

Delitos contra los derechos de autor (*)

JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ

Profesor Titular de Derecho Penal

I

La Ley Orgánica 6/87, de 11 de noviembre, modificó la regulación de los delitos contra los Derechos de autor. La doctrina ha trabajado intensamente sobre esta reforma (1) lo que me permite limitar este tra-

(*) Por encontrarse este artículo concluido y en pruebas de imprenta, no pude tener en consideración el muy interesante trabajo de DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", publicado en ADP, 1990, p. 803.

(1) Cfr. ARROYO ZAPATERO, L y GARCÍA RIVAS, N., "Protección penal de la propiedad intelectual" en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirig. por R. BERCOVITZ, Madrid, 1989, CARMONA SALGADO, C. La nueva Ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1988, y "Sujetos penalmente protegidos en la reforma de 1987 sobre Propiedad Intelectual", en Poder Judicial, Número especial IX. CHIRINOS RIVERA, S. "A propósito de la naturaleza del derecho de propiedad intelectual de autor" en Poder Judicial, Número especial IX, DELGADO PORRAS, Panorámica de la protección civil y penal en materia de Propiedad Intelectual, Madrid, 1988. GIMBERNAT ORDEIG, "Consideraciones sobre los nuevos delitos contra la propiedad intelectual", en Poder Judicial, Número especial IX, GÓMEZ BENÍTEZ J. M y QUINTERO OLIVARES, G. Protección de los derechos de autor y conexos, Madrid, 1988, GUERRERO ZAPLANA, J. "Algunas cuestiones derivadas de las denuncias por delitos contra la propiedad intelectual, cometidos durante la emisión de películas cinematográficas y por los llamados videos comunitarios" en Poder Judicial, Número especial IX, JORGE BARREIRO, La tutela penal de la Propiedad Intelectual (Ejemplar mecanografiado), MORILLAS CUEVAS, L, Sobre la denominación de Sección III del Capítulo IV del Título XIII, del Libro II del Código penal, en Poder Judicial, Número Especial IX, POLAINO NAVARRETE, M. "Aspectos de la protección típica de la propiedad intelectual" en Poder Judicial, Número Especial IX, ROLDÁN BARBERO, "Personalismo y patrimonialismo en la reciente modificación de los delitos contra los derechos intelectuales", en La Ley, 1988, II, ROMEO CASABONA, C. M. Poder informático y seguridad jurídica, Madrid, 1988, y SOTO NIETO, "Delitos contra los derechos de los titulares de la propiedad intelectual", en Poder Judicial, Número especial IX. Véase también la Circular n.º 2/1989 de la Fiscalía General del Estado, titulada "Precisiones sobre algunos aspectos

bajo al análisis de los aspectos que presentan mayores problemas interpretativos.

La primera de estas cuestiones es la caracterización de los artículos 534 bis a) y b) como normas penales en blanco o bien como preceptos cuyo texto agota la descripción de la materia prohibida. En este sentido, la reforma de aparente solución al principal problema que presentaba la regulación anterior. El derogado artículo 534 sancionaba a aquel que infringiera intencionadamente los derechos de autor. Se trataba de una ley penal en blanco que remitía íntegramente a la legislación civil, es decir, a la Ley de Propiedad intelectual de 1879. Los nuevos artículos 534 bis a) y b) definen las conductas merecedoras de sanción penal. Ahora se sancionan ciertos comportamientos, como reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente una obra literaria, artística o científica sin autorización.

Para un importante sector doctrinal la nueva formulación del tipo penal implica el abandono de la técnica de la ley penal en blanco, "en cuanto que son enunciadas todas las conductas básicas que pueden dar lugar al delito" (2). En esta línea de argumentación, dice QUINTERO OLIVARES que "utilizando un criterio meramente práctico podría incluso decirse que la actual normativa penal sería aplicable incluso si se derogara la Ley de Propiedad Intelectual, al ser una ley completa que cuenta con precepto y sanción, lo único que sucedería es que determinados conceptos tendrían que ser interpretados por el juez penal sin contar con el auxilio normativo de otra ley" (3). Inmediatamente agrega que esta afirmación no puede malinterpretarse como una desvinculación absoluta de la Ley de Propiedad Intelectual con el Código penal. Agrega enconces QUINTERO que una ley penal impregnada de elementos normativos, que exige una interpretación fundada en preceptos extrapenales no es equiparable al recurso a la ley penal en blanco, pues esta última implica una renuncia a mantener en sede penal la definición de los comportamientos punibles. Una interpretación totalmente opuesta formulan ARROYO Y GARCIA RIVAS (4), para quienes se siguen tratando de una ley penal en blanco. Pero como la nueva ley define el núcleo esencial de lo prohibido, quedan cubiertas las exigencias del principio de legalidad. Para tomar partido por una u otra posición, hay que resolver dos cuestiones. En primer lugar, aclarar si la reforma penal es autosuficiente para definir el ámbito de lo prohibido, es decir, si los artículos 534 bis a) y b) contienen toda la materia de prohibición. En segundo término, de comprobarse la necesidad del recurso a la ley extra-

de la formulación típica y la responsabilidad civil en los delitos contra la propiedad intelectual tras la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre".

(2) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático y seguridad jurídica, op. cit. p. 153.

(3) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Protección penal, op. cit. p. 28.

(4) Cfr. Protección penal de la propiedad intelectual, op. cit. p. 1987. En igual sentido RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho Penal, parte especial, 11 edic., Madrid, 1988, p. 535.

penal, hay que resolver si un elemento del tipo que exige tan remisión puede considerarse como un elemento normativo o bien entender que se trata de una ley penal en blanco.

La trascendencia práctica de la cuestión es escasa. Antiguamente, cuando sólo se admitía el error de prohibición en el supuesto del llamado “error de derecho extrapenal” la caracterización como elemento normativo del tipo o ley penal en blanco suponía un tratamiento diferente, ya que no se admitía el llamado “error de derecho penal”. En la actualidad, al admitirse el error de prohibición con carácter general, en aplicación del artículo 6 bis a) la solución será la misma en uno u otro caso.

De todas maneras, la naturaleza de ley penal en blanco debe ser reconocida por otro género de consecuencias, que no hacen a la solución concreta de eventuales problemas interpretativos sino a la esfera de garantías individuales. Un amplio sector doctrinal entiende que el recurso a las leyes penales en blanco debe limitarse lo máximo posible ante el ataque que presentan o pueden presentar hacia las garantías individuales, más concretamente hacia el principio de legalidad. La ley penal en blanco genera una mayor incertidumbre y puede provocar confusiones en los sujetos hacia los que va dirigida.

a) La primera cuestión, referida la autosuficiencia del tipo penal para delimitar totalmente el ámbito de lo prohibido, es objeto de interpretaciones opuestas. Como acabo de señalar, para QUINTERO OLIVARES en el supuesto de la tutela penal de los derechos de autor no existiría la necesidad de recurrir a la ley civil para completar el tipo penal. Pero este razonamiento no puede ser suscrito porque la ley penal depende de la ley civil, y de tal manera que si desapareciera dicha ley civil no existiría ninguna posibilidad de brindar protección penal a los derechos de autor. Los derechos de autor se construyen sobre la normativa extrapenal.

Es cierto que aunque no existan leyes civiles o mercantiles que regulen los derechos de autor, nos seguiremos encontrando con sujetos que realizan obras literarias, artísticas y científicas. Esos sujetos podrán ser plagiados o tal vez padezcan una disminución en sus ingresos económicos por la actuación de extraños que se dedican a la reproducción o difusión de sus obras sin autorización. Pero el derecho de autor no tiene ningún significado sin la ley civil, pues la ley civil está delimitando el ámbito situacional que va a tener relevancia para la ley penal (5). En definitiva, en materia de derechos de autor la ley penal sin ley civil produce una caída en el vacío. Por ello puedo afirmar que la ley civil integra el tipo penal, es indispensable para delimitar el ámbito de lo prohibido, por lo que puede caracterizarse este nuevo precepto penal como

(5) Por ejemplo, la ley de Propiedad intelectual indica que una obra ya divulgada puede reproducirse *sin autorización de autor* cuando sea para uso privado del copista siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva o lucrativa. En este supuesto la ley civil es requerida para delimitar el tipo penal.

un elemento normativo del tipo de naturaleza idéntica a una ley penal en blanco.

b) Una vez comprobado que la ley penal requiere el recurso inexorable a la ley extrapenal para definir el ámbito de lo prohibido, debemos señalar las coincidencias materiales con las leyes penales en blanco.

El artículo 534 bis no define completamente el supuesto de hecho, sino que remite a otras normas jurídicas encargadas de llenar el vacío legislativo. El complemento se encuentra en otra ley, que en este caso ha emanado de la misma instancia legislativa. El tipo posee un elemento normativo que funciona como una ley penal en blanco. Con este recurso se gana un poco en certeza y precisión al no existir una remisión indiscriminada a la normativa extrapenal, como sucedía con la regulación anterior a 1987. Con los nuevos preceptos el tipo describe las líneas generales del ámbito prohibido, que será completado por la ley extrapenal. Pero eso no implica que pueda afirmarse la autosuficiencia del precepto penal cuando define la conducta prohibida. Esa interpretación se queda en lo formal porque materialmente el alcance de la prohibición no lo da la ley penal, sino la extrapenal.

Reitero que la naturaleza equiparable a una ley penal en blanco no tiene la trascendencia práctica que pudo tener antes de la reforma del error en el Código penal, aunque produce algunas consecuencias. En primer lugar, permite aclarar la verdadera naturaleza jurídica de estos elementos para su valoración desde una perspectiva político criminal. Pero también sirve para recordar al intérprete y al encargado de la aplicación de la ley penal el alcance mayor de la consciencia de la antijuricidad, que debe abarcar las características impuestas por la ley extrapenal cuando se cuestionen los límites del error de prohibición en estos delitos.

El segundo aspecto conflictivo de esta reforma penal reside en la determinación de bien jurídico protegido, que condiciona el fundamento de la intervención penal, la ubicación sistemática y la denominación de los delitos en análisis. Para resolver esta cuestión hay que tener presente que la reforma penal va unida, e incluso depende de la modificación operada en la legislación civil. La ley (civil) de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (en adelante, LPI), y la Ley Orgánica que modificó estos delitos coinciden en asignar a los derechos de autor dos grandes ámbitos o zonas con relevancia jurídica. Por una parte están los derechos personales y morales, por la otra los aspectos referidos a la propiedad intelectual, es decir, las consecuencias de índole patrimonial que produce para el autor y cesionarios la divulgación de la obra. En definitiva, para el Derecho positivo el autor de una obra recibe protección tanto por los aspectos morales irrenunciables e inalienables (por ej. los derechos de divulgación o de paternidad de la obra: artículo 14 LPI) como por los derechos de explotación, de claro contenido económico, que surgen a partir de comercializar esta obra en el mercado (artículos 17 a 23 LPI). Este ámbito tan diferente de derechos tiene que ser el re-

sultado de la protección de un bien jurídico que no se agota en los aspectos patrimoniales, un bien jurídico distinto al mero patrimonio del autor.

Toda la doctrina reconoce la distinción entre los aspectos personales y patrimoniales, y que los dos ámbitos reciben tutela por parte del derecho penal. Es una conclusión inevitable que surge de constatar la regulación jurídica que realizan las leyes civiles y penales. Pero a partir de esta afirmación las opiniones comienzan a matizarse y dividirse. Las alternativas pasan por entender que existen dos bienes jurídicos diferenciados, o bien que existe un único bien jurídico, denominado para unos Propiedad Intelectual y para otros Derechos de autor.

Una primera interpretación (6) entiende que existen dos bienes jurídicos, ambos de carácter individual, derivados del derecho de autor. Por una parte, el derecho a la propia imagen, que sería una síntesis del derecho moral y, por otra parte, el derecho de explotación de la obra, es decir, todo el beneficio patrimonial que se puede obtener de ella. Consecuentemente se propone la creación de tipos penales distintos para proteger cada uno de esos bienes jurídicos. Por mi parte, entiendo que se lesiona un solo bien jurídico en el que existen dos zonas de protección. Se trata, en principio, del mismo sujeto, es decir, el autor de la obra, y del mismo objeto, su obra, que puede recibir múltiples ataques. Por ello no parece aconsejable dividir la caracterización de aquello que se protege, dado que los aspectos personales y patrimoniales están muy unidos, y sugieren la presencia de un único bien jurídico tutelado. Ocurre algo parecido en los delitos contra la Hacienda Pública, en los que se constata un único bien jurídico con dos aspectos diferenciados de protección. Por una parte, el aspecto recaudatorio que está tutelado por el delito fiscal y el delito contable. Por el otro lado, el gasto público, tutelado por el fraude de subvenciones.

Otro sector doctrinal entiende, implícita o explícitamente, que el bien jurídico no está constituido por los Derechos de autor sino por la Propiedad Intelectual, es decir, por aquellos aspectos de naturaleza patrimonial. Se reconoce la existencia de aspectos personales y patrimoniales, pero se considera que el legislador da tal preeminencia a los aspectos patrimoniales que los personales o morales quedan opacados, en una segunda e inferior categoría (7). Esta línea interpretativa, llevada a

(6) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático, op. cit. p. 153.

(7) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal, Parte Especial, Valencia, 1988, p. 287, quien entiende que "en las distintas infracciones del derecho de autor que se tipifican en el Código Penal, se protege este derecho en su vertiente predominantemente patrimonial, sin excluir que, en algún caso, se proteja la paternidad de la obra o su integridad artística". Agrega que es el derecho patrimonial el que normalmente motiva la intervención del derecho penal. Siguen esta línea de razonamiento ARROYO y GARCÍA RIVAS op. cit. p. 1989, quienes entienden que el fundamento de los derechos de autor, tanto en lo que se refiere a los derechos morales como a los de explotación, se encuentra en el art. 33 de la

sus extremos, conduce a la interpretación *contra legem* de algún autor, para quien “estamos en presencia de delitos contra el patrimonio que, por la naturaleza de los derechos a que afectan, no tienen más remedio que consistir en operaciones de utilización económica (con o sin finalidad lucrativa) hasta el punto de que la sola violación del “derecho moral” no es punible” (8). Tampoco puedo suscribir estos planteamientos. Se pretende basar la distinción en el diferente grado de protección que da el Código penal a los aspectos personales y patrimoniales. Pero estos mismos autores reconocen que el plagio, como manifestación del aspecto moral del derecho de autor, es “considerado desde siempre el más grave atentado contra los derechos de autor” (9).

Por último, otro sector doctrinal entiende que se otorga similar importancia a los aspectos morales y patrimoniales. Para fundamentar la relevancia de los aspectos morales se recurre a la Constitución, concretamente el artículo 20, 1, b) que establece, entre los derechos fundamentales, que se reconocen y protegen los derechos... “A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica” (10). La discusión acerca de la protección constitucional del derecho de autor a través de ese precepto es muy amplia en los ámbitos civiles (11) y ha pasado al derecho penal. En general, se tiende a realizar la siguiente distinción. Por una parte está la tutela de los derechos de autor, entendidos como derechos que recaen sobre una obra ya realizada (a través de la LPI). Por otra parte están los derechos de producción y creación intelectual (artículo 20.1. b) de la Constitución), que serían los derechos sobre una obra futura. Estos últimos recibirían protección a través de los delitos de coacciones o amenazas. Ambos supuestos, tanto los que afectan a una obra ya realizada como a una obra futura, se refieren exclusivamente al *corpus mysticum*, esto es, a la creación intelectual por lo que se diferencian del derecho de propiedad sobre el objeto en el que se asienta la obra, es decir el *corpus mechanicum* (12).

Constitución, que protege la propiedad privada. Para estos autores existe un desequilibrio protector en favor de los intereses patrimoniales. Dan relevancia a las consecuencias económicas que, según ellos, subyacen detrás de todos los supuestos contemplados en la reforma, ya se trate de derechos personales o morales, concluyendo que los aspectos morales de la tutela penal ocuparían una posición inferior respecto a los patrimoniales. En consecuencia, entienden correcta la inclusión de estos nuevos preceptos penales entre los delitos patrimoniales, y su designación como *Delitos contra la Propiedad Intelectual*. Cfr. también POLAINO, Aspectos, op. cit. p. 425 y ss, y CARMONA SALGADO, Sujetos penalmente protegidos, op. cit. p. 338.

(8) Cfr. DELGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 117.

(9) Cfr. ARROYO-GARCÍA RIVAS, op. cit. p. 1993.

(10) Cfr. BOIX REIG, en COBO-BOIX-ORTS-CARBONELL, Derecho penal, Parte Especial, Valencia, 1988, p. 241, y ROLDÁN BARBERO, Personalismo y patrimonialismo, op. cit. p. 916.

(11) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Comentarios a La ley de Propiedad Intelectual, Madrid, 1989, p. 22.

(12) Cfr. STORCH DE GARCÍA ASENSIO, J. “Derecho a la producción y creación in-

Por mi parte, entiendo que lo tutelado son los derechos de autor, entendidos como las facultades personales y patrimoniales que jurídicamente corresponden al autor sobre su creación. En otras palabras, la doble manifestación de los derechos de autor (13) que siempre resultará afectada, en alguna medida, con estos comportamientos delictivos. Comprende, por una parte, los derechos morales del autor sobre su obra y, por otra, el monopolio de la explotación económica que otorga la ley al autor o a sus cesionarios. Los límites jurídicos están señalados por la legislación extrapenal sobre derechos de autor, sea ésta civil o mercantil.

Los derechos de autor son intereses asentados en la realidad que reciben protección jurídica. La primera protección la reciben del derecho civil (y eventualmente del derecho mercantil), delimitándose el ámbito de tutela jurídica. En un segundo momento el derecho penal impondrá sus límites de protección. Por ese motivo, dado que las leyes civiles, mercantiles y penales protegen aspectos patrimoniales y morales, hay que admitir que ambos aspectos constituyen por igual los componentes del bien jurídico "Derechos de autor". Inclusive, puede hablarse de una ligera preeminencia de los derechos morales sobre los derechos de explotación (14), lo que explica que en el tipo básico no se exija un perjuicio económico aunque se afecten derechos de explotación (ej. reproducción ilegal de una obra que aún no ha sido puesta a la venta). Esta circunstancia elimina la caracterización de la *Propiedad Intelectual* como bien protegido y propugna una nueva ubicación sistemática, tal vez en un nuevo título, para que quede suficientemente claro que no se tutela exclusivamente el patrimonio del autor de la obra, sino que existe un ámbito moral de tutela. Respecto a la proyección constitucional del bien jurídico, creo que no es necesario ni recomendable entrar en esa discusión. A los efectos fundadores y prácticos del derecho penal es indiferente que la tutela de los derechos de autor esté o no consagrada explícitamente en el texto constitucional. En la actualidad no gozan de ningún predicamento las teorías constitucionales estrictas sobre el bien ju-

telectual. Derecho de autor y Derecho de propiedad sobre la obra concreta" en La Ley, 1986. Esta discusión también existe en el seno del Tribunal Supremo. Al resolver un famoso caso en el que el escultor Pablo Serrano solicitaba la defensa de su derecho moral de autor pudo comprobarse la división de opiniones en el Alto Tribunal. Los propietarios de un hotel malagueño, a quien el artista había vendido la obra, desmontaron su escultura "Viaje a la luna en el fondo del mar" causándole graves daños. La sentencia del Tribunal Supremo no reconoce relevancia constitucional al derecho moral del autor, por la vía del artículo 20, 1, b). Pero existe un voto en disidencia que otorga relevancia constitucional al derecho moral del autor, lo que ha sentado las bases de la discusión doctrinal. BOIX y ROLDÁN se adhieren al magistrado disidente y entienden que el aspecto moral del derecho de autor tiene relevancia constitucional en virtud del precepto comentado.

(13) Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., Manual de Derecho penal. Parte Especial. II. Delitos patrimoniales y económicos. Madrid, 1987, p. 224. Cfr. también SOTO NIETO, Delitos, op. cit. p. 382.

(14) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comenarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirig. por R. BERCOVITZ, Madrid, 1989, p. 331.

rídico, que exigían la mención expresa de aquél dentro del catálogo de valores constitucionalmente relevantes (15).

Concretando el bien jurídico tutelado, diré que se trata de los derechos de autor y ciertos derechos conexos, ya que la protección penal no se agota con la defensa de los derechos de autor en sentido estricto sino que comprende otros derechos como son los que corresponden a intérpretes o ejecutantes respecto a su interpretación o ejecución. En todo caso, dado que es un bien jurídico que posee naturaleza mixta (16) quedan comprendidos tanto los aspectos personales como patrimoniales. Por todo ello deben denominarse delitos contra los Derechos de autor, y no delitos contra la Propiedad Intelectual, ya que esta última fórmula señala solamente uno de los aspectos tutelados (17). Por otra parte, la naturaleza mixta del bien jurídico "Derechos de autor" hace difícil su ubicación sistemática. Es necesaria una reordenación del Código, que extraiga estos delitos del capítulo destinado a las defraudaciones, pues se producen confusiones interpretativas cuando se trata de la protección de los aspectos no patrimoniales.

Respecto al *sujeto activo*, los comportamientos descritos por los artículos 534 bis a) y 534 bis b) no presentan limitaciones en orden a quienes pueden realizarlos. Son delitos comunes, por lo que cualquiera puede ser sujeto activo. La cuestión más interesante que se presenta radica en determinar si el propio autor de la obra o creación original puede ser sujeto activo de estos delitos, en el supuesto en que su comportamiento afecte los derechos de los cesionarios. Cuando el autor cede sus derechos "en exclusiva", atribuye al cesionario la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona, inclusive el propio cedente (artículo 48 LPI). Si la cesión no es en exclusiva, hay que atenerse a los términos del contrato (artículo 50.1 LPI) pero, en principio, las facultades de explotación que se ceden corresponden al cesionario, con exclusión del propio cedente.

Hay que determinar qué solución se da cuando el autor autoriza a un tercero para que reproduzca, divulgue, distribuya, etc. su obra en contra de los derechos adquiridos por el cesionario en virtud de un contrato previo. Para un sector doctrinal, el autor de la obra puede ser autor

(15) Esta exigencia de la consagración expresa en el texto constitucional limita la criminalización de conductas, pues la Constitución no puede contener todos los valores que podrían ser relevantes para esta sociedad y su derecho penal, ni en el momento actual ni en el futuro. Toda reforma penal sobre materias no reguladas constitucionalmente requeriría una reforma constitucional previa, lo que es de por sí absurdo. Por eso, es suficiente que el valor o interés que se considera digno de tutela, en este caso los derechos de autor, no entre en contradicción con los valores constitucionales considerados en su conjunto y, más concretamente, con la forma de Estado social y democrático de Derecho.

(16) Cfr. BOIX REIG, Derecho penal, op. cit. p. 238.

(17) Expresamente a favor de considerarlos delitos contra la Propiedad Intelectual, MORILLAS CUEVA, Sobre la denominación, op. cit. p. 421 y ss.

del delito en el caso en que se afecten los intereses del cesionario (18). En cambio, otro sector excluye la posibilidad de apreciar en el autor de la obra la condición de autor del delito. En tal caso sólo puede darse un delito de estafa o, en último término, será un comportamiento exclusivamente relevante en sede de responsabilidad civil. (19).

Como señala CARMONA SALGADO (20) el bien jurídico sigue perteneciendo al autor, aunque solo le quede el aspecto moral intransmisible. Tras esta afirmación parece un tanto absurdo que un sujeto sea, al mismo tiempo, titular de un bien jurídico de una naturaleza tan peculiar e íntimamente relacionado con él, como son los derechos de autor, y sujeto activo de un delito que afecta a ese bien jurídico.

La solución está en determinar qué tipo de comportamientos quieren ser evitados con la tutela penal de los Derechos de autor. Sin duda, el tipo pretende motivar a la comunidad para que no se violen los derechos del autor y sus cesionarios. Las relaciones internas entre autor y cesionario no aparecen como un objeto directo de tutela penal, dado que los preceptos no ponen su empeño en prohibir comportamientos del autor o del cesionario. Parece que esas conductas deben buscar sus correctivos en otros preceptos penales, o en las relaciones de derecho privado que unen a ambos sujetos.

Como consecuencia directa de todo ello, el tercero que contrata con el autor en contra de los intereses del cesionario no realiza ninguno de los comportamientos prohibidos por el artículo 534 bis. Su conducta es atípica, lo que impide cuestionar si conocía o desconocía la existencia o límites de la cesión. Ello no excluye su eventual responsabilidad por estafa o las correspondientes reponsabilidades de naturaleza civil.

Igual solución hay que dar cuando el incumplimiento de los términos del contrato es realizado por el cesionario en contra de los derechos patrimoniales del autor. El cesionario también es titular del bien jurídico, en relación con los aspectos patrimoniales que ha adquirido. Los incumplimientos contractuales deben quedar reservados a la regulación civil o, en su caso, al delito de estafa.

Mayores problemas se presentan en el supuesto en que el cesionario afecte derechos morales, que son intransmisibles por vía contractual (artículo 14 LPI). Respecto a esos derechos morales, el cesionario no adquiere la titularidad del bien jurídico en ningún caso, aunque pueda resultar él también perjudicado por la lesión. Por eso, podrían sancionarse penalmente esos comportamientos, aunque de todas maneras pa-

(18) Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Protección penal*, op. cit., p. 82. GÓMEZ BENITEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 155.

(19) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, III, 2.ª edic. puesta al día por GARCÍA VALDÉS, Madrid, 1978, p. 630.

(20) La nueva ley, op. cit. p. 274.

rece preferible que la vía civil absorba esas conductas que se desarrollan dentro del ámbito contractual (21).

El *sujeto pasivo* del delito no se limita al autor de la obra literaria, artística o científica. También pueden revestir esa condición otros sujetos, personas físicas o jurídicas, en cuanto también son titulares del bien jurídico protegido.

Por tratarse de un bien jurídico de naturaleza mixta, que comprende aspectos personales y patrimoniales, habrá sujetos que serán titulares de ambos segmentos del bien jurídico tutelado (ej. autores, sucesores *mortis causa*), mientras que otros solo podrán serlo del aspecto patrimonial, único transmisible entre vivos, a diferencia del aspecto moral intransmisible.

El sujeto pasivo de estos delitos será en primer lugar, el titular de los derechos de propiedad intelectual. Estos están determinados por la Ley de Propiedad Intelectual (22). Por otra parte, el artículo 534 bis se refiere expresamente a los cesionarios (23). Estos sujetos acceden a los derechos económicos de explotación del derecho de autor en virtud de un contrato. A raíz de la nueva regulación legal el cesionario posee un verdadero derecho de autor, aunque de carácter derivado frente al original que es exclusivo del autor (24). Son también titulares del bien jurídico y, por lo tanto, no se trata de simples perjudicados por el delito en cuanto se afecta el aspecto patrimonial que les pertenece, aunque serán simplemente perjudicados en el supuesto de afección a los aspectos morales. También reciben protección los titulares de derechos conexos a los derechos de autor. Se trata de intérpretes o ejecutantes, que son sujetos pasivos en cuanto se lesionan sus derechos sobre esas interpretaciones o ejecuciones. Estos sujetos no son autores, pero el derecho les

(21) Por su parte, GÓMEZ BENÍTEZ entiende que infringe los derechos de autor con relevancia penal el cesionario autorizado a divulgar que se extralimita en las formas y límites del contrato (para este autor se infringe el derecho de divulgación cuando se realiza en forma distinta a la autorizada). Por ej. A cede a B su última obra literaria, para ser divulgada en Cataluña. B la divulga en todo el territorio español. En mi opinión, es un supuesto de incumplimiento contractual que posee sus correctivos perfectamente delimitados en sede civil o mercantil. Cfr. Protección penal, op. cit. p. 151.

(22) En esta categoría quedan incluidos: El autor de la obra literaria, artística o científica, es decir, la persona física que crea la obra (art. 5 LPI). También el transformador de la obra. Así el traductor y el adaptador respecto a la traducción o adaptación (en contra, QUINTERO OLIVARES, op. cit. p. 55). También se encuentran incluidos los sucesores "mortis causa" (artículo 42 LPI) respecto al derecho de explotación durante 60 años tras la muerte o declaración de fallecimiento del autor (artículo 26 LPI), momento en que dichos derechos pasan al dominio público (artículo 41 LPI). Respecto a los derechos morales, las personas que gozan de esos derechos durante los plazos previstos por los artículos 15 y 16 LPI. Además, los artículos 7, 8, 87 y 119 de la LPI consagran supuestos especiales.

(23) Críticamente, ROLDÁN, *Personalismo y patrimonialismo*, op. cit. p. 923.

(24) Cfr. QUINTERO, op. cit. p. 80.

protege en cuanto imprimen su propia personalidad al actuar (25).

No pueden ser sujetos pasivos de este delito aquellos que no son titulares de derechos de autor, ni cesionarios, ni titulares de los derechos conexos expresamente previstos por el artículo 534 bis a). El Código penal distingue a los autores de los titulares de los derechos conexos, y dentro de estos sólo menciona a intérpretes y ejecutantes. De tal manera, no puede otorgarse protección penal por vía de la analogía, pues se aumenta la esfera de lo prohibido (26). Entre los excluidos se destacan especialmente los titulares de otros derechos conexos previstos en la LPI como, por ejemplo, el productor de un fonograma (27).

En cuanto al *objeto material del delito*, es indispensable distinguir el *corpus mechanicum*, que es el objeto tangible en el que se materializa la creación, del *corpus mysticum*, que puede caracterizarse, siguiendo a BERCOVIZ, como una creación original, una composición distinta a las existentes con anterioridad, combinación nueva de palabras, formas, colores o notas musicales. El artículo 10 de la LPI ayuda a aclarar esta cuestión, cuando se refiere a las creaciones originales literarias, artísticas o científicas (*corpus mysticum*) expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro (*corpus mechanicum*).

El *corpus mechanicum* tiene escasa relevancia en materia de derechos de autor. Recibe la misma protección que cualquier otro objeto que se encuentra en la realidad, por lo que se le aplican las reglas generales sobre derecho de propiedad (28). La trascendencia del *corpus mechanicum* en el ámbito de los derechos de autor se relaciona con la necesidad de asentar las ideas en un cuerpo material. Los derechos de autor no protegen las ideas en abstracto, sino la materialización de ideas a través de una obra. Por ese motivo, como señala QUINTANO RIPOLES (29) es indispensable un sustrato material que manifieste externamente las ideas: libro, partitura, lienzo, mármol. Por este motivo el *corpus mechanicum* adquiere una dimensión secundaria pero relevante para la delimitación de los derechos de autor y, consecuentemente, su protección penal. Como establece el artículo 56.1 de la LPI el que adquiere la propiedad del soporte al que se haya incorporado la obra no tendrá, por ese sólo título, ningún derecho de explotación sobre la obra. Los derechos de autor siguen perteneciendo al autor o cesionario.

(25) Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, *La protección del derecho moral de autores y artistas intérpretes o ejecutantes en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987*. Revista General de Legislación y jurisprudencia n.º 4, 1988, p. 592.

(26) Cfr. QUINTERO, *Protección penal*, op. cit. p. 52.

(27) En contra, JORGE BARREIRO, *La tutela penal*, op. cit. p. 69 y CARMONA SALGADO, *La nueva ley*, op. cit. p. 259.

(28) Desde esta perspectiva, el objeto sobre el que recae la creación puede ser, por ejemplo, robado o dañado. En este último caso, el titular recibirá protección jurídica por el menoscabo a su derecho de propiedad.

(29) Cfr. *Tratado de Derecho penal*, op. cit. p. 605.

Sobre el *corpus mysticum* la situación es diferente, pues recibe su tutela como derecho de autor en sus vertientes personales y patrimoniales. El propio artículo 534 bis a) delimita el *corpus mysticum* con relevancia penal (30). Se trata de todo o parte de:

a) *Una obra literaria, artística o científica*. Según el artículo 10.1. de la LPI estas obras deben ser creaciones originales, (poemas, libros, conferencias, composiciones musicales, obras cinematográficas, programas de ordenador, etc.) y es indiferente el medio o soporte en el que se asientan. La doctrina entiende, unánimemente, que el derecho de autor no protege las ideas que dan contenido a una obra, sino la forma en que aparecen recogidas dichas ideas. Con carácter general, las ideas pueden utilizarse libremente, pues lo contrario llevaría a frenar el desarrollo social, cultural y científico de la comunidad (31).

b) *La transformación de una obra literaria, artística o científica*. Por ej. la traducción o adaptación de una obra, o un programa derivado de ordenador. Esta transformación constituye una obra diferente (artículo 21 LPI), y el que realiza la transformación posee, respecto a su obra, los mismos derechos patrimoniales que corresponden a una obra original. Por ese motivo es indispensable contar con la autorización del autor de la obra preexistente.

c) *Las interpretaciones o ejecuciones artísticas*. Ellas existen cuando una persona representa, canta, lee, recita o ejecuta de cualquier forma una obra (artículo 101 LPI). El objeto material del delito es la interpretación o ejecución artística.

Un análisis particularizado exige el supuesto de la transformación de la obra. Mientras la LPI le brinda tutela jurídica a efectos del derecho privado, no hay protección penal alguna en el supuesto en que se

(30) El *corpus mysticum* corresponde al autor por el sólo hecho de su creación. La ley de 1879 condicionaba el derecho de autor a la previa inscripción registral de la obra. Ante las críticas doctrinales y jurisprudenciales, se eliminó el requisito registral aunque es un excelente medio probatorio que puede utilizar el autor que proceda a registrar su creación.

(31) Cfr. BERCOVITZ, Comentarios, op. cit. p. 212. Las obras literarias y, en general, las artísticas no están definidas por la ley. Como señala QUINTERO OLIVARES (Protección penal, op. cit. p. 47), estas obras se caracterizan por ser el resultado de una actividad destinada a producir belleza y emoción estética. Para delimitarlas, es de utilidad el tradicional catálogo de las artes (música, escultura, pintura, literatura, arquitectura, teatro, cine). Las obras inmorales también reciben tutela por parte del derecho penal. Aunque puedan existir dudas en la doctrina (BERCOVITZ, Comentarios, op. cit. p. 216), no se cuestiona el reconocimiento del derecho de autor en estos casos. El derecho penal no puede eliminar la protección de obras sobre las que el orden jurídico proyecta derechos de autor por calificarlas de inmorales, cuando el Derecho penal no tiene como misión imponer una moral determinada sino, a lo sumo, permitir la coexistencia pacífica de los diferentes órdenes éticos existentes en la comunidad. En cuanto a las obras científicas, éstas se caracterizan por la utilización del método científico (QUINTERO OLIVARES, Protección penal, op. cit. p. 49). Ello puede advertirse en la realización de mapas, diseños topográficos, programas de ordenador, etc.

realice una transformación de la obra (por ej. traducción, adaptación, etc., art. 21 LPI) sin autorización del autor.

Pese a que un sector doctrinal entiende que la transformación es una de las modalidades de acción típica (32) ello no es así. El nuevo precepto sanciona al que reproducere, plagiare... etc. una obra literaria, artística o científica "o su transformación". La transformación no es una modalidad de acción (sería "transformare") sino la referencia a un eventual objeto material de este delito. Una obra traducida o adaptada es una obra nueva, que como tal puede ser plagiada, distribuida, etc. sin autorización del titular de los derechos de autor (autor originario, traductor, adaptador, cesionarios, etc.). De no hacerse una mención expresa a la transformación en el precepto penal, en su carácter de objeto material del delito, estos comportamientos que atentan contra las transformaciones podrían quedar impunes, ya que existen dificultades para considerar a la transformación como "creación original de carácter literario, artístico o científico" pese a que se trata, según la propia LPI, de una obra nueva.

Interpretar que el comportamiento de transformar no es penalmente relevante implica un mayor respeto hacia el principio de legalidad, aunque lleve a la impunidad a todo traductor o adaptador que transforme una obra sin autorización. Pero sin lugar a dudas sigue siendo delictivo cualquier otro comportamiento relacionado con las obras transformadas (plagiarlas, reproducirlas, etc.) si no se cuenta con la autorización del autor o traductor, según el caso.

Por idénticos motivos se rechaza la interpretación doctrinal (33) que incluye entre las acciones prohibidas la de "interpretar o ejecutar" sin autorización. El precepto penal se refiere a "interpretaciones o ejecuciones artísticas" como objetos materiales del delito y no como comportamientos prohibidos. Esta afirmación no impide que para realizar alguna de las acciones prohibidas haya que "interpretar o ejecutar". Cuando se plagia una interpretación o ejecución (objeto material), hay que realizar, naturalmente, una interpretación o ejecución (comportamiento plagario).

Párrafo aparte merece la interpretación de DELGADO PORRAS (34). Entiende este autor que "no hay una explicación lógica para que el legislador haya excluido de sanción penal la transformación no autorizada de una obra, si no es la de haber considerado ya inculpada tal acción... a través de la figura del plagio" Como veremos al tratar los comportamientos prohibidos en particular, el plagio no tiene nada que ver con la transformación de la obra, si entendemos transformar en

(32) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático, p. 156. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 243.

(33) Cfr. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 243, RODRÍGUEZ DEVESA, Derecho penal español, p. 539, JORGE BARREIRO, La tutela penal, p. 70.

(34) Cfr. Panorámica... op. cit. p. 118.

el sentido que le da el propio ordenamiento jurídico a través de la LPI. Esta interpretación conduce a aplicar analogía contra reo, y por ello debe ser rechazada.

Por último, y antes de entrar en el concreto análisis de las diferentes modalidades delictivas, debo reiterar que estos comportamientos nada tienen que ver con las defraudaciones ni resultan avasallados por los aspectos que poseen naturaleza estrictamente patrimonial. Aunque el desacierto del legislador de 1987 haya llevado a mantener estos delitos contra los Derechos de autor en el Capítulo IV (De las defraudaciones) del Título XIII (Delitos contra la propiedad) del Libro II del Código penal, no se puede ignorar que muchos de estos comportamientos no afectan la propiedad ni pueden ser considerados defraudatorios, ya que el ánimo de lucro y el perjuicio patrimonial no son requisitos necesarios para su consumación (35).

II

Entrando ya en el análisis de los nuevos preceptos, vemos que tanto el tipo básico, consagrado en el artículo 534 bis a), como el agravado del 534 bis b) protegen aspectos personales y patrimoniales de los derechos de autor. En el tipo básico se intenta proteger el aspecto personal con la persecución del plagio. Respecto a los intereses patrimoniales tutelados, se sancionan los ataques contra algunos derechos de explotación (artículos 17 a 23 LPI), concretamente aquellos comportamientos que atentan contra la reproducción, distribución y comunicación pública de la obra. A estos se suman otros comportamientos prohibidos, que no constituyen “derechos de explotación” en el sentido estricto de la LPI, pero que se relacionan directamente con éstos. Se trata de la importación, exportación y almacenamiento de obras ilícitas.

El tipo agravado, por su parte, incrementa las penas cuando se afectan otros derechos morales: infringir el derecho de divulgación del autor, usurpar la condición de autor sobre una obra o parte de ella, usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución y, por último, modificar sustancialmente la integridad de la obra sin autorización del autor.

La *reproducción* es el primero de los comportamientos prohibidos por la figura básica del artículo 534 bis a), y afecta el aspecto patrimonial de los derechos de autor. Para definir la reproducción hay que re-

(35) GIMBERNAT entiende que estos comportamientos son defraudatorios en cuanto exigen un perjuicio patrimonial, pero que no requieren engaño (Cfr. Consideraciones, op. cit. p. 354 y sig.). Sin embargo, ese perjuicio patrimonial no se exige en el precepto salvo en la modalidad hiperagravada del art. 534 bis b) 2. Recuérdese que es perfectamente posible plagiar, usurpar, alterar sustancialmente la obra, etc. sin producir un perjuicio patrimonial, y ello tendrá trascendencia penal.

currir al art. 18.1 LPI que la delimita como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella”.

Naturalmente que existen muchos medios por los que se puede reproducir una obra. El caso más frecuente y relevante para el Derecho penal es el supuesto de piratería de programas de ordenador, vídeos o cassettes. Pero también puede tener relevancia penal la reproducción de fotocopias o, inclusive, la publicación de una obra sin autorización del autor o cesionario. Es indispensable que exista un *corpus mechanicum* para poder realizar, en base a él, las copias. Si se trata de una obra oral (una clase magistral) habrá que transcribirla en forma escrita o fijarla en algún otro soporte (cinta magnetofónica) para extraer las copias. Para poder hablar de reproducción deben extraerse copias de la obra que la reproduzcan con la mayor fidelidad. El delito se consuma con el solo hecho de obtener las copias, sin necesidad de introducirlas en el tráfico mercantil (36).

Respecto a las causas de justificación, por la vía del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8, nº 11 CP) y distintos artículos de la LPI aparecen supuestos en que la reproducción de una obra sin autorización no está prohibida. Se trata de supuestos en que pueden reproducirse obras literarias, artísticas o científicas sin autorización del autor o cesionario. En todo caso deben ser obras ya divulgadas (Cfr. artículo 31 LPI) (37).

(36) Así lo resolvió el Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de abril de 1979, previa a la reforma penal, condenando a quien realizó más copias de una producción musical que las autorizadas, aunque no llegó a introducirlas en el mercado (Cfr. ARROYO-GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1995). Esta solución es evidente, porque permite diferenciar los ámbitos de la reproducción y la distribución posterior de una obra ya reproducida. Como señala RIVERO HERNÁNDEZ (Comentarios, op. cit. p. 361), habrá reproducción aunque no haya perjuicio económico ni jurídico de ninguna clase. Si las obras se mantienen guardadas en un almacén, no habrá perjuicio, que aparece con la comercialización de la obra, pero el delito estará consumado. Naturalmente, esto lleva a caracterizar el comportamiento prohibido como delito de mera actividad.

(37) En el supuesto de obras reproducidas para uso privado del copista, y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa, se presentan problemas a la hora de decidir cuando se trata de uso privado por parte del copista. La propia ley utiliza criterios que ayudan a delimitar los supuestos en que se puede reproducir libremente una obra divulgada. En primer lugar no debe existir una finalidad comercial en la reproducción (“utilización lucrativa”). En segundo término se rechaza la utilización “colectiva” de la copia. Esto último debe entenderse como la puesta a disposición de un gran número de usuarios reales o potenciales. Pero la utilización “colectiva” se relaciona directamente con la finalidad lucrativa. La copia de una obra (libro, videocassette) y su utilización “colectiva” en el marco de una actividad pedagógica o científica debe encontrarse dentro de la legalidad y amparada por la eximente (Cfr. LLEDO YAGÜE, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirg. por R. BERCOVITZ, p. 501). Conforme a ello, la reproducción de un programa de ordenador para uso personal y sin autorización del titular del derecho de explotación es un comportamiento lícito, al estar amparado por esta causa de justifi-

El *plagio* es el mayor ataque posible contra el derecho moral del autor, aunque no está definido por la ley civil. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, plagiar es “copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”. Un sujeto se aprovecha abusivamente del ingenio ajeno (38) por lo que su obra ya no es una “creación original”. Quien plagia no puede ser considerado autor de la obra, ni puede gozar de los derechos patrimoniales y morales que brinda la LPI.

Como he dicho *ut supra*, los derechos de autor no protegen las ideas que se encuentra en una obra, sino la forma en que aparecen recogidas esas ideas (39). Por ese motivo, como las ideas no son susceptibles de apropiación sino base de inspiración, queda fuera del precepto penal la utilización de ideas preexistentes. El comportamiento prohibido consistirá en apropiarse de la expresión formal de las ideas (40).

Un problema de singular importancia es desentrañar el significado y el ámbito de prohibición que corresponde al comportamiento de plagio, contenido en el artículo 534 bis a) en relación con la modalidad agravada de usurpación de la condición de autor o del nombre de un artista. Sea cual fuere la interpretación que se adopte, el concepto de plagio permanece inalterado y se discute sobre el significado y ámbito de la usurpación. Por ese motivo será allí donde abordaré este problema.

Continuando el análisis del artículo 534 bis a), hay que tener presente que existen dos grandes vías para hacer llegar una obra a sus destinatarios. La primera de ellas es la distribución, un camino indirecto para que una creación original artística, literaria o científica, o una interpretación o ejecución lleguen al público. La otra manera de acceso es directa y se denomina comunicación pública.

La *distribución* está definida por el artículo 19 LPI como “La puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma”. La primera peculiaridad que presenta esta modalidad es que la puesta a disposición del público de la obra debe entenderse como una oferta hacia una generalidad de personas, aunque nadie la adquiera o sienta inquietud por dicha obra.

El objeto que se pone a disposición del público es el “original” o “copias de la obra” lo que comprende, como señala RIVERO HERNANDEZ (41) la distribución de obras de arte de ejemplar único, salido directamente de las manos del creador como podría ser una escultura original, y las obras que se reproducen mediante copias, siendo estas últimas las que se comercializan (libros, discos, etc.).

cación (en otro sentido, ROMERO Poder informático, op. cit. p. 158, y JORGE BARREIRO, La tutela penal, op. cit. p. 70).

(38) Cfr. QUINTANO RIPOLLES, Tratado, op. cit. p. 619.

(39) Cfr. BERCOVITZ, Comentarios, op. cit. p. 212.

(40) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1993.

(41) Cfr. Comentarios, op. cit. 372.

Con esta caracterización se llega a determinar un elemento esencial para la distribución: la obra debe estar asentada en un *corpus mechanicum* que permita su venta, alquiler, préstamo, etc. Las interpretaciones o ejecuciones pueden distribuirse cuando se encuentren fijadas en un soporte.

Por su parte, y como ocurre en todas las modalidades del tipo básico, no se requiere ánimo de lucro y, por lo tanto, una distribución gratuita es sancionable por el Derecho penal (42), con independencia de que se cause o no un perjuicio patrimonial al titular de los derechos de autor o cesionario.

Respecto a las causas de justificación, y al igual que en el supuesto de reproducción de una obra, la LPI establece en su artículo 33 casos concretos en que la distribución de la obra sin autorización del titular de los derechos de autor está justificada, en virtud del ejercicio legítimo de un derecho (artículo 8 n° 11 CP).

La *comunicación pública* es la otra manera de hacer llegar una obra al público. Dice el artículo 20 LPI que “Se entenderá 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”. Sin embargo, se agrega inmediatamente que no es pública la comunicación que se celebra dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

La propia LPI ejemplifica, en el artículo 20.2. algunos actos de ejecución pública: representaciones escénicas, proyección de obras cinematográficas, emisiones de radio o televisión; exposición de obras de arte, el acceso a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, etc. Como puede apreciarse, aquí no existe ningún *corpus mechanicum* como en la distribución. Por el contrario, la presencia de un *corpus mechanicum* entregado como ejemplar de la obra excluye la figura de la comunicación pública. Existe un espectador, alguien que comunica (actuando, recitando, conversando) y una obra o interpretación que se desarrolla de manera directa (representación teatral) o indirecta, cuando existe una fijación en un soporte material, previa a la comunicación pública (película emitida por televisión). Este último no es un supuesto de reproducción, sino que la fijación en un soporte es un paso previo e independiente de la comunicación pública (43).

La comunicación pública implica, como la distribución, que la obra se oferte al público, en este caso que exista un acto de comunicación. Pero se exige, además, que llegue al público, es decir, que al menos algunos destinatarios de la obra tengan acceso directo a ella (44). La exi-

(42) Cfr. ARROYO y GARCIA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1996.

(43) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. cit. p. 388.

(44) Existe un supuesto de atipicidad. El artículo 20.1 2.º establece que no se considerará pública la comunicación celebrada en un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo. Por ese motivo no

gencia de que no exista distribución previa de ejemplares de la obra permite delimitar correctamente los ámbitos de la distribución y la comunicación pública.

La *importación, exportación y almacenamiento* configura una de las modalidades más complejas del precepto. Esto es así porque no encuentra referencia alguna en la LPI, lo cual priva del auxilio interpretativo de la ley civil. El primer problema consiste en determinar si las obras que deben ser importadas, exportadas o almacenadas son aquellas que están dentro del marco de legalidad, o bien las que son objeto de las modalidades delictivas consagradas por el propio artículo 534 bis a). En otras palabras, hay que resolver si se sanciona el utilizar ejemplares fraudulentos (plagiados o reproducidos ilícitamente) o utilizar ejemplares lícitos sin autorización (45).

Una primera interpretación dice que se trata de obras que cumplen todos los requisitos establecidos por la LPI, pero el titular de los derechos de autor o cesionario no autorizan la importación, exportación o almacenamiento. Desde esa perspectiva el comportamiento delictivo tendría tal carácter con independencia de las otras conductas previstas en el artículo 534 bis, y quien lo llevara a cabo estaría realizando un genuino tipo de autor. El sujeto activo afectaría directamente uno de los derechos de explotación de la obra: el derecho de distribución (46). Pero no se trataría del derecho de distribución en el sentido utilizado por el artículo 17 de la LPI y por el propio artículo 534 bis a), es decir, como puesta a disposición del público del original o copias de la obra. Aquí pueden no existir una puesta a disposición del público, que inclusive nunca será necesaria en el supuesto de almacenamiento. Se trataría de “distribuir” entendido en un sentido más general, como la manera en que se divide o reparte la obra en el mercado, ya sea nacional o internacional.

La otra alternativa interpretativa señala que las obras objeto de importación, exportación o almacenamiento deben ser reproducciones no autorizadas o bien obras plagiadas que están fuera del marco de legalidad. En consecuencia, no entran dentro de esta categoría las obras lícitas sometidas a una distribución no autorizada (47), pues son obras que al margen de esta falta de autorización se encuentran dentro del marco

hay tipicidad, pues la comunicación no es pública. El ámbito estrictamente doméstico hace referencia a representaciones en reuniones familiares o círculos muy reducidos exigiéndose, en general, que tengan carácter gratuito. Este supuesto de atipicidad debería comprender también las reuniones o representaciones en centros educativos, si éstas tienen carácter gratuito. Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. cit. p. 396. En cuanto a las causas de justificación, se reiteran los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho aplicables a la distribución cuando el comportamiento realizado consista en una comunicación pública. Véase asimismo el artículo 38 LPI.

(45) Cfr. QUINTERO OLIVARES Protección penal, op. cit. p. 103.

(46) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1996.

(47) En contra, DELEGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 125.

de legalidad. Solo cuando se compruebe que las obras son fraudulentas por ser reproducciones o plagios cabrá aplicar estos tipos, con independencia que se afecte o no el derecho de distribución. Entiendo que ésta es la solución correcta. En primer lugar, es impensable que el legislador sancione penalmente el almacenar obras lícitas sin autorización del titular de los derechos de autor o su cesionario. Dicho comportamiento no requiere autorización dentro de un sistema de economía de mercado y, por ello, no puede ser considerado delictivo según la legislación vigente. Esta conclusión, aplicable a la modalidad de almacenamiento, debe ser idéntica a la que se aplique a las otras dos modalidades de importar o exportar. En definitiva, las obras a las que se refiere el último párrafo del artículo 534 bis a) deben ser fraudulentas.

Se presenta un pequeño problema interpretativo, pues el precepto hace referencia a la ausencia de consentimiento del titular del derecho de propiedad intelectual o cesionario, respecto a estos comportamientos de importar, exportar o almacenar. Para QUINTERO OLIVARES (48), la referencia al consentimiento es supérflua, pues es evidente que quien se aprovecha de ejemplares ilícitos no puede contar con la autorización de aquel a quien ha defraudado.

Sin embargo, esta inclusión puede tener su lógica. Si el titular del derecho de autor puede pedir que se le entreguen las obras ilícitas decomisadas como parte de la reparación del daño causado (artículo 124.3 LPI) puede ocurrir que dicho autor decida que esas obras ilícitas no sean exportadas, importadas o almacenadas. En tal supuesto se necesitará autorización, y, de faltar, esos comportamientos serán sancionados por el derecho penal.

Todos estos supuestos de importación, exportación y almacenamiento son actos de participación elevados a la categoría de delitos autónomos que, de otra manera, quedarían en la impunidad. Son conductas que se superponen con las reglas de complicidad, encubrimiento o receptación (49). Adviértase que en este ámbito es perfectamente aplicable el artículo 13 del Código penal relativo a delitos y faltas que se cometen por medio de la imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción, radiodifusión u otro procedimiento que facilite la publicidad. Ello conduce, en muchos supuestos, a la exclusiva responsabilidad de los autores y a la impunidad de los demás partícipes, lo que obliga a crear un precepto como el aquí analizado.

Respecto a la autorización del titular del derecho o su cesionario, el tipo otorga relevancia al consentimiento del titular del derecho afectado. Si existe tal consentimiento, el comportamiento será impune. Ello es lógico, porque el tipo debe limitarse dado que los comportamientos básicos de reproducir, distribuir o comunicar públicamente obras litera-

(48) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 104.

(49) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Protección penal, op. cit. p. 75.

rias, artísticas o científicas son realizados a diario dentro del tráfico mercantil. Aquí hay que resolver dos cuestiones. En primer lugar, si la autorización del titular es un supuesto de atipicidad o una causa de justificación. En segundo término, quién es el sujeto que puede dar válidamente es la autorización.

Respecto a la naturaleza jurídica de la autorización, es mayoritaria la posición que la considera un supuesto de atipicidad. Para ARROYO y GARCIA RIVAS (50), el autor puede disponer íntegramente de su bien jurídico. Por ese motivo el consentimiento, que es normalmente una causa de justificación, ha sido seleccionado como elemento típico y, por lo tanto, si hay autorización no hay tipo.

A esta solución se opone ROMEO CASABONA (51) en virtud de que los derechos morales del autor son irrenunciables e inalienables según el artículo 14 de la LPI. No sería válida la autorización para plagiar, o para modificar sustancialmente la integridad de la obra. Por el contrario, el titular del derecho puede consentir los comportamientos que afecten aspectos económicos (reproducir, distribuir, etc.). ROMEO CASABONA relaciona esta cuestión con la problemática más amplia del consentimiento en el derecho penal que operaría unas veces en el tipo y otras en la antijuricidad y que, aplicada en el ámbito de los derechos de autor, coloca el consentimiento sobre los aspectos patrimoniales en el tipo (son disponibles y la autorización para hacer o deshacer sobre ellos no está prohibida) y el consentimiento sobre aspectos morales en la antijuricidad (son indisponibles y eso lleva a operar con el esquema prohibido-permitido).

Aunque el planteamiento es ingenioso debe ser rechazado. Como veremos a continuación las caracterizaciones que formula la ley civil pierden entidad en este ámbito concreto, lo que impide dar un tratamiento diferenciado (en el tipo o en la antijuricidad) a la autorización sobre aspectos morales o patrimoniales. Como destaca BOIX (52), dado que el contenido moral de la obra es irrenunciable e inalienable, la autorización dada por el autor será nula para la ley civil. Por ese motivo, si hay que admitir la caracterización de irrenunciable e inalienable que da la LPI para los derechos morales, no habría en ningún caso causa de justificación, pues el comportamiento sería siempre prohibido.

Sin embargo, la autorización del autor tiene relevancia penal, ya sea afectando los aspectos patrimoniales, ya sea referida al aspecto moral. Y esta circunstancia conduce a interpretar el supuesto del consentimiento referido a derechos morales como una esimente estrictamente penal que aparece al configurarse el tipo objetivo. En síntesis, recayendo sobre aspectos patrimoniales o morales, el consentimiento pertenece al tipo y su presencia excluye este elemento de la teoría del delito.

(50) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 1998.

(51) Cfr. Poder informático, p. 163 y sig.

(52) Cfr. Derecho penal, op. cit. p. 246.

¿Quiénes pueden dar la autorización? El Código penal establece que la autorización deben darla “los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o... sus cesionarios” Estos coinciden, en principio, con los sujetos pasivos del delito, que analizamos *ut supra* (53).

Se pueden presentar algunos problemas si la autorización la concede una persona que no está habilitada para darla. Así, por ej. si la concede el mismo autor que no puede hacerlo por haber cedido previamente sus derechos. En la relación del tercero con el cesionario perjudicado, podrá darse un error de tipo que recae concretamente sobre la autorización, que lleva en todo caso a la impunidad por no existir la modalidad imprudente para estos delitos.

Entiendo que las relaciones entre el autor y el cesionario no deben llegar a la vía penal en virtud de los preceptos que tutelan los derechos de autor. Entre las partes, deben prevalecer los terminos y sanciones estrictamente contractuales, salvo que exista estafa u otro delito que pueda ser de aplicación.

También cabe preguntar si las modalidades del tipo básico requieren un perjuicio patrimonial para su consumación. La doctrina mayoritaria considera innecesario el perjuicio patrimonial en este tipo básico, lo cual produce como inevitable consecuencia su caracterización como delito de mera actividad. Las acciones de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente sin autorización afectan por sí solas los derechos de autor, con independencia del perjuicio económico que pueda o no padecer el titular del bien jurídico (54).

(53) Sin embargo, existen supuestos que presentan peculiaridades. En pimer lugar, aquel que divulga una obra anónima o que se encuentre bajo seudónimo o signo no es el titular de los derechos de autor, pero posee el ejercicio de esos derechos hasta que el autor revele su identidad. En este caso, el consentimiento pretado por el divulgador es plenamente válido, pues de lo contrario nadie podría autorizar la explotación de la obra. Por idénticos motivos, los representantes legales de menores e incapaces son quienes deben consentir cuando se trata de los intereses de aquéllos sometidos a tutela o curatela.

(54) Cfr. QUINTERO, Protección penal, op. cit. p. 30. Esta afirmación no siempre fue incuestionable e inclusive ahora merece un comentario aclaratorio. Hasta la reforma penal de 1963 era indispensable el perjuicio económico, pues la penalidad estaba referida a la prevista para la estafa y por ello era ineludible cuantificar económicamente el perjuicio causado (Cfr. QUINTERO, op. cit. p. 22). Pero a partir de esa reforma y ante la incorporación de la tutela de derechos morales ajenos a las cuestiones patrimoniales, se dividieron las opiniones entre quienes exigían el perjuicio y quienes negaban ese requisito. Nadie discute que en la afección a los derechos morales del autor no cabe exigir un perjuicio patrimonial. Así, el plagio queda consumado sin necesidad de ese menoscabo económico. Los reparos pueden provenir de la afección a los derechos de explotación, de naturaleza exclusivamente patrimonial. Me pregunto por qué se exige ese perjuicio patrimonial en los delitos patrimoniales de enriquecimiento, y no se exige ese perjuicio cuando se afecta el aspecto patrimonial de los derechos de autor. Adviértase que con la nueva regulación también recibe amplia protección penal el cesionario. Suele tratarse de un empresario (gran empresario) que ve incrementada la protección penal de su patrimonio por haber invertido en la explotación de los derechos de autor. Recibe un trato desigual e inexpli-

El *tipo subjetivo* requiere dolo directo, sea éste de primero o segundo grado. Ello es así por la utilización del término “intencionadamente” en el texto legal. Se elimina, de tal forma, todo recurso al dolo eventual y a la imprudencia, aunque algún autor excluye también el dolo directo de segundo grado (55).

El dolo es aquí conocer y querer plagiar, reproducir, distribuir o comunicar públicamente una obra o una interpretación o ejecución.

Como señalan ARROYO y GARCIA RIVAS (56) no se exige un concepto de dolo que comprenda la conciencia de defraudación. Ese dolo funcionaría como el dolo malo, con consciencia de la ilicitud de lo actuado. Por ese mismo motivo se excluye el requisito de intentar lesionar los derechos de autor (57). Tampoco es necesario tener consciencia de la ajenidad de la cosa (58).

El tipo básico doloso no requiere ánimo de lucro, que configura la primera modalidad agravada. Sin embargo, sería un requisito político-criminalmente aconsejable para este tipo básico (59).

III

Las *modalidades agravadas* que analizamos a continuación deben ponerse en directa conexión con alguno de los supuestos contemplados en el tipo básico. Así lo exige el precepto que se dirige a “quien realizare cualquiera de las conductas tipificadas en el artículo anterior...”. Como señala BAJO (60), estos comportamientos operan como “circunstancias” cuando en realidad se trata de nuevas tipicidades. Esto implica afirmar que se darán con frecuencia estos comportamientos desconectados de las conductas contempladas en el tipo básico y serán, entonces, conductas atípicas. Por ello es necesario conectar en todos los supuestos los comportamientos agravados con las modalidades básicas.

Es de destacar que, salvo el ánimo de lucro, las demás agravantes son manifestaciones de una afección al derecho moral del autor. De to-

cablemente privilegiado. Sin embargo, este planteamiento político criminal no encuentra ningún eco en el artículo 534 bis a), pues su texto no exige ningún perjuicio patrimonial. pese a que la circunstancia agravante del artículo 534 bis b) 2, letra b), requiere un perjuicio patrimonial, dicha exigencia no puede extenderse a las modalidades básicas. Así lo entiende, con razón, BOIX (Cfr. Derecho penal, op. cit. p. 244), para quien el tipo legal es taxativo y el perjuicio no afecta a la consumación del delito sino sólo a su agotamiento. Cfr. también la posición de GIMBERNAT, Consideraciones... op. cit. p. 351 y ss.

(55) Cfr. QUERALT, Derecho penal español, Vol. I., Barcelona, 1986, p. 337.

(56) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 1999. En contra, SOTO NIETO, Delitos... op. cit. p. 387.

(57) Cfr. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 243.

(58) Cfr. QUINTERO, Protección penal, op. cit. p. 108.

(59) Cfr. CARMONA SALGADO, La nueva ley, op. cit. p. 332.

(60) Manual, op. cit. p. 222.

das maneras, la primera modalidad agravada —el ánimo de lucro— se dará con mucha frecuencia, lo que llevará a aplicar la penalidad de este tipo agravado casi como regla general (61).

La primera circunstancia agravante afecta tanto al tipo subjetivo de la modalidad básica como a la modalidad hiperagravada del artículo 534 bis b) 2. Se exige que el sujeto *actúe con ánimo de lucro*, con la intención de obtener una ventaja patrimonial (62). El ánimo de lucro no tiene nada que ver con el perjuicio patrimonial efectivamente causado. Por ese motivo podrá darse una modalidad del tipo básico con ánimo de lucro y sin perjuicio patrimonial, que llevará a aplicar la pena de esta modalidad agravada (Ej. reproducir una obra literaria ajena sin autorización, que todavía se mantiene en depósito, con el ánimo de obtener beneficios económicos por su venta). El ánimo de lucro puede entrar en conexión con cualquiera de las modalidades contempladas en el tipo básico.

Infringir el derecho de divulgación del autor. El artículo 4 de la LPI define la divulgación de la obra, en cuanto acto que se da en la realidad, como “toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma”. Sobre este concepto se deben elaborar los “derechos de divulgación del autor” que reciben tutela penal (artículo 14.1. LPI). El derecho de divulgación quedará concretado en el consentimiento que debe prestar el autor para que su obra llegue al público por primera vez de cualquier forma. La legislación reconoce el autor el derecho “de inédito” de naturaleza personal, con lo que se pone el acento en la libertad que tiene el autor para difundir o no su obra. Hasta cierto punto se protege su derecho a la intimidad. Las causas por las que un autor no quiere divulgar la obra pueden ser múltiples. Piénsese que esa obra puede ser un diario personal, una carta o una obra artística en plena etapa de realización.

Como contrapartida, la divulgación permite al autor colocar su obra en el mercado y obtener provecho económico a través de la explotación. El *comportamiento prohibido* consiste en divulgar cuando el autor no lo desea. Pero debe tratarse de la primera vez. Si ya ha sido divulgada la obra, la situación jurídica cambia. La divulgación es un acto único e irrepetible, y la obra queda divulgada para siempre. Los efectos que se producen son múltiples, y van desde el comienzo de la explotación económica hasta permitir la reproducción de la obra sin autorización en los casos legalmente previstos, por ej. por el artículo 31 LPI (63).

Si un sujeto hace llegar al público una obra ya divulgada con anterioridad, sin respetar la voluntad en contrario del autor estará consumando, en su caso, el tipo básico del delito, pero nunca esta modalidad

(61) En ese sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 126.

(62) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 127.

(63) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. 78 y sig.

agravada. Sin embargo, el hecho de que se haya divulgado una obra en contra de la voluntad del autor no priva a éste de su derecho de inédito. Aunque desde una perspectiva fáctica la obra ya fue divulgada, jurídicamente la obra sigue siendo inédita y el autor conserva aún su derecho de divulgación. Los comportamientos que violen sucesivamente este derecho seguirán siendo sancionados por la modalidad agravada (64).

Según la LPI, para que exista divulgación la obra debe llegar al público en cualquier forma (edición, representación, exposición, etc.). Entonces se cuestiona si aquel que hace accesible la obra al público de una *forma distinta* a la autorizada afecta el derecho de divulgación del autor.

Para GÓMEZ BENÍTEZ (65), la divulgación en forma distinta a la autorizada es ilícita, ya que el artículo 14.1 LPI otorga al autor el derecho a decidir la forma en que la obra será divulgada. Este planteamiento debe rechazarse. Al margen de cualquier otra observación, es imposible conectar ese comportamiento con el tipo básico. Debería darse una reproducción, distribución, comunicación pública, exportación o importación *no autorizada*, que se realice de una forma *distinta a la autorizada*.

El único titular de este derecho es, en principio, el propio autor, que lo posee en calidad de derecho irrenunciable e inalienable. La ley le concede la exclusiva facultad de autorizar la divulgación (66).

No pueden dar el consentimiento ni los cesionarios, ni los titulares de derechos conexos. Los cesionarios podrían ser eventuales perjudicados por el delito (67). Adviértase que los titulares de derechos conexos no poseen derechos de autor. Dentro de los derechos conexos no existe

(64) Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Comentarios, op. cit. p. 72 y GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 31.

(65) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 137.

(66) La LPI regula quién debe dar la autorización en el supuesto de que el autor fallezca dejando la obra sin divulgar. En primer lugar, el derecho corresponde a la persona física o jurídica a la que el autor le haya confiado expresamente este derecho por disposición de última voluntad. En su defecto, corresponde a los herederos. De no existir estos sujetos, o ignorarse su paradero, la legitimación correspondería al Estado, las Comunidades Autónomas, Corporaciones locales e Instituciones públicas de carácter cultural (artículo 16 LPI). En cualquiera de los casos, existe un plazo máximo de disfrute de este derecho de 60 años desde la muerte o declaración de fallecimiento (artículo 15.2 LPI). La ley establece una limitación para los sucesores que no ejerciten el derecho de divulgación. Si se vulnera el artículo 44 de la Constitución, el derecho de acceso a la cultura, el juez puede ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las Instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo. Si se trata de una transformación, el derecho de divulgación corresponde al transformador (Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit. p. 145) ya que posee los derechos de autor sobre la nueva obra, sin perjuicio de los derechos del autor originario. En el caso de una obra en colaboración, se necesita el consentimiento de todos para ejercitar los derechos morales que les corresponde. Si no hay acuerdo sobre la divulgación de la obra, decidirá el juez (artículo 7.2 LPI).

(67) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 134.

un derecho de divulgación equivalente y sus intereses no pueden resultar protegidos por este precepto penal agravado.

El comportamiento de afectar el derecho de divulgación del autor puede conectarse perfectamente con la modalidad básica de reproducir sin autorización. También puede entrar en conexión con la modalidad básica de importar o exportar (68), y con la de distribuir o comunicar públicamente la obra sin autorización (69).

La puesta en relación con las modalidades del tipo básico no implica en ningún caso una superposición con los comportamientos prohibidos por dicho tipo básico (70). Por el contrario, las afecciones al derecho de divulgación podrían representar tipos autónomos y no una simple agravante de las modalidades básicas. Por ese motivo, los supuestos en que la infracción al derecho de divulgación no se conecta con el tipo básico (por ej. divulgar de una forma distinta a la contratada) quedan fuera del ámbito penal.

Por último, hay que considerar la relevancia del derecho de arrepentimiento. El autor puede, con ciertos límites, retirar del tráfico una obra ya divulgada (artículo 14.6 LPI). No puede pensarse que si alguien vuelve a poner en circulación la obra se afecte el derecho de divulgación, porque no se haría accesible la obra *por primera vez* al público.

La usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella, o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución configura una modalidad bastante compleja. Al tratar el plagio quedó apuntada la problemática que conlleva esta modalidad agravada. Hay que delimitar el ámbito de prohibición que corresponde al plagio del que corresponde a la usurpación, tema sobre el que existe poco acuerdo doctrinal.

Existen dos interpretaciones posibles. La primera considera la usurpación como un plagio agravado, la segunda entiende que la usurpación es suplantar el nombre del autor o artista, colocando el nombre ajeno a una obra propia (71).

(68) En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 132.

(69) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, *Protección penal*, op. cit. p. 2001.

(70) En contra, BOIX, *Derecho penal*, op. cit. p. 244 y JORGE BARREIRO, *La tutela*, op. cit. p. 77.

(71) El ámbito que incide mayormente en este problema es el de la falsificación de obras de arte, en que se coloca el nombre de otro autor a la obra propia (firma su cuadro como Miró, Dalí, etc.) o de supuestos del mal llamado "plagio de grabación", como el que tuvo que resolver la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1984. Encontrándose vigente la anterior regulación, se decidía la responsabilidad penal de quien comercializó varios miles de cassettes interpretados por un sujeto desconocido para el público, engañando a los compradores pues parecía la interpretación de un conocido cantante. Entendió el Tribunal Supremo que los comportamientos prohibidos como "defraudaciones contra la propiedad intelectual" se reducen al "plagio y la suplantación de la personalidad del autor, de modo que si el primero, de acuerdo con su significación semántica, trata de copiar la obra original o auténtica ...sea de modo total o parcial, la suplantación

a) Plagio y usurpación de la condición de autor son dos formas de plagio en sentido amplio, diferenciadas por la mayor o menor gravedad del comportamiento. Esta es la posición mayoritaria, que entiende por usurpación una modalidad agravada de plagio. En el plagio, el sujeto tiene la intención de crear una obra nueva pero copia en todo o en parte del contenido de una obra ajena (72). Por el contrario, quien usurpa no se conforma con copiar la obra ajena dándola como propia, sino que llega a la aniquilación del nombre del autor, se coloca en el lugar del autor (73).

Mi crítica a esta posición se basa en la falta de límite entre estos pretendidos supuestos de “plagio leve” y “plagio grave”, pues no son delimitables en lo más mínimo. Todo aquel que copia un párrafo de otro (plagio leve) se pone en el lugar del autor porque firma la nueva obra como propia, con su nombre y excluyendo el del autor real (plagio grave). Además, la modalidad agravada sanciona la usurpación de la condición de autor sobre una obra “o parte de ella”. Copiar parcialmente una obra sería usurpación pero también respondería a la modalidad básica del plagio, con lo que los límites desaparecen. No resulta lógico que existan dos clases distintas de plagio, ambas sancionadas por la vía penal, sin que se prevean criterios para delimitar *ex-ante* una de otra. Por ese motivo, dentro de quienes propugnan esta interpretación, todos los supuestos deben reconducirse a la modalidad básica del plagio (74) o la modalidad agravada de la usurpación (75).

b) La segunda interpretación es aplicada a la nueva regulación por ROLDAN BARBERO (76). Para este autor, mientras el plagio sigue limitado al comportamiento de copiar una obra ajena, dándola como copia, usurpar la condición del autor es atribuir una obra a un autor que no la ha creado ni tiene nada que ver con ella. El sujeto activo del delito pretende aprovecharse de la fama y mérito intelectual de otro. No es un plagio sino el reverso del plagio, la suplantación de la personalidad del creador. Así, quien plagia se apodera de las ideas, quien suplanta se apodera del autor.

Esta interpretación ha recibido muchas críticas. Así, en el ámbito del derecho civil, se destaca lo ilógico que resulta equiparar la protección del derecho de autor con la falsa atribución de la paternidad de la obra. Es un supuesto que afectaría la regulación del nombre y el dere-

ción tiende a presentar como propia una obra ajena para aprovecharse de la fama y mérito intelectual de su autor...”.

(72) Cfr. ROMERO CASABONA, Poder informático, op. cit. p. 157.

(73) Cfr. GIMBERNAT, Consideraciones, op. cit. p. 355 y ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 1995. Cfr. también SOTO NIETO, Delitos, op. cit. p. 391.

(74) Cfr. DELGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 135.

(75) Cfr. JORGE BARREIRO, La tutela penal, op. cit. p. 75.

(76) Personalismo y patrimonialismo, op. cit. p. 921.

cho al honor (77), porque “ninguna prerrogativa del autor ni del artista resulta infringida por la implantación a éste de una obra o interpretación que no ha creado o ejecutado” (78).

c) Toma de posición. La segunda alternativa interpretativa, que reserva la modalidad agravada para el supuesto en que se atribuya falsamente a otro la paternidad de la obra es la que delimita más acertadamente el tipo básico del plagio (artículo 534 bis a) de la usurpación de la condición de autor (artículo 534 bis b). Esto no impide que sea necesario señalar el error legislativo de incluir dicha modalidad agravatoria en este precepto penal y también, por otra parte, presagiar la total inaplicación práctica del apartado, se interprete como se interprete.

No se trata de la protección del derecho moral al reconocimiento de la condición de autor de una obra (artículo 14.3 LPI) ni del derecho al reconocimiento del nombre como intérprete o ejecutor (artículo 107 LPI) sino de todo lo contrario, el reconocimiento de que no se es autor de la obra ni intérprete o ejecutante, con las responsabilidades penales y civiles en que se pueda haber incurrido (79).

Uno de los miembros de la comisión redactora de la reforma, ESPIN CANOVAS (80) entiende que “distinto es el caso de la usurpación de nombre, en que una persona se atribuye el nombre de un autor para emplearlo como propio en su beneficio, que lesiona ciertamente el derecho de autor, aunque es discutible si afecta la lesión a su condición de autor o más bien a su propia persona en cuanto incide en su propia reputación. Esta última tesis aduce que el derecho moral del autor protege al autor a través de sus obras, mientras que la usurpación del nombre sólo lesiona su reputación si le perjudica, por lo que la responsabilidad se regirá por las leyes ordinarias”. ESPIN CANOVAS agrega, a continuación, que el Código penal tipifica la usurpación en el artículo 534 bis b).

Es posible pensar que los casos de “plagio de grabación” como el resuelto por la STS de 14-2-84 (ver nota 71) llevarán al legislador a adoptar la posición de sancionar penalmente esos comportamientos, incorporando como modalidad agravada la falsa imputación de la paternidad de la obra. Y esto resultaría aún más evidente con la segunda parte de esta modalidad, que se refiere a “usurpar el nombre de un artista en una interpretación o ejecución”. Aquí lo que realmente se sanciona es haber tomado el nombre de otro artista para realizar una interpretación o ejecución, con independencia que se copie el estilo o el arte del otro o se utilice un estilo o arte propio.

Si esta es la interpretación más coherente, no deja de merecer la

(77) Cfr. CAFFARENA LAPORTA, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, dirig. por R. BERCOVITZ, Madrid, 1989, p. 275.

(78) Cfr. DELGADO PORRAS, Panorámica, op. cit. p. 119.

(79) En contra, GÓMEZ BENÍTEZ, Protección penal, op. cit. p. 157.

(80) Cfr. La protección del derecho moral... op. cit. p. 575.

más rotunda crítica. Fundamentalmente por desconocer el bien jurídico tutelado. Estos supuestos de usurpar el nombre de otro autor o intérprete no afectan los Derechos de autor ni los derechos conexos, aunque pueden lesionar intereses patrimoniales o personales de sujetos que gozan de prestigio como autores e intérpretes. Por ese motivo, una correcta interpretación judicial, que resuelva con la vista puesta en el bien jurídico tutelado, tendrá que sancionar por estafa u otra modalidad delictiva que pueda ser aplicable, pero no por el artículo 534 bis b).

Por último, quiero destacar que cualquiera de las interpretaciones recién mencionadas conducirán a la inaplicación práctica de esta modalidad. Si se interpreta como atribución falsa de la paternidad de la obra, no hay que olvidar que para aplicar la modalidad agravada debe darse el tipo básico. Y ese tipo básico no puede darse en ningún caso. Los comportamientos de reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente la obra o interpretación requieren la falta de autorización de los titulares del derecho de propiedad intelectual o sus cesionarios. Pero en este caso, el titular de los derechos de autor sobre la obra o interpretación es justamente aquel a quien se persigue por el delito. El sujeto coloca a su propia obra el nombre de una persona distinta para beneficiarse de su fama. El es el titular de los derechos de autor sobre la obra, su obra, y, por tanto, es absurdo preguntar si cuenta o no con autorización.

Una interpretación posible es dividir la modalidad agravada, diciendo que el primer supuesto (usurpar la condición de autor) es un plagio agravado y el segundo supuesto (usurpar el nombre del artista) un caso de atribución falsa a otro de una interpretación o ejecución realizada por el propio imputado. Esta solución no posee mucha lógica, pues es difícil pensar que el legislador contemplara dos supuestos tan diferentes dentro de la misma modalidad agravada.

El mayor problema práctico de entender que se trata de una modalidad agravada de plagio está, sin duda, en la falta de límites y en la superposición de las dos modalidades. Si la usurpación de la condición de autor puede darse respecto a una parte de la obra, ello hace referencia a plagios parciales perfectamente incluíbles en la modalidad básica. Pero como todo plagio (modalidad básica) implica usurpar la condición de autor, pues quien plagia debe colocar su nombre sustituyendo al del autor originario, una interpretación como la propugnada implicaría afirmar que el legislador no posee un discernimiento mínimo para determinar los comportamientos que deben merecer mayor o menor sanción penal, ya que desvalora como más y menos grave al mismo comportamiento, estableciendo penas notoriamente desiguales. Todo ello sin siquiera preguntarnos por la ya imposible distinción entre el plagio leve del artículo 534 bis a), el plagio grave del artículo 534 bis b) y el que podría resultar de la modalidad hiperagravada del artículo 534 bis b) 2 b). En definitiva, esta modalidad está destinada a sancionar la atribución falsa de la

paternidad de una obra, o la usurpación del nombre de un artista. En la práctica, es una modalidad destinada al fracaso.

La modificación sustancial de la integridad de la obra sin autorización encuentra su punto de referencia en el derecho moral irrenunciable e inalienable del artículo 14.4. de la LPI: “Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación”.

Sin embargo, esta remisión y referencia no goza de aceptación doctrinal unánime. GOMEZ BENITEZ (81) señala la diferencia entre ilícito penal e ilícito civil. El ilícito penal requiere una modificación *sustancial* de la integridad de la obra (esto es, modificación importante o fundamental), mientras que la LPI considera ilícita *cualquier* deformación, alteración o atentado contra la obra, en cuanto afecte legítimos intereses o menoscabe la reputación del autor.

Por una parte, los ejemplos que este autor propone como modificación sustancial admiten su caracterización como ilícitos civiles y penales: emitir una película coloreada por ordenador en TV, sin autorización del autor, distribuir obras censuradas o a las que se ha suprimido parte del texto sin autorización del autor, etc.

Pero hay que advertir, por otra parte, que el problema interpretativo es tan evidente que la doctrina civil recurre al auxilio del precepto penal, en cuanto exige una *modificación sustancial*, para interpretar el propio artículo 14.4 de la LPI (82). No hay que olvidar que los ilícitos civiles y penales estarán normalmente superpuestos, y que su coexistencia es pacífica ya que responden a finalidades muy diferentes.

En definitiva, parece claro que el término “sustancial” introduce un elemento valorativo de difícil concreción (83), por lo que el Juez podrá apreciar como sustanciales aquellas deformaciones, alteraciones o atentados contra la obra que supongan un perjuicio a los legítimos intereses o menoscabo a la reputación del autor.

En todo caso, no quedan comprendidas en esta modalidad las interpretaciones artísticas, ya que el intérprete o ejecutante no es autor sino titular de un derecho conexo.

La conexión de este apartado con el tipo básico requiere un análisis pormenorizado. En primer lugar, la única modalidad con la que no puede conectarse es el plagio, dado que éste consiste en mantener la obra inalterada, sustituyendo el autor real por el ficticio (84) y el comportamiento aquí prohibido exige alterar sustancialmente la obra. En cambio, puede darse una reproducción de la obra modificándola sustancial-

(81) Cfr. Protección penal, op. cit. p. 165.

(82) Cfr. CAFFARENA LAPORTA, Comentarios, op. cit. p. 282.

(83) Cfr. BOIX, Derecho penal, op. cit. p. 245.

(84) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, Protección penal, op. cit. p. 2.002.

mente (85). Piénsese en el comportamiento de aquel que quita partes importantes de una obra literaria y luego la publica, todo ello sin autorización. Todas las demás modalidades (distribución, comunicación pública, almacenamiento, exportación e importación) pueden entrar en relación con este supuesto agravado (86).

El número 2 del artículo 534 bis b) incrementa las penas si, además de existir ánimo de lucro, concurre alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la cantidad o el valor de las copias ilícitas posean especial trascendencia económica.

b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En el primer supuesto hay que determinar cuándo esas copias poseen especial trascendencia económica. Para ARROYO y GARCIA RIVAS (87), esa trascendencia debe valorarse objetivamente. Por el contrario, para BOIX la valoración debe basarse en la trascendencia económica para el sujeto pasivo (88). La primera solución parece más lógica, aunque dada la indeterminación de la fórmula empleada todo quedará librado al arbitrio judicial, con un posible menoscabo hacia la seguridad jurídica (89).

La segunda modalidad hiperagravada exige que el daño causado revista especial gravedad. Sin embargo, la doctrina está dividida. Un sector entiende que el daño al que se hace referencia es un daño o perjuicio patrimonial (90), que permite diferenciar este supuesto de la otra modalidad hiperagravada que no exige perjuicio económico (cantidad o valor de las copias con especial trascendencia económica) (91). La otra

(85) En contra, ARROYO y GARCÍA RIVAS, *Protección penal*, op. cit. p. 2.002.

(86) Se podrá sancionar penalmente por esta vía, supuestos como el del pintor Sistiaga cuyo cuadro resultó “descuartizado”, o la zarzuela “La Tabernera del Puerto” de Pablo Sorozábal (Comunicación pública y modificación sustancial de la obra), mientras quedarán fuera del ámbito del derecho penal los supuestos en que la modificación sustancial de la obra no puede conectarse con el tipo básico (Ej. el caso de la escultura de Pablo Serrano, “Viaje a la luna desde el fondo del mar” que ni siquiera entra en el concepto de “almacenamiento” del tipo básico, por no ser una obra “ilícita”) En el supuesto de fallecimiento del autor, las mismas personas que poseen el derecho a divulgar la obra pueden autorizar la modificación sustancial de la misma (artículo 15 y 16 LPI).

(87) *Protección penal*, op. cit. p. 2.003.

(88) Cfr. *Derecho penal*, op. cit. p. 243.

(89) Por otra parte, como señala un sector doctrinal (Cfr. BOIX, *Derecho penal*, op. cit. 245. GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 178), no es necesario un perjuicio patrimonial, que en este supuesto sería difícilmente estimable. Las copias pueden no estar aún en el mercado, con lo que no existe perjuicio alguno, pero pueden poseer por su cantidad o valor, una gran trascendencia económica. Por este motivo, la especial trascendencia económica se refiere a la conducta realizada y no al perjuicio ocasionado (Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Protección penal*, op. cit. p. 179).

(90) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, op. cit. p. 290, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, op. cit. p. 540.

(91) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit. p. 184.

corriente doctrinal entiende que este apartado se refiere a causar un daño moral (92).

Sin embargo, atendiendo al tenor literal de la agravante y al carácter mixto del bien jurídico tutelado, entiendo que hay que poner en conexión el concreto comportamiento y el bien jurídico protegido. Si la conducta en análisis afecta el aspecto moral de los derechos de autor, por ejemplo, una modificación sustancial de la obra, se aplicará esta modalidad hiperagravada si el daño moral causado es particularmente grave. Si por el contrario, es una conducta que afecta el aspecto patrimonial de los derechos de autor, habrá que valorar la lesión de este aspecto económico. Por último, cuando se de uno de los supuestos más frecuentes de lesión simultánea de aspectos materiales y morales (por ej. plagio que lesiona seriamente el derecho patrimonial del autor), cualquiera de ellos podrá tener la gravedad suficiente como para habilitar la aplicación de la agravante.

La fórmula técnica utilizada en esta agravante coincide en su indeterminación con la otra modalidad hiperagravada, y merece por ello las mismas críticas dado que puede afectar el principio de legalidad penal (93).

IV

En virtud de todo lo expuesto se propone, para una eventual reforma de los delitos contra los Derechos de autor.

a) Un cambio en la ubicación sistemática, apartándolos de los delitos patrimoniales, ya que se sancionan penalmente comportamientos que no afectan el patrimonio del sujeto pasivo.

b) Debe exigirse ánimo de lucro en todas las modalidades que afectan derechos de explotación (patrimoniales), despareciendo la modalidad agravada del artículo 534 bis b) 1 a).

c) Debe eliminarse el supuesto de usurpación de la condición de autor sobre una obra o parte de ella o el nombre de un artista en una interpretación o ejecución (artículo 534 bis b) 1 b), porque no protege el bien jurídico aquí tutelado.

d) Las modalidades agravadas del artículo 534 bis b) 1 c) y d) deben regularse como tipos autónomos, desconectados de las modalidades básicas del artículo 534 bis a).

(92) Cfr. ARROYO y GARCÍA RIVAS, *Protección penal*, op. cit. p. 2.004, BOIX, *Derecho penal*, op. cit. p. 247.

(93) Cfr. BOIX, *Derecho penal*, op. cit. p. 246.