitiva la que se elige por las posibles víctimas para buscar amparo contra las infracciones de sus derechos.

Como cuestión preliminar hemos de decir que la naturaleza jurídica del contenido de esta institución va a determinar la tutela que el Ordenamiento dispensa a la misma, de ahí que sea lógico significar que, de acuerdo con la naturaleza jurídica atribuida al derecho de autor, se acomode la protección penal a dicho instituto. Por esta razón, de lo primero que hemos de ocuparnos ha de ser del carácter de esta serie de facultades que se cobijan bajo el nombre de "propiedad intelectual" o "derecho de autor".

A lo largo de la historia y en consonancia con las ideas imperantes en cada país, se ha buscado su encuadre en una forma típica de infracción, y la Jurisprudencia y los comentaristas han procurado buscar explicaciones y concordancias lógicas a través de textos oscuros y contradictorios -leyes de propiedad intelectual y códigos penales- con la intención de que se cumpliera el propósito del legislador, que -como dicen RADAELLI y MOUCHET- es asegurar al autor su derecho y castigar la violación de la norma¹. Son sintomáticas las palabras de Piola CASELLI en relación con el tema: "Me parece que es un esfuerzo inútil reducir la variedad de las formas materiales y lógicas de estas lesiones al derecho de autor a una forma típica del delito y que, por tanto, constituye también un error de teoría y práctica el solo hecho de incluirles en el elenco de los delitos patrimoniales"². Opinión que, en

¹ RADAELLI/MOUCHET, "Protección penal de las obras literarias", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, IV, junio, 1961, pág. 553.

² P. CASELLI, *Tratatto del diritto di autore*, 2ª ed., Nápoles-Turín, 1927, parág. 18, p. 691.

síntesis, concuerda con la de los mentados autores RADAELLI y MOUCHET, cuando destacan los dos errores en que ha venido incurriendo la Doctrina al analizar la materia, y que tienen su raíz, de una parte, en la exclusiva consideración del aspecto patrimonial de los derechos mencionados, olvidando su carisma de derechos de la personalidad, y, de otra, en haber intentado reducir a un tipo unitario los delitos contra los expresados derechos, viendo en ellos únicamente delitos de falsificación, defraudación, usurpación o hurto³.

Un detenido examen de las leyes más evolucionadas sobre el derecho de autor (Alemania, Francia, Portugal, Italia, etc.)⁴ pone de relieve que las viejas concepciones de falsificación, defraudación o usurpación están desapareciendo como fórmulas válidas para tipificar los delitos contra la propiedad intelectual. Sólo algunos países aislados (Siria, Libia, etc.)⁵ mantienen en sus leyes tales términos. En la mayoría de las legislaciones se constata la tendencia a tipificar las infracciones que nos ocupan como delitos *sui generis*. Asimismo, es evidente el hecho de que cuando se habla de fraude, falsedad, etc., en las legislaciones más evolucionadas, es bajo el exclusivo ángulo de calificación material, no jurídico penal. Esto es, atendiendo más a una noción vulgar que a un concepto jurídico, con lo que se incurre en el consiguiente defecto de rigor técnico-científico.

1.2. LAS INFRACCIONES CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMO DELITOS "SUI GENERIS"

Las infracciones punitivas contra la propiedad intelectual deben configurarse como delitos especiales, en la consideración de que las conductas incriminadas atacan no sólo facultades patrimoniales o ideales de su titular, sino que también tienen trascendencia social, dado que con la tutela de los derechos

³ Cfr. RADAELLI/MOUCHET, *Derechos del escrito y del artista*, Madrid, 1953, pp. 234-235; IDEM, "Protección penal de las obras literarias", cit., pp. 557 y ss.; E. SANCHEZ ARROYO, *Protección Penal del Derecho de Autor*, tesis inédita, Madrid, 1965, p. 56.

⁴ Cfr.: Ley francesa de 11 de marzo de 1957, modificada por la Ley de 3 de julio de 1985; Ley alemana de 9 de septiembre de 1965; Ley italiana de 22 de abril de 1941, y Código portugués de Derecho de Autor, de 17 de septiembre de 1985.

⁵ Cfr.: Ley siria de 22 de septiembre de 1926 y Ley libia de 16 de marzo de 1968.

de autor y afines se protegen, además, intereses culturales o científicos de honda incidencia social, por lo que su encuadre reclamaría un título autónomo y especial, habida cuenta la dificultad de asimilarlos a otras conductas actualmente perseguidas.

En lo que respecta al Derecho español, hay que significar que el mayor avance cualitativo se produce con la reforma del Código Penal de 1963. La mayoría de los tratadistas están de acuerdo en afirmar que la reforma meritada, con la sustitución léxica del giro verbal "cometer defraudación" por el verbo "infringir", otorgó a dicho precepto un mayor radio de acción⁶. Por ende, tal sustitución no había de entenderse como continuidad de la situación anterior, tal como opinaba QUINTANO RIPOLLÉS⁷. En efecto, si el legislador consideró conveniente reemplazar la terminología fue porque quiso dotar al antiguo art. 534 -precepto penal en blanco- de un mayor alcance en lo atinente a la tipicidad. De este modo, dicho artículo adquirió un marcado carácter progresista en la protección de la propiedad intelectual, que, en cierta medida, le hacía capaz de acoger en su espíritu la gama de valores morales implícitos en el derecho de autor, todavía desconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual de 1879 y que ya entonces tutelaban la mayoría de las leyes extranjeras sobre derecho de autor.

La acción consistía en "infringir intencionadamente los derechos de autor". Infringir, en sentido legal, vale tanto como quebrantar una norma o prescripción -positiva o negativa- de conducta. Y aquí, al analizar esta expresión, es donde únicamente pudieran tener cabida las reseñadas palabras de QUINTANO sobre el vacío del art. 534 del CP. La tipicidad en blanco podía calificarse de vacía, y podía también significar que no toda infracción de las múltiples facultades reconocidas en la Ley especial constituía delito⁸. Pero de ahí a pensar que la situación alcanzada con la reforma, en lo tocante a la tipicidad, había de ser forzosamente la misma que antes de la revisión, media un abismo, ya que la reforma de 1963 del CP dio al art. 534 un nuevo contenido, capaz de poder amparar en su tenor cualquier ampliación de

⁶ DIAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código Penal*, Barcelona, 1963, p. 263; A. MISERACHS RIGALT, "Delitos contra la propiedad intelectual", en N.E.J., VI (1954), pp. 677 y ss.; SANCHEZ ARROYO, *op. cit.*, p. 82.

⁷ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, III, Madrid, ed. 1978, pp. 597 y ss.

⁸ A este respecto, sigue la opinión sostenida por DIAZ VALCÁRCEL, en *op. cit.*, p. 263.

derechos que una futura ley sobre la materia pudiera establecer. Se ha de reconocer, además, que en la legislación anterior al año 1963 no se planteaba el problema de la espiritualidad del derecho de autor, dado que, de una parte, la acción venía referida no a la infracción de los derechos de autor, sino a cometer alguna defraudación de los mismos⁹, siendo patente que el empleo del término defraudación en el tipo permitía sostener una interpretación de éste que incluyera la idea de que en él se castigaba nada más que el lucro económico ilícito en perjuicio de otro¹⁰, y, de otra parte, las infracciones que nos ocupan se integraban en la sección de las estafas¹¹. Ahora bien, al prescindir del verbo “defraudar” sustituyéndolo por el de “infringir”, mucho más amplio, que abarca incluso las infracciones de matiz no económico, ya no podría afirmarse que resplandeciera en él de forma exclusiva la finalidad económica de la acción¹².

Desde nuestro punto de vista, la reforma de 1963, relativa al antiguo art. 534 del CP, supuso un gran avance en la protección del derecho de autor, al mismo tiempo que, como tal precepto en blanco, representaba una enérgica reivindicación de cara a la promulgación de una ley más acorde con las nuevas tendencias doctrinales¹³.

No es difícil advertir las diferencias que a este Código le separan de su anterior. El art. 533 pasa a integrar el número 534, en el que se aprecian innovaciones tales como: a) sustitución del rótulo propiedad intelectual por derecho de autor; b) incremento de la cuantía de la sanción pecuniaria; c) creación de una nueva figura agravada, calificada por la reincidencia; d) incriminación dolosa, al exigir el tipo subjetivo de la infracción intencionada;

⁹ Véase GIMÉNEZ BAYO/RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1949, p. 313.

¹⁰ En este sentido M. DÁNVILA COLLADO, *La propiedad Intelectual*, Madrid, 1882, p. 662.

¹¹ Por la que conceptualmente suele entenderse la idea de un perjuicio patrimonial causado mediante engaño. Cfr. J. ANTÓN ONECA, “Estafa”, en NEJ, IX, (1958), pp. 56 y ss., especialmente las pp. 67 y ss.

¹² Cfr. E. SÁNCHEZ ARROYO, *op. cit.*, p. 84.

¹³ Resultaba inexplicable cómo en España, cuya LPI de 1879 fue el origen de otras leyes nacionales (sobre todo de países iberoamericanos), no se hubiera planteado en esa época la reforma de la misma, máxime cuando se había reformado el Código Penal en esta materia, que, como precepto en blanco, necesitaba de una sustantividad que lo integrara. De esta forma se llegó a una situación paradójica: el Código Penal podía amparar derechos de índole moral que se ignoraban en la Ley civil.

e) sistemáticamente se ha creado en el Libro II, título XIV, capítulo IV una nueva sección, la tercera, para recoger los delitos contra los derechos de autor y la propiedad intelectual, desgajándola de la sección de las “Estafas y otros engaños”, dado que no puede apreciarse engaño en la comisión de estos delitos, y f) espiritualización del derecho al tutelarse las facultades morales más nítidamente.

2. LAS CONDUCTAS ANTIJURÍDICAS. DIFICULTADES PARA SU TIPIFICACIÓN

A lo largo de la historia de la legislación sobre el derecho de autor o propiedad intelectual, se han venido enmarcando las diferentes conductas delictivas en una misma figura o tipo y, por ende, sancionándose con una misma pena¹⁴. El equívoco no podía ser mayor, dada la multiplicidad de figuras que pueden ocasionarse con motivo de la violación del derecho en examen, en virtud de la disparidad de formas que pueden revestir los ataques. Afortunadamente, en las legislaciones modernas¹⁵, aunque no con la rotundidad necesaria, se aprecia un intento de diversificar figuras autónomas de delitos contra la propiedad intelectual, a fin de concretar cada violación de los derechos de autor y afines en un determinado tipo, de acuerdo con el perjuicio ocasionado, modalidades de comisión o trascendencia social.

La Doctrina ha intentado buscar, sin demasiado éxito, una definición de los delitos que lesionan los derechos de autor. Podemos decir que es delito contra la propiedad intelectual *toda acción tipificada en la ley por la que se atente contra las facultades ínsitas en el derecho de autor*.

Es evidente que no todos los delitos cometidos contra los derechos de autor y afines tienen la misma gravedad, ya se atiende a las ínsitas facultades - patrimoniales y espirituales del titular-, ya a su trascendencia social. La gravedad o levedad de la infracción vendrá determinada por una serie de presupuestos. En primer lugar, el presupuesto material del interés crematístico

¹⁴ Para este epígrafe puede verse J.A. VEGA VEGA: “Consideraciones de Política Criminal sobre el plagio como infracción de los derechos de autor”, en “Revue International de Droit Penal”, 1978, núm. 1, págs. 389 y sigs.

¹⁵ Cfr. Ley de la R.F. de Alemania, arts. 106 y ss.; Código Portugués, arts. 195 y ss.; Ley francesa, arts. 70 y ss.

del autor: el hecho de reproducir ilícitamente una obra puede repercutir en la percepción de beneficios del creador, lo cual, en suma, afecta a su patrimonio. En segundo lugar, el atentado contra el honor, verdad o nombre del autor debe tener justa correspondencia en la determinación de la naturaleza de la violación, en atención a las facultades espirituales del autor. Por último, el daño social ha de ser ponderado a la hora de la exacta tipificación de una conducta infractora de tales derechos. Toda esta suma de elementos debe proporcionar con equidad un resultado justo: la penalidad, concretada de tal forma que se hayan sopesado todos los elementos que configuran el tipo delictivo.

Para trazar un cuadro sinóptico de las posibles conductas delictivas que pueden engendrar violación del derecho de autor, y a guisa de esbozo de tan complejo tema, haremos tres grandes grupos, bajo cuya rúbrica pueden cobijarse todas las posibles acciones antijurídicas: 1) Violaciones de derechos morales. 2) Infracciones de derechos patrimoniales. 3) Conductas mixtas, en las que la lesión afecta tanto a las facultades de índole espiritual como de naturaleza patrimonial.

2.1. VIOLACIONES DE DERECHOS MORALES

Puede atentarse contra los legítimos derechos de propiedad intelectual no respetándose las facultades morales reconocidas por la Ley (cfr. art. 14 LPI). Entre estos atentados adquieren especial gravedad las conductas plagiarias y aquellas otras que violan el derecho al “respeto” de la obra o a la reputación del autor.

La mayor dificultad que podemos encontrar en la salvaguarda de tales derechos hace referencia a la determinación cuántica del perjuicio ocasionado. Quizá en estos supuestos sería conveniente inspirarse en los delitos contra el honor, para que de un modo análogo a como aquéllos se regulan pudieran éstos normarse, adecuando las pertinentes sanciones a la *naturaleza de sus infracciones*.

2.2. INFRACCIONES DE DERECHOS PATRIMONIALES

Si se efectúa una nueva edición, representación, reproducción, etc., de la obra sin alterar para nada su contenido, mas sin el necesario permiso del

titular del derecho examinado, tendremos la forma menos grave de lesionar la facultad en análisis, ya que únicamente podrían resultar alcanzados por la infracción - o al menos sólo fundamentalmente- los intereses económicos del autor. Ninguna violencia habría, por consiguiente, en encuadrar estos hechos dentro de los delitos contra la propiedad y el patrimonio, y una vez dentro de este apartado, entre las estafas (si no existiese, claro está, una específica tipificación de estas conductas). Es el tipo que bien pudiéramos calificar de básico en los delitos relativos al derecho de autor, la forma más simple de cometerlos, porque las restantes -como veremos a continuación- ofrecen notas de mayor gravedad criminal.

2.3. CONDUCTAS MIXTAS

Fuera de estos tipos puros de conductas antijurídicas contra los derechos de autor, una gran gama de acciones y omisiones pueden producir atentados contra las legítimas prerrogativas del creador. Pero esta acción no representa nítidamente un ataque a una esfera peculiar de tales facultades. Sus violaciones son tanto de ámbito espiritual como patrimonial. De ahí que concluyamos denominándolas figuras mixtas, en cuanto que están infringiendo doblemente los poderes del creador.

Las conductas mixtas por excelencias son aquellas que, afectando a la paternidad o a la integridad de la obra o a cualquier otro derecho moral, persiguen la infracción de un derecho económico con la finalidad de obtener un lucro injusto, aunque no llegue a producirse.

En la mayor parte de los supuestos, los delitos contra la propiedad intelectual son de naturaleza mixta. La gravedad en estos supuestos es evidente: se ataca a la propia personalidad del autor que ve cómo una obra dada a la luz por su intelecto aparece bajo la firma de otra y que, además, se le causa un perjuicio económico, en cuanto que se le impide explotar comercialmente la obra por él realizada. También la sociedad resulta perjudicada, dado que no se respeta el derecho a conocer la verdad sobre el nombre o autoría de la persona que ha incrementado el acervo cultural de la humanidad y que, como tal, tiene derecho a que se le rinda el homenaje que merece.

3. LA REFORMA DE 1987

3.1. ALCANCE DE LA REFORMA

La tutela penal del derecho de autor ha sufrido con la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, una reforma sustancial, al modificar la sección III del capítulo 4º, título XIII, libro II, del Código Penal vigente. Esta modificación, que tiene su causa en la publicación de la nueva LPI, representa un gran avance en materia de protección punitiva de los derechos de autor, a los que el legislador, en correspondencia con la ley civil, vuelve a rotular con la denominación de “propiedad intelectual”.

La Ley Orgánica 6/1987 (modificada en lo atinente a la cuantía de las penas de multa por la L.O. 3/1989, de 22 de junio) consta de dos artículos: el número 1 da nueva redacción al art. 534, dedicándolo exclusivamente a la protección de los derechos de propiedad industrial, en tanto que el ordinal 2 crea los artículos 534 bis a), b) y c), y 534 ter, todos ellos encaminados a tutelar los derechos de autor y afines.

Como analizaremos más adelante, la conducta antijurídica básica viene concretada en el art. 534 bis a) del CP¹⁶. El régimen actual de los delitos citados difiere sustancialmente del observado en la precedente regulación. Se han introducido diversas innovaciones de cierta trascendencia que colocan al Código Penal, de una parte, en una línea más evolucionada y que le separan, de otra, de la arcaica protección que se dispensaba en los textos precedentes.

No es difícil advertir las diferencias que a estos preceptos les separan de su anterior regulación: a) El artículo 534 se destina exclusivamente a la protección de la propiedad industrial y se dedican cuatro nuevos artículos al régimen punitivo de los delitos contra la propiedad intelectual, con una acertada tipificación y ampliación de las tutelas sobre la gama de conductas delictivas. b) El legislador ha optado por diferenciar las conductas atentatorias contra la propiedad industrial de las infracciones del derecho de autor. Desde este

¹⁶ Puede verse: J. BOIX REIG y OTROS, *Derecho Penal*. Parte especial, 2ª ed., Valencia, 1988, pp. 900 y ss.; C. CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988 págs. 295 y sigs.; GOMEZ BENITEZ/QUINTERO OLIVARES, *Protección penal de los derechos de autor y conexos*, Madrid, 1988, págs. 55 y sigs.; V. LATORRE, *Protección penal del derecho de autor*, Valencia, 1994, pp. 131 y ss.; H. ROLDAN BARBERO: “Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, en la Ley, 1988, núm. 1943, 8 abril 1988; J.A. VEGA VEGA, *Derecho de Autor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp..

punto de vista, la segregación en distintos artículos resulta positiva, ya que ello permite establecer con más detalle las garantías jurídicas de las facultades protegidas. De todas formas, hubiera sido más acertado haber regulado estos delitos en dos secciones diferentes, así permitiría en un futuro -para el supuesto de mantenerse el actual texto punitivo- una regulación más exhaustiva de las infracciones contra la propiedad industrial, sobre todo si tenemos en cuenta que no se hubiera alterado la sistemática del Código, habida cuenta que la actual sección quinta está sin contenido. c) Es importante también subrayar que se deroga el régimen general de responsabilidad civil del Código Penal, estableciendo, en el art. 534 *ter*, un sistema especial: el contenido de los arts. 127 y 128 de la LPI, más seguro y efectivo, ya que al estar pensado para el supuesto concreto hará más fácil restablecer el perjuicio moral y económico padecido por el perjudicado. d) Resulta negativa la vuelta a la terminología de “propiedad intelectual”, tal como se dijo antes. d) Se suprime la agravante especial de reincidencia. e) Quedan derogadas las posibles sanciones administrativas: al haberse suprimido por la LPI las competencias que tenían los gobernadores civiles en esta materia, es lógico que el nuevo Código Penal no deba aludir a esas “sanciones determinadas en leyes especiales”.

3.2. INCRIMINACIÓN DOLOSA

La reforma de 1987 mantiene la incriminación dolosa de los delitos contra la propiedad intelectual, si bien la misma va referida a la realización de las conductas del tipo (reproducir, plagiar, importar, etc.) y no a la infracción de los derechos de autor, con lo que se introduce un nuevo matiz que lo aleja de su significación anterior.

La primera duda que plantea el adverbio “intencionadamente” es la de la amplitud que deba otorgarse al mismo. No se trata aquí de si la voz intención ha de tomarse en su acepción amplia o restringida, sino que, admitiendo el segundo sentido, esto es, que en dicho término se engloba el dolo directo, con exclusión de la comisión culposa, lo que en verdad interesa dilucidar es si “intencionadamente” equivale a “conscientemente”, sin más agregados psicológicos, o si, por el contrario, ha de asignarse a dicho término un matiz de conciencia defraudatoria, sin perjuicio de los genuinos de representación y voluntad implícitos en el mismo.

La conclusión que se nos ofrece, teniendo en cuenta las distintas opiniones doctrinales, es afirmar que la expresión referida ha de entenderse como “conscientemente”, y nada más, salvo, como es natural, el elemento volitivo anejo a toda intencionalidad y cuya presencia en la misma no ofrece obstáculos especiales. Se ha de entender, en suma, que el agente tiene conocimiento (elemento intelectual) del significado de la acción (sabe que está realizando una conducta de reproducir, plagiar, distribuir, comunicar, etc., sin la autorización del titular de la obra), y a la vez quiere con su proceder (elemento volitivo) la ejecución de esa conducta¹⁷.

4. CONDUCTAS INCRIMINADAS

4.1. IDEAS PRELIMINARES

La nueva regulación introducida por L.O. 6/1987 descende al desarrollo de un catálogo de conductas a la hora de tipificar las infracciones contra la propiedad intelectual. Esta actitud del legislador es plausible, dado que de esta manera es más fácil conocer cuáles son los actos sancionados por la ley. Con esta forma de tipificación concreta, se abandona la característica de precepto penal en blanco que tenía el anterior art. 534. No obstante, habida cuenta que la ley penal va a la zaga de la ley civil, el tipo habrá que integrarlo en no pocos casos con elementos normativos que se contengan en la LPI o en los tratados internacionales, si se tratare, en este último supuesto, de proteger obras o autores acogidos a este ámbito, sobre todo desde el punto de vista de la concreción del objeto de tutela, esto es, la obra de la inteligencia.

También resulta acertada la tipificación de conductas agravadas en base al daño moral o económico que se cause al autor o a la trascendencia social que suponga la infracción.

Resulta novedosa la tipificación como delitos de las importaciones, exportaciones o almacenamiento de ejemplares de dichas obras, siempre que concurra la intencionalidad dolosa y la ausencia de consentimiento de los interesados. En este último caso, el legislador ha seguido prácticamente el modelo francés¹⁸.

¹⁷ Puede Verse J.A. VEGA VEGA, *Derecho de Autor*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 231 y 232.

¹⁸ Véase art. 426 del “Code pénal” francés.

4.2. INTRASCENDENCIA DEL PERJUICIO ECONÓMICO Y DEL ÁNIMO DE LUCRO

Consecuencia de la autonomía y cambio de rótulo operados desde la reforma de 1963, es la espiritualización del derecho de autor. Se ha buscado un sentido más independiente, teniendo en cuenta su específica configuración de patrimonio e idea, de materialidad y espiritualidad. Por esta razón, al desgajarse en su día del capítulo de las estafas y haberse borrado la expresión “defraudación de la propiedad intelectual”, tan equívoca y peligrosa, no cabe duda que se ha ampliado notoriamente la protección, porque, en suma, se está tutelando una especialísima forma de propiedad, en la que sí, en cierta medida, cuenta su carácter patrimonial también cuenta, y no en menor medida, su sentido espiritual.

Por tanto, si al amparo de la anterior redacción no nos pronunciábamos sobre la necesidad de la concurrencia del perjuicio económico para configurar el tipo, mucho menos puede predicarse en la actual formulación la necesidad de la concurrencia del requisito de un perjuicio económico. La tipificación es meridianamente clara y las conductas previstas en el CP son puras, en la medida que ni el perjuicio patrimonial ni el valor de la defraudación constituyen elementos del tipo básico¹⁹.

En el mismo orden de ideas, hay que entender que el ánimo de lucro no conforma un elemento del tipo básico de los delitos contra la propiedad intelectual, habida cuenta que el propio Código Penal eleva la concurrencia de esta circunstancia a una modalidad agravada de forma comisiva en el apartado a) del ordinal 1 del art. 534 bis b).

4.3. TIPO BÁSICO

El tipo básico de los delitos contra los derechos de autor viene establecido en el art. 534 bis a) del CP, que castiga con la pena de multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas a quien “intencionadamente reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica o su transformación o una interpretación o

¹⁹ Cfr. SS del TS de 27 abril de 1979 y 14 febrero 1984, entre otras.

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”, así como a quien “intencionadamente importare exportare o almacenare ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización”.

Las conductas castigadas se refieren tanto a *violaciones del derecho moral* (plagio), como a *otras de alcance netamente económico* (reproducción, distribución, comunicación pública, interpretación o ejecución, e importación, exportación o almacenamiento de obras). Es de notar que la simple transformación (incluyéndose la traducción o modificaciones parciales) incomprensiblemente no se tipifican como conducta básica, amparándose estos derechos sólo desde la óptica civil (art. 21 LPI).

4.3.1. Reproducción de obras

La reproducción es la forma más usual de explotación de una obra de la inteligencia, por cuya razón se enumera como el primero de los derechos en el art. 17 de la LPI y, en justa correspondencia, se tipifica como la primera forma de infracción básica de los derechos de autor. Reproducir, a efectos del tipo que nos ocupa, es la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella (cfr. art. 18 LPI)²⁰.

Por consiguiente, el elemento material de esta conducta consistirá en reproducir sin autorización del autor. La simple reproducción de un ejemplar es suficiente para integrar el tipo. La reproducción puede ser total o parcial. Y sería indiferente cualquiera que fuera el medio o procedimiento empleado (edición, registro mecánico, audiovisual, magnético, láser, etc.), sin que sean valorables a efectos del tipo la necesidad de la existencia del perjuicio económico o el ánimo de lucro.

²⁰ Sobre el derecho de reproducción de los artistas intérpretes o ejecutantes, puede verse el art. 6 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre (LCeur 1992, 3589), sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

4.3.2. *Plagio*

a) *Noción*

Señala ALGARDI que no existe una definición jurídica de plagio precisa y unívoca, debido a la dificultad de determinar los límites de la noción jurídica y extrajurídica de lo ilícito²¹. Las múltiples conexiones que se acumulan en tal acción hacen que la determinación de su concepto escape a los terrenos de lo fácil, máxime cuando, como se acaba de apuntar, se entrelazan problemas de distinta índole²².

Pese a la absoluta certeza de la frecuente utilización del término “plagio” -como acertadamente ha escrito CARRELLI²³- y ser esta voz de dominio público, resulta difícil, sin embargo, verter este concepto al ámbito jurídico, aun cuando tal conducta suponga un atentado contra los derechos más íntimos del creador y tenga por honda repercusión en la conciencia colectiva del pueblo, y, por ende, debe buscarse la forma de represión más acertada posible a cada situación concreta²⁴.

La mayor dificultad en la búsqueda de una noción de plagio se presenta a la hora de acotar los límites de la acción, lo que ha motivado surjan dos concepciones distintas -restringida una, amplia la otra-, irreconciliables entre sí, que han tenido su proyección -casi siempre negativa- en las diferentes legislaciones, entre ellas la española.

a') *Concepción amplia:*

No existe unanimidad en la fijación de los límites de la acción integradora del plagio. Según una concepción amplia, el plagio puede abarcar desde la simple imitación fraudulenta de la obra de otra hasta la mera reproducción total o parcial de dicha obra, usurpando la condición o el nombre del autor o intérprete originarios. Dentro de esta corriente, ALGARDI lo define como

²¹ ALGARDI, *Il plagio letterario e Il carattere creativo dell'opera*, Milano, 1966, pág. 210.

²² Idem: loc. cit.

²³ CARRELLI, “Appunti in tema di tutela penale del diritti degli autori”, en IDA (1960), I, pág. 13.

²⁴ J.A. VEGA VEGA, “Consideraciones sobre el plagio...”, cit., págs. 391 y sigs.

“simulación de la originalidad de la creación intelectual de una obra derivada, en toda o en parte, a través del conocimiento o mediante la reproducción o la elaboración de la obra o del elemento creador de la obra tutelable perteneciente a otro”²⁵. El plagio, sería, a tono con su etimología griega, “un fraude doloso contra la producción literaria, artística o científica de un autor, en el que, basándose -dice STRÖMHOLM- en una creación precedente, una persona se adjudica como propios trabajos de otro, y que ya desde antiguo viene apreciándose como un *furtum laudis*, consistente en la utilización o presentación de obras o partes de obras ajenas como propias”²⁶. Por consiguiente, según esta concepción amplia, el plagio abarcaría desde la imitación o copia fraudulenta o servil de las ideas de otro hasta la reproducción total o parcial de la obra, con apropiación de la condición de autor o intérprete. Esto es, el plagio abarcaría tanto las conductas imitadoras o apropiadoras de ideas como la lisa y llana usurpación de la personalidad o condición de autor o intérprete.

b') Concepción restringida: diferencia entre plagio y usurpación

Otro sector doctrinal parte de un concepto más restringido de plagio, al que diferencian de la otra conducta más grave denominada “usurpación de la personalidad o condición de autor o intérprete”. Según esta corriente, el plagio sería “una imitación fraudulenta o copia servil de las ideas contenidas en la obra de otro”. El plagiario no reproduce ni adapta, simplemente toma la sustancia de una obra y la da un giro o toque personal. Esta apropiación de la sustancia o de las ideas de la obra de otro comporta un atentado a los derechos del autor plagiado, pero sólo cuando se dan los requisitos aludidos de fraude y servilismo en la imitación, ya que si el plagiario modifica hábilmente la composición y la expresión de la obra nueva y la supera, queda impune, lo que ha llevado a decir a PLAISANT: “El plagio hábil es moralmente censurable pero jurídicamente irreprochable”²⁷. Por consiguiente, sólo la burda o servil imitación y la apropiación fraudulenta de las ideas contenidas en la obra de otro podría tipificarse como plagio y, por ende, como conducta incriminada.

²⁵ ALGARDI, *op. cit.*, pág. 213.

²⁶ S. STRÖMHOLM, *Le droit moral de l'auteur*, I, Estocolmo, 1967, pág. 82.

²⁷ PLAISANT, *Droit des auteurs*, pp. 167 y ss., cit. por C. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 3ª ed., París, 1986, págs. 381-382.

Por su parte, la “usurpación de la personalidad de la condición de autor” consistiría en la reproducción o representación ilícita de una obra o parte de ella sin modificarla o introduciendo, a lo sumo, ligerísimos cambios o adaptaciones, haciéndola pasar como propia. Esta conducta sería, por tanto, una forma autónoma de infracción de los derechos de autor mucho más grave que la anterior²⁸.

c’) La suplantación de la personalidad del autor o intérprete

Mención aparte cabe hacer de la suplantación de la personalidad del autor o intérprete que, aunque supone un delito contra la propiedad intelectual, no es una conducta plagiaría, sino todo lo contrario, y consiste en hacer pasar como originaria de su autor o intérprete una obra o interpretación propia para aprovecharse de la fama o el mérito de su autor o intérprete originario, en los casos en que la obra haya sido concebida para la explotación económica mediante la reproducción o comunicación pública. Por tanto, no debe confundirse con la usurpación de la personalidad. Según el Diccionario de la Lengua Española, “usurpar” significa “arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usar de ellos como si fueran propios”, lo que traducido al campo del derecho de autor equivale a arrogarse la condición de autor o intérprete de una obra. Por el contrario, la voz “suplantar” debe entenderse como el acto de “ocupar con malas artes el lugar de otro, defraudándole el derecho, empleo o favor que disfrutaba”; esto es, hacer pasar como ajena una

²⁸ La doctrina y la jurisprudencia francesas vienen distinguiendo entre “plagiat” y “contrefaçon”. Aunque la distinción no es fácil, se viene conceptuando como “plagiats” las conductas consistentes en la “imitación fraudulenta de la obra de otro”. El plagiario, pues, no reproduce ni adapta, sencillamente toma lo sustancial de una obra y la da un giro personal. Es esa imitación fraudulenta o servil la que determina su incriminación, puesto que cuando se produce una hábil superación de la obra plagiaría, la conducta deja de tener relevancia jurídica para entrar en el campo de la reprochabilidad moral. La “contrefaçon” es una conducta más grave, supone sencillamente hacer pasar una obra ajena como propia, sin alterarla o, a lo sumo, con una ligera adaptación, es decir, reproducir o interpretar ilícitamente una obra ajena haciéndola pasar como propia. Sobre este tema puede verse COLOMBET, *op. cit.*, pp. 381-382. Esta es la distinción que el legislador español ha importado, pero dado que en nuestro país no existe término válido equivalente -al menos en el ámbito del derecho de autor- para traducir “contrefaçon”, ha optado por encuadrar esta figura como tipo agravado, acudiendo a la utilización de la terminología “usurpación de la condición de autor”, que provoca aún mayor confusión que la existente en derecho francés, dado que, en sentido lato, “plagiar” y “usurpar la condición de autor o intérprete” son equivalentes en nuestro idioma.

obra o interpretación propias, para aprovecharse de la fama o el nombre del autor o intérprete. La suplantación se suele dar sobre todo en obras musicales u obras artísticas concebidas para su explotación comercial mediante la reproducción o comunicación públicas (p. ej., hacer versiones de éxitos musicales ajenos y hacerlos pasar como interpretados por el autor o intérprete acreditado).

En estos supuestos, la acción, además de revestir una forma de atentado a los derechos de autor, dado que se reproduce una obra ilícitamente, podría integrar un concurso de delitos, principalmente con la estafa, dependiendo de las circunstancias concretas que concurrieran en cada caso²⁹.

No debe confundirse tampoco esta conducta con la “falsificación” de obras de arte, en las hipótesis de reproducciones falsas vendidas como auténticas o en los casos de falaz atribución de una obra a un autor, ya que estos supuestos no representan un ataque doloso al derecho de autor, sino una simple defraudación por estafa, puesto que de lo que se trata no es de infringir los derechos de autor, sino de obtener un lucro mediante engaño, habida cuenta que la obra o no es del autor o, en caso de serlo, no ha sido concebida para la reproducción.

b) La tipificación del plagio en el Código Penal

Un paradigma de las dificultades de la concreción dogmática del plagio lo constituye nuestro Código Penal. De la simple lectura de los arts. 534 bis a)

²⁹ Véanse las SS del TS. de 14 de febrero de 1984 (Rep. Arz. 1129) y 30 de mayo de 1984 (Rep. Arz. 3492) (Casos “Julio Iglesias”). En la primera sentencia, que sirve de fundamento a la segunda, se distingue entre “plagio”, al que se refiere en su concepción amplia, y por tanto integra tanto la conducta de imitar fraudulentamente como la de usurpar la condición de autor, y “suplantación de la personalidad del autor”, como supuesto de querer “presentar obras propias como ajenas (aunque la sentencia, quizá por error, habla de presentar obras ajenas como propias, lo que supondría plagio) para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor”, estableciendo que en este caso 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 doble vertiente: el ataque al patrimonio del autor y el perjuicio que puede causarse al público engañado con la suplantación”. La Sentencia, sin embargo, no acierta a diferenciar claramente entre plagio, usurpación y suplantación, ya que viene a decir que en la suplantación existe una usurpación de la personalidad del autor, cuando es todo lo contrario, puesto que la conducta nunca consiste en atribuirse como propias obras ajenas, sino a la inversa. Lo que sí existe es una reproducción o interpretación ilegal de una obra, en concurso, en muchos casos, como una estafa.

y 534 bis b), núm. 1, ap. c), podría llegarse a la conclusión de que el legislador español ha tipificado dos veces el plagio, sin que existan criterios objetivos para una clara diferenciación. En efecto, el art. 534 bis a) castiga al que intencionadamente “plagiare” una obra protegida, configurándola como una conducta básica del tipo, en tanto que el art. 534 bis b), núm. 1, ap. c), incrimina como tipo agravado la conducta consistente en “plagiar” cuando concurra la circunstancia (?) de “usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en la interpretación o ejecución”. Ante esta diversidad de tipos, surge la pregunta: ¿es posible plagiar sin usurpar la condición de autor de una obra? No cabe duda que, si seguimos la noción amplia de plagio, ambas acciones pueden catalogarse bajo la denominación única de plagio, habida cuenta que, según esta concepción, “plagiar” y “usurpar la condición de autor de toda o una parte de la obra” son conductas idénticas.

La fórmula empleada ha sido denostada por casi todos los estudiosos del tema³⁰. Sin embargo, debemos aclarar que sólo puede comprenderse la tipicidad de nuestro Código Penal, si explicamos que el mismo sigue la concepción restringida de plagio expuesta en el epígrafe anterior. De esta manera el art. 534 bis a) tipifica la conducta plagiaria en su acepción restringida de copia o imitación servil de la obra original, a la que configura como una conducta básica del tipo, en tanto que la “usurpación de la condición o personalidad del autor o intérprete” la encuadra, como modalidad comisiva autónoma, en el apartado c) del ordinal 1, del art. 534 bis b), incriminándola como tipo agravado.

c) Contenido de la conducta

De acuerdo con lo significado más arriba, la conducta básica de “plagio” del art. 534 bis a) ha de entenderse como imitación servil y fraudulenta de la obra de otro, basada en la apropiación o copia de ideas, elementos o formas de exteriorización contenidas en la misma. Ahora bien, determinar con exactitud en qué situaciones existe plagio y cuando éste se produce en tan

³⁰ Cfr.: C. CARMONA SALGADO, *op. cit.*, págs. 334 y sigs.; GOMEZ BENITEZ/QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, págs. 60 y sigs. y 158 y sigs.; H. ROLDAN BARBERO, “Personalismo y patrimonialidad en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales”, en la Ley (1988), núm. 1943.

ínfima medida que no llega a constituir delito, es un problema que habrá de dejarse en cada caso a la libre apreciación judicial, la que deberá valorar cuándo una conducta es plagaria -en el campo jurídico se entiende- y, por tanto, punible. De otro modo la regulación legal del plagio llegaría a ser excesivamente casuística, con riesgo de incurrir en el grave error de olvidar situaciones posibles, lo cual supondría un esfuerzo tan estéril como innecesario.

La configuración del plagio puede ser múltiple, según afecte al título, contenido, argumento, ideas, formas, etc., cuya catalogación de mayor a menor gravedad corresponde al juez. De este modo, el órgano jurisdiccional puede determinar la imposición de una mayor o menor sanción atendiendo al caso concreto, es decir, considerando la aportación propia del sujeto plagiante en la nueva obra, así como la superación o perfeccionamiento de la misma, acciones que lógicamente redundarán en beneficio del sujeto que ha plagiado la obra, con la consiguiente minoración de la pena dentro de la extensión de la misma.

En relación con los perjuicios, cabe afirmar que el plagio lesiona doblemente al autor originario. De un lado, los intereses del titular son gravemente afectados, ya que al empezar ocultando el nombre del autor efectivo de las ideas expuestas en la obra, añade un obstáculo más para que se obtenga un digno resarcimiento por parte del verdadero autor o de quien de él traiga causa. Si el autor no puede obtener esos legítimos resarcimientos, es obvio que la lesión es mayor, máxime cuando en un futuro el supuesto creador aparecerá como un auténtico y genuino autor, con los beneficios económicos que le reportará. Pero, si grave es el menoscabo inferido a las legítimas expectativas patrimoniales de éstos, no lo es menos el infringido a la personalidad moral del autor -de relevancia mayor en el orden afectivo o íntimo-, privándole de una satisfacción puramente interior y por tanto inconmensurable.

Este perjuicio moral puede reputarse de rango subjetivo, pero no hemos de olvidar otro perjuicio de tipo objetivo³¹, cual es el perjuicio social, de no más fácil o posible determinación que el íntimo, dado el carácter netamente espiritual de este último. Por contraposición, el perjuicio moral no se presta a determinados métodos u operaciones que hagan asequible la cuantificación

³¹ S. STRÖMHOLM, *Op. cit.*, I, págs. 45 y 46.

del daño³². Por ello, STRÖMHOLM habla de ceñirse a la experiencia que poseen legislador y magistrado, o bien de hacer hipótesis sobre el efecto normal de tal acto en un medio social determinado, dominado por una escala de valores específicos³³.

d) Requisitos

Hay que tener en cuenta que estamos en terrenos en los que se produce un ensamblaje de lo ético y lo económico que forzosamente ha de tener un poco de artificioso, siendo fuente de las máximas dificultades el tratar de precisar los límites de tan heterogéneos valores que, en realidad existencial, se presentan indisolublemente unidos la más de las veces³⁴. Por lo cual, a la hora de la represión del plagio, no se ha desarrollado un catálogo de conductas, sino su incriminación con una fórmula general, dejando al arbitrio judicial la valoración de las acciones que personal y socialmente sean censurables y que atenten contra íntimos derechos tutelados, con un criterio de cierta medida discrecional y tomando su relleno de la prueba pericial³⁵.

Los requisitos básicos para que pueda configurarse una conducta como plagiaria y, por ende, punible son:

1) *Justa valoración de la conducta*: La acción incriminada ha de evidenciar una clara usurpación o copia de las ideas, elementos o formas de exteriorización contenidas en la obra de un genuino creador. Ha de ser a todas luces deducible y objetivable mediante una prueba determinada por técnicos o peritos en la materia, quienes pueden evidenciar la similitud (o transcripción descarada) del pensamiento, formas o contenido, etc., de las dos obras a examen. Como ponderación de la gravedad, ha de tenerse en cuenta la concurrencia de una maliciosa intención de tomar lo ajeno como propio, con ánimo de lucro o de gloria (*furtum laudis*) que denote una mayor perversidad en la conducta, lo que conduce a que no se consideren plagio las obras

³² La doctrina se ha ocupado de determinar los daños morales mediante una reparación pecuniaria, sin que puedan advertirse a tal respecto resultados satisfactorios. Por todos, véase SCKHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch*, 11ª ed., 1963, pág. 185.

³³ S. STRÖMHOLM, *op. cit.*, I, págs. 45 y 46.

³⁴ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, III, 1965, pág. 573.

³⁵ J.A. VEGA VEGA, "Consideraciones sobre el plagio...", *cit.*, págs. 393 y 394.

derivadas de las originales que, en el mundo fonográfico, suelen denominarse “copias baratas” o “cover versión” y que consisten en una imitación interpretativa inconfundible con la versión original³⁶. Sólo en casos graves e intencionales puede hablarse de plagio; bien entendido, que somos partidarios de que en caso de superación de la obra originaria el plagio no tenga relevancia penal, puesto que si se copia o imita una obra, obteniendo otra mejor, es decir, superándola de forma clara, precisa y manifiesta, lo máximo que puede pedirse es un comportamiento ético o jurídico del segundo autor por el que reconozca y publique el origen de su fuente de inspiración.

2) *Exteriorización*: Para que pueda afirmarse que una obra ha incurrido en plagio, debe estar encaminada a una explotación económica o espiritual; por lo tanto, ha de exigirse el requisito de la divulgación, ya que de otra forma una obra plagiada y adaptada por una persona para deleite propio no es socialmente censurable ni jurídicamente punible.

3) *Temporalidad*: Los derechos morales del autor relativos al reconocimiento de la paternidad y a la integridad de la obra son perpetuos e imprescriptibles (cfr. arts. 15 y 16 de la LPI). En consecuencia, la incriminación del plagio está fuera de toda caducidad o del paso de la obra al dominio público.

4) *Falta de consentimiento del autor: El empleo de “ghost-writers”*: Desde antiguo se ha venido acudiendo a la práctica de retribuir a escritores o artistas a fin de que el comprador apareciera como autor³⁷. Esta práctica ha sido generalmente rechazada por el común de la gente. Sin embargo, no puede ser incriminada como plagio ni como delito contra los derechos de autor, ya que en la ilicitud de esta conducta participaría el propio autor. Desde el punto de vista civil está prohibida por el tenor del art. 14 de la LPI. Sin embargo, dado que el propio autor está interesado en la “cesión de la paternidad”, sería muy difícil actuar jurídicamente, habida cuenta que en el proceso civil se exige la legitimación activa, correspondiendo la defensa de los derechos morales al propio autor, por lo que sólo en defecto de éste correspondería a las personas e instituciones que se establecen en el art. 16 de la LPI; pero es obvio que tal cesión de la paternidad se haría en vida del creador, lo que impediría la

³⁶ Véase CARMONA SALGADO, *op. cit.*, págs. 324-327.

³⁷ En los Epigramas de Marcial puede leerse “Carmina Paulus emit, recitat sua carmina Paulus. Nam quod emas, possis iure vocare tuum”, cit. por S. STRÖMHOLM, *op. cit.*, I, p. 52.

actuación de terceros en defensa de tales prerrogativas.

Desde una perspectiva de política criminal, sería conveniente plantearse la necesidad de incriminar esta conducta, ya que en la actualidad no puede decirse que suponga un ilícito penal, dado que es difícil encajarla en ningún tipo, pues, aunque se trata de una posible falsedad, sólo en casos excepcionales podría concurrir el requisito del tipo “con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo”, exigido por el art. 306 del CP en relación con el núm. 2 del art. 302 del mismo Texto legal, únicos preceptos que podrían aplicarse³⁸.

4.3.3. Distribución

El derecho a la distribución de la obra es una facultad económica del titular de los derechos de autor y afines. Para los efectos de la ley, se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma³⁹. Cuando la distribución se efectúe mediante venta, el derecho se extingue a partir de la primera (v. art. 19 LPI).

Por consiguiente, toda distribución de la obra sin permiso del autor configura una conducta del tipo básico de los derechos de autor, sin que sea relevante el ánimo de lucro o la existencia de perjuicio económico, tal como hemos significado más arriba.

4.3.4. Comunicación pública

Se entiende por comunicación pública 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 (art. 20 LPI). Este derecho patrimonial está reservado al titular del derecho de autor⁴⁰, por lo que su ejecución por persona ajena sin

³⁸ Aunque puede resultar difícil la incriminación de esta conducta por la vía del artículo citado, sin embargo podría darse la misma cuando se presentasen a concursos u oposiciones artículos y otras obras como propias y que hubieran sido realizadas por otros mediante precio, con ánimo de incrementar los méritos en perjuicio de tercero.

³⁹ Sobre el derecho de distribución relativo a los artistas intérpretes o ejecutantes, puede verse el art. 8 de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre.

⁴⁰ Véase el art. 7 de la Ley 43/1994, sobre el derecho de comunicación pública en los artistas intérpretes o ejecutantes.

la debida autorización integra otra conducta básica del tipo⁴¹.

4.3.5. *Importación, exportación y almacenamiento de obras procedentes de actividades ilícitas*

El segundo párrafo del art. 534 bis a) del CP ha tipificado como delito, siguiendo el modelo francés, las conductas de importar, exportar o almacenar obras procedentes de actividades ilícitas sin la debida autorización. No es cierto el precepto, y a nuestro juicio le sobra el último inciso relativo a la autorización del titular. Es evidente que el legislador solo ha querido perseguir el tráfico mercantil internacional (importación o exportación de obras), así como el almacenamiento de obras ilegales. Por dicha razón, al referirse el precepto a ejemplares de "dichas obras" es palmario que se está refiriendo a obras reproducidas, plagiadas, distribuidas, etc., ilícitamente, por lo que es evidente que sólo será una obra tal, aquella que carezca de la autorización del titular. En consecuencia, la alusión a la autorización del titular es inoportuna e innecesaria.

El único supuesto en que una obra proveniente de delito podría ser importada, exportada o almacenada con consentimiento del autor, se produciría cuando, en virtud de la aplicación de las medidas previstas en el art. 124 de la LPI, se le entregaren los ejemplares procedentes de una actividad ilícita como indemnización o compensación por los daños y perjuicios sufridos. Pero en este caso es palmario que la obra habría perdido ya su condición de ilícita.

La falta de rigor técnico del precepto hay que buscarla en el deseo del legislador de seguir el modelo francés. El párrafo último del art. 425 del *Code Pénal* sanciona la importación o exportación de "ouvrages contrefaits". Dado que en Derecho español no se denomina el delito con una expresión equivalente a "contrefaçon", el legislador español no ha querido utilizar la terminología francesa de obras "falsificadas", y al no encajar bien en el texto "obras ilícitas", ha tenido que emplear una expresión gramatical reiterativa que, a la postre, ha resultado inadecuada.

⁴¹ Sobre el derecho de comunicación pública. véase A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, pág. 33.

4.4. TIPOS AGRAVADOS

El ordinal 1 del art. 534 bis b) del CP establece una serie de tipos agravados en los que la pena pasa a ser de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 de pesetas. Las acciones consisten en ejecutar las conductas básicas del artículo anterior concurriendo determinadas circunstancias. En estos supuestos se encuentran perseguidas tanto conductas que atacan los *derechos morales* (infringir el derecho de divulgación, usurpar la condición de autor), como conductas que infringen fundamentalmente *derechos patrimoniales* (obrar con ánimo de lucro), así como *conductas mixtas* (modificar sustancialmente la obra).

La tutela penal abarca tanto a derechos de autor, en sentido estricto, como a derechos afines (derechos de artistas, intérpretes o ejecutantes).

La configuración de tipos agravados, en base a concurrir determinadas circunstancias -en expresión legal-, no es acertada, dado que en algunos casos más que tipos agravados resultan conductas autónomas que no necesariamente tienen su apoyo en los tipos básicos y que podrían tener una tipificación independiente.

4.4.1. *Obrar con ánimo de lucro*

El tipo consiste en reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra protegida o una interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización del titular, así como en importar, exportar o almacenar dichas obras, siempre que se obre con “ánimo de lucro”.

En este supuesto es evidente que lo que se ataca fundamentalmente es el derecho patrimonial, puesto que, en una explotación de la obra con ánimo de lucro -aunque lleve implícita una violación del derecho moral, v.gr., en el caso de plagio-, es patente que lo que el sujeto activo del delito pretende es obtener un beneficio que iría en contra de los legítimos intereses crematísticos del titular del derecho.

El ánimo de lucro viene a aportar mayor gravedad o perversidad a la conducta. Es un elemento subjetivo del injusto. Sin embargo, hay que señalar que no es necesario se produzca el perjuicio económico para que se consume la acción.

El ánimo de lucro, como elemento intelectual, deberá ser probado en juicio

por la acusación pública o privada. No obstante, podrá deducirse de comportamientos objetivos que intervengan en la acción, como, por ejemplo, la reproducción de un gran número de ejemplares, la percepción de ingresos por la interpretación o comunicación públicas, etc.

4.4.2. *Infringir el derecho de divulgación del autor*

La acción consiste en realizar cualquier actividad encuadrada en el tipo básico concurriendo la circunstancia de vulnerar el derecho del autor a divulgar su obra. El derecho a la divulgación está consagrado en el art. 14, 1º de la LPI como un derecho moral. El derecho a la divulgación consiste en la prerrogativa del autor a elegir el momento y la forma en que la obra ha de hacerse accesible al público (cfr. art. 4 de la LPI)⁴².

Con la tipificación de esta conducta agravada se trata, pues, de proteger un derecho moral del autor. Se incurre en la acción tanto por la vulneración del derecho a la divulgación de la obra como del derecho a elegir la forma en que ha de divulgarse.

4.4.3. *Usurpar la condición de autor o artista*

La protección que dispensa este tipo se refiere esencialmente a la prerrogativa moral consistente en el “derecho al reconocimiento de la paternidad” del autor y de los artistas intérpretes o ejecutantes.

El derecho al reconocimiento de la paternidad del autor se proclama en el art. 14, 3º de la LPI⁴³, y el de los artistas, intérpretes o ejecutantes en el art. 107 de la misma Ley⁴⁴. Llama la atención el hecho de que la norma penal protege a los artistas en lo relativo a las interpretaciones o ejecuciones, cuando la norma civil (cfr. art. 101 LPI) parece diferenciar entre artistas, intérpretes o ejecutantes. De cualquier forma, hay que significar que la integración que hace el Código Penal es acertada, puesto que en el común de la gente todo intérprete o ejecutante es un artista, siendo, por tanto, reiterativa la enumeración contemplada en la Ley civil.

⁴² Sobre el derecho a la divulgación, véanse los arts. 14 y 15 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987.

⁴³ Véase A. DELGADO PORRAS, *op. cit.*, pág. 27 y ss.

⁴⁴ Véase A. DELGADO PORRAS, *op. cit.*, pág. 86 y sigs.

Al ocuparnos más arriba del plagio, pusimos de relieve las dificultades que existen para comprender la tipificación que sobre esta conducta hace el Código Penal de 1987, pues no cabe duda que ambas acciones -la básica del art. 534 bis, a), y el tipo agravado de la letra b) del ordinal 1, del art. 534 bis, b)- pueden catalogarse bajo la denominación única de plagio, sin que exista otra razón para su distingo que la imprecisión del legislador.

A este respecto, se ha intentado diferenciar por la doctrina⁴⁵ entre ambas modalidades comisivas, para lo cual se ha acudido a veces a criterios teóricos que, a nuestro modo de ver, no encuentran un cabal apoyo en el texto de la Ley, habida cuenta que, por mucho que se quiera forzar la interpretación, “plagiar” y “usurpar la condición de autor de toda o una parte de la obra” son conductas idénticas. Ante esta diversidad de tipos, surge la pregunta: ¿es posible plagiar sin usurpar la condición de autor de una obra?

Desde nuestro punto de vista, y siguiendo una concepción amplia de plagio, las dos modalidades de plagio recogidas por el Código Penal pueden responder a conductas idénticas. Sin embargo, hay que hacer notar que el legislador, a la hora de tipificar el plagio en el Código Penal, ha preferido seguir la concepción mantenida por la doctrina y la jurisprudencia francesas. De esta forma, tal como dijimos más arriba, la conducta básica se refiere a la imitación servil y fraudulenta de una obra ajena, basada en la apropiación o copia de ideas, elementos o formas contenidos en la obra original, en tanto que el tipo agravado del ordinal 1, b), del art. 534 bis, b), del CP castiga la conducta consistente en la reproducción o representación total o parcial de una obra sin modificarla, o introduciendo, a lo sumo, ligeros cambios, y atribuyéndose la paternidad de la misma (usurpación de la condición de autor o de intérprete). Este tipo agravado representa un plagio más censurable en el que se da una apropiación no ya de las ideas, sino de la personalidad del autor, al presentar como propia una obra o una interpretación ajenas⁴⁶.

Como cuestión de política criminal, hay que significar que el legislador no ha estado acertado a la hora de tipificar el plagio en el Código Penal. De acuerdo con la estructura de la reforma de 1987, el legislador tenía dos

⁴⁵ Puede verse: C. CARMONA SALGADO, *op. cit.*, p. 335; GÓMEZ BENÍTEZ/QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, págs. 56 y sigs. y 158 y sigs.; y H. ROLDÁN BARBERO, *op. cit.*, La Ley (1988), núm. 1943, con cuya opinión, en líneas generales, coincidimos.

⁴⁶ Véase lo dicho en nota 26 sobre “plagiat” y “contrefaçon” en la doctrina y jurisprudencia francesas.

opciones. La primera consistiría en haberse mantenido la idea original de incriminarlo únicamente como modalidad agravada, aunque para ello no hubiese utilizado de forma específica el verbo “plagiar”. Esta solución no iba a suponer que se dejara de perseguir las apropiaciones de ideas o elementos o formas de obras ajenas, habida cuenta que la expresión “usurpación de la condición de autor” vale para encuadrar tanto la apropiación de ideas ajenas como la de la personalidad del autor o intérprete. Los tribunales también podrían graduar la pena en función del perjuicio ocasionado, modalidades de comisión o trascendencia social. De esta forma, aquellas conductas que no pudieran catalogarse como plagio, por ser simples imitaciones o pequeñas apropiaciones de ideas irrelevantes o pequeñas reproducciones de obras sin cita del autor, no serían incriminadas como delito, constituyendo a lo sumo ilícitos civiles, sin perjuicio de que, como cuestión de lege ferenda, se pudiera tipificar la falta contra los derechos de autor, en cuyo tipo entrarían pequeños ataques a los derechos -morales y patrimoniales- de los autores e intérpretes⁴⁷.

La segunda opción apuntaría a la idea de mantener la conducta plagaria en el tipo básico para aquellas modalidades comunes de plagio, así como haber establecido un nuevo tipo agravado, no en función de la usurpación de la cualidad de autor -que es lo que constituye el plagio-, sino atendiendo al daño causado -moral y patrimonial-, relevancia social, etc.

4.4.4. *Modificación sustancial de la obra*

La facultad transformadora del autor comprende la traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente (art. 21 LPI)⁴⁸.

La conducta consiste en la transformación sustancial de la obra sin anuencia del titular. Se tipifica en este precepto una conducta mixta, ya que la transformación ilícita ataca tanto al derecho moral (derecho al “respeto” de la obra, art. 14, 4º LPI), como al derecho patrimonial (facultad de disponer de la obra y permitir su adaptación, transformación, etc., arts. 17 y ss. LPI).

Exige el tipo que la “transformación” sea sustancial. Decidir cuándo una

⁴⁷ Sobre la falta contra los derechos de autor como cuestión de lege ferenda: J.A. VEGA VEGA.: francesas. *Tutela penal del derecho de autor*, Tesis, Madrid, 1978, págs. 393 y sigs.

⁴⁸ Sobre transformación, véase A. DELGADO PORRAS, *op. cit.*, págs. 38 y sigs.

transformación es relevante a efectos de este tipo quedará el arbitrio judicial. Se trata, por consiguiente, de un elemento valorativo y, como tal, generador de inseguridad y cuestionable desde la perspectiva del principio de legalidad⁴⁹. Acudir a la prueba pericial puede ser una solución en orden a valorar la gravedad de la “modificación”, aunque en cualquier caso siempre deberá tenerse en cuenta otras circunstancias objetivas que permitan configurar el tipo por parte de los tribunales, para lo cual habrá de considerarse el “ataque” concreto que se hace al derecho al “respeto” de la obra.

4.5. CONDUCTAS HIPERAGRAVADAS

Ha preferido el legislador establecer un sistema rígido de tipificación de forma tal que se agravan los tipos básicos de conductas cuando concurren ciertos elementos o circunstancias que hacen la acción más reprobable, en consideración al alcance de la misma. De esta forma, en el núm. 2 del art. 534 bis b), se contemplan dos conductas hiperagravadas, consistentes en realizar las conductas básicas del delito siempre que exista ánimo de lucro y concurren, además, cualquiera de estas dos circunstancias: 1^a) que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica, y 2^a) que el daño causado revista especial gravedad.

Con estas conductas hiperagravadas parece, prima facie, que se pretende proteger más drásticamente los derechos patrimoniales. Sin embargo, una hermenéutica más ajustada del texto nos lleva a la conclusión de que lo que el legislador pretende con este precepto es dotar de una tutela más afectiva a los derechos morales en supuestos en que la conducta reviste mayor relevancia.

La pena pasa a ser 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. Asimismo, en tales hipótesis, el Juez podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado.

⁴⁹ BOIX REIG, *op. cit.*, pág. 902.

4.5.1. Existencia de copias ilícitas que posean especial trascendencia económica.

Para que pueda darse este tipo se precisa que existan copias ilícitas que tengan una especial trascendencia económica. Será indispensable que exista más de una copia. La relevancia de las copias viene determinada por dos factores: la existencia de un gran número de ellas o el gran valor de las que existan.

La trascendencia económica habrá de valorarse no de forma absoluta (p. ej., montante económico), sino también teniendo en cuenta aspectos concretos del caso (posibilidades de introducción en el mercado, tiempo en que se comete el delito, etc.). En cualquier caso, estará en manos de los tribunales la posibilidad de determinar en cada supuesto concreto cuándo se ha incurrido en este tipo penal, lo que nos llevaría a pensar que este precepto puede pugnar con el principio de legalidad, al no existir unos criterios claros de objetivación. No se exige el requisito del perjuicio patrimonial para el sujeto protegido. El delito se consuma cuando concurren los elementos del tipo anteriormente descritos independientemente del daño causado.

4.5.2. Daños de especial gravedad

Esta modalidad de comisión reviste también una gran dificultad de cara a su concreción en la práctica. El apartado b) del ordinal 2 del art. 534 bis b) exige que se haya causado un daño. Al no determinarse la índole del daño, pueden suscitarse varias cuestiones. La primera hace referencia a si el daño inferido ha de ser de naturaleza moral o patrimonial. Y la segunda alude a quién debe ser el sujeto pasivo del daño.

Es claro que al exigir el precepto sólo la existencia de un daño no puede quedar reducido el mismo al aspecto económico, por lo que, al no distinguirse en el tenor de la norma, puede colegirse que se incurrirá en esta acción típica tanto cuando exista daño moral como patrimonial. Quizá esta interpretación no pueda descansar en la mens legislatoris, pero es evidente que se encuentra en el tenor del precepto.

En lo atinente a la segunda cuestión, es decir quién debe ser el sujeto pasivo del daño, puede plantearse la duda de si esta modalidad únicamente admite como presupuesto la existencia de un daño para el titular del derecho

lesionado o si, por el contrario, también será relevante el daño social, en la medida que la confusión creada (p. ej., en casos de plagio) o las consecuencias hayan resultado negativas para la sociedad. Es fácil deducir que en este caso la respuesta ha de ser la primera, ya que es claro que una interpretación correcta del precepto no ha llegado a incluir como posible “damnificada” a la sociedad en sí misma, por lo que para no extender el precepto a supuesto no comprendidos en la norma, ha de concluirse que el sujeto pasivo del daño coincidirá con el titular del derecho lesionado.

4.6. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR COMO ELEMENTO NEGATIVO DEL TIPO

A través de los preceptos en los que se tipifican los delitos contra la propiedad intelectual, se pone de relieve que el consentimiento del titular del derecho está configurado como un elemento negativo del tipo. Así, para que tengan lugar las distintas conductas se exige obrar “sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios” <art. 534 bis a), párrafo 1º>, o “sin la referida autorización” <art. 534 bis a), párrafo 2º>, o “modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor” <art. 534 bis b), núm. 1, letra d)>. Tanto en los preceptos que de forma expresa se alude al consentimiento o en aquellos otros en que se presupone (p. ej., infringir el derecho de divulgación), se evidencia que la concurrencia del consentimiento del titular excluye el tipo del injusto.

Hay que tener en cuenta que el consentimiento del autor puede ser irrelevante en orden a la actividad ilícita civil en los supuestos en que se refiera a derechos morales que son, por naturaleza, inalienables e irrenunciables, pero, desde el punto de vista penal, la concurrencia del consentimiento supondrá la inexistencia de tipo y, por ende, la ausencia de conducta delictiva.

5. LA NUEVA LEY SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

La Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador, tal como destaca en su Exposición de Motivos, trata de prestar atención a la protección en la creación de programas de

ordenador y a la simultánea persecución del extendido fenómeno de la piratería informática. Esta Ley asimila la obra informática a la obra literaria (art. 1), y debe configurarse como definitoria del ámbito civil de tutela, aunque, qué duda cabe, posibilita a los perjudicados el ejercicio de cualquier acción que le corresponda.

El art. 8 establece una serie de conductas que tipifica como infracción de los derechos informáticos a los que califica de “derechos de autor”, con lo que vuelve a tomar la terminología anterior a la reforma de 1987. De las conductas que tipifica, sólo la establecida en el apartado a) (poner en circulación una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima) podría incardinarse como una conducta típica penal del art. 534 bis a), al asimilarse la misma a la reproducción o distribución no autorizadas.

Las conductas de los ordinales b) y c) de meritado artículo (consistentes la primera en poseer con fines comerciales una o más copias ilícitas de un programa de ordenador, y la segunda, en poner en circulación con fines comerciales dispositivos para neutralizar cualquier dispositivo técnico diseñado para proteger un programa de ordenador), no pueden considerarse acciones típicas desde el punto de vista penal, habida cuenta que no tienen su correspondencia en el Código Penal, y para que pudieran integrar la conducta penal deberían estar perfectamente tipificadas en el Código Penal o en una ley de índole punitiva aprobada bajo la forma de ley orgánica, extremo que no concurre en la Ley de 23 de diciembre de 1993.

De los actos sujetos a restricción del artículo 4º, hemos de significar que sólo integrarían conductas penales la relativas a la reproducción total o parcial de la obra y a la distribución pública [apartados a) y c) de referido artículo]. En los supuestos relativos a la transformación, sólo sería delito si, además de transformar sustancialmente la obra, se reprodujera o se comunicara públicamente (cfr. art. 534 bis b CP), puesto que la traducción o la simple transformación de la obra sin reproducción incomprensiblemente no están tipificadas como conductas penales en el art. 534 bis a) del CP.

6. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

El derecho de explotación económica de los titulares no es un derecho discrecional o absoluto. Las legislaciones han venido perfilando una serie de

limitaciones o excepciones a las facultades ínsitas en el derecho de autor en distintos supuestos, como acceso cultural a la obra, cita científica o docente, derecho a la información, etc. La concurrencia de estos límites determinan la ausencia de antijuridicidad y, por consiguiente, la falta de desaprobación por el ordenamiento jurídico. Estas causas infieren fundamentalmente de la Ley de Propiedad Intelectual que integra los supuestos en que es válido reproducir, distribuir, comunicar, etc., sin que dicha conducta pueda ser constitutiva de delito. La justificación de la existencia de estas causas viene determinada por el *principio del interés preponderante*. Ante el conflicto surgido entre el derecho protegido y otros intereses de orden social o cultural de superior valor, es evidente que han de ser los derechos de autor y afines los que cedan, en la medida que no son derechos absolutos. Analicemos a continuación los límites de los derechos de autor que configuran causas de exclusión de la antijuridicidad.

6.1. LÍMITES AL DERECHO DE REPRODUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN Y COMUNICACIÓN

6.1.1. Reproducciones destinadas al uso privado

Las obras ya divulgadas pueden ser objeto de reproducción sin el consentimiento del autor en supuestos de utilización “ad usum privatum”. La LPI contempla los siguientes casos⁵⁰:

1) Para uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa (art. 31,2º)⁵¹. La utilización lucrativa debe entenderse en el sentido de que toda reproducción en la que el copista obtenga un beneficio económico (por ejemplo, un ahorro respecto de la compra de un ejemplar en el mercado) está prohibido por la Ley. Por consiguiente, la reproducción de manuales o libros de textos, aunque sea para uso particular,

⁵⁰ La Ley 43/1994, de 30 de noviembre, en su art. 9.1 establece que a los derechos afines le serán de aplicación las limitaciones impuestas para la protección de los derechos de autor en el capítulo II del Título III del Libro I de la LPI.

⁵¹ El art. 9.2 de la Ley 43/94, de 30 de diciembre, establece: *En relación con la limitación establecida en la artículo 31.2 de dicha Ley [LPI] será de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 de la misma.*

estará vedada cuando el agente obtenga un beneficio económico, sin perjuicio de la prohibición de utilización colectiva⁵².

2) Para uso privado de invidentes, siempre que la reproducción o copia se efectúe mediante el sistema Braille u otro procedimiento específico y que las copias no sean objeto de utilización lucrativa (art. 31,3º). No impide la Ley en este supuesto el uso colectivo de la obra (p. ej., su utilización en bibliotecas de invidentes), lo que se prohíbe es la reproducción de copias que supongan una explotación económica de las mismas.

Por su parte, el art. 5 de la Ley 16/1993, de 23 de diciembre, sobre protección de la obra informática, excluye de los actos sujetos a restricciones:

a) La reproducción o transformación de un programa de ordenador incluida la corrección de errores, cuando dichos actos sean necesarios para la utilización del mismo por parte del usuario legítimo, con arreglo a la finalidad propuesta.

b) La realización de un copia de seguridad por parte del titular del derecho a la explotación de la obra informática.

c) Los actos del titular encaminados a observar, estudiar o verificar el funcionamiento de un programa, con el fin de determinar las ideas y principios implícitos en cualquier elemento del programa.

6.1.2. Reproducciones, distribuciones y comunicaciones públicas

a) Supuestos generales

Igualmente puede procederse a la reproducción, distribución o comunicación pública de obras ya divulgadas sin consentimiento del titular en los siguientes casos previstos en la LPI:

1) Cuando resulte necesario en un procedimiento judicial o administrativo (art. 31,1º).

2) Los trabajos y artículos sobre temas de actualidad, salvo colaboraciones literarias, siempre que sean difundidos por los medios de comunicación social, y no se haya hecho constar la reserva de derechos, y sin perjuicio de que el autor perciba la remuneración acordada o la que se estime equitativa (art. 33.1).

⁵² Puede verse V. LATORRE, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

3) Las conferencias, alocuciones, informes ante Tribunales y otras obras análogas pronunciadas en público, siempre que esas utilizaciones se realicen con el exclusivo fin de informar sobre la actualidad. Esta última condición no es aplicable a los discursos pronunciados en sesiones parlamentarias o de corporaciones públicas, que son de libre utilización (cfr. art. 13 LPI). En todo caso, quedará siempre a salvo el derecho de autor a publicar en colección tales obras (art. 33.2).

4) Cualquier obra susceptible de ser vista u oída con ocasión de informaciones sobre acontecimientos de actualidad, si bien sólo en la medida que lo justifique dicha finalidad informativa (art. 34).

5) Cuando se trate de obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas, siempre que se haga por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales (art. 35).

6) La reproducción de obras, sin finalidad lucrativa, efectuadas por museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos, de titularidad pública o integradas en Instituciones de carácter cultural o científico, cuando se realice exclusivamente para fines de investigación (art. 37).

7) Cuando se trate de ejecución de obras musicales en actos oficiales del Estado o de las Administraciones públicas, o en ceremonias religiosas, siempre que los artistas no perciban remuneración y el público pueda asistir gratuitamente (art. 38).

8) La parodia de la obra divulgada, siempre que no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original (art. 39)⁵³.

b) El derecho de cita

Una de las causas generalmente aceptadas de exclusión de la antijuridicidad es el derecho de cita, que representa un límite al derecho de reproducción de los autores.

Esta causa ya fue aceptada a la luz de la anterior normativa de propiedad intelectual. En efecto, la tipificación abierta que presentaba el art. 7 de la

⁵³ Sobre la parodia como causa de exclusión de la antijuridicidad puede verse V. LATORRE, *op. cit.*, pp. 285-287.

anterior LPI rayaba con la problemática de las citas⁵⁴, y a tal respecto se planteaba la cuestión de si eran punibles las citas de una obra hechas en otras, ya en todo caso, ya en algunos, o por el contrario en ninguna hipótesis. La cuestión no planteaba muchos problemas, dado que la casi unanimidad de los autores se manifestaban permisivos con la práctica de la cita⁵⁵. A tal respecto, señalaba DANVILA que es lícita la cita y la crítica: “Citar el pasaje de una obra para combatirla o presentar su opinión contraria, es legítimo, porque en nada se perjudica al autor. Prohibir las citas equivaldría a suprimir la crítica literaria; pero abusar de este derecho para copiar una obra entera, o su mayor parte, esto no puede permitirse”⁵⁶.

Con la nueva LPI no se ha resuelto de forma legal el problema de las citas. Así el ordinal 1 del art. 32 establece: “Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada”.

Desde esta nueva perspectiva, es claro que la cita en forma legal supone un límite al derecho de reproducción del autor, y su práctica, por tanto, no constituye delito. Ahora bien, para que la cita no pueda considerarse como una reproducción ilegal, deben concurrir una serie de requisitos:

1) Que se trate de fragmentos de obras escritas o audiovisuales, o bien obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o análogo.

⁵⁴ El art. 7 de la LPI de 1879 disponía: “Nadie podrá reproducir obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aún para anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición; pero cualquiera podrá publicar como de su exclusiva propiedad comentarios, críticas y notas referentes a las mismas, incluyendo sólo la parte del texto necesario al objeto (párrafo 1º). Si la obra fuese musical, la prohibición se extenderá igualmente a la publicación total o parcial de las melodías, con acompañamiento o sin él, transportadas o arregladas para otros instrumentos o con letra diferente o en cualquier otra forma que no sea la publicada por el autor” (párrafo 2º).

⁵⁵ Cfr.: C. ALVAREZ ROMERO, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*, Madrid, 1969, págs. 114 y sigs.; C. CARMONA SALGADO, *op. cit.*, págs. 338 y sigs.; M. DANVILA COLLADO, *op. cit.*, pág. 645; C. ROGEL VIDE, “Notas sobre el derecho de cita de obras literarias o artísticas”, en la *Ley* (1984), págs. 981 y sigs.; E. SANCHEZ ARROYO, *op. cit.*, págs. 118 y sigs.

⁵⁶ M. DANVILA COLLADO, *op. cit.*, pág. 645.

- 2) Que se refiera a obras ya divulgadas.
- 3) Que la reproducción se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.
- 4) Que se realice para fines docentes o de investigación.
- 5) Que se haga en la medida que lo justifique el fin perseguido.
- 6) Que se consigne el autor y la fuente.

La LPI ha venido a recoger las tendencias más progresistas en la materia y es lo suficientemente ilustrativa como para permitir al juzgador discernir en cada hipótesis cuándo estamos ante un supuesto de cita o cuándo se la utiliza como subterfugio para apropiarse del trabajo ajeno⁵⁷. En el ámbito de la cita ocurre como con ciertos fenómenos que cambian de naturaleza sólo a virtud de su entidad numérica; así un viandante aislado no integra particularidad alguna de relieve para el tráfico, ni para el derecho, en tanto que una masa ingente de ellos implica una manifestación que perturba el normal uso de las vías públicas y puede incluso alterar el orden social. En el campo del derecho de autor una o varias citas aisladas no tendrán relevancia jurídica, mas sí cuando su número sea tan amplio que obnuble la originalidad o personalidad del autor citado⁵⁸. Únicamente en este caso será punible, pero discernir cuando se ejercita el derecho de cita con carácter amplio y cuando con carácter abusivo es una cuestión que planteará en la práctica problemas de difícil solución, debido a la complejidad que entraña su distinción, por lo que será en cada caso concreto del arbitrio judicial el que resuelva.

El motivo de la impunidad estriba en que con dicha moderación no sólo no se perjudica al autor de la obra objeto de cita, sino que, a la inversa, se le beneficia, al conferir indirectamente mayor poder difusor al producto del espíritu, sin que por ello alcance a velar el esfuerzo original del autor que se sirvió de la cita, factor que legitima las ventajas económicas y morales de éste último. También ha de tenerse en cuenta que en los supuestos de cita entrarían en colisión los intereses particulares del autor con otro tipo de intereses más amplios, como el cultural, científico, docente, etc., ante cuyo conflicto debe ceder el derecho individual del creador.

⁵⁷ M. DANVILA COLLADO, *op. cit.*, pág. 645.

⁵⁸ E. SANCHEZ ARROYO, *op. cit.*, pág. 118.

c) La problemática de las “citas de citas”

Tratamiento análogo debe merecer la práctica de la “cita de citas”, y que se produce frecuentemente cuando en trabajos científicos o críticos se aportan opiniones o juicios de autores, a los que por cualquier circunstancia (ejemplares limitados, obras de difícil localización, etc.) no tiene acceso el creador de la nueva obra. Hay que colegir que su uso es lícito siempre que sea “honrado y normal”. Es decir, que no caiga en el abuso y que se indique la fuente y el autor tanto de la cita como de quien se ha tomado, además de reunir todos los demás requisitos exigidos para las citas directas. Somos conscientes que a veces será difícil discernir si una cita es de primera mano o si, por el contrario, está basada en otra recogida por un autor aunque no se cite su procedencia. También puede resultar controvertida la opinión de que la práctica de las citas de citas, sin hacer referencia al autor del cual se ha tomado la misma, puede ser considerado plagio o pueda integrar algún otro tipo penal contra los derechos de autor. Desde nuestro punto de vista, no hay la menor duda que cuando un autor se haya aprovechado descarada e intencionalmente del trabajo de otro, haciendo pasar como propias las elaboraciones científicas, literarias o artísticas de aquél, sin hacer mención a la fuente de la misma, se está produciendo un atentado a los derechos morales y patrimoniales del autor y su conducta, cuando revista cierta gravedad, puede ser incriminada como delito contra la propiedad intelectual, puesto que ha producido ilegalmente una obra que, aunque pueda tener su base en otra preexistente, ha nacido con vida propia y totalmente independiente de aquellas que se utilizaron para hacer la labor crítica, educativa o cultural.

Como conclusión diremos que en el ámbito de las citas o de las “citas de citas” ha de tenerse siempre en cuenta la intencionalidad de apropiación de lo ajeno, en conexión con el permiso del autor o de sus derechohabientes, el daño moral que pueda causarse al autor original del trabajo reproducido ilícitamente y el uso “honrado y normal” que se haga. Por esta razón, la mayoría de las legislaciones y convenios internacionales del derecho de autor vienen admitiendo el derecho de cita como una causa de exclusión de la antijuridicidad, pero siempre bajo la concurrencia de ciertas condiciones⁵⁹.

⁵⁹ El art. 13 de la Ley de Dinamarca, de 31 de mayo de 1961, señala que “no se considerarán, en ningún caso, violaciones del derecho de autor exclusivo antedicho los análisis o extractos

d) Análisis, comentarios o juicios críticos

Los análisis, comentarios o juicios críticos, como límites al derecho de reproducción, tienen la misma fundamentación legal que el derecho de cita (art. 32.1º LPI), y encuentran su razón de ser en el derecho a la crítica literaria, científica o docente.

7. CONCLUSIÓN: CUESTIONES DE “LEGE FERENDA”

7.1. LA FALTA PUNIBLE CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR

Si analizamos el Código Penal de 1944, observaremos que la defraudación de la propiedad intelectual en cuantía determinada (hasta 500 pesetas) constituía la falta del número 3º del artículo 587 de dicho cuerpo legal, motivada por cometer estafa en cuantía no superior a la indicada, siempre que el autor no hubiese sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa o dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto. Esta conclusión se infiere del contexto en que estaba inmerso el artículo 533: la sección 2ª (“De

breves de obras dadas a conocer al público”. El art. 51 de la Ley de la R.F. de Alemania, sobre citas, establece: “En la medida que su finalidad lo requiera, será lícito reproducir, distribuir y comunicar públicamente: 1. obras aisladas ya publicadas, como inclusión en una obra científica independiente, a fin de aclarar el contenido de la misma; 2. pasajes aislados de obras previamente publicadas como cita, en una obra literaria independiente; 3. pasajes aislados de una obra musical ya publicada como cita, en una obra musical independiente”. Por su parte, el art. 41 de la Ley francesa viene a disponer: “Una vez que la obra haya sido divulgada, el autor no podrá prohibir... Los análisis y citas cortas justificados por el carácter crítico, polémico, pedagógico, científico o informativo de la obra a la cual estén incorporados”. El art. 7 de la Ley tipo de Túnez, sobre derechos de autor, consagra asimismo el derecho a la cita: “No obstante lo dispuesto en el artículo 4, serán lícitas sin el consentimiento del autor las utilizaciones siguientes de una obra protegida en lengua original o en traducción: apart. i) “si se trata de una obra publicada lícitamente: b) insertar citas de dicha obra en otra, a condición de que esas citas se ajusten a los buenos usos, se realicen en la medida justificada por el fin que persiguen y que la fuente y el nombre del autor de la obra citada se mencionen en la obra en que se hace la cita, incluidas las citas de artículos de periódico y las recopilaciones periódicas en forma de reseñas de prensa”. De parecido tenor son los arts. 75 y 76 del Código portugués sobre derechos de autor, el art. 70 de la Ley italiana y el art. 43 de la Ley mejicana. El art. 10.1) de la Convención de Berna preceptúa: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprometiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periodísticas bajo la forma de revistas de prensa”.

las estafas y otros engaños”). De este modo, considerando las conductas contra el derecho de autor como lesiones de derechos patrimoniales, podía incriminárseles como falta en el supuesto de que los perjuicios causados se mantuvieran dentro de la cuantía máxima establecida. Con la reforma de 1963, al sacarse las infracciones del derecho de autor del marco de las estafas, pudo concluirse que la falta punible contra los derechos de autor dejó de estar tipificada en el Código Penal y que, por tanto, cualquier ataque intencionado a tales derechos había de considerarse, cualquiera que fuera el daño o perjuicio inferido, utilidad o lucro obtenido, como delito.

Esta solución arbitrada -tal vez de modo inconsciente- por el legislador no nos satisface. Ello por dos órdenes de motivos.

El primero de ellos hace referencia a razones de justicia material: no es justo que cualquier violación de los derechos de autor, aunque no deje de ser intencionada, haya de padecer inexorablemente la calificación de delito, sobre todo si se tiene en cuenta el criterio que late en el Libro III del Código de punir de forma más leve aquellas conductas que de por sí no revisten la gravedad de las tipificadas en el Libro II. Además, no debe olvidarse la diferencia que existe en nuestro Ordenamiento entre delitos y faltas, que no atiende exclusivamente a la magnitud de la pena, sino a la secuela de consecuencias que tales tipificaciones llevan aparejadas (v. gr., tiempo de prescripción, aplicación de la agravante de reincidencia, etc.).

El segundo orden de motivos viene determinado por la analogía que puede establecerse entre las conductas en cuestión y conductas de otra índole tipificadas en las leyes penales. Si se diferencia entre delitos y faltas en las infracciones contra la propiedad: hurtos o estafas (figura tan afín a los delitos en examen, tanto que se los ha venido identificando hasta 1963), y en las infracciones contra el honor: injurias (figura también homóloga, dado su carácter ideal), ¿por qué no puede establecerse esta diferenciación en las conductas que atacan los derechos de autor, que, en cierta medida y con las reservas que les son propias, vienen a ser una simbiosis de ambas especies delictivas?

Pensamos, pues, que se hace necesaria una distinción entre delitos y faltas dentro de las conductas contra la propiedad intelectual, máxime si se tiene en cuenta el espíritu que preside nuestro Código punitivo en este punto. Tal distingo no sólo es conveniente, sino justo.

7.2. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Nuestro Código Penal conceptúa las conductas atentatorias contra la propiedad intelectual como delitos de naturaleza pública y, por tanto, perseguibles de oficio. En la actualidad se observa en las leyes de derecho de autor más evolucionadas una tendencia a calificar las infracciones contra dicha facultad como delitos privados o semipúblicos (Alemania, art. 109; Yugoslavia, art. 105; Dinamarca, art. 55; Finlandia, art. 62; Suecia, art. 59; Sierra Leona, art. 19; Hungría, art. 27; Noruega, art. 54, etc.), aunque existen también modernas leyes que mantienen la índole pública de dichos delitos, v. gr.: Italia, Francia, Méjico, Túnez, etcétera.

Ante esta falta de unanimidad legislativa que el Derecho comparado nos presenta, se nos ocurre interrogarnos sobre la conveniencia de calificar tales delitos como públicos, privados o semipúblicos en Derecho español, ya que, aunque en nuestro país los referidos delitos sean de naturaleza pública en todos los casos, no quiere decir que, pensando en soluciones de política criminal, ese sistema resulte asimismo preferible.

En nuestra opinión y de cara a buscar salida a esta interesante cuestión, debe colegirse la conveniencia de distinguir entre varios supuestos. Si el ataque a los derechos de autor es de índole patrimonial, esto es, se traduce -o puede traducirse- en un perjuicio económico, o mixto, con resultado de lesión moral y patrimonial al sujeto pasivo, el delito cometido debe reputarse público y, en consecuencia, perseguible de oficio. La razón estriba en que en semejantes hipótesis aparecen lesionados por la acción delincente aspectos crematísticos o patrimoniales que tienen en nuestro Ordenamiento una tutela pública, al vulnerarse intereses concebidos como generales, tal como ocurre en los supuestos análogos de estafas o defraudaciones, con los que los delitos contra la propiedad intelectual guardan una gran similitud, hasta el punto de que durante mucho tiempo se han venido confundiendo. Ahora bien, en los casos en que se afecten exclusivamente intereses morales del autor, consideramos debe reputarse entonces el delito de índole privada o semipública, exigiéndose en estos supuestos, para que puedan ser perseguidos, al menos denuncia del ofendido. La causa obedece a que en esta hipótesis el interés general no queda, de modo grave, lesionado por la acción ilícita, siendo parangonables estas conductas y los intereses que recíprocamente se protegen con los delitos contra el honor.

7.3. INCRIMINACIÓN DEL EMPLEO DE “GHOST WRITERS”

Desde antiguo se ha venido acudiendo a la práctica de retribuir a escritores o artistas a fin de que el comprador apareciese como autor⁶⁰. Esta práctica ha sido generalmente rechazada por el común de la gente. Sin embargo, no puede ser incriminada como plagio ni como delito contra los derechos de autor, ya que en la ilicitud de esta conducta participaría el propio autor. Desde el punto de vista civil está prohibida por el tenor del art. 14 de la LPI. Sin embargo, dado que el propio autor está interesado en la “cesión de la paternidad”, sería muy difícil actuar jurídicamente, habida cuenta que en el proceso civil se exige la legitimación activa, correspondiendo la defensa de los derechos morales al propio autor, por lo que sólo en defecto de éste correspondería a las personas e instituciones que se establecen en el art. 16 de la LPI; pero es obvio que tal cesión de la paternidad se haría en vida del creador, lo que impediría la actuación de terceros en defensa de tales prerrogativas.

Desde una perspectiva de política criminal, sería conveniente plantearse la necesidad de incriminar esta conducta, ya que en la actualidad no puede decirse que suponga un ilícito penal, dado que es difícil encajarla en ningún tipo, pues, aunque se trata de una posible falsedad, sólo en casos excepcionales podría concurrir el requisito del tipo “con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo”, exigido por el art. 306 del CP en relación con el núm. 2 del art. 302 del mismo Texto legal, únicos preceptos que podrían aplicarse⁶¹.

⁶⁰ En los epigramas de Marcial puede leerse “Carmina Paulus emit, recitat sua carmina Paulus. Nam quos emas, possis iure vocare tuum”, cit. por S. STRÖMHOLM, *op. cit.*, pág. 52.

⁶¹ Aunque puede resultar difícil la incriminación de esta conducta por la vía del artículo citado, sin embargo podría darse la misma cuando se presentasen a concursos u oposiciones artículos y otras obras como propias y que hubieran sido realizadas por otros mediante precio, con ánimo de incrementar los méritos en perjuicio de tercero.